

**UNIVERSIDADE DE LISBOA  
FACULDADE DE DIREITO**

**Mestrado em Direito Administrativo**



**FACULDADE DE DIREITO**  
Universidade de Lisboa

**ENQUADRAMENTO JURÍDICO E REGULAÇÃO DE FUNDAÇÕES  
PRIVADAS NOS DIREITOS PORTUGUÊS E BRASILEIRO  
À LUZ DE EXPERIÊNCIAS NO SETOR CULTURAL**

**MARINA BARAÇAS FIGUEIREDO**

LISBOA

2017

MARINA BARAÇAS FIGUEIREDO

**ENQUADRAMENTO JURÍDICO E REGULAÇÃO DE FUNDAÇÕES  
PRIVADAS NOS DIREITOS PORTUGUÊS E BRASILEIRO  
À LUZ DE EXPERIÊNCIAS NO SETOR CULTURAL**

Dissertação de mestrado apresentada ao Gabinete de Estudos Pós-Graduados da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, como requisito parcial à obtenção do título de mestre em Direito, na área de Direito Administrativo, sob a orientação do Professor Doutor Domingos Soares Farinho e coorientação da Professora Susana Mesquita Barbosa

LISBOA

2017

MARINA BARAÇAS FIGUEIREDO

**ENQUADRAMENTO JURÍDICO E REGULAÇÃO DE FUNDAÇÕES  
PRIVADAS NOS DIREITOS PORTUGUÊS E BRASILEIRO  
À LUZ DE EXPERIÊNCIAS NO SETOR CULTURAL**

Esta dissertação foi julgada adequada para a obtenção do título de Mestre em Direito e aprovada em sua forma final pelo Orientador e pela Banca Examinadora.

Orientador: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. Domingos Soares Farinho

Banca Examinadora:

Prof. Dr. \_\_\_\_\_

Prof. Dr. \_\_\_\_\_

Prof. Dr. \_\_\_\_\_

Coordenador do Gabinete de Estudos Pós-Graduados:

Prof. Dr. \_\_\_\_\_

Lisboa, \_\_\_\_\_.

## **DEDICATÓRIA**

Ao Padre Gaspar (*in memoriam*) que, na última vez que encontrei, contou que havia participado de cursos sobre o Terceiro Setor e me encorajou a realmente dar atenção a essa área do Direito.

Ao Reynaldo e à Marisa, meus exemplos de cultura e altruísmo, que tenho a sorte de ter bem perto como meus melhores amigos e exemplos de vida.

## **AGRADECIMENTOS**

Aos Professores Doutores Domingos Soares Farinho e Susana Mesquita Barbosa, por sua orientação e apoio.

Ao Professor Doutor e Vossa Excelência, Marcelo Rebelo de Sousa, por suas aulas no mestrado, constante orientação e incentivo.

Ao Professor Vasco Pereira da Silva, e à Professora Maria José Rangel de Mesquita, pelo Contencioso, o Internacional, e o Comparado.

Aos Senhores Marcelo de Oliveira Lopes, e Paulo Sarmiento e Cunha, por sua disponibilidade e atenção ao responderem meus questionários sobre a Fundação OSESP e a Fundação Casa da Música, com apontamentos tão pertinentes e acurados.

À Fundação Casa da Música e à Fundação OSESP, pelos modelos de fundação e por manterem aparelhos culturais nesse mundo que tem fome de comida, mas também de diversão e arte.

À Erika e ao Fred, pelas conversas inspiradoras. Ao Eugênio por palavras mais exatas. À Marisa, ao Reynaldo, ao Lucas, à Ana, e à Sueli, por acompanharem minhas emoções com a dissertação desde a introdução até o ponto final.

A todos, familiares e amigos do Brasil e de Portugal, que compartilharam dessa etapa, de perto e de longe, por sua compreensão quando me fiz ausente, por seu amor na presença e na ausência.

A bondade deve estar ligada ao saber. A simples bondade pouco adianta; é o que tenho constatado.

**Mahatma Gandhi**

...es crucial la consolidación de los vínculos entre las fundaciones para que sus esfuerzos articulados sean a la vez una realidad y una esperanza. Una esperanza que se logra con la cultura de mirar para, por y con los demás.

**Consuelo Castro**

## RESUMO

O presente trabalho discorre sobre as fundações privadas no âmbito de sua relação com a Administração Pública nos sistemas jurídicos de Portugal e do Brasil.

Em razão de o tema do direito das fundações ser por demasiado extenso, e ainda mais complexo por considerar mais de um sistema jurídico, este trabalho não tem por finalidade tratar da matéria de forma exaustiva, de modo que apenas alguns aspectos serão analisados dentro de cada direito e comparados com os do outro país.

Primeiramente, cumpre-se identificar as fundações privadas como parte de um universo de organizações que se encontram fora do aparato estatal, não possuem fins lucrativos e visam a finalidades de interesse social. Depois vale verificar como as fundações privadas diferem das outras pessoas jurídicas/coletivas e como o formato jurídico fundacional se manifesta em Portugal e no Brasil, em termos de classificações e elementos essenciais.

A seguir, serão analisados os diplomas legais disponíveis nesses países e aplicáveis à matéria, e far-se-á uma reflexão sobre como esta temática vem sendo discutida em Portugal e no Brasil.

Será averiguado como os Poderes Públicos interferem na vida da fundação privada, especificamente quando de sua constituição, em relação a sua regulação e fiscalização, e quanto à outorga de títulos jurídicos que somam um regime jurídico especial ao regime jurídico geral da já constituída fundação privada.

Tendo em vista essas questões teóricas, serão entrevistadas duas fundações privadas, uma de Portugal e a outra do Brasil, que possuem objeto semelhante: a gestão de equipamentos culturais ligados à música. Com os apontamentos dos diretores dessas fundações será possível perceber como políticas públicas culturais podem ser colocadas em prática de forma eficaz por meio da gestão privada dessas fundações, em cooperação com a Administração Pública.

Algumas diferenças serão evidenciadas tanto no panorama legal dos dois países, como na sua interpretação pela doutrina. Não obstante, serão apontadas características intrínsecas a dois modelos jurídicos de modo a verificar como as diferenças de conceituação e organização acabam por não ser tão relevantes sob uma ótica mais ampla, material e funcional.

Palavras-chave: Fundação privada – Terceiro Setor – Direito administrativo fundacional – utilidade pública – Organização Social – Portugal – Brasil – Direito Comparado – Fundação Casa da Música – Fundação OSESP – Cultura

## **ABSTRACT**

The purpose of this study is to evaluate the relationship between private foundations and Public Administration in the legal systems of Portugal and Brazil.

Since the subject of foundation law is too extensive, and even more complex because it considers more than one legal system, this study does not intend to investigate exhaustively this subject, thus only a few aspects will be analyzed within each legal system and then compared with aspects in the other country.

First, we will identify private foundations as being part of a universe of organizations that are outside the state apparatus, that are non-profit, and that have social interest purposes. Subsequently, it is worth examining how private foundations differ from other institutions and how foundations manifest themselves in Portugal and Brazil, in terms of classifications and essential elements.

Furthermore, we will analyze the laws available in each of these countries and that are applicable to this subject, and investigate how this theme is being debated in Portugal and Brazil.

Also, we will be investigating how Public Administration interferes in the life of the private foundations, specifically in their formation, regulation and inspection, and in the concession of legal titles that add special legal regime to the general legal regime, to the already constituted private foundation.

Therefore, considering these theoretical issues, two private foundations that have similar objectives, that being of management of cultural equipment linked to music, will be interviewed, one from Portugal and the other from Brazil. With the testimonials of the directors of these foundations, it will be possible to understand how cultural public policies can be put into practice effectively through the management of private foundations in cooperation with Public Administration.

Some differences will be evidenced in the legal landscapes of the two countries and in their interpretation by the doctrine. Despite of that, intrinsic characteristics of two legal models will be pointed out in order to verify how conceptual and organizational differences are not so relevant from a broader, material and functional perspective.

**Key-words:** Private foundation – Third sector – Foundational administrative law – Public utility – Social Organization – Portugal – Brazil – Comparative Law – Casa da Música Foundation – OSESP Foundation – Culture

# SUMÁRIO

<b>Introdução</b> .....	<b>10</b>
Justificativa da escolha do tema .....	10
Objetivos pretendidos e resultados esperados .....	12
Metodologia .....	13
<b>1. Fundações privadas: Noções Gerais</b> .....	<b>15</b>
1.1. Do direito internacional: conceito e personalidade jurídica das organizações não-governamentais .....	16
1.2. Do direito internacional: conceito e personalidade jurídica das organizações não-governamentais .....	18
1.3. Histórico e propósito.....	21
1.4. Elementos das fundações e distinções entre elas e outras pessoas jurídicas/coletivas .....	24
1.5. Fundações públicas e fundações privadas nos Direitos português e brasileiro ....	29
1.5.1. Fundações públicas x fundações privadas no Direito português.....	30
1.5.2. Fundações públicas x fundações privadas no Direito brasileiro .....	34
1.6. Fundações privadas de interesse social em Portugal e no Brasil .....	37
1.7. Interesses das fundações privadas em Portugal e no Brasil .....	43
1.7.1. Interesse fundacional em Portugal .....	44
1.7.2. Interesse fundacional no Brasil .....	47
<b>2. Fontes normativas para as fundações privadas em Portugal e no Brasil.....</b>	<b>53</b>
2.1. Fontes normativas para fundações privadas em Portugal .....	53
2.2. Fontes normativas para fundações privadas no Brasil.....	56
2.3. Análise comparativa e crítica do direito fundacional positivado nos dois ordenamentos jurídicos .....	59
<b>3. O papel da Administração Pública nas fundações privadas: instituição e regulação</b> .....	<b>63</b>
3.1. Instituição e constituição de fundação privada em Portugal e no Brasil .....	65
3.1.1. Interesse fundacional em Portugal .....	65
3.1.2. Interesse fundacional no Brasil .....	70
3.1.3. Comparativo em relação à instituição e constituição das fundações privadas .....	73
3.2. Fundações privadas e a outorga de títulos jurídicos .....	74
3.2.1. Distinção entre o reconhecimento por interesse social e o estatuto de utilidade pública em Portugal.....	75

3.2.2. Distinção entre a aprovação da fundação privada e a qualificação de Organização Social no Brasil .....	78
3.3. Regulação das atividades fundacionais.....	82
3.3.1. Regulação exercida sobre as fundações privadas com estatuto de utilidade pública em Portugal.....	83
3.3.2. Regulação exercida sobre as fundações privadas (regime geral) no Brasil ...	87
3.3.3. Regulação exercida sobre fundação privada qualificada como Organização Social no Brasil .....	89
3.3.4. Comparativo em relação à fiscalização das fundações privadas em Portugal e no Brasil .....	92
<b>4. Estudo de casos: experiências de fundações com objeto semelhante.....</b>	<b>94</b>
4.1. Fundação Casa da Música.....	95
4.1.1. Sobre a constituição da Fundação Casa da Música e seu estatuto de utilidade pública .....	95
4.1.2. Sobre a relação da fundação privada com o Estado .....	98
4.1.3. Sobre a fiscalização da fundação privada .....	103
4.1.4. Sobre a importância da atividade cultural desenvolvida.....	105
4.1.5. Conclusão sobre a adequação do modelo jurídico para a realização de atividade cultural .....	108
4.2. Fundação Orquestra Sinfônica do Estado de São Paulo – Fundação OSESP ....	109
4.2.1. Sobre a constituição da Fundação OSESP e posterior qualificação como Organização Social .....	110
4.2.2. Sobre a parceria da fundação privada com o estado por meio do contrato de gestão.....	114
4.2.3. Sobre a fiscalização da fundação privada e da execução do contrato de gestão .....	117
4.2.4. Sobre a importância da atividade cultural desenvolvida.....	119
4.2.5. Conclusão sobre a adequação do modelo jurídico para a realização de atividade cultural .....	122
4.3. Comparativo sobre as experiências das fundações analisadas.....	124
<b>Conclusões .....</b>	<b>127</b>
<b>Referências bibliográficas.....</b>	<b>134</b>
<b>Anexos.....</b>	<b>143</b>

# INTRODUÇÃO

## JUSTIFICATIVA DA ESCOLHA DO TEMA

Não obstante as crises econômicas vivenciadas por Portugal e Brasil, a população não quer só comida<sup>1</sup>, a população quer comida, diversão e arte.

A Cultura, como a grande combinadora da arte e da ciência, está sempre em transformação, e assim também o Direito – que é uma expressão cultural – e o Direito do Terceiro Setor – o qual flutua na dicotomia público/privado.

Com o presente trabalho pretende-se discorrer sobre o papel estrutural das fundações privadas de interesse público para o desenvolvimento social, especialmente na área da cultura, em Portugal e no Brasil.

Primeiro, busca-se situar a pessoa jurídica/coletiva fundacional num universo internacional, e dentro dos direitos pátrios.

As fundações sobre as quais nos debruçaremos para o presente estudo estão voltadas para interesses de ordem pública e integram o “terceiro sector da iniciativa económica, normalmente caracterizado como sector *non profit*”<sup>2</sup>, como afirma o português Joaquim de Sousa Ribeiro. O Professor brasileiro Gustavo Saad Diniz considera as fundações como “um dos pilares de sustentação do chamado terceiro setor” e infere que elas são “um meio de distribuição de renda e complementação de atividades sociais insuficientemente disponibilizadas pelo Estado.”<sup>3</sup> Assim, importa compreendermos que as fundações privadas fazem parte de um setor da economia e de um ramo do Direito que as estudam em conjunto com outras organizações.

Verificaremos como surgiram as entidades fundacionais e quais os conceitos e as noções gerais que delimitam essa pessoa jurídica nos Direitos português e brasileiro,

---

<sup>1</sup> Parafrazeando verso dos compositores brasileiros Arnaldo Antunes, Marcelo Fromer e Sérgio Britto em sua música Comida: “A gente não quer só comida/ A gente quer comida, diversão e arte”.

<sup>2</sup> Cf. JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, Fundações: “uma espécie em vias de extensão”?, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, II, Coimbra, 2006, p. 257.

<sup>3</sup> Cf. GUSTAVO SAAD DINIZ, Regras de direito fundacional do Código Civil de 2002, in *Artigos do portal da Associação Paulista de Fundações – APF* [recurso eletrônico], 17 de março de 2005. Disponível em: <http://www.apf.org.br/fundacoes/index.php/2012-07-14-12-22-35/artigos/32-regras-de-direito-fundacional-do-codigo-civil-de-2002.html> (última visualização em 20.05.17)

diferenciando-as das outras duas pessoas coletivas/jurídicas mais corriqueiras nos dois ordenamentos jurídicos: sociedades e associações.

Para fins de esclarecimento, cumpre distinguir as fundações privadas das públicas, as quais sequer fazem parte do chamado Terceiro Setor, que aqui nos interessa.

Depois, enveredando para o regime fundacional de direito privado, será colocado em questão o interesse prosseguido pelas fundações privadas de direito privado e demonstraremos que ele pode coincidir com o interesse público. Verificar-se-á como essa matéria é tratada por cada país.

Ponderar-se-á, então, sobre as legislações portuguesa e brasileira atinentes aos regimes citados, e sobre o direito aplicável às fundações privadas que realizam atividade de interesse público. As fundações privadas serão analisadas como pessoas jurídicas/coletivas que estão na intersecção entre o Direito Público e o Direito Privado, e aqui trataremos de como são constituídas, de onde provêm seus recursos, como são geridas e fiscalizadas.

No caso de Portugal, importa verificar as novidades advindas da recente Lei-quadro das fundações, doravante “LQF” (aprovada pela Lei n.º 24 de 9 de julho de 2012 e alterada pela Lei n.º 150 de 10 de setembro de 2015), que se propôs a ser revisada de tempos em tempos, a fim de se adequar às necessidades percebidas na aplicação prática do direito administrativo fundacional português.

Paralelamente, vamos verificar as novidades no Brasil trazidas pela Lei n.º 13.019/2014 (em vigor desde 23 de janeiro de 2016 para União e Estados, e desde janeiro de 2017 para todos os municípios brasileiros), que pretendeu estabelecer o marco regulatório do Terceiro Setor. Este recente diploma legal, diferente da LQF, não tratará especificamente do modelo fundacional, mas de diversas parcerias firmadas entre a Administração Pública e as organizações da sociedade civil, dentre as quais estão as fundações privadas.

Nesse sentido considerar-se-á como os direitos pátrios tratam a gestão de um interesse público – especificamente a gestão da cultura – por uma fundação privada; como ocorre a dinâmica de repasse de dinheiro público; e como funciona a regulação e fiscalização administrativa a que se submetem as fundações privadas.

Para aclarar os conceitos e ilustrar o raciocínio teórico desenvolvido, propõe-se o estudo de caso de duas fundações culturais que são icônicas em Portugal e no Brasil: respectivamente a Fundação Casa da Música, localizada no Porto, e a Fundação Orquestra Sinfônica do Estado de São Paulo – Fundação OSESP, localizada em São Paulo, capital.

Assim, além das ferramentas jurídico-administrativas, pretende-se investigar os espaços culturais em sua dinamicidade, em seu diálogo com o Poder Público e com a sociedade. A Fundação Casa da Música e a Fundação Orquestra Sinfônica do Estado de São Paulo mantêm a gestão de Orquestras Sinfônicas, de Coros, e dos edifícios onde se localizam suas respectivas salas de concerto – patrimônios culturais com significado social para portugueses e brasileiros.

Tal como as recentes leis citadas, há muitas questões que devem ser avaliadas constantemente, para que os ajustes contratuais firmados entre fundações privadas e Poder Público não fiquem bitolados a um regime inadequado ao caso prático e até mesmo incoerente com a finalidade pública objetivada.

Todo o exposto é suficiente para demonstrar a pertinência do tema eleito, cujas repercussões transcendem a esfera jurídica, permeando a própria dinâmica sociocultural.

## **OBJETIVOS**

Com todas as considerações teóricas e práticas que o trabalho percorrerá, pretende-se demonstrar como as fundações privadas voltadas ao interesse público em Portugal e no Brasil permitem o atendimento eficaz e eficiente (se comparado ao mesmo serviço prestado pelo Estado) de uma série de demandas de sociedades cada vez mais complexas.

Não é pretensão deste estudo realizar uma comparação exaustiva, mas com a análise de experiências já aplicadas em diferentes contextos legislativos e administrativos, é possível enriquecer o entendimento sobre a matéria. Como disse Domingos Soares Farinho: “a análise comparada não é um mero dever de investigação, mas uma útil ferramenta (...) para compreender melhor as opções nacionais, para colher sugestões de melhoria e para evitar opções nefastas.”<sup>4</sup>

Dentro dos sistemas jurídicos de que já dispõem Portugal e Brasil, pretende-se notar quais implementações têm sido acertadas<sup>5</sup> no modelo de gestão cultural por meio de fundações privadas, e quais falhas poderiam ser corrigidas nos países considerados.

---

<sup>4</sup> DOMINGOS MIGUEL SOARES FARINHO, *Fundações e Interesse Público. Direito administrativo fundacional: enquadramento dogmático* [teses de doutoramento], Coimbra, Almedina, 2014, p. 147.

<sup>5</sup> No sentido de promover o desenvolvimento social de forma adequada e transparente, justificando-se a importância das fundações privadas para a implementação de políticas públicas, com destaque para o setor cultural.

## METODOLOGIA

O presente estudo será apoiado em diversos métodos de pesquisa. Inicialmente será feita uma pesquisa dogmática e, num momento posterior, partiremos para uma pesquisa empírica, a fim de aproximar os sistemas jurídicos da realidade social, econômica e cultural de Portugal e do Brasil.

Como fontes, serão utilizados textos doutrinários que abordam o tema, artigos, periódicos, revistas, documentos da internet, análise de legislação nacional e estadual – de Portugal e do Brasil – no âmbito do Terceiro Setor e da atividade da Cultura, bem como palestras realizadas sobre o assunto.

Por se tratar de um trabalho de Direito Comparado, o estudo para sua elaboração não segue uma linearidade completa, vez que se pretende compreender aspectos do funcionamento de um mesmo tipo de pessoa jurídica/coletiva, sob um arcabouço de leis, classificações, e terminologias diversas.

Entrevistas e pesquisa de campo também serão utilizadas<sup>6</sup>, para a obtenção de informações referentes à experiência das Fundações – Casa da Música e OSESP – em seu gerenciamento de aparelhos públicos e políticas culturais, bem como em seu relacionamento com o Estado.

Pelo fato de ambas as instituições em questão possuírem um objeto comum: a gestão de orquestras e grupos musicais, bem como de um edifício com sala de concertos, o estudo comparativo torna-se condizente ao que se propõe, uma vez que a similitude de objetivos possibilita que os paralelos sejam traçados de maneira proporcional.

Considerando esses aspectos, o trabalho é organizado em quatro capítulos, divididos conforme uma lógica de aprofundamento da matéria.

O primeiro capítulo expõe subsídios básicos para a compreensão dos conceitos e do contexto que envolve as fundações privadas no mundo e especialmente em Portugal e no Brasil. O segundo capítulo reúne fontes normativas que regulamentam as fundações privadas em Portugal e no Brasil, e analisa sob que perspectiva cada um deles tem produzido seus diplomas legais relacionados ao tema. No terceiro capítulo explora-se a relação das fundações privadas com a Administração Pública, especialmente no que concerne à constituição da fundação e à regulação e fiscalização exercida sobre ela. O

---

<sup>6</sup> Além da análise de publicações das próprias organizações.

quarto capítulo, então, traz entrevistas com gestores de uma fundação portuguesa e uma brasileira, a fim de aproximar os sistemas jurídicos analisados da sua realidade social.

A metodologia utilizada concentra-se, portanto: para os capítulos 1 e 3, na pesquisa da doutrina; para o capítulo 2, na pesquisa de diplomas legais; e para o capítulo 4, no estudo de casos por meio de entrevistas (feitas por questionários)<sup>7</sup>. Acredita-se que assim, a metodologia variada proporciona um panorama vigoroso do tema.

---

<sup>7</sup> Sendo que em Portugal o termo correspondente costuma ser inquérito.

## 1. FUNDAÇÕES PRIVADAS: NOÇÕES GERAIS

Com este capítulo inicial, pretende-se trazer fundamentos para se compreender a existência e a atuação das fundações privadas bem como sua relação com os Poderes Públicos.

As fundações privadas são pessoas coletivas/jurídicas abrangidas por diferentes conjuntos de organizações não exatamente correspondentes – já que são formados por elementos nem sempre coincidentes – e com nomenclaturas nem sempre reconhecidas pelos ordenamentos jurídicos.

Fundações privadas fazem parte do universo das *entidades sem fins lucrativos*, ao percorrer finalidades outras e reinvestir eventuais lucros em suas reais finalidades.

Por se estruturarem fora do aparato estatal, fundações privadas também são *organizações não-governamentais*.

Ao emergirem da sociedade civil, também fazem parte das *organizações da sociedade civil*.

E, não comendo nem o Estado, nem o mercado, considerados como primeiro e segundo setores da economia, as fundações privadas pertencem ao chamado *Terceiro Setor*.

A priori é importante entendermos que quando falamos desses conjuntos de instituições com diferentes nomenclaturas, e que podem abranger diferentes organizações, estamos automaticamente considerando as fundações privadas, mesmo que elas existam numa porcentagem extremamente menor do que a das associações de interesse social, que também compõem os mencionados conjuntos.

Apesar de o presente trabalho ser uma análise de Direito Comparado entre Portugal e Brasil, também faz sentido situarmos o papel da sociedade civil organizada no mundo, de modo a vislumbrar seu alcance e crescente importância.

Partiremos dessa dimensão mais extensa – das organizações da sociedade civil – para depois considerarmos as fundações, caracterizando-as como pessoa coletiva/jurídica e diferenciando-as das outras.

Dentro do âmbito da pessoa jurídica *fundação*, faz-se necessário verificar a dicotomia *fundação pública* x *fundação privada*, para enfim focarmos nessa última, cujo estudo é deveras transdisciplinar.

## 1.1. DO DIREITO INTERNACIONAL: CONCEITO E PERSONALIDADE JURÍDICA DAS ORGANIZAÇÕES NÃO-GOVERNAMENTAIS

Numa perspectiva internacional, é comum referir-se às entidades do terceiro setor tratando-as por organizações não-governamentais, doravante “ONGs”. Apesar de as ONGs serem entidades privadas (dentre as quais, a grosso modo, podemos dizer que estão as fundações privadas), seus objetos podem atender a interesses de ordem pública. Por isso que se diz que as ONGs têm uma vocação pública, e daí a sua existência ser tão importante e já tão necessária no mundo de hoje. Elas crescem a cada dia e seu desenvolvimento é verificado a nível local, nacional e mesmo internacional.

Vejamos como esse conjunto de organizações vem sendo tratado no panorama internacional e, para tanto, faremos uso do termo ONG, utilizado por autores de Direito Internacional:

Em seu manual de Direito Internacional, Jónatas Machado declara que as ONGs são a grande expressão da sociedade civil no Direito, e diante das crescentes demandas socioeconômicas e das tantas mudanças no Direito pós-moderno, já se fala em uma “sociedade civil global”<sup>8</sup>. Ocorre que, apesar de serem “agentes das relações internacionais”, conforme Adriano Moreira<sup>9</sup>, as chamadas ONGs não são ainda sujeitos de direito internacional.

As ONGs são sujeitos de direito interno, constituídas dentro de um determinado país – ou de mais de um país – de acordo com a respectiva legislação. Assim, sua personalidade jurídica é reconhecida dentro do país onde foram constituídas. Ademais, dependendo do escopo de sua atuação, essas entidades podem beneficiar-se de estatuto internacional, o que, segundo João Mota de Campos, “lhes permite dialogar e estabelecer formas diversas de relacionamento com os Estados e com Organizações Internacionais Intergovernamentais, no desempenho de missões que podem considerar-se de interesse público internacional”<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> JÓNATAS E. M. MACHADO, *Direito Internacional: do paradigma clássico ao pós-11 de setembro*, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 98 e p. 293.

<sup>9</sup> ADRIANO MOREIRA, *Teoria das relações internacionais*, 8.ª ed., Coimbra, Almedina, 2014, p. 54.

<sup>10</sup> JOÃO MOTA DE CAMPOS *et al.*, *Organizações internacionais: teoria geral: estudo monográfico das principais organizações internacionais de que Portugal é membro*, 4.ª ed., Lisboa, Coimbra Editora, 2010, p. 23.

Apesar de não terem uma típica personalidade jurídica de direito internacional, esta é uma questão em transição. O Professor Jónatas Machado fala em personalidade jurídica internacional atípica ou *sui generis*.<sup>11</sup> A Professora Maria José Rangel de Mesquita, considera-as “sujeitos internacionais infra-estaduais”<sup>12</sup>. Marcelo Varella discute que “caso se entenda que há novas fontes do direito internacional, deve-se pressupor que os atores que produzem tais fontes são sujeitos do direito” e nessa medida, as ONGs seriam “novos sujeitos do direito internacional”.<sup>13</sup>

A doutrina não tem bem definida essa questão sobre a personalidade jurídica das ONGs (no âmbito do Direito Internacional), ponto este que Luisa Riquito bem relatou:

Porque o Direito Internacional, olhando à sua matriz nacional e privada, continua a manifestar resistência em lhes atribuir e reconhecer subjectividade jurídica internacional plena... Provenientes da esfera de actuação de agentes não-público, continuam vítimas da excomunhão a que o paradigma positivista longamente votou todos os actores que não o Estado ou os diretamente engendrados pela sua vontade soberana. Daí que boa parte da doutrina, não divisando no processo genético das ONG's um “acto jurídico internacional” clássico, semelhante àquele por que se fundam as suas congéneres “públicas”, se contente em confinar o seu enquadramento jurídico ao ordenamento interno – em regra, ao Direito Administrativo – do Estado de que provêm.<sup>14</sup>

Ora, por toda sua atuação no Direito Internacional e pela possibilidade de serem, inclusive, sujeitos processuais perante alguns tribunais internacionais, não podemos ignorar a dimensão que muitas ONGs<sup>15</sup> adquiriram, sendo hoje importantes atores de direito internacional e fazendo com que a personalidade jurídica internacional seja discutida e repensada.

Importante notar que, além de verificarmos a nomenclatura ONG quando estudamos o direito internacional, ela disseminou-se também no âmbito do direito interno, sendo popularmente utilizada.<sup>16</sup> É importante destacar, entretanto, que nos

<sup>11</sup> Cf. JÓNATAS E. M. MACHADO, *Direito*, p. 292.

<sup>12</sup> Cf. MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, *Justiça Internacional: Lições*, I – Introdução, Lisboa, AAFDL, 2010, p. 83.

<sup>13</sup> Cf. MARCELO DIAS VARELLA, *Internacionalização do Direito: Direito Internacional, globalização e complexidade*, Brasília, UniCEUB, 2013, p. 370.

<sup>14</sup> Cf. ANA LUISA RÍQUITO, *Variações sobre a nova sociedade civil mundial – ONG's internacionais: um sujeito sem personalidade...?*, in *Nação e defesa*, n.º 97, Lisboa, 2001, p.226.

<sup>15</sup> E dentre elas poderiam haver algumas organizações sob a forma jurídica fundacional.

<sup>16</sup> “equivoco comum ocorre com o termo ONG, visto que não existe legalmente e se caracteriza como um conceito que vem sendo socialmente construído e difundido.” Cf. CARLOS EDUARDO GUERRA SILVA *et al.*, *Formas jurídicas no Terceiro Setor brasileiro: estatuto legal, evidências empíricas e formalismo*, in *Cadernos Gestão Pública e Cidadania*, XXVI, n.º 58, São Paulo, 2011, FGV-EAESP, p. 45. Disponível em:

ordenamentos jurídicos de Portugal e do Brasil não existe uma pessoa jurídica com tal designação.<sup>17</sup>

## **1.2. DOS DIREITOS INTERNOS: NOMENCLATURAS E CONJUNTOS DE ORGANIZAÇÕES DOS QUAIS FAZEM PARTE AS FUNDAÇÕES PRIVADAS**

Vimos que as fundações são pessoas coletivas de direito interno, que se encontram fora do aparato estatal e não possuem fins lucrativos. Os termos “*não-governamental*” e “*sem-fins-lucrativos*”, atribuídos a esse conjunto de organizações, das quais fazem parte as fundações privadas, definem as entidades pela negação, e diferenciam-nas do que é o governo (Estado → 1.º setor) e do que visa ao lucro (mercado → 2.º setor), mas não as identificam por completo.

Para Simone Coelho, essas duas definições pela negativa teriam caráter ideológico para chamar a atenção da opinião pública para as características que diferenciam esse conjunto de organizações dos demais setores, contudo, não são suficientes para caracterizar as entidades em estudo, uma vez que poderiam caracterizar movimentos sociais, que não pertencem ao terceiro setor.<sup>18</sup>

E quanto a esse conjunto designado “*Terceiro Setor*”, Simone Coelho indica: “O terceiro setor pode ser definido como aquele em que as atividades não seriam nem coercitivas nem voltadas para o lucro (...) suas atividades visam ao atendimento de necessidades *coletivas* e, muitas vezes, *públicas*.”<sup>19</sup>

As pessoas jurídicas/coletivas de direito privado podem organizar-se especialmente de três formas: sociedades, associações e fundações. As primeiras visam ao lucro, enquanto as duas últimas não têm fins lucrativos e, em termos econômicos, enquadram-se no terceiro setor.

---

<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/cgpc/article/view/3563/2248> (última visualização em 28.05.17).

<sup>17</sup> Em relação ao Brasil, Marcela Siciliano adverte: “vale chamar atenção para o termo Organização não-governamental (ONG), que na realidade não encontra amparo em nosso ordenamento jurídico, referindo-se, em verdade, a qualquer pessoa jurídica que não compõe o governo.” Cf. MARCELA DO AMARAL B. DE J. SICILIANO, O velamento das fundações de direito privado, in *JurisWay* [recurso eletrônico], 26 de outubro de 2012. Disponível em: [http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=9194](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=9194) (última visualização em 20.05.17)

<sup>18</sup> Cf. SIMONE DE CASTRO TAVARES COELHO, *Terceiro setor: um estudo comparado entre Brasil e Estados Unidos*, 2.ª ed., São Paulo, Senac, 2002, pp. 66-67.

<sup>19</sup> Cf. SIMONE DE CASTRO TAVARES COELHO, *Terceiro setor*, p. 40.

O terceiro setor é representado por entidades sob a forma de ‘associações de interesse social’ e ‘*fundações privadas*’<sup>20</sup>, as quais podem ter naturezas distintas em classificações e tipos diversos, conforme o direito pátrio de onde foram constituídas.

O terceiro setor, com raízes na iniciativa privada, atua paralelamente ao Estado e ao mercado – primeiro e segundo setores, respectivamente. Sobre isso, Simone Coelho afirma que a denominação *Terceiro Setor* “põe em evidência o papel econômico que esse conjunto de organizações assume”.<sup>21</sup>

Historicamente, de acordo com explicação de Airton Grazioli, *et al.*:

A expressão “terceiro setor” tem origem americana, *third sector*; inicialmente utilizada, na década de 1970, por pesquisadores nos Estados Unidos da América do Norte, a partir da década de 1980, foi importada pelos pesquisadores europeus e difundida para os outros continentes. No Brasil, ganhou corpo devido aos meios acadêmicos e integrou-se no meio social como o ambiente reservado para a identificação e o desenvolvimento de ações, há muito executadas, por entidades de acolhida, abrigo e amparo a desvalidos e a marginalizados da sociedade, embora “integrantes” dela.<sup>22</sup>

No mundo todo, diante das crescentes necessidades da coletividade, e em razão das novas atuações administrativas, o Estado Pós-Social<sup>23</sup> passa a assumir atividades mais complexas, uma vez que a preocupação com os direitos dos particulares foi alargada e, para isso, a Administração Pública começa a recorrer mais à colaboração de outros entes a fim de desempenhar funções de interesse público. “Como parte de um processo sociopolítico dinâmico, o terceiro setor irá reagir às mudanças contextuais e com elas interagir”.<sup>24</sup>

---

<sup>20</sup> “as fundações privadas e as associações de interesse social são as modalidades de pessoas que integram o que denominamos de Terceiro Setor”. Cf. AIRTON GRAZZIOLI, *Fundações privadas: Das relações de poder à responsabilidade dos dirigentes*, São Paulo, Atlas, 2011, p. 29.

<sup>21</sup> Cf. SIMONE DE CASTRO TAVARES COELHO, *Terceiro setor*, p. 59.

<sup>22</sup> Cf. AIRTON GRAZZIOLI *et al.*, *Organizações da sociedade civil: associações e fundações: constituição, funcionamento e remuneração de dirigentes*, São Paulo, Educ, 2016, pp. 16-17.

<sup>23</sup> O Estado Liberal que nasceu na Revolução Francesa, não protegia o direito dos privados. Na transição do século XIX para o XX, desenvolveu-se o paradigma do Estado Social, em cujo contexto, o Direito Administrativo adquiriu um caráter de prestador de bens e serviços aos particulares. A relação entre Administração e particulares tornou-se mais intensa e constante, surgiram novas demandas para a Administração que precisou criar novos órgãos para realizar todas as atividades de sua competência. Esse Estado Social entrou em crise em decorrência de sua limitação para tratar de todas as novas demandas econômicas, políticas e sociais, impostas por uma sociedade cada vez mais complexa. Isso ocorreu por volta dos anos 1970, dando início a um novo paradigma: o atual Estado Pós-Social. Cf. aulas de Direito Administrativo do Professor Marcelo Rebelo de Sousa, em março de 2015, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

<sup>24</sup> Cf. SIMONE DE CASTRO TAVARES COELHO, *Terceiro setor*, p. 35.

Por meio de iniciativas voluntárias desenvolvidas no espaço público não-estatal<sup>25</sup>, para proveito da sociedade, o terceiro setor faz-se extremamente importante e, como reconhece Simone Coelho<sup>26</sup>, influencia os rumos políticos, sociais e econômicos dos países.

Conforme publicação da Comissão Europeia, o terceiro setor ajuda a conciliar os objetivos econômicos e sociais: ele estimula iniciativas que visam a atender o interesse coletivo e contribui contra uma cultura de dependência passiva da assistência pública. Assim, o terceiro setor fomenta o espírito de empreendedorismo e um compromisso de engajamento cívico essencial para preservar os valores democráticos que marcam o modelo europeu de sociedade.<sup>27</sup> (tradução nossa)

O modelo de sociedade atual, tanto em Portugal como no Brasil, já conta com o terceiro setor. E quando falamos de terceiro setor, estamos considerando não só, mas também, as fundações privadas.

Nota-se, porém, que em relação a Portugal, pelo que se pode perceber da produção doutrinária (e até mesmo legislativa, que teve tanta influência do direito comunitário, em razão de Portugal fazer parte da União Europeia) não é tão comum se falar em terceiro setor para englobar as fundações.<sup>28</sup> Hoje Portugal possui uma lei específica para a pessoa coletiva ‘fundações’, como veremos adiante.

No Brasil, por outro lado, com a recente Lei n.º 13.019/2014, o ordenamento jurídico veio tratar de parcerias realizadas entre as *organizações da sociedade civil*,

---

<sup>25</sup> Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “a entidade é dita «não estatal» porque a idéia é que ela não pertença ao Estado, nem se enquadre entre as entidades da Administração Indireta.” Cf. MARIA SYLVIA ZANELLA Di PIETRO, Contratos de gestão. Contratualização do controle administrativo sobre a administração indireta e sobre as organizações sociais, *in Biblioteca Jurídica Virtual BuscaLegis.cj.ufsc.br* [recurso eletrônico], Florianópolis, 2000. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista2/artigo9.htm> (última visualização em 20.05.17.)

<sup>26</sup> Cf. SIMONE DE CASTRO TAVARES COELHO, *Terceiro setor*, p. 35.

<sup>27</sup> “le troisième système aide à concilier des objectifs économiques et sociaux. Il dynamise les initiatives prises au service de l’intérêt collectif et contribue à lutter contre une culture de dépendance passive à l’égard de l’assistance publique. Ce faisant, il insuffle un surcroît d’esprit d’entreprise et une volonté d’engagement civique essentiels pour préserver les valeurs démocratiques qui marquent le modèle européen de société” Cf. UNIÃO EUROPEIA, Les nouveaux acteurs de l’emploi - Synthèse de l’action pilote “Troisième système et emploi”- Vers une meilleure connaissance de l’emploi au niveau local, *in Commission européenne. Direction générale de l’emploi et des affaires sociales*, [recurso eletrônico], Unité A.4, Bélgica, 2002, p. 29. Disponível em: <http://bookshop.europa.eu/fr/les-nouveaux-acteurs-de-l-emploi-pbKE4502555/> (última visualização em 20/05/17).

<sup>28</sup> Apesar de Joaquim de Sousa Ribeiro considerar que tais fundações são “integrantes do terceiro setor da iniciativa econômica” conforme citação com nota de rodapé n.º 1.

doravante “OSCs” e a Administração Pública. Neste caso, embora não expressamente mencionadas, as fundações estão incluídas em organizações da sociedade civil – termo este que, para os efeitos desta lei abarca também associações, organizações religiosas e cooperativas.

Essa diferença de forma de abordagem em Portugal e no Brasil estende-se também no meio profissional: enquanto no Brasil há diversos escritórios especializados em Direito do Terceiro Setor, em Portugal não há essa especialização, e questões relacionadas às fundações privadas costumam ser de responsabilidade da área de Direito Administrativo.

O que nos interessa, nesse sentido, é que ao adentrarmos nesse universo amplo de organizações privadas com vocação pública, encontraremos um conjunto – menos amplo – de fundações privadas, pessoas jurídicas/coletivas em que focaremos o escopo do presente trabalho. Mesmo assim, é importante saber que mesmo que elas não sejam expressamente mencionadas, também são consideradas quando se fala em organizações sem fins lucrativos, organizações não-governamentais, organizações do terceiro setor, e organizações da sociedade civil, sendo que este último conceito foi reconhecido no ordenamento jurídico brasileiro<sup>29</sup>.

### 1.3. HISTÓRICO E PROPÓSITO

Fundação consiste, como visto, em um dos tipos de pessoa jurídica/coletiva sem fins-lucrativos, que pode se estruturar de diferentes formas em cada sistema jurídico, conforme as leis, doutrina e jurisprudência de cada país. Apesar disso, há três elementos os quais estão presentes na fundação (“comum a todos os ordenamentos”<sup>30</sup>), quais sejam, o patrimônio, o fim, e a organização.

---

<sup>29</sup> O inciso I do artigo 2.º da Lei n.º 13.019/2014, prevê que são OSCs: as fundações e associações, cooperativas e organizações religiosas, sendo que as duas primeiras estão referidas na alínea a) como: “entidade privada sem fins lucrativos que não distribua entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados, doadores ou terceiros eventuais resultados, sobras, excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, isenções de qualquer natureza, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplique integralmente na consecução do respectivo objeto social, de forma imediata ou por meio da constituição de fundo patrimonial ou fundo de reserva”.

<sup>30</sup> Cf. DOMINGOS MIGUEL SOARES FARINHO, *Fundações*, pp. 208-209.

Esses três elementos constam no conceito de fundação de Marcello Caetano: “A fundação será, pois, mais propriamente a *organização* destinada a prosseguir um *fim* duradouro ao qual esteja afectado um *patrimônio*.”<sup>31</sup> (*grifo nosso*)

A existência de um patrimônio inicial é uma característica marcante da fundação, que pode ser criada após a morte do fundador (*mortis causa*), por meio de testamento, ou mesmo durante sua vida (*inter vivos*)<sup>32</sup>, por escritura pública.

De um jeito ou de outro, costumamos verificar na matriz das fundações privadas o valor da solidariedade<sup>33</sup>, visto que o patrimônio de um ou mais fundadores será assimilado à prossecução de finalidade com interesse de alguma coletividade.

Junto a esses valores que guiam a ideia da constituição de uma organização para realizar uma finalidade que ultrapassa interesses pessoais, está o objetivo do fundador de deixar sua marca naquela sociedade, perpetuando a sua memória.

Sobre essa vontade do fundador de deixar sua marca para a posteridade, José Eduardo Sabo Paes diz que: “Fundação é na verdade um instrumento por meio do qual pode o ser humano – como pessoa física ou jurídica – transmitir à sociedade atual e sucessivas gerações seus ideais e convicções e seguir atuando «como vivo depois de morto»”.<sup>34</sup>

Mas esses propósitos que dariam origem às atuais fundações não são recentes. Diz-se que o fenômeno fundacional teve origem desde a Antiguidade. No Egito Antigo já era possível verificar atos filantrópicos institucionalizados, conforme Sabo Paes<sup>35</sup>. Cássio Resende aponta que já possuíam características das fundações de cultura e arte: “a

---

<sup>31</sup> Cf. MARCELLO CAETANO, *Das fundações e subsídios para a interpretação e reforma da legislação portuguesa*. Lisboa, 1961, p.26.

<sup>32</sup> N.º 1 do artigo 185.º do Código Civil português e caput do artigo 62.º do Código Civil brasileiro.

<sup>33</sup> Em seu artigo, Juliana Nogueira discorre sobre o valor da solidariedade como elemento essencial na natureza e estrutura do Terceiro Setor. Dentre outras considerações, destacamos a seguinte: “Tratando-se de uma possível solução ao Estado-Social, sem inserir-se na proposta de privatização (orgânica) neo-liberal, o Terceiro Setor surge como um instrumento de congregação da vontade coletiva, como espaço para o exercício da solidariedade social, que reabilita valores da participação e o da responsabilidade. Além disso, propicia a redução pela procura sobre o Estado” Cf. JULIANA GUIMARÃES NOGUEIRA, O Terceiro Setor e a Administração Pública em Portugal, *in Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Fundinopi*, 2007, pp. 215-219. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/120> (última visualização em 20/05/17).

<sup>34</sup> Cf. JOSÉ EDUARDO SABO PAES, Fundações: origem e evolução histórica, *in Revista de Informação Legislativa*, ano 35, n.º 140, Brasília, out./dez.1998, p. 41. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496872> (última visualização em 20/05/17).

<sup>35</sup> Cf. JOSÉ EDUARDO SABO PAES, Fundações: origem, p. 42.

biblioteca de Alexandria, no Egito, doada por Ptolomeu II, com mais de 500 mil papiros, o museu e a academia frequentados pelos artistas, intelectuais e sábios da época”.<sup>36</sup>

A seguir, na Grécia, implementou-se o sistema de indefinidos ‘fideicomissos sucessivos’, como alternativa à proibição da organização de filósofos – com afetação de fundos – para difusão de suas ideias.<sup>37</sup>

Filósofos como Epicuro deixaram para a posteridade os jardins onde estudiosos discutiam filosofia, ciência e religião. Nesses locais haveria promoção e dispersão do conhecimento, que repercutiriam após a morte de seu precursor. Em moldes semelhantes, também são citados como exemplos de ancestrais fundacionais os jardins deixados por Teofrasto e a Academia de Platão.<sup>38</sup>

Um pouco mais próximas do conceito atual, surgem as primeiras fundações em Roma, cujos principais objetos estavam intrinsecamente ligados à religião – cultos funerários, ajuda a crianças pobres, e distribuição de alimentos. Nesse período já se definia que certo patrimônio seria destinado à finalidade pública. Os bens afetados eram transferidos à cidade ou *collegium*, por meio de ato entre vivos ou testamento, no entanto, essa afetação patrimonial não implicava em personalidade jurídica, e por isso não culminava numa autonomia patrimonial.<sup>39</sup> Independentemente deste fator, o patrimônio designado era independente em relação aos bens do Estado.<sup>40</sup>

Na Roma Antiga, Trajano destinou montantes para manutenção de crianças pobres, e Plínio, para a manutenção de escola. Com Bizâncio, o ente fundacional passou a adquirir autonomia jurídica.<sup>41</sup>

Estabelecimentos de misericórdia e caridade, mais conhecidos como *pia causae*<sup>42</sup>, dos quais são exemplos os orfanatos, asilos e hospitais, já eram considerados sujeitos de direito com capacidade jurídica própria, apesar de o patrimônio continuar vinculado ao

<sup>36</sup> Cf. CÁSSIO EDUARDO ROSA RESENDE, *Legislação e fortalecimento das fundações, in Terceiro setor: reflexões sobre o marco legal*, Rio de Janeiro, Editora Fundação Getúlio Vargas, 2001, reimpr., p.55.

<sup>37</sup> Cf. JOSÉ EDUARDO SABO PAES, *Fundações: origem*, p. 42.

<sup>38</sup> Cf. JOSÉ EDUARDO SABO PAES, *Fundações, associações e entidades de interesse social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários*, 7.ª ed., São Paulo, Forense, 2010, pp. 202-203.

<sup>39</sup> À época, apenas entidades associativas eram consideradas pessoas coletivas/jurídicas. Cf. JOSÉ EDUARDO SABO PAES, *Fundações: origem*, p. 42.

<sup>40</sup> Cf. JOSÉ EDUARDO SABO PAES, *Fundações: origem*, p. 42.

<sup>41</sup> Cf. JOSÉ EDUARDO SABO PAES, *Fundações: origem*, pp. 42-43.

<sup>42</sup> “A expressão *piae causae* pode ser utilizada para designar duas realidades: *prio*, o instituto jurídico consistindo numa afetação de bens a um fim pio; *secundum*, as próprias obras a que se afectam os bens.” Cf. DOMINGOS MIGUEL SOARES FARINHO, *Fundações*, p. 63.

benfeitor e não se tornar independente tal como é hoje. Ademais, as entidades *pia causae* deixaram de ser controladas pela Igreja e submeteram-se aos auspícios da Lei do Império Romano.<sup>43</sup>

Na Idade Média, as *pia causae* começam a desaparecer junto com a Reforma da Igreja e o enfraquecimento do Clero. Nesse contexto, começam a surgir fundações privadas desvinculadas da essência religiosa e inspiradas por princípios da Revolução Francesa: solidariedade, fraternidade e liberdade.<sup>44</sup>

Conforme Grazzioli e Edson Rafael, os ideais revolucionários permitiram que as fundações adquirissem autonomia<sup>45</sup> e assim, na Idade Moderna, elas foram se multiplicando pela Europa, moldando-se com “características próprias em casa país”. A América do Norte importou o instituto fundacional, o que foi essencial para solucionar problemas advindos da guerra civil americana. A Europa também difundiu as fundações na América Latina, sendo que no Brasil elas só se tornariam pessoas jurídicas a partir do século XX.<sup>46</sup>

É claro que desde a Antiguidade as bases da fundação foram se demarcando, até chegarmos em sua estrutura atual – que não é única, como demonstra o Direito Comparado, e que está em constante mudança, como podemos perceber pelas frequentes discussões suscitadas pelo tema e pelas recentes produções legislativas.

#### **1.4. ELEMENTOS DAS FUNDAÇÕES E DISTINÇÕES ENTRE ELAS E OUTRAS PESSOAS JURÍDICAS/COLETIVAS**

O atual Código Civil português<sup>47</sup>, em seu artigo 157.º, demonstrou a existência de três pessoas coletivas de direito privado, sendo elas, as sociedades, as associações, e as fundações.

---

<sup>43</sup> Cf. JOSÉ EDUARDO SABO PAES, *Fundações: origem*, p. 43.

<sup>44</sup> Cf. AIRTON GRAZZIOLI / EDSON JOSÉ RAFAEL, *Fundações privadas: doutrina e prática*, 2.ª ed., São Paulo, Atlas, 2011, p. 40.

<sup>45</sup> Segundo José Perazollo, o advento do Estado laico, na Idade Moderna, também colaborou para que as fundações ganhassem autonomia jurídica. Cf. JOSÉ RODOLPHO PERAZZOLO, *Gestão fundacional: atualidade e responsabilidade*, in *Direito empresarial na ótica de uma fundação*, São Paulo, Educ, 2015, p. 12.

<sup>46</sup> Cf. AIRTON GRAZZIOLI / EDSON JOSÉ RAFAEL, *Fundações*, pp. 40-41.

<sup>47</sup> De 1966.

Essas mesmas pessoas jurídicas<sup>48</sup> são elencadas expressamente nos incisos I, II e III do artigo 44.º do Código Civil brasileiro, o qual também faz referência a organizações religiosas, partidos políticos e empresas individuais de responsabilidade limitada.

Consideremos, para fins deste estudo, as sociedades, associações e fundações. Pois bem, as três possuem personalidade jurídica/coletiva, e, portanto, o elemento organizativo, que é um dos três elementos essenciais para a existência de uma fundação, tanto em Portugal como no Brasil.<sup>49</sup>

Além de se caracterizar por ser uma “organização”, a fundação pressupõe a existência de outros dois elementos: patrimônio e fim.

Para o Professor Carlos Blanco de Moraes, o patrimônio da fundação constitui a “vertebração existencial da própria entidade”.<sup>50</sup> Esse é o elemento fundamental para diferenciar as fundações das demais pessoas coletivas.

Chamadas de corporações, as associações e as sociedades são pessoas coletivas instituídas por pessoas físicas/singulares<sup>51</sup> que visam ao atingimento de objetivos comuns, dependendo, portanto, do elemento pessoal para serem criadas e continuarem existindo. Conforme Tomás de Aquino Resende, as sociedades e as associações “são geridas por uma vontade imanente (que está nelas próprias, através de seus sócios ou associados)”<sup>52</sup>.

As fundações, por sua vez, são condicionadas ao elemento patrimonial: o patrimônio inicial é afetado a determinada finalidade. Isso não quer dizer, no entanto, que as fundações não dependam de pessoas para gerirem esse patrimônio, mas que a partir do momento em que são criadas, passam a ter autonomia em relação ao seu fundador.<sup>53</sup>

---

<sup>48</sup> Nota-se que o direito português fala em pessoas coletivas, ao passo que no Direito brasileiro fala-se em pessoas jurídicas. Diante dessa diferença terminológica, adotar-se-á nesse trabalho de direito comparado, qualquer das expressões como sendo sinônimas.

<sup>49</sup> Todavia, sociedades e associações não se desvinculam de seus criadores tal como a fundação que, uma vez criada, adquire autonomia.

<sup>50</sup> Cf. CARLOS BLANCO DE MORAIS, Da relevância do direito público no regime jurídico das fundações privadas, in *Estudos em memória do Professor Doutor João de Castro Mendes*, Lisboa, 1995, p. 569.

<sup>51</sup> No direito português usa-se pessoa singular, enquanto no Direito brasileiro o termo equivalente é pessoa física. Para fins do presente trabalho de direito comparado, as duas expressões poderão ser usadas como sendo sinônimas.

<sup>52</sup> Cf. TOMÁS DE AQUINO RESENDE, Fundações, cidadania e Ministério Público, in *Terceiro Setor: reflexões sobre o marco legal*, Rio de Janeiro, Editora Fundação Getulio Vargas, 2001, reimpr., p. 47.

<sup>53</sup> Cf. DOMINGOS MIGUEL SOARES FARINHO, *Fundações*, p. 265.

Assim, as fundações são administradas por uma “vontade transcendente (vontade do instituidor expressada no estatuto ou na escritura de constituição)”<sup>54</sup>.

Esse substrato patrimonial é determinante para se verificar quando se está diante de uma fundação, sendo essa a principal diferença entre associações e fundações. Nas palavras da Dra. Erika Spalding: “Enquanto na constituição de fundações almeja-se a personificação de patrimônio, nas associações o objetivo consiste em congregar esforços para que sejam alcançados objetivos comuns entre os associados.”<sup>55</sup>

Essa essência vale para os dois sistemas jurídicos ora analisados, entretanto, tal distinção entre fundações e associações já não é mais tão rígida, como explica Joaquim de Sousa Ribeiro, sobre o regime jurídico português: “com frequência crescente, se criam fundações de origem pluripessoal, em resultado da vontade conjugada de um grupo, por vezes numeroso, de sujeitos.” Ele inclusive cita o exemplo da Fundação de Serralves<sup>56</sup>, criada pelo Decreto Lei n.º 240-A/89, em 27 de julho de 1989.<sup>57</sup> Nesse sentido, Domingos Soares Farinho refere-se a esse tipo fundacional como tipo híbrido e crê que “o nome adequado é o de fundações de participação ou de associação”.<sup>58</sup>

De qualquer forma, o patrimônio é o elemento fundacional “mais estável numa análise comparada”.<sup>59</sup> E esse patrimônio é afetado a um fim.

As fundações aproximam-se das associações na medida em que ambas são entidades sem fins-lucrativos, diferentemente das sociedades, as quais visam ao lucro. Cabe aqui um importante esclarecimento: não possuir fins-lucrativos não significa dizer que a entidade não pode ter lucro, mas sim que o excedente gerado com sua atividade deverá ser reinvestido em suas finalidades e não redistribuído entre seus administradores.<sup>60</sup>

---

<sup>54</sup> Cf. TOMÁZ DE AQUINO RESENDE, *Fundações*, p. 47.

<sup>55</sup> Cf. ERIKA SPALDING, *Distinção essencial entre fundação e associação e algumas de suas consequências*, in *Cadernos da FUNDATA* [recurso eletrônico], 2001, p. 6. Antes disponível e obtido em: <http://www.fundata.org.br/Artigos%20-%20Cefeis/08%20-%20DISTIN%C3%87%C3%83O%20ESSENCIAL%20FUND-ASSOC.pdf> (última visualização em 17.08.15).

<sup>56</sup> Cristina Casal Baptista explica que a própria Fundação de Serralves considera-se “o resultado de uma parceria entre o Governo e várias instituições públicas, privadas e particulares”, cf. CRISTINA PAULA CASAL BAPTISTA, *As Fundações no Direito Português*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2016, p. 23.

<sup>57</sup> Cf. JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *Fundações*, pp. 260-261.

<sup>58</sup> Cf. DOMINGOS MIGUEL SOARES FARINHO, *Fundações*, pp. 317-319.

<sup>59</sup> Cf. DOMINGOS MIGUEL SOARES FARINHO, *Fundações*, p. 209.

<sup>60</sup> No Direito português: conforme n.º 1 do artigo 10.º do Código do imposto sobre o valor acrescentado, doravante “CIVA”, um dos requisitos para os organismos serem considerados sem finalidade lucrativa é: “Em caso algum distribuam lucros e os seus corpos gerentes não tenham,

Ainda diferenciando essas duas instituições do Terceiro Setor (associações e fundações), no Brasil, a doutrina também cita o fato de que as fundações privadas devem sempre cumprir finalidade de cunho social, enquanto as associações sem fins lucrativos não têm essa obrigação, visto que “diversos propósitos podem não visar ao lucro, mas, mesmo assim, não servir de proveito de todos. Casos típicos são os clubes recreativos, de acesso restrito a sócios, eventualmente com critérios rígidos de admissão.”<sup>61</sup>

Em Portugal, no plano do direito constituído, isso também é notado, embora na doutrina haja quem defenda que, em teoria, as fundações privadas, assim como as associações, teriam a possibilidade de serem instituídas para prosseguirem interesses privados – sociais ou não sociais<sup>62</sup>, como veremos adiante.

Ademais, a finalidade de uma fundação, que identifica a vontade de seu instituidor, via de regra não pode ser alterada, conforme verificamos na doutrina brasileira. Airton Grazioli explica que:

... vigora a regra da inalterabilidade relativa, o que implica dizer que é possível a alteração dos fins, desde que seja respeitada a vontade do instituidor. Não se pode, pois, alterar a ideia do instituidor. O que se pode tolerar é a adaptação do objeto social, por circunstâncias de uma nova realidade social, desde que o órgão interno com atribuições para reformar o estatuto aprove a alteração e esta seja secundada pelo Ministério Público.<sup>63</sup>

Em Portugal também se verifica essa regra da inalterabilidade relativa dos fins fundacionais, como ensina Marcello Caetano, citado por José Eduardo Sabo Paes<sup>64</sup>:

... para assim ser qualificadas, não hão de, porém, implicar alteração ou mudança do objetivo visado pelo fundador: *mas apenas uma ampliação ou restrição deste, quanto à matéria ou relativamente ao lugar.* Na verdade, sendo o fim elemento essencial da fundação, esta desnatura-se quando o mude completamente, não podendo então dizer que conserva a sua primitiva identidade.

---

por si ou interposta pessoa, algum interesse directo ou indirecto nos resultados da exploração”. Mesmo entendimento verifica-se no Direito brasileiro, conforme explica Hugo de Brito Machado, com base no artigo 14.º do Código Tributário Nacional, doravante “CTN”: “*Não ter fins lucrativos* não significa, de modo nenhum, ter receitas limitadas aos custos operacionais. Elas na verdade podem e devem ter sobras financeiras, até para que possam progredir, modernizando e ampliando suas instalações. O que não podem é distribuir lucros. São obrigadas a aplicar todas as suas disponibilidades na manutenção dos seus objetivos institucionais.” Cf. HUGO DE BRITO MACHADO, *Curso de Direito Tributário*, 35.ª ed., São Paulo, Malheiros, 2014, p. 293.

<sup>61</sup> Cf. EDUARDO SZAZI, *Terceiro setor: Regulação no Brasil*, 4.ª ed., São Paulo, Peirópolis, 2006, p. 28.

<sup>62</sup> Cf. DOMINGOS MIGUEL SOARES FARINHO, *Fundações*, p. 299

<sup>63</sup> Cf. AIRTON GRAZZIOLI, *Fundações privadas*, p. 64. Também se verifica esse entendimento em JOSÉ EDUARDO SABO PAES, *Fundações, associações*, pp. 388-390.

<sup>64</sup> Cf. JOSÉ EDUARDO SABO PAES, *Fundações, associações*, p. 390.

Será, porém, a mesma se, inicialmente instituída para benefício das crianças em geral, restringir a sua actuação às crianças doentes, ou às crianças da cidade de Lisboa, por necessidade de aproveitar mais rendosamente o seu patrimônio e concentrar os seus serviços. (*grifo nosso*)

Inclusive, no caso da Fundação Calouste Gulbenkian – maior fundação portuguesa – os gestores foram alterando as atividades, ora expandindo sua atuação para novas áreas que carecessem de sua intervenção, ora retraindo suas intervenções, quando outras entidades – públicas ou privadas – assumissem a frente. Sobre isso, Rui Vilar esclarece que a Fundação foi mudando seu foco ao longo dos anos, a fim de suprir as necessidades mais prementes do país a cada momento da história, mas sempre com o objetivo de valorizar e capacitar o indivíduo, promovendo o indivíduo e a sociedade.<sup>65</sup>

Em razão da conservação das finalidades que deve ser seguida em princípio, o Dr. Marcelo Lopes, em sua dissertação de mestrado, infere que as fundações privadas se apresentam como um modelo institucional mais perene<sup>66</sup> e transparente – se comparado ao das associações civis sem fins lucrativos.<sup>67</sup>

No mais, no Direito português, verificamos que o vínculo da fundação com os poderes públicos é maior do que o da associação, dadas as maiores exigências em relação a sua constituição e os constantes atos públicos de controle e fiscalização da entidade.<sup>68</sup>

---

<sup>65</sup> Cf. EMÍLIO RUI VILAR, O papel da Fundação Calouste Gulbenkian na promoção da inovação e da criatividade, *in Europa: Novas fronteiras*, n.<sup>os</sup> 24-25, São João do Estoril, 2009, p.131. Em sentido análogo: “La adaptación de los fines de las fundaciones a las nuevas necesidades y demandas de la población constituirá uno de los componentes esenciales de su quehacer, pues será necesario llevar a cabo este proceso continuamente, evitando así su estancamiento en la finalidad original, quedando necrosados. El futuro de las fundaciones está relacionado con su capacidad para percibir los cambios sociales y sobre todo, con su sensibilidad anticiparse al momento de su afloramiento y para identificar los nuevos problemas de toda índole derivados de aquéllos.” Cf. MIGUEL ANGEL CABRA DE LUNA, Las fundaciones como agentes generadores de recursos en el área social, un desafío para el nuevo milenio, *in Anais do III Encontro Internacional de Fundações Privadas e IV Encontro Estadual de Fundações*, Porto Alegre, FIJO - Fundação Irmão José Otão, 1999, pp. 49-50.

<sup>66</sup> Daniel Dias considera, a esse respeito que embora isso seja tradicionalmente aceito, no Brasil não existe menção legal ou da doutrina obrigando que o fim fundacional seja perene ou duradouro. Inclusive, o artigo 69.º do Código Civil brasileiro prevê a possibilidade de criação de fundação por tempo determinado. Cf. DANIEL PIRES NOVAIS DIAS, *Negócio fundacional: criação de fundações privadas*, São Paulo, Método, 2014, pp. 122-123.

<sup>67</sup> Cf. MARCELO DE OLIVEIRA LOPES, Alocação de riscos e equilíbrio econômico-financeiro em contratos de gestão: O caso da Fundação OSESP [dissertação de mestrado], São Paulo, Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 2016, pp. 29-30, 33.

<sup>68</sup> Cf. CARLOS BLANCO DE MORAIS, Da relevância, p. 570.

No Brasil, a relação das fundações privadas com o Poder Público também é mais estreita do que a relação deste com as associações de interesse social, e isso se verifica desde o processo de constituição, o qual é mais complexo para as fundações.<sup>69</sup>

Por submeterem-se a menos exigências do Poder Público e por não dependerem de patrimônio inicial, é fácil verificar o porquê de as associações estarem sempre presentes em maior número do que as fundações.<sup>70</sup>

Entretanto, ainda que existam em menor número do que as associações, as fundações são pessoas coletivas muito expressivas nos diversos países e dentro de cada um deles; são organizadas sob diferentes espécies e tipos, percorrendo interesses diversos e seguindo regimes jurídicos adequados a cada situação, conforme o direito aplicado em cada país. Vejamos como elas são classificadas em Portugal e no Brasil.

### **1.5. FUNDAÇÕES PÚBLICAS E FUNDAÇÕES PRIVADAS NOS DIREITOS PORTUGUÊS E BRASILEIRO**

Em Portugal, a Lei-Quadro das Fundações (aprovada pela Lei n.º 24 de 9 de julho de 2012 e alterada pela Lei n.º 150 de 10 de setembro de 2015) estabeleceu um “modelo classificatório clássico bipartido”<sup>71</sup>, pelo qual, o gênero fundacional divide-se em duas espécies: a das fundações públicas e a das fundações privadas, não obstante a subdivisão da primeira em públicas de direito público e públicas de direito privado.

Essa mesma classificação bipartida com a subdivisão mencionada é adotada no Brasil, onde podem ser criadas fundações públicas e privadas, sendo que as primeiras podem ser públicas de direito público (autarquias fundacionais) ou públicas de direito privado.<sup>72</sup>

---

<sup>69</sup> Cf. JOSÉ EDUARDO SABO PAES, *Fundações, associações*, pp. 72-73.

<sup>70</sup> “Observa-se que, provavelmente pela inexistência de muitas regras para sua constituição, a maioria das organizações que compõem o terceiro setor enquadra-se na forma jurídica de associação. A legislação, como abordado na seção anterior, é bastante favorável à criação de associações, sendo necessário apenas que pessoas se reúnam em torno de uma causa de interesse comum, registrando seus atos constitutivos em cartório civil (o mesmo se aplica à pretérita forma de sociedade civil). Já as fundações, em função de dispositivos constantes na lei visando à garantia do patrimônio e do interesse de seu instituidor, estão sujeitas a mais exigências quanto à sua constituição e administração, além de terem a determinação de velamento pelo Ministério Público.” Cf. Cf. CARLOS EDUARDO GUERRA SILVA *et al.*, *Formas jurídicas*, p. 51. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/cgpc/article/view/3563/2248> (última visualização em 28.05.17).

<sup>71</sup> Cf. DOMINGOS MIGUEL SOARES FARINHO, *Fundações*, p. 313.

<sup>72</sup> Cf. JOSÉ EDUARDO SABO PAES, *Fundações, associações*, pp. 220-221.

As fundações públicas – de Portugal e do Brasil – não estão abarcadas pelo universo do Terceiro Setor como as fundações privadas, que nos interessa no presente trabalho, contudo, vale uma breve consideração sobre a bifurcação da classificação em ambos os sistemas jurídicos, a fim de nos situarmos melhor a respeito do tema.

### **1.5.1. FUNDAÇÕES PÚBLICAS x FUNDAÇÕES PRIVADAS NO DIREITO PORTUGUÊS**

Confrontar as duas espécies fundacionais não é tarefa simples, haja visto que o Professor Doutor Domingos Soares Farinho tratou delas de forma exaustiva em sua tese de doutorado “Fundações e Interesse Público”. Cristina Casal Baptista também afirma que a distinção não é pacífica.<sup>73</sup> Apesar disso, para o presente, adotaremos uma forma de sistematização mais genérica.

Do n.º 1 do artigo 4.º da LQF, aduzimos que há três tipos de fundações no Direito português, a saber:

(a) as fundações privadas, criadas por uma ou mais pessoas de direito privado, em conjunto ou não com pessoas coletivas públicas, desde que as públicas não detenham sobre a fundação uma influência dominante;

(b) as fundações públicas de direito público, criadas exclusivamente por pessoas coletivas públicas, nos termos da Lei-quadro dos institutos públicos, doravante “LQIP”<sup>74</sup>; e

(c) as fundações públicas de direito privado, criadas por uma ou mais pessoas coletivas públicas, em conjunto ou não com pessoas de direito privado, desde que aquelas detenham uma influência dominante sobre a fundação.

Cristina Casal Baptista esclarece que para estruturar esse modelo classificatório:

o legislador usa o critério da qualidade do fundador, ou instituidor (ser uma pessoa de direito privado ou de direito público), complementado pelo critério da influência dominante, quer relativamente à dotação patrimonial, quer aos poderes de designação e destituição do órgão de administração (n.º 2 do artigo 4.º).<sup>75</sup>

Cumpramos esclarecermos que, primeiramente, as fundações privadas foram disciplinadas pelo Código Civil de 1966<sup>76</sup>, e as fundações públicas, quase 40 anos depois,

<sup>73</sup> Cf. CRISTINA PAULA CASAL BAPTISTA, *As Fundações*, p. 22.

<sup>74</sup> Aprovada pela Lei n.º 3/2004 que teve várias alterações.

<sup>75</sup> Cf. CRISTINA PAULA CASAL BAPTISTA, *As Fundações*, p. 29.

<sup>76</sup> Artigos 185.º a 194.º

em 2004, pela LQIP. Este diploma tratou apenas das fundações públicas de direito público, e estas seriam um dos tipos de institutos públicos<sup>77</sup>, caracterizadas por “assentar basicamente num património público e de existir para o administrar, vivendo dos resultados da gestão financeira desse mesmo património”<sup>78</sup>, como explicou Maria João Estorninho.<sup>79</sup>

Quanto às fundações públicas de direito privado, elas estão “Expressamente excluídas do âmbito de aplicação deste diploma ficaram, em 2004”.<sup>80</sup> E, desde o advento da LQF, ou seja, desde julho de 2012, as fundações públicas de direito privado não podem mais ser criadas, por força do artigo 57.º, sendo que as já existentes seguirão regime jurídico previsto em lei. E aqui, além dos dispositivos da LQF (artigos 1.º a 13.º; 57.º a 61.º)<sup>81</sup>, também vale considerar a Lei n.º 62 de 10 de setembro de 2007, a qual aprova o Regime Jurídico das Instituições de Ensino Superior, doravante “RJIES”, uma vez que as instituições caracterizadas por essa lei são fundações públicas com regime de direito privado.<sup>82</sup>

Deixemos esse modelo um pouco de lado<sup>83</sup>, para considerarmos as fundações existentes e que ainda podem ser criadas em Portugal: as públicas de direito público e as privadas de direito privado. E já é importante citar que mesmo as fundações privadas de direito privado serão afetadas pelo direito público em diversas situações de sua existência.

---

<sup>77</sup> Segundo Marcello Caetano: “No Direito português a expressão instituto público tem sido usada como sinónimo de «serviço personalizado do Estado»”. Cf. MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, I, 10.ª ed., Coimbra, Almedina, 2010, reimpr., p. 372.

<sup>78</sup> Cf. MARIA JOÃO ESTORNINHO, As fundações públicas no direito português, in *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda: Direito administrativo e Justiça administrativa*, IV, Lisboa, 2012, p. 671.

<sup>79</sup> Na mesma linha, Marcello Caetano consolidou seu entendimento sobre fundações públicas: “Pode reservar-se a designação especial de fundação pública para aqueles institutos públicos em cujo substrato avulta o aspecto patrimonial: a pessoa colectiva existe para assegurar a gestão de um fundo especial cujo capital provenha de receitas públicas afectadas a certo fim, ou de um património já constituído e que se deseja manter e aumentar.” Cf. MARCELLO CAETANO, *Manual*, p. 376.

<sup>80</sup> Cf. MARIA JOÃO ESTORNINHO, As fundações, p. 672.

<sup>81</sup> Cf. CRISTINA PAULA CASAL BAPTISTA, *As Fundações*, p. 26.

<sup>82</sup> As Instituições de ensino superior público de natureza fundacional não foram abarcadas pela LQF, de modo que estão excluídas de sua aplicação, conforme n.º 8 do artigo 6.º da Lei n.º 24/2012, alterada pela Lei n.º 150/2015.

<sup>83</sup> Apenas para fins de simplificarmos esse estudo que tem outro foco, mas é importante sabermos que essa discussão vai muito além. Maria João Estorninho considera, inclusive, que seria bem-vinda uma Lei-Quadro das Fundações Públicas, a fim de regular as fundações públicas de direito público (tornando-as autônomas em relação aos institutos públicos) bem como aquelas consideradas fundações públicas sob forma jurídico-privada. Cf. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *As fundações*, p. 673.

Compete-nos, porém, analisar quais são as características marcantes de cada espécie, a fim de identificá-las.

As diferenças já começam desde a sua instituição. As fundações públicas são criadas por uma lei ou ato administrativo, os quais partem do Estado ou de outra entidade pública. As fundações privadas, por sua vez, seriam criadas, especialmente, num primeiro momento, por um negócio jurídico unilateral privado, *inter vivos* ou *mortis causa*.

Ocorre que nem sempre se pode assumir essa diferença como regra. Há fundações privadas de direito privado que foram criadas pelo Estado, por via legislativa, dentre as quais, a Fundação Calouste Gulbenkian, instituída pelo Decreto-Lei n.º 40.690, de 18 de julho de 1956.

Em parte, a razão disso está no fato de essas fundações antecederem o Código Civil de 1966 (o qual veio consagrar as fundações privadas), de modo que o Estado quis garantir certo controle sobre sua criação, para impedir permissividades advindas do direito privado.<sup>84</sup>

A seguir, quando falamos dos fins fundacionais, costuma-se dizer que as fundações públicas prosseguem fins públicos em sentido estrito, enquanto as fundações privadas têm finalidades privadas, oriundos de uma vontade fundadora pública e uma vontade fundadora privada, respectivamente.

Aqui também não conseguimos estabelecer um limiar que separe as duas espécies fundacionais<sup>85</sup>, uma vez que muitas fundações privadas possuem fins sociais que coincidem com os interesses da Administração Pública, podendo inclusive gozar do título de utilidade pública, como trataremos adiante, e, nesse caso, seus fins privados seriam de tal relevância que atenderiam ao interesse público, assim como as fundações públicas o fazem.

Em relação ao regime jurídico aplicável, Cristina Paula Casal Baptista estabelece que “as fundações privadas regem-se pelos artigos 14.º a 47.º da Lei-Quadro das Fundações e pelo Código Civil”, e “as fundações públicas de direito público regem-se pela lei quadro dos institutos públicos e pelo disposto nos artigos 48.º a 56.º da Lei-Quadro das Fundações.” E ainda, a ambas se aplicam as disposições dos artigos 1.º a 13.º da LQF.<sup>86</sup>

---

<sup>84</sup> Cf. CARLOS BLANCO DE MORAIS, Da relevância, p. 562

<sup>85</sup> Cf. CARLOS BLANCO DE MORAIS, Da relevância, p. 563.

<sup>86</sup> Cf. CRISTINA PAULA CASAL BAPTISTA, *As Fundações*, p. 26.

Tendo visto esses aspectos de um tema complexo, faz-se mister verificar como a doutrina digere o assunto. Parecem muito razoáveis as definições do Professor Doutor Carlos Blanco de Moraes, que conceitua a fundação de direito público e a de direito privado.

Para o Professor Blanco, considera-se fundação pública de direito público:

todo o ente criado, em regra, por acto público pelo Estado ou outro ente colectivo público, com competência para o efeito que lhe afecte uma massa de bens adequada ao desempenho autónomo, mas directivado de funções administrativas respeitantes às actividades desenvolvidas pela mesma.<sup>87</sup>

Paralelamente, a fundação de direito privado é:

a pessoa colectiva sem fins lucrativos que instituída em regra por um negócio jurídico privado, afecte uma massa de bens a fins que pelo menos tenham relevância social, e cuja organização e funcionamento se pautem, primariamente, pelas normas de direito privado aplicáveis.<sup>88</sup>

Como o presente trabalho nos direciona para o estudo de fundações privadas, importa verificarmos que, conforme a classificação estabelecida pela Lei-quadro, é possível que uma fundação seja privada mesmo que tenha o Estado como co-fundador minoritário. O que interessa é que os instituidores privados tenham influência dominante.

Esse caso não configura um novo regime jurídico expresso, e de acordo com Domingos Farinho, além do artigo 16.º da LQF que trata da participação de entidades públicas nas fundações privadas, essas fundações privadas co-instituídas por entes públicos devem regular-se pela LQF e pelo Código Civil no que diz respeito ao direito privado, e procurar o direito administrativo noutro local, sendo os estatutos dessas fundações uma pista para se compreender tal configuração jurídica.<sup>89</sup>

Numa próxima revisão da Lei-quadro seria interessante se regular as fundações de direito privado que são co-instituídas pelo Estado, especialmente porque há muitas que se encaixam nesse padrão.

Em sua tese, Farinho cita como exemplos desse modelo a Fundação Serralves, a Fundação Arpad Szènes-Vieira da Silva, e a Fundação Casa da Música, a qual estudaremos mais de perto, no capítulo 4.

Menezes Cordeiro, em capítulo sobre fundações, elenca algumas fundações privadas com participação do Estado, tais como: a Fundação das Descobertas (instituída

---

<sup>87</sup> Cf. CARLOS BLANCO DE MORAIS, Da relevância, p. 565.

<sup>88</sup> Cf. CARLOS BLANCO DE MORAIS, Da relevância, p. 567.

<sup>89</sup> Cf. DOMINGOS MIGUEL SOARES FARINHO, *Fundações*, p. 897.

pelo Estado e por diversas empresas privadas e públicas); a Fundação de S. Carlos (instituída pelo Estado e por diversos mecenas); a Fundação Escola Portuguesa de Macau (instituída pelo Estado, pela Fundação Oriente e pela Associação Promotora da Instrução dos Macaenses); e a Fundação para a Proteção de Gestão Ambiental das Salinas do Samouco (instituída pelo Estado, pela Lusoponte e pelo Oceanário).

A partir dessas características, vejamos como funciona as diferenças de classificação do instituto fundacional no Brasil.

### **1.5.2. FUNDAÇÕES PÚBLICAS x FUNDAÇÕES PRIVADAS NO DIREITO BRASILEIRO**

Assim como no Direito português, classificar as fundações brasileiras em privadas – de direito privado –, ou públicas – de direito público ou privado – tem “importância não só doutrinária, como prática.”<sup>90</sup>

No Direito brasileiro não há um diploma legal que unifique a matéria fundacional, como a Lei-Quadro das Fundações o fez em Portugal. A recente lei em vigor no Brasil chamada de “marco regulatório das organizações da sociedade civil” não se debruça sobre a pessoa jurídica fundacional, mesmo porque ela trata de organizações da sociedade civil, dentre as quais não estão abrangidas as fundações públicas.

As fundações públicas não fazem parte do Terceiro, mas do Primeiro Setor, uma vez que constituem um dos entes da Administração Pública Indireta<sup>91</sup>, conforme alínea d) do artigo 4.º do Decreto Lei n.º 200/1967.

A Lei n.º 7.596/1987 alterou o Decreto Lei n.º 200/1967, e incluiu as fundações públicas entre os entes da Administração Indireta. Nesta oportunidade, definiu-se fundação pública como:

a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes.<sup>92</sup>

<sup>90</sup> Cf. JOSÉ EDUARDO SABO PAES, *Fundações, associações*, p. 221.

<sup>91</sup> Cf. AIRTON GRAZZIOLI, *Fundações privadas*, p. 23.

<sup>92</sup> Cf. inciso IV do artigo 5.º do Decreto Lei n.º 200/1967.

Esse conceito legal refere-se às fundações públicas de direito privado, cuja instituição depende de autorização legal<sup>93</sup>. As fundações públicas, porém, também podem apresentar personalidade jurídica de direito público, se criadas por lei<sup>94</sup> e, nesse caso, assemelham-se às autarquias, e são “denominadas, às vezes, de fundações autárquicas ou autarquias fundacionais”.<sup>95</sup>

O regime jurídico a que se sujeitam as fundações públicas “pauta-se pelas normas constitucionais e ordinárias aplicáveis a todas as fundações públicas pelas normas previstas nas leis que as criam e nos seus estatutos.”<sup>96</sup>

Já as fundações privadas no direito brasileiro estão disciplinadas no Código Civil<sup>97</sup>, tal como as de Portugal. Não há no sistema jurídico brasileiro um conceito legal para as fundações privadas<sup>98</sup>, e por isso se recorre à doutrina.

Nas palavras de Francisco Amaral: “Fundação é um complexo de bens que assume a forma de pessoa jurídica para a realização de um fim de interesse público, de modo permanente e estável (...) As fundações podem ser instituídas por particulares ou pelo Estado.”<sup>99</sup>

Na definição de Maria Helena Diniz:

A fundação é um complexo de bens livres (*universitas bonorum*), colocado, por uma ou mais pessoas físicas ou jurídicas, sem intuito de lucro, a serviço de um fim lícito e especial com alcance social, em atenção ao disposto em seu estatuto. É, portanto, um patrimônio destinado a uma finalidade socialmente útil, ou seja, filantrópica, que lhe dá unidade.<sup>100</sup>

De qualquer forma, as fundações privadas podem ser verificadas nas seguintes modalidades: (a) instituídas por pessoas físicas ou jurídicas, (b) instituídas por partido político, (c) de apoio a instituições de ensino superior, ou (d) de previdência privada ou complementar.<sup>101</sup>

---

<sup>93</sup> Cf. inciso XIX do artigo 37.º da Constituição Federal.

<sup>94</sup> Cf. ODETE MEDAUAR, *Direito Administrativo Moderno*, 13.ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 84.

<sup>95</sup> Cf. JOSÉ EDUARDO SABO PAES, *Fundações, associações*, p. 224.

<sup>96</sup> Cf. ODETE MEDAUAR, *Direito*, p. 85.

<sup>97</sup> Do artigo 62.º ao 69.º do Código Civil.

<sup>98</sup> Assim como não há um conceito legal para a pessoa jurídica “fundação”, no ordenamento jurídico brasileiro.

<sup>99</sup> Cf. FRANCISCO AMARAL, *Direito civil: introdução*, 7.ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2008, p. 332.

<sup>100</sup> Cf. MARIA HELENA DINIZ, *Direito Fundacional*, 2.ª ed., São Paulo, Editora Juarez Oliveira, 2007, pp. 13-14.

<sup>101</sup> Cf. JOSÉ EDUARDO SABO PAES, *Fundações, associações*, p. 221.

Assim como vimos para o caso do Direito português, mesmo as fundações privadas, com personalidade jurídica de direito privado serão afetadas pelo direito público. Traço significativo disto é o fato de serem fiscalizadas pelo Poder Público, por meio da atuação ministerial.

Dessa breve classificação, nota-se que as fundações brasileiras, como as fundações do Direito português, apresentam diferenças em relação a sua instituição e as suas finalidades.

Bem como mencionado acima, as fundações públicas de direito público são criadas por lei, e as fundações públicas de direito privado, autorizadas por lei. Aqui verificamos semelhança com o Direito português, vez que as fundações públicas nos dois países são instituídas pelo Poder Público.

Já a fundação privada “pode ser criada por ato *inter vivos*, ou seja, enquanto em vida o instituidor e, como tal, este participa ativamente de todo o processo criativo” ou criada “*post mortem*, mediante disposição testamentária.”<sup>102</sup> Essa situação é a mesma verificada para o Direito português, como visto acima.<sup>103</sup>

Em relação aos fins fundacionais, tanto as fundações públicas como as privadas devem prosseguir fins de interesse social, e o ordenamento jurídico no Brasil “não admite a criação de fundações voltadas para a administração de interesses particulares”.<sup>104</sup>

O patrimônio – conjunto de bens – particular deve ser aplicado a fins de interesse social que, por muito tempo, nas letras da lei estavam limitados a fins culturais, morais, religiosos e assistenciais<sup>105</sup>, porém, com o advento da Lei n.º 13.151 de 2015, outras finalidades foram incluídas e estão elencadas nos incisos do artigo 62.º do Código Civil.

Em relação às fundações públicas de direito privado, pondera-se que, além de prosseguirem interesse público, suas atividades não podem coincidir com aquelas cuja execução é obrigatoriamente do Poder Público.<sup>106</sup>

No que se refere às fundações públicas de direito público, a área de atuação será determinada pelo legislador que a criará, desde que atenda ao interesse público.<sup>107</sup>

---

<sup>102</sup> Cf. AIRTON GRAZZIOLI, *Fundações*, p. 66.

<sup>103</sup> O processo completo de instituição e constituição das fundações privadas tanto no Brasil como em Portugal será explicado no capítulo 3 deste trabalho.

<sup>104</sup> Cf. JOSÉ EDUARDO SABO PAES, *Fundações, associações*, p. 246.

<sup>105</sup> “Em verdade a redação do artigo 62.º, parágrafo único, apresentou uma norma aberta, abrindo a possibilidade, com vagueza dos objetos descritos, de que sejam inseridas todas as atividades que tenham natureza social. Falar em atividade religiosa, moral, cultural ou assistencial é o mesmo que dizer finalidade de interesse social.” Cf. AIRTON GRAZZIOLI, *Fundações*, p. 62.

<sup>106</sup> Cf. JOSÉ EDUARDO SABO PAES, *Fundações, associações*, p. 228 e 247.

<sup>107</sup> Cf. JOSÉ EDUARDO SABO PAES, *Fundações, associações*, p. 225.

Levantados esses aspectos legais e doutrinários a respeito da classificação do instituto fundacional, vejamos uma jurisprudência que sintetiza o assunto, estabelecendo parâmetros para diferenciação das três espécies de fundações do ordenamento jurídico brasileiro:

De tudo se conclui que o ordenamento jurídico brasileiro contempla três espécies do gênero fundação: aquelas tipicamente privadas, melhor dito, particulares, por não registrar qualquer participação, em sua criação, do Poder Público, regidas exclusivamente pelo Código Civil Brasileiro (...); aquelas criadas pelo Poder Público e que consignam, no ato de sua instituição, personalidade jurídica de direito público; e, finalmente, aquelas que, criadas pelo Poder Público, são instituídas, todavia, como pessoas jurídicas de direito privado (...). Essas duas últimas espécies – as fundações com personalidade jurídica de direito público criadas pelo Estado, e as fundações com personalidade jurídica de direito privado, também criadas pelo Estado, agora mediante lei e antes por autorização legislativa, compõem o sub-gênero dito “fundações públicas”, submetendo-se, ambas aos controles públicos, e integrando, ambas, a Administração Pública Indireta. O que as distingue entre si é que as fundações de direito público nada mais são que autarquias travestidas em forma fundacional. Por essa razão os servidores são considerados servidores públicos civis, aplicando-se-lhes, por exemplo, a norma do artigo 39 da Constituição Federal. Já a fundação de direito privado instituída pelo Poder Público – também fundação pública – é privada, mas não é particular.<sup>108</sup>

Com esses esclarecimentos iniciais, podemos passar para a análise mais aprofundada da fundação privada de direito privado.

## **1.6. FUNDAÇÕES PRIVADAS DE INTERESSE SOCIAL EM PORTUGAL E NO BRASIL**

Já elucidados alguns conceitos elementares sobre a pessoa jurídica “fundação”, passamos ao escopo deste trabalho que se afunila no âmbito das fundações privadas cujas finalidades atendem ao interesse social e que, portanto, sujeitam-se em muitos aspectos ao Direito Público.

No Brasil admitem-se apenas fundações privadas com finalidades de interesse social. Em Portugal, conforme disposto na recente Lei-Quadro das Fundações, essa

---

<sup>108</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Decisão Monocrática no Recurso Extraordinário n.º 219.900-1/RS, Relatora Ministra Ellen Gracie, julgado em 04.06.2002, pesquisável em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+219900%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/achl3ln> (última visualização em 20.05.17).

também é uma determinação no plano do direito constituído. A doutrina portuguesa, entretanto, não é pacífica quanto ao que se encaixaria no conceito de interesse social.

Adiante esmiuçaremos mais essa questão, porém, primeiramente convém entendermos melhor como se caracterizam as fundações privadas em Portugal e no Brasil.

Com o advento da LQF, as fundações privadas em Portugal foram definidas legalmente<sup>109</sup> como “pessoas coletivas, de direito privado, sem fim lucrativo, dotadas dos bens e do suporte económico necessários à prossecução de fins de interesse social”<sup>110</sup>. E, complementando o conceito, o n.º 2 do artigo 3.º da LQF apresenta tarefas consideradas de interesse social, a título exemplificativo.

Como já apresentado, no Brasil não há um conceito legal para fundação privada, todavia, as diferentes definições da doutrina levam a um denominador comum, o qual vai bem de encontro com aquele consignado em Portugal.

Eduardo Szazi define fundação como: “patrimônio destinado a servir, sem intuito de lucro, a uma causa de interesse público determinada, que adquire personificação jurídica por iniciativa de seu instituidor”. E complementa que uma das formas de se criar uma fundação é “por indivíduos ou empresas, quando assumem natureza de direito privado”<sup>111</sup>

Façamos o paralelo dos elementos presentes no conceito legal de fundação privada em Portugal com os elementos das fundações privadas no Brasil, verificados nesse texto de Eduardo Szazi: (a) pessoa coletiva = adquire personificação jurídica; (b) de direito privado = quando assumem natureza de direito privado; (c) sem fim lucrativo = sem intuito de lucro; (d) dotadas dos bens e do suporte económico necessários à prossecução de = patrimônio destinado a servir a; (e) quaisquer fins de interesse social = uma causa de interesse público determinada.

Verifica-se que os dois sistemas jurídicos analisados partem de conceitos quase equivalentes para estruturar as bases da pessoa coletiva fundacional.

Cristina Casal Baptista considera que as fundações privadas são organismos sociais privados que dispõem de capital e administração próprios necessários para realizar objetivos de interesse social.<sup>112</sup>

---

<sup>109</sup> Na Lei-quadro das fundações “São fixados conceitos, ao estilo da legislação europeia” Cf. CRISTINA PAULA CASAL BAPTISTA, *As Fundações*, p. 24.

<sup>110</sup> Conforme n.º 1 do artigo 14.º da LQF.

<sup>111</sup> Cf. EDUARDO SZAZI, *Terceiro setor*, p. 37.

<sup>112</sup> Cf. CRISTINA PAULA CASAL BAPTISTA, *As Fundações*, p. 29.

Como veremos, quando constituída, a fundação torna-se “sujeito jurídico autónomo que não se identifica nem com a pessoa do seu fundador, nem com a dos seus administradores”<sup>113</sup> A vontade do instituidor consagra-se em uma finalidade que guiará a vida da fundação. Essas características são verdade tanto em Portugal como no Brasil.

Interessante que a jurista portuguesa Cristina Casal Baptista e o jurista brasileiro José Sabo Paes levantam elementos semelhantes para caracterizar as fundações. Vejamos. Ela fala dos elementos intencional (*animus personificandi*), patrimonial, teleológico, e organizatório.<sup>114</sup> Ele fala em finalidade, origem (ou forma de criação), patrimônio, modo de administração (ou organização administrativa), e velamento pelo Ministério Público.<sup>115</sup>

São elementos semelhantes e podemos traçar os seguintes paralelos: (a) elemento intencional (*animus personificandi*) = origem; (b) elemento patrimonial = patrimônio; (c) elemento teleológico = finalidade; e (d) elemento organizatório = modo de administração, ou organização administrativa.

Destes apresentados acima verificamos apenas um elemento primordial no direito brasileiro que não estaria presente no direito português: o velamento pelo Ministério Público.

Todavia, o Professor Blanco considera que “o poder de *fiscalização* e por vezes de genuína *tutela* que as autoridades públicas detêm relativamente ao funcionamento de certas fundações privadas, constitui outro elemento de singularização destes entes colectivos.”<sup>116</sup> E, mais adiante, no capítulo 3 deste trabalho, abordaremos estes controles. Importa agora compreendermos no que consiste cada um dos outros elementos mencionados acima.

Como já vimos, tanto em Portugal como no Brasil, a fundação parte da vontade de pessoa(s) física(s) e/ou jurídica(s) – o(s) instituidor/fundador(es) – que deixará(ão) um

---

<sup>113</sup> Cf. CRISTINA PAULA CASAL BAPTISTA, *As Fundações*, p. 30. Mesmo entendimento é verificado em: (i) No Direito português: “O nexos causal de vinculação do patrimônio ao fim de interesse social ou público da fundação, implica que nem o fundador nem os administradores possam ser partes interessadas nos benefícios decorrentes da afectação de patrimônio, devendo em princípio os próprios beneficiários (...) serem colocados numa posição passiva, quanto à determinação do processo de fruição desse mesmo patrimônio.” Cf. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Da relevância*, p. 569. (ii) No Direito brasileiro: “bens que passaram a constituir a fundação se desvinculam totalmente do instituidor – (...) o próprio patrimônio é também a pessoa (não pertencendo ao instituidor, ou aos membros de sua administração, nem ao Estado, tampouco a seus usuários)” Cf. TOMÁZ DE AQUINO RESENDE, *Fundações*, p. 46.

<sup>114</sup> Cf. CRISTINA PAULA CASAL BAPTISTA, *As Fundações*, p. 30.

<sup>115</sup> Cf. JOSÉ EDUARDO SABO PAES, *Fundações, associações*, pp. 71-72.

<sup>116</sup> Cf. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Da relevância*, p. 554.

patrimônio para constituir a pessoa jurídica da fundação, a qual terá um propósito lícito, determinado e permanente. A forma de manifestar essa vontade de deixar seus bens para esse objetivo pode ocorrer tanto em vida, por meio de escritura pública, como em ato que terá validade após a morte do instituidor, que tenha deixado essa vontade expressa em testamento.<sup>117</sup>

O patrimônio, para ser doado ou deixado como legado, deve ser composto de bens livres<sup>118</sup>, isto é, não pode haver “dúvidas ou litígios sobre os bens afetos à fundação”<sup>119</sup>. Como explica Airton Grazioli, os bens devem estar livres de ônus e encargos<sup>120</sup>, uma vez que “tem por missão sustentar as atividades sociais que serão desenvolvidas”.<sup>121</sup>

O patrimônio também deve ser suficiente<sup>122</sup> para contemplar as finalidades estatutárias.

No Brasil, não existe um *quantum* mínimo para se constituir a fundação, de modo que o critério é discricionário: se a fundação for criada por ato *inter vivos*, o Ministério Público analisará a suficiência dos bens; se *causa mortis*, então o juiz que avaliará, em sede de inventário.<sup>123</sup>

Em Portugal há uma presunção de um valor patrimonial mínimo fixado pela Portaria n.º 75/2013, de 18 de fevereiro: 250.000 euros.<sup>124</sup> E o critério para essa avaliação

<sup>117</sup> Cf. caput do artigo 62.º do Código Civil brasileiro, cf. n.º 1 do artigo 185.º do Código Civil português, e cf. n.º 1 do artigo 17.º da LQF.

<sup>118</sup> Cf. artigo 62.º do Código Civil brasileiro (direito brasileiro).

<sup>119</sup> Cf. n.º 3 do artigo 7.º da LQF (direito português).

<sup>120</sup> Os bens: (i) devem ser propriedade de quem os doou para constituir a fundação, por *acto inter vivos* ou *mortis causa*; (ii) “devem ser passíveis de alienação e apropriação pela futura fundação”; e (iii) “não podem prejudicar credores ou a legítima de herdeiros necessários”. Cf. AIRTON GRAZZIOLI *et al.*, *Organizações*, p. 93.

<sup>121</sup> Cf. AIRTON GRAZZIOLI, *Fundações*, p. 44.

<sup>122</sup> No Direito português: cf. n.º 1 do artigo 3.º, alínea c) do n.º 2 e n.º 3 do artigo 22.º da LQF, e no Direito brasileiro: cf. artigo 63.º do Código Civil brasileiro, o qual dispõe que: “Quando insuficientes para constituir a fundação, os bens a ela destinados serão, se de outro modo não dispuser o instituidor, incorporados em outra fundação que se proponha a fim igual ou semelhante.”

<sup>123</sup> Cf. AIRTON GRAZZIOLI, *Fundações*, pp. 45-52.

<sup>124</sup> Conforme diretrizes do Direito Comunitário sugeridas pela União Europeia, a dotação inicial poderia variar entre 50 mil e 100 mil euros, porém em Portugal optou-se “por um valor mais elevado, na medida em que aqueles montantes não parecem adequados ao caso português, tendo em conta os compromissos assumidos no âmbito do Programa de Assistência Económica e Financeira a Portugal e a desejável sustentabilidade das fundações para a promoção dos respectivos fins de interesse social, sem recurso sistemático a apoios públicos.” Cf. Portaria n.º 75/2013.

A Espanha foi um exemplo nesse quesito: com a Lei de fundações adotada em 2002, optou-se por se estipular o valor de 30.000 euros para a dotação inicial, e, se não atingido, o instituidor precisa apresentar o “primeiro programa de atuação, junto com um estudo econômico que prove sua viabilidade utilizando exclusivamente aqueles recursos”. Daniel Dias comenta que

também é discricionário, visto que a suficiência da dotação patrimonial inicial será analisada pelo Primeiro Ministro<sup>125</sup> no momento do ato administrativo de reconhecimento da fundação privada<sup>126</sup>, sendo necessária apresentação de “comprovativo de uma dotação patrimonial inicial suficiente”, de acordo com a alínea c) do n.º 2 do artigo 22.º da Lei-Quadro.

Conforme explica o Professor Blanco de Moraes, de acordo com o n.º 2 do artigo 188.º do Código Civil português<sup>127</sup> (atualmente revogado e, em certos aspectos, correspondente à alínea b) do n.º 3 do artigo 118.º do Código Civil português)<sup>128</sup>, para se constituir uma fundação privada, não seria necessário existir um capital inicial mínimo, desde que possível financiar as atividades previstas pela fundação com subvenções ou rendimentos devidamente garantidos ou discriminados.<sup>129</sup> De modo análogo sobre o antigo dispositivo, Daniel Dias considera que a criação da fundação será reconhecida mesmo se a dotação inicial for insuficiente, desde que “existam fundadas expectativas de suprimento desta insuficiência”<sup>130</sup>.

A alteração deste artigo continuou mantendo a interpretação dos juristas mencionados acima, pois, da alínea b) do n.º 3 do artigo 188.º do CC português é possível depreender que um dos casos de insuficiência do patrimônio seria a não geração de rendimentos suficientes para garantir a realização de seus fins, de modo que o caso contrário (a possibilidade de a fundação gerar rendimentos suficientes para realizar seus fins – após seu reconhecimento) garantiria a suficiência patrimonial.

Daniel Dias considera que em Portugal, como em outros países de matriz romano-germânica, o critério da suficiência da dotação inicial para a criação da fundação deve levar em conta a expectativa de acréscimos patrimoniais posteriores.<sup>131</sup>

---

essa via legislativa foi bem aceita pela doutrina espanhola, e considera a experiência como “bem-sucedida”. Cf. DANIEL PIRES NOVAIS DIAS, *Negócio*, pp. 138-139.

<sup>125</sup> Cf. n.º1 do artigo 20.º da LQF: “...o reconhecimento de fundações privadas é da competência do Primeiro-Ministro, com a faculdade de delegação...”

<sup>126</sup> O processo de reconhecimento será estudado no capítulo 3 deste trabalho, quando trataremos do processo de instituição e constituição da fundação privada.

<sup>127</sup> N.º 2 do antigo artigo 188.º do Código Civil português: “Será igualmente negado o reconhecimento, quando os bens afectados à fundação se mostrem insuficientes para a prossecução do fim visado e não haja fundadas expectativas de suprimento da insuficiência.”

<sup>128</sup> “O reconhecimento pode ser negado: Se o património afetado for insuficiente ou inadequado, designadamente se estiver onerado com encargos que comprometam a realização dos fins estatutários ou se não gerar rendimentos suficientes para garantir a realização daqueles fins”.

<sup>129</sup> Cf. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Da relevância*, p. 574.

<sup>130</sup> Cf. DANIEL PIRES NOVAIS DIAS, *Negócio*, p. 130.

<sup>131</sup> Cf. DANIEL PIRES NOVAIS DIAS, *Negócio*, pp. 129-134.

O autor reconhece que nesse aspecto o Direito fundacional no Brasil está em sintonia com o de Portugal, o que deixa consignado em:

(...) no Brasil, para a dotação patrimonial ser suficiente, basta que os bens dotados possam custear apenas o primeiro programa de atividades da fundação e o instituidor também apresente fundadas expectativas de incremento patrimonial, a ponto de o cumprimento duradouro e sustentável do fim fundacional parecer assegurado.<sup>132</sup>

Quanto ao elemento teleológico, referente à finalidade da fundação, já discutimos brevemente, mas elaboraremos melhor o assunto no item 1.7 deste capítulo.

Em relação ao elemento organizatório, sabe-se que a fundação, após constituída, será organizada em órgãos sociais, que em conjunto garantirão o bom funcionamento da fundação. Novamente é possível traçar paralelos em relação aos órgãos das fundações portuguesas e brasileiras.

Em relação a Portugal, como afirma António Menezes Cordeiro: “O Código Civil não contém regras expressas sobre a administração das fundações (...) A Lei-Quadro corresponde, com mais desenvolvimentos (26.º a 30.º).”<sup>133</sup>

No Brasil também não foram estabelecidas regras expressas em relação ao modelo organizatório e quais as funções dos órgãos sociais da fundação. A doutrina é que discorre sobre o tema.

De acordo com o artigo 26.º da LQF, as fundações privadas em Portugal devem ser compostas, ao menos, pelos seguintes órgãos: (a) órgão de administração, a quem compete a gestão do património da fundação, bem como deliberar sobre propostas de alteração dos estatutos, de modificação e de extinção da fundação; (b) órgão diretivo ou executivo, com funções de gestão corrente; e (c) órgão de fiscalização, a quem compete a fiscalização da gestão e das contas da fundação.

As fundações privadas no Brasil seguem a mesma lógica em relação a sua estrutura organizacional:

Segundo Sabo Paes, a função do Conselho Curador ou Deliberativo – o qual Airton Grazioli também chama de Conselho de Administração ou Conselho Superior – seria “deliberar e traçar metas e diretrizes”<sup>134</sup>, o que corresponde ao “órgão de administração” das fundações portuguesas referido na alínea a) do artigo 26.º da LQF.

---

<sup>132</sup> Cf. DANIEL PIRES NOVAIS DIAS, *Negócio*, p. 135.

<sup>133</sup> Cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, O regime das fundações, *in Revista de direito das sociedades*, V, n.º 4, Coimbra, 2013, p.734.

<sup>134</sup> Cf. JOSÉ EDUARDO SABO PAES, *Fundações, associações*, pp. 71-72.

Há ainda um conselho administrativo ou executivo com função de executar, conforme Sabo Paes.<sup>135</sup> Grazioli faz referência ao mesmo órgão chamando-o de Diretoria Executiva, “responsável pela administração da fundação e execução de suas funções estatutárias”<sup>136</sup>, o que é nada menos do que a “gestão corrente” atribuída ao “órgão diretivo ou executivo” das fundações em Portugal, consoante alínea b) do artigo 26.º da LQF.

E tal como descrito na alínea c) do artigo 26.º da LQF, no Brasil também há um órgão de fiscalização: o Conselho Fiscal, que realiza o “controle interno das atividades executadas”<sup>137</sup>. Como dita Simone Coelho: “Sua função é o exame periódico das contas anuais apresentadas pela diretoria (...) opina também sobre os assuntos relacionados à movimentação do patrimônio, seja a aquisição ou a alienação”.<sup>138</sup>

E, uma vez que estamos tratando de funções privadas com autonomia administrativa, além de cada função específica de cada órgão, deve haver uma criatividade por parte dos órgãos sociais que compõem a fundação, no sentido de alcançar melhores resultados com os recursos investidos. Sob essa ótica, Rui Vilar e Rui Gonçalves observam que: “os órgãos de administração das fundações são responsáveis pela permanente adaptação do mandato social que lhes foi atribuído pelos fundadores às necessidades sociais que condicionam o seu ambiente de actuação.”<sup>139</sup>

## **1.7. INTERESSES DAS FUNDAÇÕES PRIVADAS EM PORTUGAL E NO BRASIL**

As fundações sustentam-se pelo tripé: patrimônio, fim e organização. Destes três pilares, o fim/finalidade é o mais subjetivo, e sua compreensão requer que nos debrucemos sob o tema de forma atenta e especulativa.

Quando se trata de fundações públicas, não há dúvidas de que os fins a serem prosseguidos devem ser de interesse público. Em se tratando de fundações privadas, no

---

<sup>135</sup> Cf. JOSÉ EDUARDO SABO PAES, *Fundações, associações*, p. 72.

<sup>136</sup> Cf. AIRTON GRAZZIOLI, *Fundações*, p. 93.

<sup>137</sup> Cf. AIRTON GRAZZIOLI, *Fundações*, p. 93.

<sup>138</sup> Cf. SIMONE DE CASTRO TAVARES COELHO, *Terceiro setor*, p. 117.

<sup>139</sup> Cf. EMÍLIO RUI VILAR / RUI HERMENEGILDO GONÇALVES, A legitimidade das fundações filantrópicas, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, I, Coimbra, Editora Coimbra, 2012, p. 752.

entanto, essa mesma premissa não é automática, embora muitos autores simplifiquem a questão dessa maneira.<sup>140</sup>

Vejamos o que legislação e doutrina de Portugal e do Brasil dissertam sobre o tema.

### 1.7.1. INTERESSE FUNDACIONAL EM PORTUGAL

Como já visto, a recente Lei-Quadro das Fundações traça, no n.º 1 do artigo 14.º, o seguinte conceito de fundação privada: “As fundações privadas são pessoas coletivas de direito privado, sem fim lucrativo, dotadas dos bens e do suporte económico necessários à prossecução de *fins de interesse social*”. (*grifo nosso*) O n.º 2 do mesmo artigo completa que a fundação poderá prosseguir qualquer fim de interesse social.

A mesma lei define que para serem considerados de interesse social, os fins da entidade devem beneficiar pelo menos uma categoria de pessoas ou entidades que não esteja ligada ao fundador, seus familiares, amigos ou parceiros comerciais<sup>141</sup>. E, a seguir, estabelece uma lista exemplificativa<sup>142</sup> do que se encaixaria nos designados “interesses sociais”.

O Código Civil português também determina que as fundações têm como objetivo a prossecução de fins de interesse social<sup>143</sup> e, no caso de os fins de determinada instituição

---

<sup>140</sup> “Conceitos como «interesse geral», «interesse do Estado», «interesse social», «interesse colectivo», «interesses difusos» ou mesmo «utilidade pública» e «bem comum» são, ou parecem ser, muitas vezes utilizados em sinonímia pelo legislador, jurisprudência e doutrina, sem que se determine se tal é possível ou se é funcional.” Cf. DOMINGOS MIGUEL SOARES FARINHO, *Fundações*, p. 328.

<sup>141</sup> Cf. n.º 2 do artigo 3.º da LQF.

<sup>142</sup> Cf. n.º 2 do artigo 3.º da LQF, são finalidades de interesse social: a) assistência a pessoas com deficiência; b) assistência a refugiados e migrantes; c) assistência às vítimas de violência; d) cooperação para o desenvolvimento; e) educação e formação profissional dos cidadãos; f) preservação do património histórico, artístico ou cultural; g) prevenção e erradicação da pobreza; h) promoção da cidadania e a proteção dos direitos do homem; i) promoção da cultura; j) promoção da integração social e comunitária; k) promoção da investigação científica e do desenvolvimento tecnológico; l) promoção das artes; m) promoção de ações de apoio humanitário; n) promoção do desporto ou do bem-estar físico; o) promoção do diálogo europeu e internacional; p) promoção do empreendedorismo, da inovação ou do desenvolvimento económico, social e cultural; q) promoção do emprego; r) promoção e proteção da saúde e a prevenção e controlo da doença; s) proteção do ambiente ou do património natural; t) proteção dos cidadãos na velhice e invalidez e em todas as situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho; u) proteção dos consumidores; v) proteção e apoio à família; w) proteção e apoio às crianças e jovens; x) resolução dos problemas habitacionais das populações; y) combate a qualquer forma de discriminação ilegal.

<sup>143</sup> Cf. n.º 1 do artigo 185.º do Código Civil português.

deixarem de revestir interesse social, esta tem a possibilidade de propor a transformação de sua finalidade<sup>144</sup>.

Da análise dos desses diplomas legais que regulam as fundações privadas em Portugal, admite-se que os fins fundacionais não visam ao lucro, e atendem ao chamado interesse social.

Para entender melhor o que se encaixa em interesse social; e quais os limites das finalidades que as fundações criadas sob o ordenamento jurídico português podem percorrer, é preciso recorrer à doutrina.

Marcello Caetano leciona que quando o Código Civil fala em fundações de interesse social, está-se diante da concepção de que a fundação está voltada para atender uma generalidade de pessoas, e não para beneficiar o instituidor ou pessoas que ele pudesse escolher.<sup>145</sup>

Cristina Casal Baptista considera que as fundações disciplinadas pelo direito português são organizações que buscam realizar finalidade de interesse social, de forma duradoura. No mais, ela explica que não basta apenas o fim ter um caráter social: ele deve também reverter em benefícios para uma ampla comunidade.<sup>146</sup>

Antes do advento da Lei-Quadro, António Menezes Cordeiro já defendia que o Direito português deveria expandir o conceito de interesse social, o qual tende a condicionar as áreas de atuação das fundações.<sup>147</sup> Para Menezes Cordeiro, a expansão do conceito de interesse social fazia sentido na medida em que “Qualquer gestão de riqueza é de «interesse social»”.<sup>148</sup>

António Menezes Cordeiro considera que o regime jurídico português atual admite apenas a “fundação social”, uma vez que mesmo após a reforma, “a Lei n.º 24/2012 não abriu as fundações à atividade privada em geral”.<sup>149</sup> Ademais, conforme Menezes, não se admite, no direito português, a constituição de fundações de família, as

---

<sup>144</sup> Cf. alínea b) do n.º 2 do artigo 190.º do Código Civil português e alínea b) do n.º 2 do artigo 32.º da LQF.

<sup>145</sup> Cf. MARCELLO CAETANO, *Manual*, pp. 194-195.

<sup>146</sup> Cf. CRISTINA PAULA CASAL BAPTISTA, *As Fundações*, p. 56.

<sup>147</sup> Sobre isto também, Menezes traz uma importante observação: “No Direito português, era importante erradicar, da cultura jurídica, o pré-entendimento desfavorável às pessoas coletivas. Vê-se, nelas, algo de excepcional, a condicionar pelo Estado. Já não é o caso, no mundo atual: a personalidade coletiva ou *modo coletivo* de atuação é apenas um instrumento, ao serviço das pessoas.” Cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, IV, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2011, p. 819.

<sup>148</sup> Cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, p.819.

<sup>149</sup> Cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *O regime*, p. 725.

quais beneficiariam apenas membros atuais e futuros de certa família, geralmente pertencente ao instituidor.<sup>150</sup>

Apesar da proibição, Menezes Cordeiro infere que Portugal poderia considerar uma reforma na matéria fundacional de modo a acolher no direito português as fundações de família<sup>151</sup> (Alemanha) e as de empresa<sup>152</sup> (França).<sup>153</sup> Essa compreensão deriva do alargamento do que se entende caber no conceito de “interesse social”. Domingos Soares Farinho compartilha dessa posição:

em teoria, uma Fundação Privada tanto poderá prosseguir um interesse privado particular, não social, isto é, não formal e directamente considerado como um interesse da comunidade política, como a protecção da família do fundador ou a gestão de uma empresa; como poderá prosseguir um interesse privado social, como a protecção do ambiente.<sup>154</sup>

Os Professores Blanco de Moraes e Domingos Farinho entendem que um interesse social não se restringe a um interesse geral da sociedade. Para se atender ao interesse social bastaria a fundação percorrer fins altruísticos, não contrários ao interesse da coletividade.<sup>155</sup>

O mais adequado seria referir-nos aos fins de interesse social como fins altruísticos, ou fins desinteressados – que não contrários ao interesse público –, conforme nos orienta o Professor Doutor Domingos Soares Farinho.<sup>156</sup>

Sobre o tema, o Professor Carlos Blanco afirma que a fundação “desenvolve um conjunto de atividades destinadas ao preenchimento de fins desinteressados, ligados em regra a um escopo de interesse social ou público”.<sup>157</sup>

Dessa definição, nota-se que interesse social e interesse público também não são sinônimos. E assim, Blanco explica:

A expressão “interesse social”, não implica que o fim do ente, cujo reconhecimento se requer, seja de “interesse geral” ou de *relevância*

<sup>150</sup> Cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *O regime*, p. 734.

<sup>151</sup> A instituição da fundação de família “pretendeu assegurar a prossecução de fins privados não sociais (ou, melhor, sem impacto social direto).” Cf. DOMINGOS MIGUEL SOARES FARINHO, *Fundações*, pp. 300-301.

<sup>152</sup> “a Fundação-empresa mais não é do que uma Fundação cujo fim fundacional é a prossecução de uma actividade comercial, o que significa que os proveitos de tal actividade estão continuamente a alimentar o desenvolvimento dessa mesma actividade.” Cf. DOMINGOS MIGUEL SOARES FARINHO, *Fundações*, p. 315.

<sup>153</sup> Cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, pp.819-820.

<sup>154</sup> Cf. DOMINGOS MIGUEL SOARES FARINHO, *Fundações*, p. 299.

<sup>155</sup> Cf. DOMINGOS MIGUEL SOARES FARINHO, *Fundações*, pp. 251-262; cf. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Da relevância*, p. 573.

<sup>156</sup> Cf. DOMINGOS MIGUEL SOARES FARINHO, *Fundações*, pp. 251-264.

<sup>157</sup> Cf. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Da relevância*, p. 553.

*pública*, mas tão só que seja desinteressado e que dele emane a título principal, uma certa utilidade para a colectividade, estabelecendo-se necessariamente um nexos causal entre esta e os objectivos permanentes da fundação.<sup>158</sup> (*grifo nosso*)

Marcello Caetano já assumira que pessoas coletivas de direito privado, incluídas as fundações privadas, nascem do interesse privado e este seria a “razão de ser da sua existência”. Podem, no entanto, assumir funções públicas e prosseguir interesses administrativos se, em conformidade com a lei, forem “chamadas a colaborar com as pessoas colectivas de direito público.”<sup>159</sup>

Domingos Soares Farinho aprofunda a matéria do interesse fundacional em sua tese de doutorado, e considera que a fundação privada persegue fins privados, os quais estão legalmente ligados a interesses denominados como sociais. Dessa maneira, as fundações privadas em Portugal satisfazem ao interesse geral, embora criadas para prosseguirem interesses privados sociais.<sup>160</sup>

Ele explica que no âmbito das fundações privadas, os interesses prosseguidos são privados, materialmente coincidentes ou não com o interesse geral e que, no direito português, os interesses privados devem ser sempre sociais e, portanto, materialmente coincidentes com os interesses gerais. Ademais, ao satisfazerem interesse geral, os fins fundacionais “podem coincidir com os modos como o interesse público em sentido estrito é atribuído às entidades representantes da comunidade política.”<sup>161</sup>

Não se visa no presente trabalho a um aprofundamento a respeito do interesse jurídico administrativo fundacional, mas é relevante que doutrina e aplicadores do Direito fundacional brasileiro tomem conhecimento desse assunto já discutido pela doutrina portuguesa.

### **1.7.2. INTERESSE FUNDACIONAL NO BRASIL**

No plano do direito positivado, as finalidades das fundações privadas brasileiras, tal como em Portugal, visam a promover o interesse social.

No Brasil, a discussão sobre o interesse jurídico administrativo fundacional não chegou a tomar as mesmas proporções verificadas no Direito português, que tem bastante

---

<sup>158</sup> Cf. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Da relevância*, p. 573.

<sup>159</sup> Cf. MARCELLO CAETANO, *Manual*, p. 195.

<sup>160</sup> Cf. DOMINGOS MIGUEL SOARES FARINHO, *Fundações*, pp. 757-759.

<sup>161</sup> Cf. DOMINGOS MIGUEL SOARES FARINHO, *Fundações*, pp. 405; 422.

influência do Direito comunitário. Apesar disso, é importante citarmos o trabalho de Daniel Dias que, em 2014, analisou os fins fundacionais no Brasil ao longo da história:

partiu-se de entendimento em que a previsão de fins particulares era aceita, caminhou-se para a restrição dos fins ao de interesse coletivo e atualmente chegou-se à positivação de dispositivo que, se mal interpretado, pode levar a uma restrição ainda maior do fim fundacional.<sup>162</sup>

Considerando que o trecho acima foi extraído de trabalho publicado em 2014, sabe-se que o dispositivo a que Daniel Dias se refere previa que as fundações só poderiam ser criadas para atender a finalidades religiosas, morais, culturais e de assistência.

Enquanto o referido artigo 62.º do Código Civil de 2002 limitava as finalidades das fundações às quatro mencionadas, havia algumas diferentes interpretações quanto à sua aplicação: alguns entendiam que a interpretação deveria ser literal; outros consideravam que o artigo não tinha aplicação; e a maioria da doutrina, tal como Daniel Dias, considerava que: “o referido dispositivo deve ser interpretado de maneira a dele se extrair apenas uma proibição de criação de fundações destinadas a fins particulares ou, de maneira equivalente, uma permissão de criação de fundações voltadas a fins de interesses sociais ou coletivos.”<sup>163</sup>

Da leitura do artigo 11.º da lei de introdução ao Código Civil brasileiro<sup>164</sup>, depreende-se que as fundações destinar-se-ão a fins de interesse coletivo, conforme entendimento de Cássio Resende.<sup>165</sup>

Em estudo de direito comparado entre fundações privadas no Mercosul, Maristela Basso instrui que as fundações privadas no Brasil possuem fim coletivo.<sup>166</sup>

Eduardo Szazi alega que a fundação deve destinar-se a fins “lícitos, não lucrativos e de interesse coletivo.”<sup>167</sup>

Airton Grazzioli e Edson José Rafael alertavam para a característica intrínseca da fundação de visar a fins de interesse social: “diz-se que a associação é um modelo de

<sup>162</sup> Cf. DANIEL PIRES NOVAIS DIAS, *Negócio*, p. 102.

<sup>163</sup> Cf. DANIEL PIRES NOVAIS DIAS, *Negócio*, p. 109.

<sup>164</sup> Trazida ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto-Lei n.º 4.657/1942 e denominada “Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro”, de acordo com alteração feita pela Lei n.º 12.376/2010.

<sup>165</sup> Cf. CÁSSIO EDUARDO ROSA RESENDE, *Legislação*, p.59.

<sup>166</sup> Cf. MARISTELA BASSO, *Fundações privadas nos países do Mercosul: uma análise comparada*, in *Anais do I encontro das fundações do Mercosul*, Porto Alegre, Centro Brasileiro de Fundações, 1997, pp. 67-68.

<sup>167</sup> Cf. EDUARDO SZAZI, *Terceiro setor*, p. 39.

pessoa jurídica para atividades com ou sem finalidade social. A fundação, diferentemente, deve exercer, sempre, atividades de interesse social”<sup>168</sup>

Para Grazzioli, as atividades a serem desenvolvidas pela fundação serão “sempre de natureza social e de interesse público”.<sup>169</sup>

Com a Lei n.º 13.151/2015, entretanto, o artigo 62.º do Código Civil brasileiro foi alterado, e em sua redação atual estão arrolados os fins a serem perseguidos pelas fundações<sup>170</sup>. Alargou-se, portanto, o espectro dos fins fundacionais legalmente previstos.

Em livro recente sobre as Organizações da Sociedade Civil, os autores deixam claro que a fundação “resulta de uma construção de técnica jurídica altamente valiosa para realizar fins socialmente úteis”.<sup>171</sup> Eles são mesmo enfáticos em relação aos fins de interesse social das fundações privadas e de outras entidades do Terceiro Setor:

O terceiro setor é composto por entidades que podem ser enquadradas como entes de cooperação do Estado, pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de *serviços de interesse social*, por meio de atividades sem fins lucrativos, colaborando assim com o Estado, mas, especialmente, tendo por meta a *realização dos anseios sociais*.

Nele estão inseridas, dentre outras modalidades de pessoas jurídicas, as *fundações privadas* e as associações de interesse social, que buscam a *realização do bem comum, com marcante interesse público*. Dessa maneira, o terceiro setor é uma categoria à parte, com *finalidades voltadas quase exclusivamente ao atendimento da sociedade, em projetos de interesse social*.

(...) Todas as entidades que o compõem têm *interesses eminentemente sociais*, com ausência de lucro e *atendimento voltado para fins públicos*.<sup>172</sup> (grifo nosso)

Como podemos perceber no trecho citado, esse interesse social de que falam está intrinsecamente ligado ao bem comum da coletividade. Esses interesses sociais das fundações privadas correspondem, portanto, a interesses gerais e, conforme verificado no excerto acima, são automaticamente considerados interesses públicos.

---

<sup>168</sup> Cf. AIRTON GRAZZIOLI/ EDSON JOSÉ RAFAEL, Considerações gerais sobre associação e fundação, in *Artigos do portal da Associação Paulista de Fundações – APF* [recurso eletrônico], 01 de maio de 2012. Disponível em: <http://www.apf.org.br/fundacoes/index.php/artigos/17-consideracoes-gerais-sobre-associacao-e-fundacao.html> (última visualização em 20.05.17).

<sup>169</sup> Cf. AIRTON GRAZZIOLI, *Fundações privadas*, p. 84.

<sup>170</sup> Cf. artigo 62.º do CC brasileiros são a fundação somente poderá constituir-se para fins de: I) assistência social; II) cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico; III) educação; IV) saúde; V) segurança alimentar e nutricional; VI) defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável; VII) pesquisa científica, desenvolvimento de tecnologias alternativas, modernização de sistemas de gestão, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos; VIII) promoção da ética, da cidadania, da democracia e dos direitos humanos; e IX) atividades religiosas.

<sup>171</sup> Cf. AIRTON GRAZZIOLI *et al.*, *Organizações*, p. 68.

<sup>172</sup> Cf. AIRTON GRAZZIOLI *et al.*, *Organizações*, p. 29.

Não há aqui uma discussão sobre o interesse jurídico de entidade privada ser, em sua essência, interesse privado, tal como já se verifica na doutrina portuguesa. Uma vez sendo interesse materialmente público, a doutrina brasileira costuma assumir que os interesses sociais das fundações privadas são interesses que atendem a finalidades públicas.

Sabo Paes reconhece que existem fundações que não visam ao interesse social, “mas a fins particulares ou egoístas, como as alcunhadas de «fundações familiares»”. Esse formato fundacional não é, todavia, admitido perante o Direito brasileiro.<sup>173</sup>

Sabe-se que, conforme artigo 66.º do Código Civil brasileiro, o Ministério Público é órgão responsável pelo velamento das fundações – o que veremos mais detalhadamente no capítulo 3.

Sabe-se também que o Ministério Público é órgão responsável pela defesa de *interesses sociais e individuais indisponíveis* (artigo 127.º, caput, da Constituição Federal do Brasil), e pela proteção do *patrimônio público e social*, bem como dos *interesses difusos e coletivos* (artigo 129.º, inciso III, da Constituição Federal do Brasil).<sup>174</sup>

A atribuição ao Ministério Público do velamento das fundações privadas representa, portanto, um embasamento constitucional de que as fundações privadas previstas no ordenamento brasileiro estão necessariamente atreladas a fins de interesses sociais que sejam coletivos.

Simone Coelho, diferencia fim público de fim coletivo, apoiando-se em explicação de Augusto Franco:

Pelo menos teoricamente, essas organizações distinguiriam-se das entidades privadas inseridas no mercado por não objetivarem o lucro e por responderem, em alguma medida, às necessidades coletivas. Aqui vale um parêntese, para explorarmos um pouco mais o que significa “atender a necessidades coletivas”. É preciso não confundir “coletivo” e “público”. Augusto de Franco explora essa diferença afirmando que nem todas as entidades, pertencentes ao terceiro setor possuem fins públicos. Grande parte do setor é composta por organizações com fins coletivos privados, como uma organização para observação de pássaros tropicais, por exemplo, ou aquelas que cultivam orquídeas, ou que coleciona as mais diferentes coisas, ou ainda grupos literários ou artísticos. São esses grupos de cidadãos que se associam voluntariamente visando a um objetivo que só interessa a eles próprios, “que não tem a pretensão ou a obrigação de atender a um interesse comum da sociedade e, portanto, que não estão voltados para o bem comum ou para a chamada utilidade pública”.

---

<sup>173</sup> Cf. JOSÉ EDUARDO SABO PAES, *Fundações, associações*, p. 222.

<sup>174</sup> Cf. JOSÉ EDUARDO SABO PAES, *Fundações, associações*, p. 70.

Segundo Franco, somente podemos dizer que têm fins públicos aquelas organizações do terceiro setor que produzem bens ou serviços de caráter público ou de interesse geral da sociedade. Assim teríamos apenas dois subgrupos entre as organizações do terceiro setor que cumpririam essa finalidade: as que prestam serviço público e as que advogam direitos (de interesse geral e difuso da sociedade).<sup>175</sup>

Essa visão do tema, porém, não se refere às fundações privadas apenas, mas ao Terceiro Setor como um todo, de modo que dentre as organizações referidas neste excerto da doutrina, estão sendo consideradas também as associações, as quais não necessariamente possuiriam interesse social. Mas nesse trecho também podemos perceber que quando o autor fala em interesse privado, ele não está observando aqueles conceitos que Domingos Farinho e Marcello Caetano trazem em Portugal (em que o fim é de interesse privado na essência por pertencer a pessoa coletiva/jurídica privada). O significado de interesse privado para Augusto Franco no excerto acima é o de interesse particular na explicação de Domingos Farinho, contida no item 1.7.1 acima.

Também contrapondo interesse público e interesse coletivo, Carlos Eduardo Silva *et al*, manifestaram-se: “nem todas as finalidades ou objetivos defendidos pelas associações ou fundações estão relacionados a questões de interesse público, havendo, também, aquelas ligadas a interesses coletivos mais restritos.”<sup>176</sup>

Maria Cecília Kother constata que “os países de primeiro mundo, que têm uma economia sólida, possuem um sistema fundacional altamente desenvolvido e atuante” e, por isso alerta para a necessidade de governo e sociedade nos países emergentes – e aqui se encaixa o Brasil – desenvolverem e apoiarem as fundações “pelo muito que podem representar, atuando na busca de soluções das deficiências sociais.”<sup>177</sup>

Assim, além da discussão sobre o interesse jurídico das fundações privadas em Portugal e Brasil, é possível se estender essa reflexão, para se compreender que, até mesmo em razão da situação socioeconômica do Brasil, as fundações acabam por assumir um papel de “atendimento ao público”, e “tem contribuído para reduzir os problemas socioeconômicos”.<sup>178</sup>

---

<sup>175</sup> Cf. SIMONE DE CASTRO TAVARES COELHO, *Terceiro setor*, p. 59.

<sup>176</sup> Cf. CARLOS EDUARDO GUERRA SILVA *et al.*, *Formas jurídicas*, p. 46. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/cgpc/article/view/3563/2248> (última visualização em 28.05.17).

<sup>177</sup> Cf. MARIA CECÍLIA MEDEIROS DE FARIAS KOTHER, *Fundação: uma exigência à reflexão*, Porto Alegre, FIJO - Fundação Irmão José Otão, 1999, p. 20.

<sup>178</sup> Cf. DORA SÍLVIA CUNHA BUENO, *As fundações e a economia sustentável*, in *Artigos do portal da Associação Paulista de Fundações – APF* [recurso eletrônico], 25 de maio de 2010.

Dessa forma, conforme Maria Kother: “as Fundações extrapolam suas próprias finalidades, servindo como suporte para soluções de problemas governamentais eminentemente de natureza pública”.<sup>179</sup>

Em seu artigo, José Perazzolo também destaca a importância das atividades das fundações privadas para a sociedade brasileira atual e chama atenção para o interesse público presente nelas.<sup>180</sup>

Apesar de a doutrina dominante se ater ao interesse fundacional como interesse social e, muitas vezes, fazer uma correlação automática de interesse social com interesse público, Daniel Dias considera que, à luz da experiência de países europeus, o Brasil poderia repensar a questão do interesse jurídico fundacional, como se verifica em:

No Brasil, é preciso ir além do argumento, reiterada e superficialmente repetido, de que as fundações são essencialmente destinadas a fins sociais. Essa espécie de destinação corresponde a mera tradição histórica, que é não só superável, como de fato tem sido superada em diversos países. A questão reclama, portanto, por reforma também no Direito brasileiro.<sup>181</sup>

Sabe-se que o tema das fundações privadas está em contínua discussão e na última década os países em comento publicaram novas leis aplicáveis à matéria. Os aspectos conceituais e comparados apresentados neste capítulo fornecem uma primeira compreensão a respeito do instituto das fundações privadas em Portugal e no Brasil. Passamos, então, para o próximo capítulo, com intuito de apresentar as fontes normativas para as fundações privadas em Portugal e no Brasil, bem como as diferenças de abordagem do estudo da matéria em cada país.

---

Disponível em: <http://www.apf.org.br/fundacoes/index.php/artigos/2-as-fundacoes-e-a-economia-sustentavel.html> (última visualização em 28.05.17).

<sup>179</sup> Cf. MARIA CECÍLIA MEDEIROS DE FARIAS KOTHER, *Fundação: uma exigência à reflexão*, Porto Alegre, FIJO - Fundação Irmão José Otão, 1999, p. 20.

<sup>180</sup> Cf. JOSÉ RODOLPHO PERAZZOLO, *Gestão*, p. 26.

<sup>181</sup> Cf. DANIEL PIRES NOVAIS DIAS, *Negócio*, p. 114.

## **2. FONTES NORMATIVAS PARA AS FUNDAÇÕES PRIVADAS EM PORTUGAL E NO BRASIL**

Uma vez que as fundações selecionadas para posterior estudo de caso são a Fundação Casa da Música (de Portugal) e a Fundação Orquestra Sinfônica do Estado de São Paulo – Fundação OSESP (do Brasil), cumpre aqui compreender o direito aplicável a cada uma delas, de acordo com as fontes normativas vigentes para as fundações privadas em cada país, e para os respectivos regimes jurídicos complementares.

A Fundação Casa da Música é privada, co-instituída pelo Estado, e possui título de utilidade pública. A Fundação OSESP também é privada (e no caso possui apenas instituidores privados), e foi qualificada como Organização Social.

Passa-se a analisar, então, os regimes jurídicos gerais das fundações privadas, bem como regimes jurídicos especiais, e como são aplicados na prática, especialmente no que diz respeito ao âmbito regulatório.

### **2.1. FONTES NORMATIVAS PARA AS FUNDAÇÕES PRIVADAS EM PORTUGAL**

As fundações têm como fontes: a lei, a doutrina e a jurisprudência. A legislação de Portugal é muito extensa. Hoje, o atual diploma que reúne os tipos de fundações, e inclusive altera pontos do Código Civil acerca de pessoas coletivas privadas, é a já mencionada Lei-quadro das fundações (LQF), aprovada em 9 de julho de 2012 e alterada em 10 de setembro de 2015.

O fato é que a LQF não é a única fonte legal para o direito administrativo fundacional português, o qual foi se formando ao longo de muitos anos, com diversos diplomas legais aplicáveis a regimes gerais e especiais. Trata-se de uma manta de retalhos que passamos a analisar.

Primeiramente, nota-se que Constituição da República Portuguesa de 1976, doravante “CRP”, menciona ‘fundações’, sem, contudo, estabelecer conceitos normativos para elas. As fundações públicas são citadas na alínea u) do n.º 1 do artigo 165.º. Há, ainda, referências a fundações culturais – que são entendidas como fundações privadas<sup>182</sup>,

---

<sup>182</sup> “Por lógica oposição taxinómica”, cf. DOMINGOS MIGUEL SOARES FARINHO, *Fundações*, p. 215.

no n.º 3 do artigo 70.º, e no n.º 3 do artigo 73.º. No mais, em outros artigos, a CRP faz outras alusões a pessoas coletivas que podem ter formato fundacional.

Anteriormente à CRP, as fundações privadas de utilidade pública começaram por não ter direito aplicado. Depois, ao adentrar o direito infraconstitucional, houve disposições no Código Administrativo, vigente desde 1940, que podiam ser entendidas como aplicáveis às fundações. Trata-se da previsão legal para as pessoas coletivas de utilidade pública administrativa, abrangidas pelo Título VIII, nos artigos de 416.º a 448.º.

Eram, basicamente, institutos de assistência ou educação, fundados por particulares. Ocorre que o regime tal como previsto nesse código é entendido apenas como uma “categoria clássica remanescente” (informação verbal)<sup>183</sup>, sem aplicabilidade nos dias de hoje.<sup>184</sup>

Seguindo uma ordem cronológica a partir daí, no fim de 1966 passou a vigorar o atual Código Civil, que previu um regime jurídico para as fundações privadas, o qual foi alterado pela Lei n.º 24 de 2012<sup>185</sup> e, novamente, pela Lei n.º 150 de 2015<sup>186</sup>.

Onze anos depois, o Decreto-Lei n.º 460, de 7 de novembro de 1977<sup>187</sup>, aprovou o Regime Jurídico das Pessoas Coletivas de Utilidade Pública, doravante “RJPCUP”. Este deveria ser aplicado de forma complementar aos regimes jurídicos materiais das pessoas coletivas de direito privado, sem fins lucrativos (v.g. associações e fundações), cujas atividades fossem dirigidas a áreas de interesse geral, coincidentes com os interesses das Administrações central ou local<sup>188</sup>. Não se trata aqui de uma espécie do gênero fundacional, mas de uma “qualificação” que pode ser somada às já constituídas fundações privadas.

A seguir, em 1983, foi aprovado o Estatuto das Instituições Particulares de Solidariedade Social, doravante “EIPSS”, em que há previsão de fundações de solidariedade social na alínea d) do n.º 1 do artigo 2.º. Para Carla Amado Gomes, elas seriam uma subespécie das pessoas coletivas de utilidade pública que, ao prosseguirem

---

<sup>183</sup> Nas uma categoria residual, em que se encaixam principalmente associações, como a Misericórdia de palavras do Professor Marcelo Rebelo de Sousa, proferidas em aula de 17 de junho de 2015, as pessoas coletivas de utilidade pública administrativa seriam de Lisboa.

<sup>184</sup> Cf. DOMINGOS MIGUEL SOARES FARINHO, *Fundações*, pp. 217-218.

<sup>185</sup> Essa mesma lei aprova a Lei-quadro das fundações e altera o Código Civil, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47.344, de 25 de novembro de 1966.

<sup>186</sup> Essa lei procedeu à primeira alteração da Lei-quadro das fundações e alterou o Código Civil, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47.344, de 25 de novembro de 1966.

<sup>187</sup> Este decreto foi alterado pelo Decreto-Lei n.º 391, de 13 de dezembro de 2007.

<sup>188</sup> Cf. DOMINGOS MIGUEL SOARES FARINHO, *Fundações*, p. 222.

objetivos de interesse público, receberiam apoio financeiro do Estado e, por conseguinte, sujeitar-se-iam ao seu regime de tutela administrativa.<sup>189</sup>

A legislação ordinária não parou por aí. Em 1989, outro decreto lei definiu a “fundação de segurança social complementar” que seria um tipo específico das fundações de solidariedade social, já previstas no EIPSS. Nesse regime especial, essas fundações de solidariedade social teriam o objetivo de gerir regimes de segurança social complementares.<sup>190</sup>

No tocante ao direito aplicado às fundações privadas portuguesas, ainda podemos citar o Estatuto das Organizações não-governamentais de cooperação para o desenvolvimento<sup>191</sup>, doravante “EONGD”, o qual, tal como o RJPCUP, qualifica fundações preexistentes. Caso a fundação seja registada nos termos desse estatuto, ela também será considerada pessoa coletiva de utilidade pública, por força do artigo 12.º do referido diploma.<sup>192</sup>

Finalmente, em 2012, a Administração Central, com objetivo de obter maior eficiência e eficácia na prestação de serviços aos cidadãos, quis conhecer melhor as áreas de intervenções e atividades desenvolvidas por fundações<sup>193</sup>. Foi nesse contexto que a Lei n.º 1 de 3 de janeiro determinou a realização de um censo às fundações, “com vista 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”.<sup>194</sup>

Como resultado deste censo, foi publicado um relatório<sup>195</sup> e, ainda naquele primeiro semestre de 2012, foi publicada a Lei n.º 24/2012, de 9 de julho, que ao mesmo tempo aprovou a Lei-quadro das fundações e alterou o Código Civil, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47.344, de 25 de novembro de 1966, em pontos que se referiam a pessoas coletivas privadas, e outros especificamente sobre fundações privadas.

---

<sup>189</sup> Cf. CARLA AMADO GOMES, Nótula sobre o regime de constituição das fundações particulares de solidariedade social em Portugal, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. XL, n.ºs 1-2, Coimbra, 1999, p. 178.

<sup>190</sup> Cf. DOMINGOS MIGUEL SOARES FARINHO, *Fundações*, pp. 222-223.

<sup>191</sup> Aprovado pela Lei n.º 66 de 14 de outubro de 1998.

<sup>192</sup> Cf. DOMINGOS MIGUEL SOARES FARINHO, *Fundações*, pp. 223-224.

<sup>193</sup> Disponível em: <http://www.fundacoes.gov.pt> (última visualização em 20.05.17).

<sup>194</sup> Conforme artigo 1.º da Lei n.º 1/2012, de 3 de janeiro.

<sup>195</sup> Disponível em: [http://www.portugal.gov.pt/media/673521/relat\\_rio\\_de\\_avaliao.pdf](http://www.portugal.gov.pt/media/673521/relat_rio_de_avaliao.pdf) (última visualização em 20.05.17).

Com a Lei-quadro das fundações, há o tratamento das fundações privadas de utilidade pública, no qual iremos adentrar. E, esta lei, que se propõe a ser constantemente revisada, a fim de se aperfeiçoar para uma mais condizente aplicação prática, já teve a sua primeira alteração.

No dia 10 de setembro de 2015 foi publicada a Lei n.º 150/2015, que alterou novamente dispositivos do Código Civil de 1966, e procedeu à primeira alteração da Lei-quadro das Fundações, aprovada pela Lei n.º 24/2012, de 9 de julho.

Veremos adiante, questões relativas ao direito aplicado, atualmente, às fundações privadas de utilidade pública, seja pelo RJPCUP, seja pela LQF.

## **2.2. FONTES NORMATIVAS PARA AS FUNDAÇÕES PRIVADAS NO BRASIL**

Airton Grazioli conta que apesar de já haver, no Brasil, atividade semelhante à fundacional desde 1738<sup>196</sup>, somente em 1893 surgiu no Brasil uma lei<sup>197</sup> que regulava entidades de finalidade social e interesse público, similar ao modelo jurídico das fundações privadas.<sup>198</sup>

Apenas em 1916, porém, com o Código Civil anterior, é que a fundação privada surgiu no ordenamento jurídico brasileiro como pessoa jurídica de direito privado. Havia equívocos conceituais neste código de 1916, e muitos foram corrigidos no Código Civil de 2002, vigente hoje.<sup>199</sup>

No campo do direito constitucional, vale ressaltar que a Constituição Federal de 1988, doravante “CF”, permitiu ao Estado diversificar as formas de prestar serviços, e de

---

<sup>196</sup> “quando Romão de Matos Duarte destinou parte de seus bens para a formação de um fundo, o qual foi entregue à administração da Santa Casa de Misericórdia do Rio de Janeiro, para beneficiar os órfãos daquela região.” Cf. AIRTON GRAZZIOLI, *Fundações*, p. 13.

<sup>197</sup> Lei n.º 173 de 10 de setembro de 1893.

<sup>198</sup> Cf. AIRTON GRAZZIOLI, *Fundações*, pp. 13-17.

<sup>199</sup> Cf. AIRTON GRAZZIOLI, *Fundações*, pp. 17-19.

se relacionar com as organizações da sociedade civil.<sup>200</sup> Nesse contexto, a CF trouxe referências às fundações, embora não as tenha conceituado<sup>201</sup>.

A CF trata das fundações direta ou indiretamente. Aplicam-se às fundações privadas, dentre outros: (i) os artigos 127.º e 129.º referentes às funções do Ministério Público, o qual deve proteger os interesses sociais (visados pelas fundações privadas); (ii) os artigos 146.º e 150.º que contêm previsões tributárias; e (iii) os artigos de 193.º a 206.º, sob o título “Da Ordem Social”, que tratam da seguridade social – saúde, previdência social, assistência social –, educação, cultura e esporte.

Os principais dispositivos que regulam as fundações privadas no Brasil constam dos artigos 62.º ao 69.º do atual Código Civil<sup>202</sup>. Deste rol de artigos depreende-se as regras para o regime geral das fundações privadas. Os artigos 44.º a 52.º, do mesmo código, tratam de pessoas jurídicas de direito privado e, portanto, também podem ser aplicados às fundações privadas, quando for o caso. E, conforme dita o próprio artigo 52.º, no que couber, aplicar-se-á às fundações privadas a proteção dos direitos de personalidade, sendo que estes constam dos artigos de 11.º a 21.º do Código Civil de 2002.

Como afirma Airton Grazioli, o Código Civil “foi econômico no regramento das fundações, deixando espaço para a edição de novas regras jurídicas para regular o instituto.”<sup>203</sup>

A atribuição de personalidade jurídica às fundações depende de registro em Cartório de Registro de Pessoas Jurídicas, e a Lei de Registros Públicos (Lei n.º 6.015/1973) regulamenta essa fase de constituição da fundação privada.

Na lei de introdução ao Código Civil, o artigo 11.º faz referência às fundações, que, como mencionado no item 1.7.2 deste trabalho, devem ter finalidades de interesse coletivo.

---

<sup>200</sup> Conforme manual do MROSC, a Constituição Federal de 1988: “Amplia o sistema de garantia de direitos e proteção social, por meio de políticas estruturadas. Prevê a prestação direta dos serviços a partir da descentralização (estados e municípios) e da parceria entre poder público e organizações da sociedade civil. Inaugura-se uma nova era de relação com o Estado.” Cf. SECRETARIA-GERAL DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, Laís de Figueirêdo Lopes *et al.* (orgs.), Entenda o MROSC: Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil: Lei 13.019/2014 [recurso eletrônico], Brasília, Governo Federal, 2014, p. 201. Disponível em: [http://www.participa.br/articles/public/0016/8824/04.12.15\\_MROSC\\_ArquivoCompleto\\_Capa\\_Miolo.pdf](http://www.participa.br/articles/public/0016/8824/04.12.15_MROSC_ArquivoCompleto_Capa_Miolo.pdf) (última visualização em 20.05.17)

<sup>201</sup> Tal e qual em Portugal, como se verifica no item anterior.

<sup>202</sup> Trazido ao ordenamento jurídico brasileiro pela Lei n.º 10.406/2002.

<sup>203</sup> Cf. AIRTON GRAZZIOLI, *Fundações*, pp. 13-17.

O Código Tributário Nacional<sup>204</sup> dispõe sobre questões tributárias de isenção e imunidades – que podem influenciar as fundações privadas – nos artigos 9.º a 11.º, e no artigo 14.<sup>o205</sup>.

O novo Código de Processo Civil<sup>206</sup> trata da organização e fiscalização das fundações nos seus artigos 764.º e 765.º.

Há muitas leis e decretos aplicáveis às fundações privadas, algumas de acordo com a área de atuação da fundação, outras que disciplinam sobre regimes jurídicos complementares, qualificações, e/ou as respectivas parcerias firmadas com a Administração Pública.

Na área cultural<sup>207</sup>, por exemplo, destaca-se a importância da Lei n.º 8.313/1991: Lei de incentivo à cultura, conhecida como Lei Rouanet. Por meio dela doadores e patrocinadores recebem dedução de imposto de renda se contribuírem com projetos culturais. Esse mecanismo proporcionado pela lei Rouanet garante uma fonte de recursos às fundações privadas da área da cultura, como ocorre com a Fundação OSESP.

A Lei n.º 91/1935 regulava a concessão de título de utilidade pública federal (UPF), mas foi revogada por força do inciso I do artigo 9.º da Lei n.º 13.204/2015, o que extinguiu referido título.

A Lei n.º 9.637/1998 trata da qualificação de entidades como Organização Social, doravante “OS”, bem como do contrato gestão firmado entre a entidade privada sem fins lucrativos já qualificada como OS e a Administração Pública. Essa lei refere-se, portanto a um regime jurídico especial, que pode ser complementar ao regime geral das fundações privadas.

A Lei n.º 9.790/1999<sup>208</sup> dispõe sobre o título de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público”, doravante “OSCIP”, bem como os termos de parcerias, passíveis de serem firmados entre entidades privadas sem fins lucrativos qualificadas como OSCIPs e o Poder Público. Essa lei também corresponde a regime jurídico especial e sofreu algumas alterações com a Lei n.º 13.019/2014, a qual será abordada.

---

<sup>204</sup> Trazido ao ordenamento jurídico brasileiro pela Lei n.º 5.172/1966. (Trata-se de Lei complementar).

<sup>205</sup> De acordo com Cássio Resende, o artigo 14.º do CTN prevê requisitos para certas fundações gozarem de imunidade a impostos e contribuições para a seguridade social. Cf. CÁSSIO EDUARDO ROSA RESENDE, *Legislação*, p.67.

<sup>206</sup> Trazido ao ordenamento jurídico brasileiro pela Lei n.º 13.105/2015.

<sup>207</sup> Que interessa a este trabalho, devido à escolha das fundações para estudo de caso.

<sup>208</sup> Regulamentada pelo Decreto n.º 3.100/1999.

A Lei n.º 12.101/2009 dispõe sobre a Certificação das Entidades Beneficentes de Assistência Social, doravante “CEBAS”, e sobre a isenção de tributos para essas entidades. Ela foi alterada pela Lei n.º 12.868/2013 e depois pela Lei n.º 13.019/2014.

Há ainda outras leis que circundam o universo das fundações privadas, para as quais são importantes questões de direito privado e de direito público. Há muito tempo já se discute a necessidade de um marco legal para o Direito do Terceiro Setor, cuja legislação, tal como em Portugal, está disposta em uma manta de retalhos.

Mais recentemente, então, entrou em vigor no Brasil a Lei n.º 13.019/2014, conhecida como Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil, doravante “MROSC”. Essa lei, no entanto, não propõe uma visão holística do setor, concentrando-se especialmente na temática da contratualização entre as organizações da sociedade civil e o Poder Público.<sup>209</sup>

Associações de interesse social e fundações privadas são referidas na alínea a) do inciso I do artigo 2.º do MROSC, que nem sequer as cita expressamente. Ademais, os dispositivos legais da referida lei aplicam-se às duas pessoas jurídicas sem fins lucrativos sem qualquer distinção.

É preciso recorrer a outros diplomas legais e à doutrina para se diferenciar fundações privadas de fundações públicas, para se compreender no que concernem os atos de velamento das fundações pelo Ministério Público, entre tantas outras questões que a esparsa legislação não supre ou deixa dúvidas e incongruências.

### **2.3. ANÁLISE COMPARATIVA E CRÍTICA DO DIREITO FUNDACIONAL POSITIVADO NOS DOIS ORDENAMENTOS JURÍDICOS**

A legislação que dispõe sobre fundações privadas no Brasil, assim como em Portugal, é muito esparsa, de modo que para se compreender o regime jurídico dessas entidades, é preciso debruçar-se sobre uma série de leis e decretos.

---

<sup>209</sup> “Apesar do nome conferido à nova legislação, é importante esclarecer que ela não lida com todas as questões jurídicas relativas às organizações não governamentais e, portanto, não se trata de um novo marco regulatório, pois ela atinge apenas a esfera da transferência de recursos públicos para as entidades e outras formas diretas de parcerias.” Cf. AIRTON GRAZZIOLI *et al.*, *Organizações da sociedade civil: associações e fundações: constituição, funcionamento e remuneração de dirigentes*, São Paulo, Educ, 2016, p. 32.

Em Portugal, antes da LQF, o formato da legislação portuguesa atinente às fundações assemelhava-se àquele adotado no Brasil: não existia lei específica sobre a matéria das fundações.

Cristina Casal Baptista conta que quando do Anteprojeto do atual Código Civil português, Ferrer Correia apresentara uma proposta em que as fundações eram tratadas de forma mais detalhada, porém essa tese foi vencida pela de Marcello Caetano, que preferiu limitar a regulamentação fundacional à sua instituição e extinção.<sup>210</sup>

Tanto as fundações como a doutrina portuguesa, no entanto, demandavam por uma reforma no regime jurídico fundacional. Desde 1999, um grupo de trabalho, designado pelo governo português, passou a discutir um modelo legal mais detalhado para as fundações. Foram desenvolvidos alguns projetos sobre a matéria, que inclusive chamavam a atenção para a importância de uma regulamentação europeia para as fundações, em razão da atuação de muitas delas em contextos internacionais.<sup>211</sup>

Esse profícuo debate sobre a matéria fundacional em fóruns europeus foi patrocinado pelo Centro Europeu de Fundações<sup>212</sup> e, conforme Casal Baptista, “tem contribuído, de forma decisiva, para as opções legislativas em matéria de regulação das fundações que muitos países europeus, Portugal incluído, têm adoptado nos últimos anos.”<sup>213</sup>

Assim, em 2012, Portugal “adoptou legislação sectorial sobre fundações com a «Lei-quadro das Fundações»”<sup>214</sup>. Nota-se que essa evolução legislativa que verificamos em Portugal advém de estudos e discussões que não se ativeram às suas fronteiras nacionais.

Por isso até que José Perazzolo considera que o continente europeu “está mais adiantado nessas reflexões e na organização fundacional.”<sup>215</sup>

Ainda que no Brasil tenha entrado em vigor recentemente a Lei n.º 13.019/2014, considerada como marco regulatório das organizações da sociedade civil, esta não estabelece um regime jurídico para as fundações, com base em suas particularidades.

Sobre isso, Gustavo Justino e Carolina Ferreira esclarecem que:

...verifica-se que a Lei n.º 13.019/14 pode se caracterizar como mais uma lei que rege as parcerias entre o Estado e o Terceiro Setor,

---

<sup>210</sup> Cf. CRISTINA PAULA CASAL BAPTISTA, *As Fundações*, p. 20.

<sup>211</sup> Cf. CRISTINA PAULA CASAL BAPTISTA, *As Fundações*, pp. 20-21.

<sup>212</sup> Criado em 1989, cf. JOSÉ RODOLPHO PERAZZOLO, *Gestão*, pp. 14-15.

<sup>213</sup> Cf. CRISTINA PAULA CASAL BAPTISTA, *As Fundações*, p. 21.

<sup>214</sup> Cf. CRISTINA PAULA CASAL BAPTISTA, *As Fundações*, p. 20.

<sup>215</sup> Cf. JOSÉ RODOLPHO PERAZZOLO, *Gestão*, pp. 14-15 e p. 27.

tornando-se outra lei específica sobre a matéria, sem conferir, contudo, a devida segurança jurídica que o Terceiro Setor tanto reclama. Sob esse prisma, não há como lhe atribuir status de marco regulatório se a Lei não abrange todas as organizações do Terceiro Setor, bem como as parcerias e os instrumentos de fomento, nem regulamenta as entidades de forma ampla e as atividades por elas desenvolvidas, não conferindo a este segmento reconhecimento, identidade e segurança jurídica.<sup>216</sup>

Como solução para o problema da segurança jurídica e da identidade do Terceiro Setor, Gustavo Justino defende a edição do Estatuto Jurídico do Terceiro Setor, um anteprojeto de lei que foi desenvolvido sob sua coordenação, junto da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, em parceria com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, doravante “PNUD”.<sup>217</sup>

Dentre outras razões, Justino sustenta a edição deste estatuto porque ele “confere identidade jurídica ao Terceiro Setor ao traçar o conceito, as diretrizes, os princípios gerais e as regras jurídicas essenciais, necessários à estruturação de uma base interpretativa à legislação correlata ao segmento”.<sup>218</sup>

A análise que pode ser feita é que, apesar de a temática do Direito do Terceiro Setor estar em discussão e destaque no Brasil, o país não optou por criar um diploma que regulasse todo o setor, e muito menos que regulasse sobre as fundações especificamente, como fez a LQF em Portugal – até por influência dos debates no contexto europeu.

Cássio Resende acredita que não seja preciso criar uma nova lei ou um código sobre fundações no Brasil, pois, para ele, a legislação vigente é boa, carecendo apenas de melhorias no que concerne às questões tributárias e previdenciárias.<sup>219</sup>

Mas José Perazzolo não enxerga sob a mesma ótica. Sobre as fundações privadas, ele entende que no Brasil “carecemos de uma melhor sistematização jurídica sobre a matéria” e que “administrar uma Fundação não se equipara a uma gestão empresarial”.<sup>220</sup>

---

<sup>216</sup> Cf. GUSTAVO HENRIQUE JUSTINO DE OLIVEIRA / CAROLINA FILIPINI FERREIRA, Parcerias do Estado com o Terceiro Setor: impacto da Lei n.º 13.019/2014 sob o enfoque da Insegurança Jurídica e Instabilidade das relações, in *Migalhas* [recurso eletrônico], 03 de dezembro de 2015, p. 3. Disponível em: <http://www.justinodeoliveira.com.br/> (última visualização em 27.05.17).

<sup>217</sup> Cf. GUSTAVO HENRIQUE JUSTINO DE OLIVEIRA / CAROLINA FILIPINI FERREIRA, Parcerias, pp. 3-4. Disponível em: <http://www.justinodeoliveira.com.br/> (última visualização em 27.05.17).

<sup>218</sup> Cf. GUSTAVO HENRIQUE JUSTINO DE OLIVEIRA / CAROLINA FILIPINI FERREIRA, Parcerias, p. 4. Disponível em: <http://www.justinodeoliveira.com.br/> (última visualização em 27.05.17).

<sup>219</sup> Cf. CÁSSIO EDUARDO ROSA RESENDE, *Legislação*, p.79.

<sup>220</sup> Cf. JOSÉ RODOLPHO PERAZZOLO, *Gestão*, p. 27.

De fato, as fundações possuem uma série de particularidades que as diferenciam das associações e, naturalmente, cada forma jurídica guarda sua própria funcionalidade, de modo que a legislação brasileira alusiva ao Setor não fornece um enquadramento jurídico pormenorizado para as fundações privadas.

Tendo em vista que há uma miríade de leis e códigos a dispor sobre questões relevantes ao enquadramento das fundações privadas (e de regimes jurídicos a elas associados), e que as fundações privadas se encontram na intersecção entre o Direito Público e o Direito Privado, passamos ao próximo capítulo, em que será analisado o papel que a Administração Pública tem sobre as fundações privadas em Portugal e no Brasil.

### 3. O PAPEL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NAS FUNDAÇÕES PRIVADAS: INSTITUIÇÃO E REGULAÇÃO

Por Direito do Terceito Setor, Gustavo Justino de Oliveira entende:

[o] ramo do Direito que estuda o Terceiro Setor, disciplinando, em especial, a organização e o funcionamento das entidades privadas sem fins lucrativos, as atividades de interesse público por elas levadas a efeito e as relações por elas desenvolvidas entre si, com órgãos e entidades integrantes do aparato estatal (Estado), com entidades privadas que exercem atividades econômicas eminentemente lucrativas (mercado) e com pessoas físicas que para elas prestam serviços remunerados ou não remunerados (voluntariado).<sup>221</sup>

O estudo do Direito do Terceiro Setor e, por conseguinte, o estudo das fundações privadas, não é comumente lecionado nos cursos de graduação/licenciatura de Direito. De todo o modo, as fundações são mencionadas em aulas de Direito Civil, de Direito Romano (sob o assunto pessoas coletivas/jurídicas), e, especialmente, de Direito Administrativo, o qual trata da atividade de fomento da Administração Pública e também aborda ajustes contratuais em que fundações figuram como uma das partes, relacionando-se com o Poder Público.

O estudo do Direito fundacional quando referente às fundações públicas fará parte do Direito Administrativo, visto que a fundação pública faz parte da Administração Pública Indireta. A fundação privada, por sua vez, encontra-se na intersecção do Direito Privado com o Direito Público.

A fundação privada tem autonomia administrativa, operacional e financeira<sup>222</sup>, porém, em razão de sua vocação pública, e do conseqüente tratamento fiscal benéfico<sup>223</sup>, está sujeita a uma série de controles por parte dos Poderes Públicos.<sup>224</sup> Desde o momento

---

<sup>221</sup> Cf. GUSTAVO HENRIQUE JUSTINO DE OLIVEIRA, *Direito do Terceiro Setor*, in *Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTS*, Belo Horizonte, ano 1, n.º 1, jan./jun. 2007, p. 35.

<sup>222</sup> Em Portugal: “A fundação de utilidade pública mantém relativamente ao Estado a sua independência organizativa, funcional administrativa e financeira.” Cf. CRISTINA PAULA CASAL BAPTISTA, *As Fundações*, pp. 71-72.

<sup>223</sup> No Brasil: “As fundações, enfim, enquanto entidades que visam ao bem coletivo, são titulares de privilégios em relação a outras pessoas jurídicas. É o caso do Artigo 150, VI, letra c, da Constituição Federal, que veda a instituição de impostos quanto ao patrimônio, renda ou serviços das entidades assistenciais e educacionais sem fins lucrativos, desde que tal Patrimônio, renda ou tais serviços estejam vinculados à finalidade das mesmas (cf. §4.º do mesmo Artigo)”. Cf. MARISTELA BASSO, *Fundações*, p. 68.

<sup>224</sup> Cf. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Da relevância*, p. 555.

de se constituir a fundação e aprovar os estatutos, há interferência estatal. Durante sua vida, a fundação precisa prestar contas e cumprir deveres de transparência.

O nível de vínculo entre as fundações privadas e os órgãos públicos de controle diferem de país para país e conforme regime jurídico e atividade de atuação da entidade. Veremos, a seguir, como os Poderes Públicos atuam no processo de instituição/constituição das fundações privadas em Portugal e no Brasil, e como fiscalizam sua atuação, por meio de heterorregulação.

Por desenvolverem “atividades geradoras de resultados de índole geral”, Gustavo Justino de Oliveira afirma que o Estado é responsável por disciplinar sobre legislação e regulamentação das formas de organização jurídica das entidades privadas do Terceiro Setor – dentre as quais estão as fundações privadas – bem como sobre “as atividades por elas desenvolvidas e as relações por elas estabelecidas com o próprio Estado e com outros atores sociais”.<sup>225</sup>

Como explica Carolina Zockun, o Estado pode fomentar atividades do Terceiro Setor que contribuam para a consecução do interesse público, e daí surge para ele o dever de fiscalizá-las, para confirmar que os recursos estatais estão sendo efetivamente utilizados na implementação das atividades de interesse público para as quais foram destinados.<sup>226</sup>

Marcello Caetano explica de forma bem clara que a fundação privada sujeita-se ao controle administrativo quando lhe é atribuída a tarefa de prosseguir interesse público:

Por lei, ou ao abrigo dela, podem as fundações (...) ser incumbidas do desempenho de funções públicas e assim ser chamadas a colaborar com as pessoas colectivas de direito público na prossecução dos interesses administrativos. Como notámos, trata-se então de uma função que as pessoas colectivas nascidas do interesse privado são chamadas a desempenhar e não da própria razão de ser da sua existência.

No caso de lhes serem outorgados poderes de autoridade, trata-se de uma concessão feita pela lei ou nos termos da lei, só e na medida em que o respectivo exercício seja necessário para a prossecução dos interesses administrativos confiados.

E estes nunca deixam de ser vigiados, orientados, controlados por uma pessoa colectiva de direito público mediante o exercício de poderes tutelares, resultando daí que tais pessoas colectivas de direito privado

---

<sup>225</sup> Cf. GUSTAVO HENRIQUE JUSTINO DE OLIVEIRA, *Direito do Terceiro*, p.23.

<sup>226</sup> Cf. CAROLINA ZANCANER ZOCKUN, *Intervenção do Estado na ordem social*, in *Enciclopédia Jurídica da PUCSP*, tomo II [recurso eletrônico], Direito Administrativo e Constitucional, São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017, pp. 13-16. Disponível em: [https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/intervencao-do-estado-na-ordem-social\\_58edc3d1be36e.pdf](https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/intervencao-do-estado-na-ordem-social_58edc3d1be36e.pdf) (última visualização em 20.05.17).

estão sujeitas a um *regime administrativo* no exercício da sua actividade tocante a interesses públicos.<sup>227</sup>

Assim, segundo o Professor Farinho, a fundação privada em Portugal “implica regime de direito privado, sem prejuízo de aí podermos encontrar âmbitos de direito público, associados a atividades de fiscalização e de cooperação.”<sup>228</sup>

Neste caso, “Estamos no domínio regulatório, que integra, por exemplo, o que a doutrina alemã designa por conformação do direito privado (fundacional) por actos de autoridade (administrativa).”<sup>229</sup>

### **3.1. INSTITUIÇÃO E CONSTITUIÇÃO DE FUNDAÇÃO PRIVADA EM PORTUGAL E NO BRASIL**

As fundações privadas tanto em Portugal como no Brasil dependem de mais de uma etapa para serem constituídas. Primeiramente ocorre a instituição, o ato fundacional, e depois uma aprovação, um reconhecimento que confere personalidade jurídica à entidade – a personificação da fundação.<sup>230</sup>

O processo não é exatamente igual nos países que ora comparamos, e o reconhecimento não advém de mesmo órgão público, mas há muita semelhança na constituição das fundações privadas em Portugal e no Brasil.

Vejamos como o processo de criação das fundações privadas é desenvolvido nos países ora comparados.

#### **3.1.1. INSTITUIÇÃO E CONSTITUIÇÃO EM PORTUGAL**

A criação de uma fundação privada não decorre apenas da vontade das partes em conformidade com a lei, tal como para o surgimento das outras pessoas coletivas privadas. A personalidade jurídica depende ainda de um ato de autoridade pública.<sup>231</sup>

---

<sup>227</sup> Cf. MARCELLO CAETANO, *Manual*, p. 195.

<sup>228</sup> Cf. DOMINGOS MIGUEL SOARES FARINHO, *Fundações*, p. 405.

<sup>229</sup> Cf. DOMINGOS MIGUEL SOARES FARINHO, *Fundações*, p. 422.

<sup>230</sup> “A personificação é um dos processos da técnica jurídica utilizado para a realização de fins preconizados pela política do direito. Consiste no reconhecimento da personalidade jurídica de um grupo de pessoas (associações e sociedades), ou de um conjunto de bens (fundações), observados os requisitos da lei, tendo em vista os objetivos comuns a realizar.” Cf. FRANCISCO AMARAL, *Direito civil*, p. 322.

<sup>231</sup> Cf. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Da relevância*, p. 554.

A Professora Carla Amado fala que o ato de instituição da fundação, em Portugal, tem uma “gestação privada”, e depois, para a fundação surgir, seu “parto” é público<sup>232</sup>.

Isso porque a vontade do(s) fundador(es) será expressa por meio de um negócio jurídico unilateral<sup>233</sup> (“gestação privada”), por meio de escritura pública, se for *inter vivos*, ou por meio de um testamento, em caso de ser após a morte do fundador.

Na sequência dessa vontade manifestada, a análise de ‘se a fundação é possível de ser constituída e de adquirir a personalidade jurídica’, passa por uma série de questões no âmbito do Direito Privado, tais como: se o instituidor possui capacidade jurídica; se a fundação tem capacidade de exercício como pessoa coletiva; bem como questões relativas à organização e ao funcionamento dos órgãos sociais da fundação. Temos, portanto, questões de legalidade e licitude analisadas pelo Direito Privado.<sup>234</sup>

No caso de a fundação ser instituída por testamento, “seguem-se as regras da herança ou do legado”<sup>235</sup>, conforme o caso. De acordo com disposição legal<sup>236</sup>, os herdeiros do instituidor não podem revogar a instituição da fundação, sem prejuízo de seus direitos sucessórios que lhes garantem a legítima<sup>237</sup>. A LQF e o CC português também preveem que os executores testamentários podem completar ou elaborar estatutos que não tenham sido lavrados pelo instituidor, ou tenham sido lavrados de forma insuficiente.<sup>238</sup>

Caso a fundação privada tenha sido instituída por ato entre vivos, ela terá “natureza de negócio jurídico unilateral gratuito”<sup>239</sup>, e apresentar-se-á por uma ou mais declarações de vontade, de acordo com o número de instituidores. A instituição entre vivos ocorre normalmente por escritura pública, a não ser que haja disposição em lei especial, e não pode mais ser revogada quando solicitado o reconhecimento ou se aberto o respectivo processo oficioso.<sup>240</sup> Conforme Cristina Casal Baptista, esse caso de instituição tem previsão de uma forma legal, de modo que se esta forma não for

---

<sup>232</sup> Cf. CARLA AMADO GOMES, Nótula, pp. 170-175.

<sup>233</sup> Esse negócio jurídico privado pressupõe afetação de patrimônio.

<sup>234</sup> Cf. CARLOS BLANCO DE MORAIS, Da relevância, p. 568.

<sup>235</sup> Cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, p. 804.

<sup>236</sup> N.º 3 do artigo 17.º da LQF, e n.º 3 do artigo 185.º do Código Civil português.

<sup>237</sup> Cf. artigo 2156.º do Código Civil português: “Entende-se por legítima a porção de bens de que o testador não pode dispor, por ser legalmente destinada aos herdeiros legitimários.”

<sup>238</sup> Cf. n.º 1 do artigo 19.º da LQF, e n.º 1 do artigo 187.º do Código Civil português.

<sup>239</sup> Cf. CRISTINA PAULA CASAL BAPTISTA, *As Fundações*, p. 31.

<sup>240</sup> Cf. n.º 2 do artigo 17.º da LQF, e n.º 2 do artigo 185.º do Código Civil português.

observada, haverá nulidade da declaração negocial, conforme artigo 220.º do CC português.<sup>241</sup>

Independentemente de a instituição ocorrer por ato entre vivos ou *mortis causa*, em atenção aos artigos 18.º, n.º 1 da LQF e 186.º, n.º 1 do Código Civil português, o ato de instituição deverá conter o fim da fundação e a especificação dos bens e direitos que lhe são atribuídos. Segundo Carlos Blanco de Moraes<sup>242</sup>, o ato de instituição congrega o ato de fundação (indicação do fim fundacional) com o ato de dotação (especificação dos bens destinados ao ente<sup>243</sup>).<sup>244</sup> Isso ocorre via escritura pública, ou via testamento<sup>245</sup>.

Desse modo, Cristina Casal Batista define que “O acto de instituição da fundação é um acto constitutivo ou de organização e analisa-se num negócio de destinação de bens a um fim ou escopo.”<sup>246</sup>

Antes de adquirir a personalidade jurídica, aquela fundação é apenas um ente de fato que, para se transformar em uma pessoa coletiva, precisa de um reconhecimento administrativo por parte do Estado, o qual é feito por meio de um ato administrativo (“parto público”), no qual existe uma “*amplitude discricionária considerável*”, nas palavras de Blanco de Moraes<sup>247</sup>.

Conforme Carla Amado, “o acto administrativo condiciona a eficácia do acto institutivo, em termos constitutivos (da personalidade jurídica da fundação privada com um fim de interesse público)”<sup>248</sup>.

Joaquim de Sousa Ribeiro explica que essa confluência entre as esferas privada e pública no instituto fundacional advém da idade moderna, quando o Estado era “visto como o único titular dos interesses da colectividade”, de modo que as fundações só poderiam ser reconhecidas enquanto pessoas coletivas, mediante sua chancela.<sup>249</sup>

---

<sup>241</sup> Cf. CRISTINA PAULA CASAL BAPTISTA, *As Fundações*, p. 31.

<sup>242</sup> Cf. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Da relevância*, p. 572-574.

<sup>243</sup> Não pode haver dúvidas ou litígios sobre os bens afetos à fundação, e isso deve ser assegurado em documento próprio e sob compromisso de honra, pelos instituidores, seus herdeiros ou executores testamentários ou administradores designados no ato de instituição, conforme n.º 3 do artigo 7.º da LQF.

<sup>244</sup> Cf. n.º 1 do artigo 18.º da LQF.

<sup>245</sup> Cf. n.º 1 do artigo 17.º da LQF.

<sup>246</sup> Cf. CRISTINA PAULA CASAL BAPTISTA, *As Fundações*, p. 32.

<sup>247</sup> Cf. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Da relevância*, pp. 569-570.

<sup>248</sup> Cf. CARLA AMADO GOMES, *Nótula*, p. 178.

<sup>249</sup> Cf. JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *Fundações*, p. 265.

Para Blanco, pelo reconhecimento, “a Administração Pública dispõe, como vimos, de um amplo juízo estimativo sobre o *fim* e o *patrimônio* da fundação, de cuja formulação positiva decorrerá a existência do sujeito fundacional como pessoa coletiva.”<sup>250</sup>

Assim, o reconhecimento deverá obedecer aos parâmetros da idoneidade do fim – fim este de interesse social – e da suficiência patrimonial, conforme Menezes Cordeiro<sup>251</sup>.

Cristina Casal Baptista explica que o reconhecimento das fundações privadas no direito português ocorre por concessão, o que significa que cada caso será analisado por autoridade pública competente, a qual concederá ou não personalidade jurídica, de acordo com critérios de legalidade e oportunidade.<sup>252</sup>

O reconhecimento é um ato de competência do Primeiro Ministro, “independentemente dos fins que são prosseguidos ou da tipologia da fundação privada”<sup>253</sup>. O Primeiro Ministro tem a possibilidade de delegar essa função, conforme artigos 6.º, n.º 2, 20.º, n.º 1, 40.º, n.º 1, 43.º, n.º 1, e 46.º, n.º 1 da LQF. E a Lei-quadro prevê um procedimento para o reconhecimento das fundações privadas como pessoas coletivas.

Após o prazo máximo de 180 dias da instituição da fundação, o instituidor (ou instituidores), seus herdeiros, seus mandatários, executores testamentários, ou mesmo o notário que lavrou o ato de instituição (escritura pública ou testamento)<sup>254</sup>, poderão requerer o reconhecimento da fundação privada. Ou ainda, a autoridade competente para o reconhecimento, poderá promovê-lo de ofício.<sup>255</sup>

O pedido do reconhecimento da fundação privada é feito via internet, por meio do preenchimento de um formulário, que se encontra no endereço eletrónico do Portal da Presidência do Conselho de Ministros. O formulário é composto por uma série de questões e a ele devem ser anexados vários documentos, que descrevem a fundação em seus pormenores.<sup>256</sup>

---

<sup>250</sup> Cf. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Da relevância*, p. 576.

<sup>251</sup> Cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, p. 807.

<sup>252</sup> Cf. CRISTINA PAULA CASAL BAPTISTA, *As Fundações*, p. 38.

<sup>253</sup> Cf. CRISTINA PAULA CASAL BAPTISTA, *As Fundações*, p. 40.

<sup>254</sup> Casal Baptista levanta ressalvas sobre a legitimidade dos notários para requerer o reconhecimento, uma vez que eles não detêm documentos necessários para tanto. Por outro lado, eles podem comunicar às autoridades competentes para o reconhecimento os atos de instituição que tiverem lavrado. Cf. CRISTINA PAULA CASAL BAPTISTA, *As Fundações*, p. 41.

<sup>255</sup> Cf. artigo 21.º da LQF.

<sup>256</sup> Cf. artigo 22.º da LQF.

Feita a análise do pedido, se não for caso de recusa<sup>257</sup>, haverá um ato administrativo, de competência do Primeiro-Ministro<sup>258</sup>, que reconhecerá efeitos jurídicos àquela vontade fundacional afetada a determinada finalidade. Esse reconhecimento acarretará na personificação da entidade. Assim, o substrato patrimonial adquire personalidade jurídica<sup>259</sup>, constituindo a pessoa coletiva a que chamamos de fundação.

Por meio deste ato de reconhecimento, a fundação privada adquire autonomia, seja em relação aos bens afetados, seja em relação à vontade real ou presumível da pessoa singular do fundador, a qual deve ser levada em conta na elaboração dos estatutos<sup>260</sup>. Após, a vontade tal como descrita nos estatutos da fundação privada é tida como sagrada e irrevogável.<sup>261</sup>

Além da vontade transcrita como finalidade da fundação privada, em seu ato de instituição<sup>262</sup>, ou em seus estatutos, constarão: a sede, a organização, o funcionamento da fundação, a regulação dos termos de sua transformação ou extinção, e a fixação do destino dos respetivos bens.<sup>263</sup>

Ao mesmo tempo, junto com o ato administrativo do reconhecimento da personalidade jurídica da fundação, é possível que a Administração decida algumas questões relacionadas aos Estatutos daquela pessoa que está sendo constituída. Eis a discricionariedade atuando.

Esse processo de instituição e atribuição de personalidade jurídica ao ente fundacional funciona um tanto diferente para os casos de fundações privadas com participação pública. Como já visto, há fundações privadas que são criadas por pessoas de direito privado em conjunto com entidades públicas (desde que as públicas não detenham influência dominante sobre a fundação<sup>264</sup>) e, para esses casos, deve haver uma autorização prévia para que determinadas entidades públicas participem da fundação privada.

---

<sup>257</sup> A recusa do reconhecimento é tratada no artigo 23.º da LQF.

<sup>258</sup> Com faculdade de delegação, segundo n.º 2 do artigo 6.º e n.º 1 do artigo 20.º da LQF.

<sup>259</sup> Cf. n.º 1 do artigo 6.º da LQF.

<sup>260</sup> Cf. n.º 3 do artigo 19.º da LQF.

<sup>261</sup> Cf. CARLOS BLANCO DE MORAIS, Da relevância, pp. 574-577.

<sup>262</sup> Seja ele por meio de escritura pública, de testamento, ou mesmo por via legislativa (o que já ocorreu em certas fundações privadas).

<sup>263</sup> Cf. n.º 2 do artigo 18.º da LQF.

<sup>264</sup> Cf. n.º 1 do artigo 15.º da LQF.

O artigo 16.º da LQF prevê quais são as autoridades competentes para autorizar a participação das entidades públicas conforme o caso. Em linhas gerais, a participação: a) do Estado deve ser autorizada pelo Governo; b) das regiões autónomas ou entidades integradas na sua administração indireta, pelo Governo regional; c) de entidades integradas na administração indireta do Estado, pelo Ministro das Finanças e pelo Ministro da respectiva tutela; d) de municípios, pela Assembleia Municipal; e) de associações públicas ou de entidades integradas na administração autónoma, deve seguir os ditames da Lei-quadro dos institutos públicos, doravante “LQIP”.

### 3.1.2. INSTITUIÇÃO E CONSTITUIÇÃO NO BRASIL

Tal como verificamos em Portugal, para a fundação ser criada, há duas etapas: “uma de instituição e outra de constituição, vez que se trata a personificação de uma fundação, de um ato jurídico de natureza constitutiva”<sup>265</sup>

No caso de a fundação ser criada por pessoa física, é importante verificar-se se tal pessoa possui capacidade jurídica plena<sup>266</sup>. Se criada por pessoa jurídica, faz-se necessária a observação de seu estatuto, e nele deve constar a possibilidade de se criar nova pessoa jurídica.<sup>267</sup>

O ato de instituição, à semelhança de Portugal, decorre de declaração de vontade por meio de ato inter vivos (escritura pública) ou após a morte (testamento).

A escritura pública é um ato jurídico unilateral, institutivo, entre vivos, e dotado de fé pública (dado que deve ser lavrada por tabelião em cartório de notas). Nesta ocasião, o instituidor da fundação – ou procurador especial, comparecente ao local – deve assiná-la.<sup>268</sup>

O testamento, por sua vez, é um ato jurídico unilateral que opera após a morte do instituidor. Para se constituir fundação, a capacidade jurídica é a mesma daquela exigida para se testar.<sup>269</sup> Quando o testador morre, abre-se o processo de inventário dos bens: o juiz deve reconhecer se o testamento tem validade; na sequência, eventuais dívidas devem

<sup>265</sup> Cf. AIRTON GRAZZIOLI, *Fundações*, p. 69.

<sup>266</sup> A partir dos dezoito anos, “a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil” (cf. Artigo 5.º do Código Civil). Assim, enquanto houver capacidade de acordo com a lei, o indivíduo poderia instituir fundação a partir dos 18 anos de idade. Cf. AIRTON GRAZZIOLI *et al.*, *Organizações*, p. 70.

<sup>267</sup> Cf. AIRTON GRAZZIOLI *et al.*, *Organizações*, pp. 70-71.

<sup>268</sup> Cf. JOSÉ EDUARDO SABO PAES, *Fundações, associações*, p. 307.

<sup>269</sup> Cf. AIRTON GRAZZIOLI *et al.*, *Organizações*, p. 75.

ser pagas aos credores do falecido; depois, a parcela dos herdeiros necessários e eventuais legatários deve ser separada; e só então será conferida a soma disponível para se criar a fundação.<sup>270</sup>

Com o ato jurídico unilateral da escritura pública ou do testamento – que manifestam vontade de se criar a pessoa jurídica fundacional – ocorre a criação ou instituição da entidade. Posteriormente, “A denominada «personificação» da entidade dar-se-á tão somente após o registro do seu estatuto no Cartório de Registro de Pessoas Jurídicas.”<sup>271</sup>

No Brasil, a criação de qualquer pessoa jurídica privada dependerá sempre do registro em cartório. O caput do artigo 45.º do Código Civil dita que:

Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo.

Para as fundações privadas serem registradas é necessária a prévia aprovação do Poder Executivo mencionada no dispositivo acima.<sup>272</sup> No caso, a autoridade com competência para realizar essa aprovação é o Ministério Público, que tem como uma de suas obrigações o velamento das fundações, brevemente tratado pelo artigo 66.º do Código Civil.

Os atos constitutivos a serem registrados devem conter forma escrita, regras fundamentais, nome e domicílio, bem como os fins visados.<sup>273</sup>

Antes do registro dos atos constitutivos em cartório – e aqui também se leva em conta os estatutos e não só a escritura pública ou o testamento –, o Ministério Público deve aprovar o estatuto e a criação da pessoa jurídica fundacional.

O Ministério Público analisa a proposta do instituidor, participando do ato público de instituição fundacional “na condição de anuente”<sup>274</sup>. Com a chancela do Ministério Público, os atos institutivos, contratos, estatutos ou compromissos serão encaminhados para o Cartório de Registro.<sup>275</sup>

---

<sup>270</sup> Cf. AIRTON GRAZZIOLI *et al.*, *Organizações*, p. 75.

<sup>271</sup> Cf. AIRTON GRAZZIOLI *et al.*, *Organizações*, p. 73.

<sup>272</sup> Cf. JOSÉ EDUARDO SABO PAES, *Fundações, associações*, p. 315.

<sup>273</sup> Cf. AIRTON GRAZZIOLI *et al.*, *Organizações*, p. 71.

<sup>274</sup> Cf. AIRTON GRAZZIOLI, *Fundações*, p. 67.

<sup>275</sup> Cf. AIRTON GRAZZIOLI *et al.*, *Organizações*, p. 71.

A razão de a fundação depender de aprovação pelo Ministério Público para ser criada é fundamentada pelo interesse público inerente do ente fundacional.<sup>276</sup> De acordo com Marcela Siciliano:

a análise dos pedidos de criação dessas pessoas jurídicas deve ser rigorosa pois um dos fatores positivos de ser uma Fundação é justamente a credibilidade que as mesmas gozam e neste campo a má conduta de alguns aventureiros especuladores por certo prejudica todos aqueles realmente imbuídos da missão de preservar o interesse da sociedade.<sup>277</sup>

Se o Ministério Público negar a aprovação dos estatutos da fundação, ou propuser texto de que o interessado discorde, este tem a possibilidade de requerer suprimento judicial, conforme artigo 764.º do Código de Processo Civil brasileiro.

Conforme Airton Grazioli, o registro no Cartório gera efeitos declaratórios e constitutivos.<sup>278</sup>

No Brasil, o registro é feito por notários, tabeliães e oficiais de registro e, segundo o artigo 236.º da Constituição Federal, “Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público”.

E assim, devidamente registrada no cartório, a fundação nasce para o mundo jurídico, desvinculando-se das pessoas que a instituíram e adquirindo uma série de direitos e deveres, como expõe Francisco Amaral:

Do processo de personificação surgem vários efeitos, de grande importância prática: a) com a constituição da pessoa jurídica forma-se um novo centro de direitos e deveres, dotado de capacidade de direito e de fato, e de capacidade judicial; b) esse novo centro unitário passa a ter direitos, deveres e interesses totalmente distintos dos direitos, deveres e interesses das pessoas que dele participam individualmente; c) o destino econômico e jurídico do novo centro é totalmente diverso do de seus membros participantes; d) a autonomia patrimonial da pessoa jurídica é completa em face de seus membros, implicando no fato de que o patrimônio da pessoa jurídica é totalmente independente do patrimônio das pessoas que a constituem; e) passa a existir total independência das relações jurídicas da pessoa jurídica relativa às dos seus membros, de modo que direitos ou dívidas desses não são direitos ou dívidas daquele (...).<sup>279</sup>

---

<sup>276</sup> Cf. JOSÉ EDUARDO SABO PAES, *Fundações, associações*, p. 315.

<sup>277</sup> Cf. MARCELA DO AMARAL B. DE J. SICILIANO, O velamento. Disponível em: [http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=9194](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=9194) (última visualização em 20.05.17)

<sup>278</sup> Cf. AIRTON GRAZZIOLI, *Fundações privadas*, p. 69.

<sup>279</sup> Cf. FRANCISCO AMARAL, *Direito civil*, pp. 322-323.

### 3.1.3. COMPARATIVO EM RELAÇÃO À INSTITUIÇÃO E CONSTITUIÇÃO DAS FUNDAÇÕES PRIVADAS

Da análise comparada das fundações privadas em Portugal e no Brasil, o Professor português Domingos Farinho deduz que:

Não existe no direito fundacional privado do Código Civil brasileiro um acto administrativo de reconhecimento, à semelhança do que encontramos no nosso Código Civil, contudo, dada existência de um registro obrigatório, pode ser necessária a autorização, por parte do poder executivo, para efectuar o registro, nos termos do artigo 45.º do Código Civil.<sup>280</sup>

A necessidade de aprovação dos atos constitutivos e do estatuto da fundação pelo Ministério Público para que a fundação seja registrada e assim adquira personalidade jurídica no Brasil é semelhante ao ato de reconhecimento fundacional de competência do Primeiro Ministro, que ocorre em Portugal.

Sabo Paes constata a aproximação dos Direitos brasileiro e português nesse quesito de a fundação depender de reconhecimento de autoridade pública competente para passar a existir no mundo jurídico:

há um sistema de reconhecimento das fundações pelo Estado, que, no *caso brasileiro*, poderíamos denominar de reconhecimento específico ou reconhecimento condicionado, igual ao sistema seguido atualmente pelos Direitos alemão, italiano, francês, e *português*, cujos ordenamentos fazem com que a aquisição da personalidade jurídica pela fundação dependa de um ato da autoridade pública que a concede em cada caso.<sup>281</sup> (*grifo nosso*)

Como se vê, a aprovação exigida no Brasil é referida por Sabo Paes como “reconhecimento específico ou reconhecimento condicionado”. Assim, a despeito de em Portugal a competência para reconhecimento da fundação ser do Primeiro Ministro, e no Brasil os atos constitutivos e estatuto da fundação precisarem ser aprovados pelo Ministério Público, é possível concluir que a funcionalidade desses atos de autoridades públicas em Portugal e no Brasil é correspondente.

---

<sup>280</sup> Cf. DOMINGOS MIGUEL SOARES FARINHO, *Fundações*, p. 203.

<sup>281</sup> Cf. JOSÉ EDUARDO SABO PAES, *Fundações, associações*, p. 315 e Cf. GRAZZIOLI, Airton *et al.*, *Organizações*, São Paulo, Educ, 2016, p. 82.

### 3.2. FUNDAÇÕES PRIVADAS E A OUTORGA DE TÍTULOS JURÍDICOS

Das fundações selecionadas para os estudos de caso, verifica-se que a Fundação Casa da Música, em Portugal, possui estatuto de utilidade pública; e a Fundação OSESP, no Brasil, possui título de Organização Social. Convém compreendermos um pouco de cada um desses regimes jurídicos específicos, que complementarão os regimes gerais aplicados às fundações privadas no universo luso-brasileiro.

*Estatuto de utilidade pública* e *Organização Social* são títulos jurídicos que podem ser outorgados em Portugal e no Brasil, respectivamente, a pessoas jurídicas sem fins lucrativos já existentes, que estejam dispostas a absorver atividades publicizáveis ou de relevante valor social.

Atendendo a necessidades da coletividade, essas entidades, criadas por iniciativa de particulares, devem preencher uma série de requisitos legais, para que o Estado possa registrá-las em órgãos oficiais e concedê-las títulos, certificados ou qualificações, garantidores de diversos benefícios, via subvenções, auxílios, e às vezes novos modelos contratuais.

As entidades que recebem o título são vistas como entidades certificadas, que possuem uma qualidade jurídica específica, o que usualmente lhes garante um regime de benefícios e apoios especiais previstos na lei apenas para as entidades qualificadas.

Surgem, nessa esteira, regimes jurídicos diferenciados do regime das pessoas jurídicas sem qualquer título<sup>282</sup>. Paulo Modesto explica que as entidades do Terceiro Setor certificadas ou qualificadas “Passam a receber enquadramento jurídico distinto do comum, pelo simples fato de receberem ou manterem o título especial.”<sup>283</sup> A certificação, no entanto, deve ser feita de maneira criteriosa e regular, para garantir sua credibilidade.

A referida prática é muito interessante com a condição de que a padronização do tratamento normativo de entidades com notáveis características comuns não seja exagerada, e as exigências relativas a cada título não sejam expressas de forma vaga.<sup>284</sup>

---

<sup>282</sup> Cf. TARSO CABRAL VIOLIN, *Terceiro Setor e as Parcerias com a Administração Pública*, Belo Horizonte, Editora Fórum, 2006, pp. 195-196.

<sup>283</sup> Cf. PAULO MODESTO, Reforma do marco legal do terceiro setor no Brasil, in *Revista de Direito Administrativo*, n.º 214, Rio de Janeiro, out./dez.1998, p. 57. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/47266/45373> (última visualização em 20.05.17).

<sup>284</sup> Cf. PAULO MODESTO, Reforma, pp. 57-59. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/47266/45373> (última visualização em 20.05.17).

A manutenção da qualificação depende ainda da instauração de uma máquina de controle, a qual será improfícua, se houver desvios no sistema fiscalizatório, gerando insegurança jurídica.

Nessa ordem de ideias, a concessão de títulos jurídicos – como o Estatuto de utilidade pública (em Portugal) e a qualificação de Organização Social (no Brasil) – a fundações privadas pode ser muito frutífera, desde que o Poder Público proceda de forma consentânea aos preceitos de Direito Privado e Administrativo nos atos de reconhecimento, fomento e fiscalização das instituições.

### **3.2.1. DISTINÇÃO ENTRE O RECONHECIMENTO POR INTERESSE SOCIAL E O ESTATUTO DE UTILIDADE PÚBLICA EM PORTUGAL**

As fundações privadas de utilidade pública em Portugal atualmente seguem tanto a Lei-quadro de fundações (LQF) como o Regime Jurídico das Pessoas Coletivas de Utilidade Pública (RJPCUP), além de outros diplomas específicos para tipos fundacionais que também são declarados de utilidade pública<sup>285</sup>.

Como já vimos, e como Domingos Farinho ensina em sua tese de doutoramento<sup>286</sup>, a fundação privada não prosseguirá interesse público, tal como a fundação pública. A vontade fundadora e as finalidades da fundação privada (e aqui fala-se de fundação privada em sua generalidade e não em Portugal especificamente) são de interesse privado, sendo que este pode ser (i) particular – como a criação de uma fundação de família, ou (ii) social – como uma fundação que preserve o patrimônio cultural. E para esse trabalho, interessam as fundações privadas de interesse social – que são aquelas admitidas em Portugal e no Brasil.

Acontece em muitas situações de esses interesses privados sociais das fundações privadas coincidirem com os interesses gerais, que são os interesses da coletividade e, por conseguinte, “materialmente idênticos ou próximos do interesse público”<sup>287</sup>.

Nesses casos, a fundação privada pode solicitar o estatuto de utilidade pública, o qual será concedido também por um ato administrativo de reconhecimento. Se atendidas todas as exigências para se gozar desse título, pode haver atribuição de utilidade pública geral ou local à fundação privada, dependendo da sua esfera de atuação.

---

<sup>285</sup> Cf. DOMINGOS MIGUEL SOARES FARINHO, *Fundações*, p. 855.

<sup>286</sup> Cf. DOMINGOS MIGUEL SOARES FARINHO, *Fundações*, pp. 299-300.

<sup>287</sup> Cf. DOMINGOS MIGUEL SOARES FARINHO, *Fundações*, p. 300.

Importante notar que o regime jurídico de utilidade pública representa um regime especial em relação a determinado regime fundacional, sendo aquele um qualitativo deste. Assim, as fundações privadas que também possuem estatuto de utilidade pública estarão mais ligadas à Administração Pública, por conta de sua atuação benéfica à sociedade, em uma consequente cooperação com o Estado.<sup>288</sup>

Como já visto, para a fundação privada em Portugal adquirir a personalidade jurídica, ela depende de um ato administrativo de reconhecimento. Este reconhecimento só ocorre se a fundação atender ao interesse social. E, importante notar que, em Portugal é diferente assumir que a fundação prossegue fins de interesse social e que a fundação possui estatuto de utilidade pública. O último é um reconhecimento adicional.<sup>289</sup>

Em uma fase posterior à constituição, passados três anos de efetiva atividade da fundação privada<sup>290</sup>, ela poderá requerer o estatuto de utilidade pública, sendo que este pedido também é feito por meio de formulário eletrônico<sup>291</sup>, e o reconhecimento também é de competência do Primeiro-Ministro, com a faculdade de delegação<sup>292</sup>.

Vale observar os requisitos formais para se gozar desse estatuto de utilidade pública, que quando relativo às fundações privadas, estão dispostos no n.º 1 do artigo 24.º da Lei-quadro das fundações.

Se desejar requerer o estatuto de utilidade pública, a fundação privada deve cumprir o seguinte: (i) atuar em áreas relevantes em prol da sociedade<sup>293</sup>; (ii) estar constituída de forma regular e ter estatutos elaborados em atenção à LQF e ao RJPCUP; (iii) não desenvolver, a título principal, atividades económicas em concorrência com entidades não beneficiárias do estatuto em questão; (iv) possuir os meios humanos e materiais adequados ao cumprimento dos objetivos estatutários.

---

<sup>288</sup> Cf. DOMINGOS MIGUEL SOARES FARINHO, *Fundações*, p. 883.

<sup>289</sup> Cf. CRISTINA PAULA CASAL BAPTISTA, *As Fundações*, pp. 71-72.

<sup>290</sup> Se o instituidor ou instituidores majoritários já possuem estatuto de utilidade pública, esse poderá ser solicitado imediatamente após o reconhecimento da fundação privada, nos termos do n.º 2 do artigo 24.º da LQF.

<sup>291</sup> Conforme n.º 1 do artigo 5.º do RJPCUP e n.º 2 do artigo 25.º da LQF.

<sup>292</sup> Conforme artigo 3.º do RJPCUP e n.º 1 do artigo 25.º da LQF.

<sup>293</sup> Nas alíneas a) dos n.º 1 do artigo 2.º do RJPCUP e do 24.º da LQF são citadas as seguintes áreas de atuação: “a promoção da cidadania e dos direitos humanos, a educação, a cultura, a ciência, o desporto, o associativismo jovem, a proteção de crianças, jovens, pessoas idosas, pessoas desfavorecidas, bem como de cidadãos com necessidades especiais, a proteção dos consumidores, a proteção do meio ambiente e do património natural, o combate à discriminação baseada no género, raça, etnia, religião ou em qualquer outra forma de discriminação legalmente proibida, a erradicação da pobreza, a promoção da saúde ou do bem-estar físico, a proteção da saúde, a prevenção e controlo da doença, o empreendedorismo, a inovação e o desenvolvimento económico e a preservação do património cultural”.

Se atendidos os requisitos estabelecidos em lei, a fundação poderá obter o estatuto de utilidade pública, o qual é concedido pelo prazo de cinco anos, renovável mediante pedido de renovação.<sup>294</sup>

Cristina Casal Baptista critica esse regime especial de utilidade pública, pois interpreta que “o juízo de merecimento dessa qualidade feito pela Administração é idêntico ao que já é feito no momento do reconhecimento da fundação”. Ela alega que a questão de o regime especial se diferenciar do geral por prosseguir interesse público e não apenas social “é artificial e não espelha a realidade jurídica e social que são as fundações”. E, por fim, Casal Baptista defende que todas as fundações privadas reconhecidas pela Administração deveriam automaticamente possuir o estatuto de utilidade pública.<sup>295</sup>

No caso de fundações privadas co-instituídas pelo Estado, que contam com participação pública, o estatuto de utilidade pública é concedido automaticamente desde a personificação da fundação privada, visto que os instituidores públicos só podem prosseguir interesses públicos.<sup>296</sup> E, caso essas fundações recebam apoios financeiros, elas ficam “sujeitas à fiscalização e controlo dos serviços competentes do Ministério das Finanças”, como dita o n.º 3 do artigo 16.º da Lei-quadro de fundações.

Uma vez que as fundações privadas de utilidade pública satisfazem o interesse geral (ou local), complementando os serviços públicos garantidos pelo Estado, elas passam a seguir um regime complementar traçado pelo direito público, mas, em contrapartida, acabam por obter certas regalias e benefícios fiscais.<sup>297</sup> Veremos, adiante, algumas das implicações decorrentes de fundações privadas serem reconhecidas como de utilidade pública.

---

<sup>294</sup> Conforme n.º 5 do artigo 25.º da LQF.

<sup>295</sup> Cf. CRISTINA PAULA CASAL BAPTISTA, *As Fundações*, pp. 74-75.

<sup>296</sup> “Ora, podere-se-á dizer que quando um fundador público co-institui uma fundação com instituidores privados o reconhecimento de utilidade pública é uma consequência necessária da co-instituição, na medida em que o fundador público só prossegue fins de interesse público.” Cf. DOMINGOS MIGUEL SOARES FARINHO, *Fundações*, p. 898.

<sup>297</sup> Cf. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Da relevância*, p. 578.

### 3.2.2. DISTINÇÃO ENTRE A APROVAÇÃO DA FUNDAÇÃO PRIVADA E A QUALIFICAÇÃO DE ORGANIZAÇÃO SOCIAL NO BRASIL<sup>298</sup>

A qualificação de Organização Social (OS), criada no Brasil, pode ser concedida por pessoas jurídicas de direito público (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) a pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos (v.g. associações e fundações), que realizam atividades dirigidas a áreas de interesse público – elencadas nas leis e regulamentos do respectivo ente federativo que concede a qualificação.

Na esfera federal, a qualificação de OS é disciplinada, especialmente, pela Lei n.º 9.637/1998. Nesse âmbito, de acordo com a lei, para se habilitar com o intuito de requerer o título de OS, as entidades devem ter suas atividades e finalidades dirigidas às seguintes áreas: ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde<sup>299</sup>.

Referida lei federal não é nacional, mas serve de modelo para Estados e Municípios que também se proponham a adotar esse regime jurídico especial que proporciona uma nova forma de relação da sociedade civil com a Administração Pública. Para tanto, as unidades federativas deverão aprovar suas próprias leis, respeitando regras gerais de competência privativa da União – como as que se referem à licitação e matéria financeiro-orçamentária.

Há uma grande “aceitação do modelo da organização social por ordens jurídicas parciais, como Estados e Municípios”.<sup>300</sup> A Fundação OSESP, por exemplo, foi qualificada conforme os ditames de lei complementar do estado de São Paulo.

No caso do Estado de São Paulo, a lei que regula as OSs é a Lei Complementar n.º 846/1998, que já sofreu algumas alterações até 2014<sup>301</sup>. Esta lei complementar era mais restritiva do que a lei federal de OSs supracitada, pois, de início, ela conferia poderes ao Executivo Estadual para qualificar como OSs as entidades cujas atividades se

---

<sup>298</sup> Cf. item 2.2 da nossa obra: MARINA BARAÇAS FIGUEIREDO, *O Modelo das Organizações Sociais*, in *Primeiro Compêndio Científico do NELB* [recurso eletrônico], Brasília, Vestnik, 2015. Disponível em: <https://pensarpoliticamente.files.wordpress.com/2016/02/primeiro-compendio-cientifico-do-nelb.pdf> (última visualização em 20.05.17).

<sup>299</sup> Cf. artigo 1.º da Lei n.º 9.637/1998.

<sup>300</sup> SÍLVIO LUÍS FERREIRA DA ROCHA, *Terceiro Setor*, São Paulo, Malheiros, 2003, pp. 85-86.

<sup>301</sup> A última alteração foi a da Lei Complementar n.º 1.243/2014.

desenvolvessem apenas nos ramos da saúde e/ou da cultura<sup>302</sup>, atendidos os pressupostos legais.

Com a Lei Complementar n.º 1.095/2009 e depois a Lei Complementar n.º 1.243/2014, que alteraram preceitos da Lei Complementar n.º 846/1998, ampliou-se o leque das áreas de atuação das entidades que podem ser qualificadas como OS no estado de São Paulo: além de cultura e saúde, também podem pleitear o título de OS as associações e fundações privadas cujas atividades sejam atinentes ao esporte, ou ao atendimento ou promoção dos direitos das pessoas com deficiência.<sup>303</sup>

O rol definido para as entidades a serem qualificadas como OS pelo Estado de São Paulo difere daquele estabelecido para as entidades a serem qualificadas pela União, mas, de qualquer maneira, todas essas áreas de atuação atendem ao interesse público.

Quanto às fundações privadas que desejarem o título de Organização Social, sabe-se que elas precisam atender às condições enumeradas na Lei<sup>304</sup>, e que tal processo necessário para se obter a qualificação é denominado habilitação. Uma vez que atuem nas áreas sociais definidas pela lei do respectivo ente federativo, as fundações (a) devem comprovar o registro de seus atos constitutivos<sup>305</sup>; e (b) dependem de serem aprovadas quanto aos critérios de conveniência e oportunidade, por autoridade do Poder Público.

Os atos constitutivos da fundação privada deverão prever<sup>306</sup>: (i) a natureza social de seus objetivos; (ii) a finalidade não-lucrativa; (iii) a existência de um Conselho de Administração<sup>307</sup> como órgão de deliberação superior, com participação de representantes do Poder Público<sup>308</sup> e membros da comunidade; (iv) a presença de uma Diretoria<sup>309</sup> como órgão de direção, com composição e atribuição próprias; (v) a obrigatoriedade de

---

<sup>302</sup> Cf. redação antiga do artigo 1.º da Lei Complementar n.º 846/1998, revogado.

<sup>303</sup> Cf. artigo 1.º da Lei Complementar n.º 846/1998, com redação dada pela Lei Complementar n.º 1.243/2014.

<sup>304</sup> Cf. Lei n.º 9.637/1998 e Lei Complementar n.º 846/1998: artigo 2.º (em ambas as leis).

<sup>305</sup> Escritura ou testamento mais estatuto da fundação.

<sup>306</sup> Cf. Lei n.º 9.637/1998 e Lei Complementar n.º 846/1998: alíneas do inciso I do artigo 2.º (em ambas as leis).

<sup>307</sup> Na condição de Conselheiros não é possível perceber remuneração por serviços prestados à Organização Social, a não ser uma simbólica ajuda de custo, relativa às reuniões de que participem. (Lei n.º 9.637/1998, artigo 3.º, VII; e Lei Complementar n.º 846/1998, artigo 3.º, VI).

<sup>308</sup> A participação de representantes do Poder Público é mandatória no caso de OSs qualificadas no âmbito federal, de acordo com a alínea “d” do artigo 2.º da Lei n.º 9.637/1998, mas não é uma exigência para o Conselho de Administração das OSs do Estado de São Paulo, reguladas pela Lei Complementar n.º 846/1998.

<sup>309</sup> É incompatível a participação simultânea no Conselho de Administração e na Diretoria. (Lei n.º 9.637/1998, artigo 3.º, inciso VIII; e Lei Complementar n.º 846/1998, artigo 3.º, inciso VII).

publicação anual, no Diário Oficial<sup>310</sup>, dos relatórios financeiros e dos relatórios de execução do contrato de gestão; (vi) a proibição de distribuição de bens ou de parcela do patrimônio líquido em qualquer hipótese; e (vii) em caso de extinção da fundação ou desqualificação (perda do título de OS), a previsão de incorporação integral de patrimônio, legados, doações, ou excedentes financeiros decorrentes de suas atividades, ao patrimônio de outra organização social qualificada<sup>311</sup>, na proporção dos recursos e bens por estes alocados.

Ademais de o ato constitutivo da entidade candidata à qualificação como OS conter as mencionadas disposições, a autoridade pública competente deverá aprovar referida qualificação conforme seus critérios de conveniência e oportunidade.<sup>312</sup>

No que se refere às Organizações Sociais da esfera federal, o ato de aprovação da qualificação como OS compete ao Ministro ou titular de órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao seu objeto social, e ao Ministro do Planejamento, Orçamento e Gestão.<sup>313</sup>

Já no que diz respeito às OSs do Estado de São Paulo, o parecer favorável em relação à conveniência e oportunidade de sua qualificação é de competência do Secretário de Estado da área correspondente a de atuação da fundação, e do Secretário da Administração e Modernização do Serviço Público.<sup>314</sup>

O ato de qualificação da entidade como Organização Social é um ato administrativo<sup>315</sup> que pode ser classificado como: (i) constitutivo, em relação a seus efeitos, por constituir situação jurídica; (ii) ampliativo, a respeito do resultado, já que aumenta as possibilidades de atuação jurídica do destinatário; (iii) individual, pois o

---

<sup>310</sup> Da União ou do Estado, dependendo do ente qualificador da fundação em questão.

<sup>311</sup> No âmbito da União ou do Estado, dependendo do ente qualificador, conforme Lei n.º 9.637/1998 e Lei Complementar n.º 846/1998: alínea “i” do inciso I do artigo 2.º (em ambas as leis).

<sup>312</sup> Cf. Lei n.º 9.637/1998 e Lei Complementar n.º 846/1998: artigo 2.º, inciso II (em ambas as leis).

<sup>313</sup> Na Lei n.º 9.637/1998, artigo 2.º, inciso II, há referência ao Ministro de Estado da Administração Federal e Reforma do Estado, porém o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão absorveu as atribuições do extinto Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado.

<sup>314</sup> Cf. inciso II do artigo 2.º da Lei Complementar n.º 846/1998.

<sup>315</sup> Segundo Edmir Netto de Araújo: “podemos definir Ato Administrativo como a declaração de vontade do Estado, nessa qualidade, exteriorizada por agente competente e no exercício de suas funções, visando à produção de efeitos jurídicos conformes ao interesse público, com ela objetivados, determinados ou admitidos pelo ordenamento jurídico, em matéria administrativa.” Cf. EDMIR NETTO DE ARAÚJO, *Curso de Direito Administrativo*, 5.ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2010, p. 475-476.

destinatário é sujeito individualizado e determinado; (iv) externo, por alcançar terceiros; (v) complexo, por exigir, para sua formação, a declaração de vontade de representantes de mais de um órgão público; (vi) unilateral, uma vez que os declarantes agem na mesma única direção de interesses, sendo a vontade unitária; e (vii) discricionário, quanto ao grau de liberdade da Administração, uma vez que o agente público tem certa liberdade de decisão.<sup>316</sup>

A discricionariedade da aprovação é criticada pela doutrina. Para José Eduardo Sabo Paes, tal decisão é muito importante para depender do bom senso de alguns mandatários do Poder Executivo, sem a manifestação de órgão colegiado ou conselho de representantes da sociedade civil.<sup>317</sup>

Lúcia Valle Figueiredo afirma que, ao se permitir a qualificação com base na conveniência e oportunidade, foi dado autêntico cheque em branco ao Executivo, contrariando-se a isonomia e o devido processo legal e facilitando-se toda espécie de corrupção e protecionismo administrativo.<sup>318</sup>

Juarez de Freitas também considera que a análise da conveniência para o juízo favorável abre margem para “discriminações arbitrárias”, o que se explica na preocupação do Governo de que houvesse uma mobilização frenética de pedidos de qualificação – mas isso não ocorreu.<sup>319</sup>

No mesmo sentido, Rogério Gesta Leal sustenta que o Poder Público tem a obrigação de qualificar como OSs todas as entidades que observem as exigências elencadas nas respectivas leis, pois, sujeitar a qualificação à valoração interna por parte do Estado pode ensejar em arbitrariedades e favoritismos corporativos.<sup>320</sup>

Sílvio Luís Ferreira da Rocha assevera, nessa mesma linha, que, para se respeitar o princípio da igualdade, a solução é outorgar o título de OS a todas as entidades que cumprirem os pressupostos legais, tornando a competência do agente público vinculada, de forma que o ato de certificação esteja livre de discricionariedade.<sup>321</sup>

---

<sup>316</sup> Cf. SÍLVIO LUÍS FERREIRA DA ROCHA, *Terceiro Setor*, pp. 100-101.

<sup>317</sup> Cf. JOSÉ EDUARDO SABO PAES, *Fundações, associações*, p. 625.

<sup>318</sup> Cf. LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, *Curso de Direito Administrativo*, 9.<sup>a</sup> ed., São Paulo, Malheiros, 2008, p. 166.

<sup>319</sup> Cf. JUAREZ FREITAS, *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*, 5.<sup>a</sup> ed., São Paulo, Malheiros, 2013, p. 422.

<sup>320</sup> Cf. ROGÉRIO GESTA LEAL, *Estado, administração pública e sociedade: novos paradigmas*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2006, p. 176.

<sup>321</sup> Cf. SÍLVIO LUÍS FERREIRA DA ROCHA, *Terceiro Setor*, p. 117.

Tanto no âmbito federal, como estadual, as entidades que forem qualificadas como Organização Social têm a oportunidade de celebrar uma parceria com o Poder Público, para fomento e execução de atividades de interesse público, por meio de um ajuste específico, denominado contrato de gestão.<sup>322</sup>

Importante lembrar que a fundação privada que obtenha título de organização social somará um regime jurídico específico ao regime geral aplicado às fundações privadas.

Conforme Paulo Modesto: “nenhuma entidade é constituída como organização social. Ser organização social não se pode traduzir em uma qualidade inata, mas em uma qualidade adquirida, resultado de um ato formal de reconhecimento do Poder Público”<sup>323</sup>

As Organizações Sociais gozam de autonomia administrativa e financeira e, por serem pessoas jurídicas de direito privado, elas não integram a Administração Pública. Não obstante, estão submetidas a controles típicos do Estado, visto que recebem certos benefícios do Poder Público para a realização de seus fins, que coincidem com o interesse público.

### **3.3. REGULAÇÃO DAS ATIVIDADES FUNDACIONAIS**

Como já mencionado, por atuarem em áreas que interessam à coletividade, ou que ao menos beneficiam a um grupo de pessoas, a atuação das fundações privadas deve ser regulada pela Administração Pública. Até mesmo porque, por não possuírem fins lucrativos, as fundações privadas disfrutam de certos benefícios fiscais.

Nesse contexto, justifica-se a regulação e fiscalização exercida sobre as fundações: a transparência e os acompanhamentos feitos por órgãos de controle permitem a construção de uma imagem de credibilidade às fundações privadas que atuam em benefício do público.<sup>324</sup>

---

<sup>322</sup> Cf. artigo 5.º da Lei n.º 9.637/1998, e artigo 6.º da Lei Complementar n.º 846/1998.

<sup>323</sup> Cf. PAULO MODESTO, Reforma, p. 61.

<sup>324</sup> No Brasil: “A atividade ministerial junto às Fundações, em muitos casos, pode ser entendida de forma equivocada como fator de burocratização do funcionamento da pessoa jurídica. Contudo, na realidade, a chancela do Ministério Público confere segurança e credibilidade a essas pessoas; torna-as mais atrativas e competitivas, por ostentar verdadeiro diferencial quando em comparação as sociedades empresárias e associações.” Cf. MARCELA DO AMARAL B. DE J. SICILIANO, O velamento. Disponível em: [http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=9194](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=9194) (última visualização em 20.05.17)

Sabe-se também que, dependendo do nível de interação da fundação privada com a Administração Pública, maior ou menor será a fiscalização a que se submeterá.

Como este trabalho foca-se na análise de fundações privadas cujos interesses sociais privados coincidem com o interesse público, verificaremos como o direito administrativo fundacional - regulação e fiscalização – é aplicado para fundações privadas que atendem a interesses materialmente públicos.

### **3.3.1. REGULAÇÃO EXERCIDA SOBRE AS FUNDAÇÕES PRIVADAS COM ESTATUTO DE UTILIDADE PÚBLICA EM PORTUGAL**

Em Portugal, a intervenção pública administrativa sobre as fundações privadas é justificada e reforçada a fim de se preservar a vontade fundadora, a qual “apenas pode escolher fins que se integrem na referida ideia de beneficência pública”<sup>325</sup>.

Como explica Marcello Caetano:

Ora associações, fundações e sociedades nascidas da iniciativa dos particulares e cuja personalidade colectiva é reconhecida nos termos do Direito privado, regulador também da respectiva capacidade, podem na sua actividade ser sujeitas a normas de Direito administrativo em virtude de colaborarem na realização de fins próprios da Administração Pública ou receberem mesmo desta funções especiais.<sup>326</sup>

O RJPCUP estabelece benefícios (artigos 9.º, 10.º e 11.º) e deveres (artigo 12.º) para as pessoas coletivas de utilidade pública. Além dessas implicações, a LQF traz outras, tornando o regime aplicado às fundações privadas ainda mais rígido.

Por força do RJPCUP, a fundação privada de utilidade pública goza de: “benefícios fiscais<sup>327</sup>, isenção e redução de taxas e tarifários públicos, bem como a possibilidade de qualificação de utilidade pública urgente «as expropriações necessárias para que as pessoas coletivas de utilidade pública prossigam os seus fins estatutários», nos termos do n.º 1 do artigo 11.º”.<sup>328</sup>

Em compensação, o RJPCUP também prevê uma tutela administrativa para as fundações privadas de utilidade pública, sendo que os deveres das entidades consistem, principalmente (i) no envio à Secretaria-Geral da Presidência do Conselho de Ministros

<sup>325</sup> Cf. DOMINGOS MIGUEL SOARES FARINHO, *Fundações*, p. 143.

<sup>326</sup> Cf. MARCELLO CAETANO, *Manual*, pp. 396-397.

<sup>327</sup> O RJPCUP não estabelece quais são as isenções fiscais, deixando isso para ser disciplinado em leis especiais, cf. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Da relevância*, p. 578.

<sup>328</sup> Cf. DOMINGOS MIGUEL SOARES FARINHO, *Fundações*, pp. 855-856.

relatório de atividades e as contas do exercício relativo ao ano anterior<sup>329</sup>; (ii) na prestação de informações solicitadas por entidades públicas<sup>330</sup>; e (iii) na comunicação à Secretaria-Geral da Presidência do Conselho de Ministros sobre alterações estatutárias.<sup>331</sup>

O n.º 2 do artigo 12.º do RJPCUP dita ainda deveres para entidades de utilidade pública que, além da atividade principal de interesse geral, desenvolvam, a título secundário, atividades de natureza económica. Esses estão basicamente relacionados ao fato de que essas entidades só poderão gozar do estatuto de utilidade pública em sua atividade principal, de modo que os benefícios fiscais e regalias só influenciem nas atividades desenvolvidas sem finalidade lucrativa, separando-se em sua prestação eventuais receitas e despesas relativos a atividades de carácter económico<sup>332</sup>.

Tendo em vista seus benefícios e regalias, bem como o controle administrativo a que as fundações privadas de utilidade pública se sujeitam pelo RJPCUP, vejamos como esse regime de tutela administrativa foi complementado pelos ditames da LQF.

Assim, além de apresentarem prestação de contas e informações solicitadas por entidades públicas, e de comunicar alterações estatutárias, a LQF determinou às fundações privadas de utilidade pública deveres de informação e transparência, deveres financeiros, e a necessidade de autorização para alienação de bens<sup>333</sup>.

Quanto aos deveres de informação e transparência, a LQF prevê que a entidade: (a) comunique aos serviços da Presidência do Conselho de Ministros a composição de seus órgãos sociais<sup>334</sup>; (b) remeta aos mesmos serviços a cópia dos relatórios anuais de contas e de atividades<sup>335</sup>; (c) submeta as contas a uma auditoria externa<sup>336</sup>; e (d) publique em seu endereço eletrônico o seguinte: (i) ato de instituição e reconhecimento da fundação, concessão de utilidade pública geral e estatutos; (ii) identificação dos instituidores; (iii) composição de seus órgãos sociais e mandato dos membros; (iv) relatório de gestão e contas, relatório de atividades, e pareceres do órgão de fiscalização

---

<sup>329</sup> No prazo de seis meses após a sua aprovação por meio de transmissão electrónica, conforme alínea a) do n.º 1 do artigo 12.º do RJPCUP.

<sup>330</sup> Conforme alínea b) do n.º 1 do artigo 12.º do RJPCUP.

<sup>331</sup> No prazo de três meses após a sua efetivação, conforme alínea c) do n.º 1 do artigo 12.º do RJPCUP.

<sup>332</sup> Garantindo a justa concorrência com entidades que não possuem o estatuto de utilidade pública.

<sup>333</sup> Previstos, respectivamente, nos artigos 9.º, 10.º e 11.º da LQF.

<sup>334</sup> Nos 30 dias seguintes à sua designação, modificação ou substituição, conforme alínea a) do n.º 1 do artigo 9.º da LQF.

<sup>335</sup> Até 30 dias após a sua aprovação, conforme alínea b) do n.º 1 do artigo 9.º da LQF.

<sup>336</sup> Conforme alínea c) do n.º 1 do artigo 9.º da LQF.

dos últimos três anos, e relatório anual de auditoria externa quando obrigatório<sup>337</sup>; (v) código de conduta<sup>338</sup>; (vi) descrição do patrimônio inicial e montante de apoios financeiros recebidos nos últimos três anos da administração direta e indireta do Estado<sup>339</sup>.

Dentre o que deve ser publicado no sítio eletrônico da fundação, chamamos atenção para o Código de Conduta. Cristina Casal Baptista considera que adotar tal código seja da maior importância. De acordo com a autora:

Não obstante tratar-se de um dever das fundações, a lei não comina qualquer sanção pelo seu não cumprimento, pelo que estamos perante uma norma com uma função essencialmente pedagógica, um incentivo a que as fundações adotem códigos de conduta, mecanismos de auto-regulação e de consagração de boas práticas.

Quanto aos deveres financeiros, a LQF estabeleceu no artigo 10.º limites de despesas próprias com pessoal e órgãos da fundação, isto é, um limite para gastos com a própria fundação em relação às despesas totais, sob pena de caducidade do estatuto de utilidade pública<sup>340</sup>.

Ocorre aqui que os limites estabelecidos foram diferentes para as fundações de apoio<sup>341</sup> e para as fundações operativas e fundações estabelecimento<sup>342</sup>. Domingos Soares Farinho ponderou que essa distinção tipológica promovia dificuldades na aplicação prática da regra, porquanto algumas fundações encaixar-se-iam, ao mesmo tempo, em diferentes tipos quanto ao modo de prossecução da atividade fundacional.<sup>343</sup>

Talvez tenha sido por isso que com a primeira alteração da LQF, citada do item 2.1 deste relatório, acrescentou-se o n.º 2 ao artigo 10.º (e o n.º 2 passa a ser n.º 3), o qual dispõe o seguinte: “Para efeitos de enquadramento da atividade da fundação numa das duas alíneas do número anterior deve atender-se à componente que tenha maior expressão

<sup>337</sup> Conforme itens da alínea d) do n.º 1 do artigo 9.º da LQF. Importa mencionarmos que após a primeira revisão da LQF ficou revogado o item que previa a necessidade de se publicar no endereço eletrônico da fundação o número e natureza do vínculo dos colaboradores da fundação.

<sup>338</sup> Conforme n.º 1 do artigo 7.º da LQF.

<sup>339</sup> Conforme alíneas a) e b) do n.º 2 do artigo 9.º da LQF.

<sup>340</sup> A primeira revisão da LQF incluiu no n.º 3 do artigo 10.º que o incumprimento dos deveres financeiros ali estabelecidos resultaria em caducidade do estatuto de utilidade pública, se perdurassem dois anos consecutivos ou interpolados. (E o n.º 3 anterior passou a ser o n.º 2 do artigo 9.º).

<sup>341</sup> O limite para as fundações de apoio consta na alínea a) do n.º 1 do artigo 10.º da LQF.

<sup>342</sup> O limite para as fundações operativas e fundações estabelecimento está previsto na alínea b) do n.º 1 do artigo 10.º da LQF.

<sup>343</sup> Cf. DOMINGOS MIGUEL SOARES FARINHO, *Fundações*, pp. 857-858.

nas contas da fundação, sendo aplicável, em caso de igualdade dos respectivos valores, o regime que for mais favorável para a fundação.”

Apesar desse esclarecimento, continua valendo a sugestão de Domingos Soares Farinho a respeito da necessidade de uma entidade reguladora competente para enquadrar e acompanhar o funcionamento de cada fundação portuguesa, de modo a aplicar a lei conforme especificidades.<sup>344</sup>

Ainda sobre os novos deveres das fundações privadas de utilidade pública, introduzidos pela LQF, temos no artigo 11.º que a alienação de bens atribuídos pelo fundador com especial significado para os fins da fundação carece de autorização da entidade competente para o reconhecimento. Domingos Soares Farinho avalia esse controle administrativo como excessivo e que poderia ser substituído por uma mera comunicação prévia da alienação à entidade administrativa, a qual, poderia manifestar-se por um curto prazo.<sup>345</sup>

Importante apontar também que haverá auditoria externa anual no caso de o rendimento anual da fundação ultrapassar “valores fixados por portaria dos membros do Governo responsáveis pelas finanças e pelo reconhecimento das fundações.”<sup>346</sup>

Apesar desses deveres e controles mencionados, Casal Baptista comenta que “a intervenção da Administração Pública no funcionamento dessas entidades é mínima, e não envolve a tutela administrativa nem controlo financeiro.”<sup>347</sup>

Ademais, a LQF prevê regras específicas para outros tipos de fundação privada que não apenas as de mera utilidade pública. Fundações de solidariedade social, fundações de cooperação para o desenvolvimento, e fundações que têm o propósito de criar estabelecimentos de ensino superior privados possuem regimes especiais, constantes do Capítulo II do Título II da LQF, que não nos cabe aqui analisar, porquanto este estudo foca-se nas fundações privadas de utilidade pública – sem outro regime especial adicionado.

---

<sup>344</sup> Cf. DOMINGOS MIGUEL SOARES FARINHO, *Fundações*, p. 858.

<sup>345</sup> Cf. DOMINGOS MIGUEL SOARES FARINHO, *Fundações*, p. 860.

<sup>346</sup> Cf. CRISTINA PAULA CASAL BAPTISTA, *As Fundações*, p. 63.

<sup>347</sup> Cf. CRISTINA PAULA CASAL BAPTISTA, *As Fundações*, p. 75.

### 3.3.2. REGULAÇÃO EXERCIDA SOBRE AS FUNDAÇÕES PRIVADAS (REGIME GERAL) NO BRASIL

No Brasil, o Ministério Público, doravante “MP”, foi designado como órgão responsável pelo velamento das fundações privadas. Já vimos que cabe ao Ministério Público, geralmente por meio da Curadoria de Fundações, a aprovação dos atos constitutivos e do estatuto da fundação privada, para que a mesma possa ser registrada no Cartório de Registro de Pessoas Jurídicas, e assim ganhar personalidade e nascer para o mundo jurídico. A função ministerial não finda nessa fase de constituição da fundação privada. O ato de velar pelas fundações envolve um acompanhamento constante.

Como já visto, o Ministério Público tem função constitucional de proteger a ordem jurídica e os interesses sociais, e, uma vez que as fundações privadas no Brasil devem realizar atividades necessariamente “de natureza social e interesse público”<sup>348</sup>, foi atribuído ao MP o velamento das fundações. Vejamos como isso está expresso na lei:

Na Constituição Federal, no capítulo IV (Das funções essenciais à justiça), Seção I (Do Ministério Público), o artigo 127.º versa o seguinte: “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a *defesa* da ordem jurídica, do regime democrático e *dos interesses sociais e individuais indisponíveis.*” (*grifo nosso*).

No Código Civil, no capítulo das fundações, atribui-se o velamento fundacional ao MP:

Artigo 66.º Velará pelas fundações o Ministério Público do Estado onde situadas.

§ 1.º Se funcionarem no Distrito Federal ou em Território, caberá o encargo ao Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

§ 12º Se estenderem a atividade por mais de um Estado, caberá o encargo, em cada um deles, ao respectivo Ministério Público.

Já vimos também que, uma vez constituída, a fundação privada adquire autonomia em relação a quem a instituiu, e também possui autonomia em relação a seus administradores. A fundação passa a existir para cumprir sua finalidade, e para que não haja desvio dos propósitos em que se materializaram a vontade fundadora, justifica-se o “crivo permanente do Poder Público”<sup>349</sup>, atribuído ao Ministério Público.

---

<sup>348</sup> Cf. AIRTON GRAZZIOLI, *Fundações*, p. 84.

<sup>349</sup> Cf. AIRTON GRAZZIOLI, *Fundações*, p. 84.

Considerando o artigo 127.º da Constituição Federal, o artigo 66.º do Código Civil e a “destinação pública e social”<sup>350</sup> da fundação, Cássio Resende assevera que o velamento das fundações pelo Ministério Público é uma “exigência constitucional, legal (...) e da própria sociedade (donatária do patrimônio do instituidor).”<sup>351</sup>

O Código Civil, entretanto, não desenvolve no que engloba o velamento das fundações. O termo “velar” surgiu no Código Civil de 1916, por sugestão de Rui Barbosa, que explicava que o conceito do verbo velar era bem mais abrangente do que o do verbo “inspecionar”, o qual constava do Projeto de lei daquele Código Civil.<sup>352</sup>

Tomáz de Aquino Resende esclarece que pela interpretação da legislação, de acordo com a jurisprudência e a doutrina, o termo velar significa: “além de estar de sentinela (exercer vigilância), também patrocinar e proteger. Uma função mais pedagógica e de parceria do que policialesca ou punitiva.”<sup>353</sup>

Para supervisionar as atividades das tantas fundações existentes no Brasil, Eduardo Szazi explana que “foram criadas em algumas comarcas as promotorias de justiça especializadas, onde um promotor, denominado «curador de fundações», exerce os atos de fiscalização que lhe foram outorgados pela lei”<sup>354</sup>. Szazi também esclarece que, “em geral, há apenas um único representante do Ministério Público encarregado de todas as fundações sediadas em sua comarca”, o que significa que o esse representante não interferirá na gestão do dia-a-dia da fundação.<sup>355</sup>

Conforme decisão do STF (RE 44.384-SP):

Velar pelas fundações significa exercer toda atividade fiscalizadora, de modo efetivo e eficiente, em ação contínua e constante, a fim de verificar se realizam os seus órgãos dirigentes proveitosa gerência da fundação, de modo a alcançar, de forma mais completa, a vontade do instituidor. O exercício das atribuições fiscalizadoras do Ministério Público, que decorrem do sentido genérico da sua missão, envolve atuação de caráter meramente administrativo, que dispensa regulação nas leis processuais.<sup>356</sup>

Dentre os atos praticados pelo promotor de justiça/curador de fundações, podemos citar: a aprovação de minutas da escritura pública de instituição bem como do estatuto e eventuais alterações; o zelo pela manutenção da estrutura jurídica estabelecida no

---

<sup>350</sup> Cf. CÁSSIO EDUARDO ROSA RESENDE, *Legislação*, p.80.

<sup>351</sup> Cf. CÁSSIO EDUARDO ROSA RESENDE, *Legislação*, p.80.

<sup>352</sup> Cf. TOMÁZ DE AQUINO RESENDE, *Fundações*, p. 49 e cf.

<sup>353</sup> Cf. TOMÁZ DE AQUINO RESENDE, *Fundações*, pp. 49-50.

<sup>354</sup> Cf. EDUARDO SZAZI, *Terceiro setor*, p. 38.

<sup>355</sup> Cf. EDUARDO SZAZI, *Terceiro setor*, p. 38.

<sup>356</sup> Cf. JOSÉ EDUARDO SABO PAES, *Fundações*, p. 580.

estatuto; a exigência de prestação regular de contas e a análise da regularidade patrimonial, financeira, operacional, fiscal, jurídica, trabalhista e previdenciária da fundação; e a determinação da apresentação de proposta orçamentária e conferência de como são aplicados e utilizados os recursos e bens da fundação.<sup>357</sup>

O Ministério Público tem o condão de realizar quaisquer medidas administrativas e judiciais “que julgar necessárias para o exercício do velamento”<sup>358</sup>.

Dentre as medidas judiciais, podemos mencionar: a anulação de atos praticados pelos administradores e dirigentes contrários à lei e ao estatuto da fundação; a propositura de ações cautelares para remoção de dirigentes que não estiverem cumprindo suas atribuições; a extinção da fundação se suas finalidades se tornarem ilícitas, irregulares, ou impossíveis de serem mantidas; e a responsabilização de dirigentes que pratiquem irregularidades na condução da vida patrimonial, econômica e financeira das fundações.<sup>359</sup>

### **3.3.3. REGULAÇÃO EXERCIDA SOBRE FUNDAÇÃO PRIVADA QUALIFICADA COMO ORGANIZAÇÃO SOCIAL NO BRASIL<sup>360</sup>**

Além da fiscalização a que uma fundação privada está sujeita pelos motivos expostos no item acima, há outras formas de regular e fiscalizar as atividades de fundação que venha a ser qualificada como Organização Social. Assim, cumpre adentrarmos alguns dos efeitos desse regime jurídico especial, o qual caracteriza a Fundação Orquestra Sinfônica do Estado de São Paulo, a ser analisada adiante.

Uma vez qualificada como Organização Social, a entidade imediatamente adquire também o título de utilidade pública, porém este foi extinto na esfera federal<sup>361</sup>. Como efeito mediato da qualificação, a OS pode firmar contrato de gestão com o Poder

---

<sup>357</sup> Cf. AIRTON GRAZZIOLI *et al.*, *Organizações*, pp. 116-117.

<sup>358</sup> Cf. AIRTON GRAZZIOLI, *Fundações*, p. 86.

<sup>359</sup> Cf. AIRTON GRAZZIOLI *et al.*, *Organizações*, p. 129.

<sup>360</sup> Cf. item 3.4 da nossa obra: MARINA BARAÇAS FIGUEIREDO, O Modelo. Disponível em: <https://pensarpoliticamente.files.wordpress.com/2016/02/primeiro-compendio-cientifico-do-nelb.pdf> (última visualização em 20.05.17).

<sup>361</sup> Como vimos no item 2.2 acima, a Lei n.º 13.204/2015 revogou a Lei n.º 91/1935, extinguindo o título de utilidade pública federal. Os títulos de utilidade pública estadual e municipal permanecem enquanto estados e municípios não regulamentarem a respeito, visto que o título de utilidade pública nessas outras esferas não constava do referido diploma legal revogado.

Público, por meio do qual ela tem a possibilidade de receber recursos, e bens públicos para realizar fins sociais “convenientes e oportunos à coletividade.”<sup>362</sup>

Assinado o contrato de gestão, a Organização Social tem noventa dias para publicar um regulamento próprio, em que estejam previstos procedimentos a serem adotados para a contratação de obras e serviços e para compras, com o uso dos recursos oriundos do Poder Público.<sup>363</sup>

A fundação qualificada como OS deve desempenhar as atividades sociais mencionadas no seu estatuto e ajustadas no programa de trabalho – parte do contrato de gestão firmado com o Poder Público –, e isso significa que a OS fica vinculada à realização das metas a que se propôs dentro de prazo estipulado.

Findo cada exercício financeiro, ordinariamente, ou a qualquer momento se recomendar o interesse público, a Organização Social deve apresentar relatório sobre a execução do contrato de gestão, em que haja comparativo das metas propostas com os resultados alcançados, juntamente com a prestação de contas correspondente àquele exercício.<sup>364</sup>

O relatório deve ser submetido ao órgão signatário do contrato – supervisor ou regulador da área de atividade fomentada pela OS – o qual foi um dos responsáveis pelo ato discricionário de aprovação da qualificação da fundação.<sup>365</sup>

A autoridade supervisora da área de atuação da organização social designará uma comissão de avaliação, constituída de especialistas de notória capacidade e adequada qualificação, que lhe emitirá um relatório conclusivo acerca da averiguação quanto aos resultados atingidos pela organização.<sup>366</sup>

Sobre o acompanhamento do contrato de gestão, Sílvio Ferreira Rocha frisa que:

---

<sup>362</sup> Cf. SÍLVIO LUÍS FERREIRA DA ROCHA, *Terceiro Setor*, p. 120.

<sup>363</sup> Cf. artigo 17.º da Lei n.º 9.637/1998; e artigo 19.º da Lei Complementar n.º 846/1998.

<sup>364</sup> Cf. parágrafo 1.º do artigo 8.º da Lei n.º 9.637/1998, e parágrafo 1.º do artigo 9.º da Lei Complementar n.º 846/1998.

Para as OSs qualificadas na esfera estadual, via de regra, a prestação de contas “será elaborada em conformidade com as disposições constitucionais sobre a matéria, com o disposto em cada lei, no Contrato de Gestão e nas demais normas legais aplicáveis, devendo ser encaminhada ao Tribunal de Contas do Estado para exame e julgamento.” Cf. TOMÁZ DE AQUINO RESENDE, *Roteiro do Terceiro Setor: Associações e fundações – O que são, como instituir, administrar e prestar contas*, 3.ª ed., Belo Horizonte, Prax, 2006, p. 150.

<sup>365</sup> Cf. artigo 8.º da Lei n.º 9.637/1998, e artigo 9.º da Lei Complementar n.º 846/1998.

Em que pese às Organizações Sociais de Cultura do Estado de São Paulo, como é o caso da Fundação OSESP, essa fiscalização fica a cargo da Secretaria de Estado da Cultura.

<sup>366</sup> Cf. parágrafo 2.º do artigo 8.º da Lei n.º 9.637/1998, e parágrafo 2.º do artigo 9.º da Lei Complementar n.º 846/1998.

O direito ao acompanhamento da execução do contrato não se esgota na fiscalização das atividades da organização social, mas compreende ainda, o poder de orientar, intervir<sup>367</sup>, interromper e aplicar penalidades quando as atividades estiverem sendo desempenhadas em desacordo com o contrato.<sup>368</sup>

Se, na fiscalização, for verificada qualquer irregularidade ou ilegalidade na utilização dos recursos ou bens públicos pela OS, as autoridades competentes notificarão o Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.<sup>369</sup> Se os fatos apurados forem graves, o Ministério Público poderá ser acionado – via representação –, ou mesmo a Advocacia Geral da União, ou a Procuradoria da entidade.<sup>370</sup>

Cumpra-se observar, nessa ordem de ideias, que em sua decisão n.º 592/1998, de relatoria do Ministro Benjamin Zymle, o TCU firmou o entendimento<sup>371</sup> de que as Organizações Sociais estão sujeitas à prestação de contas sistemática, a ser encaminhada anualmente ao Tribunal de Contas da União nos moldes das entidades da Administração Pública, conforme dita o artigo 70.º da Constituição Federal.<sup>372</sup>

Nas Organizações Sociais do Estado de São Paulo, a notificação de irregularidades/ilegalidades será feita não só ao Tribunal de Contas Estadual, como também ao Ministério Público, para as providências relativas aos respectivos âmbitos de atuação.<sup>373</sup> De mais a mais, a denúncia de irregularidades das OSs ao Tribunal de Contas ou à Assembleia Legislativa, pode ser feita por qualquer cidadão, partido político, associação ou entidade sindical.<sup>374</sup>

Essa possibilidade de denunciar irregularidades e ilegalidades das OSs não é mencionada na lei federal das Organizações Sociais, porém, Sílvio Ferreira da Rocha<sup>375</sup>

---

<sup>367</sup> Nas palavras do mesmo: “O poder de intervir na execução do contrato é medida extrema a ser adotada quando a organização social mostrar-se incapaz de desempenhar com o mínimo de qualidade as atividades propostas ou quando estiver na eminência de paralisar os serviços.” Cf. SÍLVIO LUÍS FERREIRA DA ROCHA, *Terceiro Setor*, p. 129.

<sup>368</sup> Cf. SÍLVIO LUÍS FERREIRA DA ROCHA, *Terceiro Setor*, p. 129.

<sup>369</sup> Cf. artigo 9.º da Lei n.º 9.637/1998.

<sup>370</sup> Cf. artigo 10.º da Lei n.º 9.637/1998.

<sup>371</sup> Cf. SÍLVIO LUÍS FERREIRA DA ROCHA, *Terceiro Setor*, p. 131.

<sup>372</sup> Cf. Parágrafo único do artigo 70.º da Constituição Federal do Brasil: “Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumira obrigações de natureza pecuniária.”

<sup>373</sup> Cf. artigo 10.º da Lei Complementar n.º 846/1998.

<sup>374</sup> Cf. artigo 11.º da Lei Complementar n.º 846/1998.

<sup>375</sup> Cf. SÍLVIO LUÍS FERREIRA DA ROCHA, *Terceiro Setor*, pp. 131-132.

entende ser possível o uso de ação popular para controle dos atos praticados pelas OSs, devido à amplitude do texto constitucional.<sup>376</sup>

Verifica-se, com essas disposições das leis das OSs que as fundações privadas que venham a ser qualificadas como Organizações Sociais prestaram contas não só ao Ministério Público/Curadoria de Fundações, como também ao órgão supervisor e regulador com quem é firmado o contrato de gestão, e ao Tribunal de Contas.

### **3.3.4. COMPARATIVO EM RELAÇÃO À FISCALIZAÇÃO DAS FUNDAÇÕES PRIVADAS EM PORTUGAL E NO BRASIL**

Da análise dos regimes jurídicos gerais apresentada acima, sabe-se que a fiscalização das fundações privadas no Brasil ocorre, especialmente, por meio do velamento do Ministério Público/Curadoria das Fundações, o qual se apresenta como um acompanhamento constante sobre a vida das fundações privadas, desde sua constituição até sua extinção.<sup>377</sup>

Em Portugal, é a Presidência do Conselho de Ministros que atua na regulação das fundações privadas, tanto em relação ao reconhecimento que as permite surgir no mundo jurídico, quanto ao acompanhamento de contas.

Parece que o acompanhamento das fundações privadas realizado no Brasil é mais rigoroso que em Portugal, uma vez que em muitas comarcas do Brasil foi criado órgão dentro do Ministério Público justamente para cuidar da vida das fundações: a Curadoria de Fundações<sup>378</sup>.

Nesse sentido, percebemos que a experiência brasileira teria algo a oferecer a Portugal. Conforme depreende-se do texto de Domingos Soares Farinho, essa medida seria interessante para Portugal.<sup>379</sup> O Professor Domingos acredita que uma entidade

---

<sup>376</sup> A ação popular, nesse caso, visaria à anulação de ato lesivo ao patrimônio público ou à entidade em que o Estado tenha participação (inciso LXXIII do artigo 5.º da Constituição Federal do Brasil).

<sup>377</sup> “A atuação do Estado, com excepcional ingerência do órgão do Ministério Público, tanto na constituição como na extinção da fundação, visa garantir a efetividade do negócio jurídico fundacional e o pleno desenvolvimento do seu capital e a exata aplicação das normas estatutárias, evitando não só que os bens sejam malbaratados por administrações ruinsas ou desviados de sua destinação, mas também o inadimplemento do estatuto.” Cf. MARIA HELENA DINIZ, *Direito*, p. 45.

<sup>378</sup> Como exposto no item 3.3.2 deste trabalho e cf. EDUARDO SZAZI, *Terceiro setor*, p. 38.

<sup>379</sup> Como já mencionado no item 3.3.1 deste trabalho.

reguladora que acompanhasse a vida das fundações portuguesas poderia ser muito interessante para aplicar as leis portuguesas a cada fundação, dependendo das especificidades advindas de cada regime jurídico especial que elas possam seguir.<sup>380</sup>

No que se refere aos regimes especiais verificados acima: o estatuto de utilidade pública em Portugal e o título de Organização Social no Brasil, parece que a regulação exercida sobre as OSs no Brasil é mais intensa do que aquela sobre as entidades de utilidade pública em Portugal.

Como vimos, Cristina Casal Baptista reconhece que a intervenção da Administração nas entidades com utilidade pública em Portugal é mínima<sup>381</sup>, ao passo que a qualificação como OS no Brasil pressupõe uma parceria da entidade qualificada com o Poder Público, por meio do contrato de gestão e, dado que existe uma contratualização específica baseada em atividade de fomento, também há prestação de contas sobre as obrigações previstas nesse acordo colaborativo. E é natural que a fiscalização seja mais intensa à medida que os benefícios são maiores e que outros órgãos públicos passam a regular a atuação da entidade, como ocorre no caso de qualificação como OS no Brasil.

Por fim, no sentido de aproximar os modelos jurídicos estudados na teoria e a realidade das fundações privadas constituídas em Portugal e no Brasil, o trabalho será arrematado com pesquisa prática. Nessa sequência, o próximo capítulo trará duas entrevistas, realizadas com gestores de fundações atuantes no setor cultural de Portugal e do Brasil. Essa complementação da matéria por meio de estudo de casos tem objetivo de enriquecer o trabalho, cercando todas as vertentes do tema e ancorando empiricamente os dados analíticos reunidos até aqui.

---

<sup>380</sup> Cf. DOMINGOS MIGUEL SOARES FARINHO, *Fundações*, p. 858.

<sup>381</sup> Como relatamos no item 3.3.1 deste trabalho.

#### 4. ESTUDO DE CASOS: EXPERIÊNCIAS DE FUNDAÇÕES COM OBJETO SEMELHANTE

Verificadas as fontes normativas e alguns aspectos teóricos atinentes às fundações privadas que atuam em consonância com o interesse público em Portugal e no Brasil, passamos à fase de verificar o funcionamento de diferentes modelos jurídicos fundacionais que permitem o desenvolvimento da cultura, especificamente por meio da música, no mundo luso-brasileiro.

A partir da experiência e vivência de gestores na Fundação Casa da Música e na Fundação Orquestra Sinfônica do Estado de São Paulo, pretende-se arrematar conceitos, entender o direito fundacional de modo aplicado e comparar as realidades dos países em foco.

Como as Fundações Casa da Música e OSESP atuam especialmente na área da cultura, convém observarmos um pouco sobre esse direito social que é assegurado pela Constituição, tanto em Portugal como no Brasil. Sobre esse assunto, vale citarmos o Professor Jorge Miranda:

Sendo a cultura uma das dimensões da vida comunitária e sendo a Constituição o estatuto jurídico do Estado na sua dupla face de comunidade e de poder, nunca a cultura (tal como a economia) pode ficar fora da Constituição. (...) Mas é apenas o Estado social que introduz de pleno os direitos culturais no contexto constitucional; é ele que, a par dos direitos económico como pretensões de realização pessoal e de bem-estar através do trabalho e de direitos sociais como pretensões de segurança na necessidade, introduz *direitos culturais como exigências de acesso à educação e à cultura* e, em último turno, de transformação da condição operária; e que, *para os tornar efectivos, prevê múltiplas incumbências dos poderes públicos.*” (grifo nosso)<sup>382</sup>

Tal como afirma Jorge Miranda acima, a partir do Estado Social, tornou-se um dever da Administração Pública garantir à sociedade o direito de acesso à cultura. Vasco Pereira da Silva elucida que hoje, com o Estado Pós-Social, entidades de direito privado passaram a cooperar com o Poder Público na promoção do direito à cultura:

o chamamento dos poderes públicos à realização de novas funções no domínio da vida económica, social e cultural, trazido pelo Estado Social, levou ao surgimento de políticas públicas de cultura, as quais, hoje em dia, tanto conservam a lógica prestadora originária (sendo

---

<sup>382</sup> JORGE MIRANDA, Notas sobre cultura, Constituição e direitos culturais, [recurso eletrônico], Lisboa, 2006, p.7. Disponível em: <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Miranda-Jorge-Notas-sobre-cultura-Constituicao-e-direitos-culturais.pdf> (última visualização em 20.05.17)

directamente realizadas pela Administração pública), como adoptam uma perspectiva infra-estrutural, em que o Estado cria condições para o exercício da função administrativa com a cooperação de entidades públicas e privadas, como é típico do atual modelo de Estado Pós-social. (...) Direito da Cultura é, pois, uma disciplina jurídica transversal a todos os ramos da ordem jurídica, “baralhando” e “tornando a dar” as tradicionais fronteiras entre Direito Público e Direito Privado.<sup>383</sup>

A Fundação Casa da Música e a Fundação OSESP são exemplos de fundações que atuam em cooperação com o Estado para promover objeto juridicamente tutelado – a cultura. Seguem os apontamentos dos gestores dessas duas emblemáticas fundações em Portugal e no Brasil.

#### **4.1. FUNDAÇÃO CASA DA MÚSICA**

A Fundação Casa da Música é responsável pela gestão da Orquestra Sinfónica do Porto Casa da Música (antiga Orquestra Nacional do Porto), o Remix Ensemble Casa da Música, a Orquestra Barroca, e o Coro Casa da Música, além do edifício da Casa da Música.

Para melhor compreendermos a lógica da implementação de política cultural por meio da atividade privada da fundação em parceria com o Poder Público, entrevistamos o Diretor Geral, Paulo Sarmento e Cunha, que tem a vivência administrativa da fundação privada co-instituída pelo Poder Público, e reconhecida como de utilidade pública.

##### **4.1.1. SOBRE A CONSTITUIÇÃO DA FUNDAÇÃO CASA DA MÚSICA E SEU ESTATUTO DE UTILIDADE PÚBLICA**

A Fundação Casa da Música foi criada em 2006, por meio do Decreto-Lei n.º 18/2006, de 26 de janeiro, que aprovou os estatutos da fundação. Como explicamos no item 1.5.1 acima, é comum que algumas fundações privadas sejam criadas por diplomas legais. Como no caso ela possui instituidores públicos, essa característica faz todo o sentido.

O reconhecimento da utilidade pública foi concedido automaticamente, uma vez que parte dos instituidores da fundação pertencem ao Poder Público, garantindo que os

---

<sup>383</sup> Cf. VASCO PEREIRA DA SILVA, *A cultura*, p. 143.

fins fundacionais seriam necessariamente voltados para atender ao interesse público<sup>384</sup>. O reconhecimento de sua utilidade pública consta do n.º 2 do artigo 2.º do Decreto-Lei que a instituiu<sup>385</sup>.

Seguem as nossas perguntas (em negrito, precedidas pela sigla MBF) e respostas do Diretor Geral, o Senhor Paulo Sarmiento e Cunha (em itálico, precedidas pela sigla PSC) referentes ao tema.

**MBF: Quem instituiu a Fundação Casa da Música e por meio de que ato? Qual foi o patrimônio (a dotação) inicial que permitiu a criação da fundação?**

*PSC: A Fundação Casa da Música foi instituída pelo DL 18/2006, de 26 de Janeiro, pelo Estado Português e pelo Município do Porto.*

*O património inicial foi de 3.100.000€ repartido da seguinte forma:*

- a) Estado Português: 900.000€;*
- b) Município do Porto: 200.000€;*
- c) Grande Área Metropolitana do Porto: 100.000€*
- d) Fundadores Privados: 1.900.000€.*

*É ainda património da Fundação o direito de superfície do terreno onde se encontra construído o edifício da Casa da Música.*

**MBF: Qual a diferença que seu formato jurídico (de fundação privada) proporciona na gestão de aparelhos e projetos culturais (em relação a outras pessoas coletivas)? É possível dizer que sendo fundação, a perenidade do objeto social é assegurada? Sendo fundação de utilidade pública (com o estatuto concedido automaticamente devido à co-instituição pública), há mais exigências em relação a deveres de transparência e maior rigidez na fiscalização por órgãos públicos?**

*PSC: A opção pelo regime jurídico de Fundação é fundamentalmente justificada pela intenção de formar uma parceria público-privada, entre o Estado Português, os Municípios da Região do Porto e empresas privadas, que congregue o reconhecimento e*

---

<sup>384</sup> Como já vimos em conclusão de Domingos Soares Farinho, apresentada no item 3.2.1 deste trabalho.

<sup>385</sup> O Decreto-Lei seguido do estatuto social na Fundação Casa da Música estão disponíveis em: <http://www.casadamusica.com/pt/media/5054317/dlfundacao.pdf?lang=pt> (última visualização em 28.05.17)

*o interesse comum num projecto de valorização da Sociedade da região e do país, através do apoio à criação, desenvolvimento artístico e divulgação da música.*

*Foi possível, no seio de uma Fundação, envolver todos os interessados num projecto comum, focados nos seguintes objectivos, que a seguir se indicam sem qualquer hierarquização:*

- a. Maximização da missão pública;*
- b. Envolvimento da Sociedade Civil, nomeadamente instituições empresariais;*
- c. Estabilidade da governação da instituição;*
- d. Minimização do esforço financeiro do Estado;*
- e. Paridade entre o Estado e os privados.*

*Só a instituição de uma Fundação privada permite alcançar os objectivos anteriormente mencionados, dado que não tem como escopo principal o lucro. Por esta via, viabiliza-se assim o desenvolvimento de projectos que permitem a criação e captação de novos públicos, de novas tendências artísticas e de desenvolvimento artístico. A crescer, destaca-se ainda a missão de disseminar a cultura por toda a população, permitindo essa aproximação a preços muito acessíveis, evitando, pois que o projecto cultural se destine apenas às elites.*

*Esta figura jurídica potencia ainda, o envolvimento da Sociedade civil na medida em que faculta aos fundadores privados o controle da gestão da instituição. A composição dos órgãos sociais não representa a participação no capital fundacional, isto é, apesar das Entidades Públicas terem contribuído maioritariamente para o capital fundacional, a gestão está consignada aos privados, implicando uma maior atractividade para a captação de novos fundadores ao longo do tempo.*

*Esta opção (governação da instituição por privados) permite uma maior estabilidade na estratégia e governação da instituição, apartando-a de eventuais instabilidades políticas da sua actividade. As alterações de governo não inviabilizam ou alteram as políticas estratégicas da instituição, pois que o Estado e outras Entidades Públicas não detêm o controlo da governação da Fundação.*

*Outra vantagem, da criação de uma Fundação Privada, foi permitir ao Estado Português apenas se responsabilizar pelos gastos de funcionamento da instituição, passando para os privados a responsabilidade pelo financiamento da sua programação e dos projectos culturais desenvolvidos.*

*Por último, salientamos que era a única figura jurídica que permitia que o Estado e os privados estivessem numa situação de paridade sem acordos parassociais ou outros*

*análogos, isto é, apesar de o Estado ser o principal fundador (em termos de capital fundacional), a sua posição nos órgãos de gestão é idêntica à dos privados: encontrando-se em minoria no Conselho de Administração mas liderando, por sua vez, o órgão fiscalizador da Fundação (Conselho Fiscal).*

*Nenhum dos objectivos anteriormente mencionados era compatível com outra figura jurídica, mesmo pública, como seja uma empresa pública, uma fundação pública ou uma entidade mista.*

*À luz da Lei Quadro das Fundações (artigo 9º, da Lei 24/2012, de 9 de Julho), não existe para as Fundações Privadas e, em especial para aquelas a quem é reconhecida a "Utilidade Pública", uma simplificação ou redução das formalidades obrigatórias observar no que aos deveres de transparência diz respeito. Por outro lado, às Fundações Privadas não é aplicável o regime de gestão económico-financeira e patrimonial previsto na Lei Quadro dos Institutos Públicos, o que afasta o poder de superintendência e de tutela do Estado nos moldes previstos para as fundações públicas.*

#### **4.1.2. SOBRE A RELAÇÃO DA FUNDAÇÃO PRIVADA COM O ESTADO**

Como explicou o Senhor Paulo Cunha, não obstante a contribuição de entidades públicas com capital fundacional, a gestão fica a cargo dos privados. Nesse sentido, vejamos como funciona essa gestão.

**MBF: Quais tem sido os desafios da Fundação Casa da Música para promover a gestão da Orquestra Sinfónica do Porto Casa da Música e a Casa da Música?**

*PSC: A Fundação Casa da Música tem quatro agrupamentos residentes, a Orquestra Sinfónica do Porto Casa da Música (antiga Orquestra Nacional do Porto), o Remix Ensemble Casa da Música, a Orquestra Barroca e o Coro Casa da Música.*

*Para cada um dos agrupamentos a Fundação delineou estratégias e objectivos diferenciados.*

*No que concerne, à Orquestra Sinfónica, a sua integração na Fundação Casa da Música determinou o desenho de uma estratégia a longo prazo que assenta na elevação dos seus padrões de qualidade artística, no alargamento e diversificação do seu repertório e do leque de maestros e solistas de renome internacional que a dirigem ou*

*que com a mesma actuaem, continuando a fomentar a divulgação da música portuguesa e a participar activamente em projectos educativos com a comunidade.*

*Para tal, foram contratados maestros titulares de renome internacional para a dirigirem, como sejam o Christoph König e Baldur Bronnimann, assim como os principais solistas europeus, promovendo e incentivando o crescimento artístico e técnico da Orquestra. Foram ainda realizadas digressões internacionais na Europa e Brasil para promover a Orquestra Sinfónica e assim assegurar mercado para este agrupamento.*

*Outro objectivo associado a este agrupamento é a encomenda de obras musicais aos mais importantes compositores portugueses e europeus promovendo assim a criação artística e permitindo à Orquestra “entrar” em domínios musicais menos conhecidos como seja a música clássica contemporânea.*

*Quanto ao Remix Ensemble, a Fundação Casa da Música segue a estratégia de posicionar este agrupamento no topo da música contemporânea europeia, perseguindo o reconhecimento internacional muito elevado, sendo actualmente considerado um dos melhores agrupamentos de música contemporânea da Europa.*

*A Fundação procura insistentemente que o Remix Ensemble esteja presente nos momentos altos da programação de música contemporânea, comprometendo-o nas redes de criação artística internacional, através do desenvolvimento de parcerias que permitam a sua apresentação nos principais palcos europeus, nomeadamente na Alemanha, França, Itália, Bélgica, Holanda, Reino Unido, entre outros.*

*De salientar, que na sua política de desenvolvimento artístico a Fundação optou por um maestro titular (Peter Rundel) extraordinariamente reconhecido, e solicitar encomendas de obras musicais aos principais compositores mundiais e portugueses como a uma elevada exigência técnica e artística na contratação dos músicos residentes.*

*A Orquestra Barroca Casa da Música tem como objecto a especialização no domínio da interpretação em instrumentos de época do repertório Barroco, aprofundando o seu conhecimento sobre os princípios estilísticos em voga nos séculos XVII e XVIII. Este é, assim, um projecto de maior significado dada a inexistência de projectos similares em Portugal e ao facto da música no período Barroco ter tido uma significativa expressão em Portugal. Desta forma, a Orquestra Barroca associa-se aos mais diversos projectos artísticos da Casa da Música e contribui na sua estratégia programática de uma forma coerente e concertada.*

*A Fundação iniciou o processo de formação de um Coro, três anos depois da abertura da Casa da Música, no sentido de dar resposta à não existência de um agrupamento coral profissional que era um factor limitador, quer em termos artísticos quer de desenvolvimento de públicos.*

*A Fundação Casa da Música escolheu para Maestro Titular Paul Hillier, personagem amplamente reconhecido por ter criado o Hilliard Ensemble, sendo considerado na sua área uma estrela internacional.*

*O coro é constituído por uma formação base de 24 cantores que trabalham com regularidade (geralmente dez concertos por ano) e que interpretam grande parte do repertório a cappella da Música Antiga, repertório Contemporâneo, e muito do repertório com acompanhamento instrumental, quer com a Orquestra Barroca Casa da Música quer com o Remix Ensemble. A este grupo de 24 cantores da formação base juntar-se-ão outros - cantores “tutti” – que de forma menos regular, para projectos específicos, permitirão o alargamento do núcleo principal a formação média ou coral sinfónica de forma a ser viável a interpretação de repertório mais abrangente em colaboração com as orquestras residentes ou com o Remix Ensemble.*

*A Fundação Casa da Música tem aderido às principais redes europeias de criação artística possibilitando assim a realização de parcerias com outras instituições europeias de criação para o desenvolvimento de projectos comuns e promovendo internacionalmente, dessa forma, os seus agrupamentos residentes.*

*Mas, os objectivos da Fundação não se limitam aos seus agrupamentos residentes. Ela tem promovido a divulgação internacional de agrupamentos, músicos e compositores nacionais no exterior com a realização de apresentações nas principais salas europeias através das redes europeias a que pertence.*

*Em resumo, A Fundação Casa da Música tem como ambição ser uma instituição cultural de referência nacional e internacional pela qualidade e diversidade da sua programação, pelo desempenho dos seus Agrupamentos Residentes - Orquestra Sinfónica, Remix Ensemble, Orquestra Barroca e Coro Casa da Música – com capacidade para apresentar todo o repertório da música ocidental, do Barroco até à música contemporânea, e pelo Serviço Educativo, dedicado a um alargado espectro de públicos, com uma forte componente de projectos de inclusão social.*

*Sem modéstia, podemos afirmar que este objectivo está a ser concretizado dado a Fundação Casa da Música estar presente nas mais exclusivas redes de criação e programação da Europa e nos diversos projectos europeus em que está envolvida. Não*

*menos importante é o seu envolvimento na criação do Serviço educativo de uma das mais importantes instituições culturais japonesas o que demonstra a vitalidade deste projecto no meio cultural europeu e mundial.*

**MBF: Como a gestão adotada pela fundação privada é controlada? São estabelecidas metas periódicas? Há um controle dos resultados obtidos ao fim do período?**

*PSC: Os interesses dos Fundadores são discutidos e salvaguardados no órgão de gestão de topo da Fundação, o Conselho de Fundadores (órgão análogo a uma Assembleia Geral numa sociedade comercial). Neste órgão tomam lugar o Estado Português e o Município do Porto, instituidores da Fundação, bem como todos os restantes Fundadores, quer públicos quer privados.*

*O Conselho de Fundadores é o primeiro orientador mas também o primeiro fiscalizador da actividade da Fundação e dos restantes órgãos de gestão da Fundação. O Conselho de Administração tem a obrigação de apresentar ao Conselho de Fundadores (órgão análogo a uma Assembleia Geral numa sociedade comercial) um plano estratégico de médio prazo (3 anos) onde conste os objectivos programáticos, culturais e económico-financeiros para o triénio, assim como, todas as acções que se pretende desenvolver para atingir os objectivos definidos.*

*Este documento após aprovação é monitorizado pelos fundadores, nas reuniões magnas realizadas semestralmente.*

*A acrescer a este controlo existe, ainda, outro órgão na Fundação para aferir o desempenho do Conselho de Administração que é o Conselho Fiscal que tem reuniões periódicas a cada trimestre para avaliar o cumprimento do Plano de Actividades e Orçamento anual.*

*No fim do período de vigência de cada mandato do Conselho de Administração é efectuada uma avaliação do cumprimento dos objectivos propostos no plano estratégico validado pelo Conselho fiscal, pelos Revisores Oficiais de Contas e pelos auditores externos, sendo essa avaliação apresentada aos Fundadores para aprovação.*

*Em resumo, o plano estratégico é apresentado pelo Conselho de Administração e aprovado pelos Fundadores, em Assembleia Geral, sendo os seus objectivos vertidos anualmente no Plano de Actividades e Orçamento Anual.*

*A fiscalização destes documentos é efectuada por um órgão independente e autónomo da Fundação, cujos membros são nomeados pelos Fundadores, pelos auditores externos e revisores oficiais de contas.*

**MBF: Por ser co-instituída pelo Estado, a despeito dos fundadores de direito privado, como é a relação da fundação de direito privado com o Governo? Há muitas ingerências? Existe espaço para diálogo e adequação de objetivos e procedimentos?**

*PSC: Antes de mais, é necessário salientar que o modelo publico-privado nasce de um convite do Estado Português e da Câmara Municipal do Porto para, grande parte das maiores empresas nacionais, comunguem e colaborem no desenvolvimento de um projecto artístoco, cultural e social considerado unanimemente de valor e de interesse público.*

*A escolha deste modelo jurídico permitiu, desde logo, uma paridade nas relações entre privados e Estado. O modelo instituído permitiu ainda definir quais as obrigações de cada um dos fundadores, ou seja os privados ficaram com a obrigação de gestão e financiamento da programação cultural e da prossecução da missão pública enquanto que o Estado ficou com a missão de financiar os gastos de funcionamento da instituição e de validar e fiscalizar a gestão através do Conselho Fiscal, no qual têm uma representação maioritária.*

*Este modelo, permitiu autonomizar a gestão da instituição do poder político, não havendo por isso qualquer ingerência politica sobre a gestão da Fundação.*

*As relações institucionais entre privados e governo têm sido bastante profícuas apesar dos constrangimentos financeiros que a crise mundial e portuguesa, particularmente, trouxeram ao desenvolvimento e crescimento do projecto.*

*Nestes doze anos de actividade, as principais preocupações governamentais foram o cumprimento da missão pública, isto é, acesso à cultura por toda a população, criação e desenvolvimento de novos públicos, desenvolvimento artístico dos agrupamentos residentes e do cluster das indústrias criativas na qual a Fundação Casa da Música é uma referência para criar efeitos multiplicadores nesta área económica.*

**MBF: Atualmente, a Fundação já tem mais de dez anos de funcionamento. Desde sua instituição até hoje é possível dizer que a gestão implementada na foi se aprimorando e tornando mais adequada à execução dos objetos a que se propõem?**

*PSC: A gestão da Fundação Casa da Música tem adaptado a sua estratégia à envolvente e ao contexto económico e social do país.*

*Ao longo destes doze anos, podemos afirmar que os objectivos inicialmente inscritos no Decreto-Lei de criação da Fundação Casa da Música não foram alterados. A mutação da estratégia resulta das condicionantes económico-financeiras do país o que implicou que fossem realizadas alterações no projecto artístico sem comprometer os objectivos delineados e emanados pelos seus fundadores.*

*Exemplo é a alteração programática dos eventos de música não erudita (pop/rock, world, electrónica, etc). A Fundação abdicou de realizar uma programação própria para este género musical optando por se associar a outras entidades, tendo sempre o controlo artístico da programação definida pelos seus parceiros, isto é, tem o poder de não aceitar a realização de determinado evento se este não estiver de acordo com a estratégia programática da Fundação.*

*Outro exemplo, é o desenvolvimento de actividades comerciais que permitam compensar a diminuição do subsídio estatal permitindo assim a sustentabilidade económica e financeira da instituição.*

*Em resumo, as alterações estratégicas realizadas pela Fundação tiveram como objectivo minimizar os impactos negativos do contexto económico e financeiro do país que colocavam em risco a concretização dos objectivos inscritos no Decreto-Lei que instituiu a Fundação Casa da Música.*

#### **4.1.3. SOBRE A FISCALIZAÇÃO DA FUNDAÇÃO PRIVADA**

Por ser uma fundação privada que se beneficia de apoios financeiros, a Fundação Casa da Música submete-se à fiscalização e controle dos serviços competentes do Ministério das Finanças. Vejamos como ocorre a fiscalização da fundação interna e externamente.

##### **MBF: Quais são os órgãos que fiscalizam as atividades da fundação?**

*PSC: Existem dois planos de fiscalização das actividades da Fundação Casa da Música. No interno, temos o Conselho de Fundadores, e um órgão independente e autónomo da*

*gestão, o Conselho Fiscal, que é nomeado pelos Fundadores e que tem como missão fiscalizar a actividade e as contas da Fundação.*

*No Plano externo, a Fundação é fiscalizada pelo Governo português, através da Inspeção-Geral das Finanças, e bem ainda pelos Revisores Oficiais de Contas e por Auditores Externos.*

**MBF: A prestação de contas exigida pelas diferentes entidades competentes é semelhante? Quantas demonstrações e relatórios são produzidos (e com que frequência) pelos departamentos internos da Fundação Casa da Música para prestar contas aos Poderes Públicos e à sociedade?**

*PSC: A Fundação Casa da Música, no cumprimento da lei em vigor em Portugal, apresenta publicamente as suas contas anualmente, através do Relatório & Contas e na publicação do mesmo nos principais jornais nacionais, assim como na sua página electrónica.<sup>386</sup> No entanto, o controlo de gestão é efectuado com base mensal através do seu departamento financeiro que realiza relatórios mensais sobre o cumprimento do Plano de Actividades e do orçamento para o Conselho de Administração e para os diversos departamentos da Fundação avaliando o cumprimento das metas definidas no plano estratégico do Conselho de Administração e propondo correcções caso exista necessidade.*

*Estes documentos são fiscalizados e validados pelos revisores oficiais de contas e pelo conselho fiscal trimestralmente.*

**MBF: A Fundação Casa da Música possui Código de Conduta? Ele é divulgado para seus colaboradores? Há um acompanhamento da Direção para que esse código seja seguido?**

*PSC: A Fundação Casa da Música elaborou e aprovou um Código de Conduta que estabelece o conjunto de princípios e de valores em matéria de ética profissional que é reconhecido e adoptado por todos os colaboradores ao serviço da Fundação e por todos os membros dos seus órgãos estatutários.*

---

<sup>386</sup> Os “Relatório & Contas” da Fundação Casa da Música estão disponíveis em: <http://www.casadamusica.com/pt/fundacao/documentos/?lang=pt> (última visualização em 30.05.17)

*O Código de Conduta da Fundação Casa da Música está disponível no sítio da internet da organização<sup>387</sup>, podendo os colaboradores e todos os demais interessados, a qualquer momento, ter acesso e consultar a essa informação.*

*A supervisão geral do cumprimento do Código de Conduta é da responsabilidade do Conselho de Administração.*

**MBF: E como funcionam as auditorias externas. Com que frequência acontecem?**

*PSC*: *As auditorias externas são realizadas trimestralmente e têm como missão avaliar o cumprimento do Plano de Actividades e Orçamento anual aprovado pelos Fundadores em Assembleia Geral.*

*Estas auditorias avaliam não só as contas da Fundação, mas também, a gestão realizada pelo Conselho de Administração avaliando se existe algum desvio face aos objectivos definidos ou más práticas de gestão. Os seus relatórios produzidos são enviados para o Conselho de Administração para contraditório e após esta fase são enviados para o Conselho Fiscal e para o Presidente do Conselho de Fundadores.*

#### **4.1.4. SOBRE A IMPORTÂNCIA DA ATIVIDADE DESENVOLVIDA**

Ora, como vimos, a Fundação Casa da Música é um exemplo de cooperação entre fundação privada e Administração Pública para levar a cabo política pública cultural. Vejamos como isso funciona.

**MBF: Quais os desafios de se promover a área da cultura em Portugal? A cultura é vista como luxo frente a necessidades mais básicas como saúde e educação?**

*PSC*: *A cultura durante décadas foi considerada em Portugal e na Europa como um sector económico pouco relevante para o desenvolvimento económico. No entanto nas últimas duas décadas e meia tem-se assistido a uma inversão desta política, nomeadamente com as orientações comunitárias no sentido de se promover e desenvolver o sector da cultura, considerado agora como fundamental para o desenvolvimento económico e social da Europa comunitária.*

---

<sup>387</sup> Os Código de Conduta da Fundação Casa da Música está disponível em: [http://www.casadamusica.com/pt/media/5286700/codigo\\_de\\_conduta\\_-\\_fundacao\\_casa\\_da\\_musica.pdf?lang=pt](http://www.casadamusica.com/pt/media/5286700/codigo_de_conduta_-_fundacao_casa_da_musica.pdf?lang=pt) (última visualização em 25.05.17).

*Esta inversão na política comunitária teve um impacto muito significativo em Portugal, que foi interrompido com a crise económica, designadamente com um acréscimo do orçamento de estado para o sector cultural, com a disponibilização de maiores recursos dos fundos comunitários e pelo aumento das verbas consignadas a concursos de apoio às artes de entidades públicas.*

*Apesar de a Cultura ter uma importância cada vez maior no país, as prioridades governamentais ainda estão muito vocacionadas para a educação e saúde devido ao envelhecimento da população – muito significativo em Portugal – e na capacitação dos jovens para um aumento da produtividade média nacional.*

*Apesar do sector cultural estar a aumentar a sua relevância nas prioridades e estratégias de desenvolvimento económico e social da Europa e de Portugal, as instituições culturais enfrentam ainda grandes desafios para sobreviver e desenvolver os projectos próprios, carecendo de fortes incentivos estatais para os concretizar.*

*Assim, elegemos como principais desafios do sector cultural em Portugal:*

- Foco: O estabelecimento de estratégias de desenvolvimento da missão cultural muito claras e ajustadas aos contextos económico e financeiro em que actuam;*
- Sustentabilidade económico-financeira: a maioria das instituições culturais portuguesas apresenta uma situação económico-financeira débil, o que reduz a capacidade de desenvolver projectos, nomeadamente novos projectos. Para contrariar este constrangimento, para além de políticas públicas determinadas, os agentes culturais deverão ter mais autonomia e mais capacidade de gestão própria;*
- Criação de parcerias com outros agentes do sector e empresas: outro desafio que as instituições portuguesas enfrentam é o desenvolvimento de relações de networking com instituições culturais (quer nacionais quer estrangeiras) que lhes permitam o desenvolvimento de co-produções e, nomeadamente, aceder a fundos europeus (só disponíveis com parcerias europeias). O estabelecimento de acordos de mecenato e patrocínio também deve ser incentivado, sendo o sucesso deste tipo de relações a qualidade e distinção dos projectos culturais e a sua notoriedade;*
- Diversificação das fontes de financiamento: esta componente é de enorme relevância e um importante desafio pois só com a alteração do perfil de financiamento é possível a sustentabilidade do sector cultural.*
- Promoção da cultura portuguesa nos países de língua oficial portuguesa. Os agentes culturais devem ter como prioridade o desenvolvimento da cooperação cultural com os*

*PALOPS*<sup>388</sup>, devido à afinidade cultural, histórica e linguística que existe e indo ao encontro das prioridades da política externa portuguesa;

- *Comunicação e marketing: as instituições culturais devem definir, com particular cuidado, os conceitos e as orientações de comunicação dos projectos, de forma a passar todos os valores importantes que os caracterizam, sem esquecer o perfil de público para o qual a actividade se orienta, não perdendo de vista a fidelização e a captação de novos e mais público.*

**MBF: Qual foi o impacto da crise econômica no repasse de recursos para o setor cultural? Os efeitos negativos da crise já estão a passar?**

*PSC: A crise económica que se iniciou em 2008 e que se agudizou em 2011 com o pedido de auxílio financeiro à União europeia teve pesadas consequências no sector cultural, nomeadamente na diminuição do montante de subsídios para os agentes culturais provenientes do orçamento de estado.*

*Nos últimos anos, as instituições culturais sofreram um corte entre 30% a 50% do subsídio atribuído pelo Estado, através de orçamento de estado. Esta diminuição implicou um reajustamento nas actividades a realizar.*

*De referir, que os fundos comunitários no âmbito do IV quadro comunitário também não permitiram mitigar o corte estatal, dado que estes estavam e estão vocacionados para a recuperação do património cultural e não para a criação e divulgação cultural.*

*Outro factor preponderante para a diminuição da actividade do sector cultural foi a dificuldade em angariar mecenatos e patrocínios para o desenvolvimento e realização de projectos culturais devido às dificuldades financeiras e económicas do tecido empresarial português.*

*Em resumo, a crise financeira obrigou a uma grande racionalização de recursos do sector cultural e a uma diminuição das actividades desenvolvidas quer pela diminuição de subsídios estatais, e pela dificuldade na obtenção de mecenato e patrocínio e na realocação dos objectivos da política cultural dos fundos comunitários.*

*Esta envolvente negativa dos últimos anos está a começar a ser contrariada pelo Estado Português que iniciou a reversão dos cortes ao financiamento, por uma melhoria*

---

<sup>388</sup> Países Africanos de Língua Oficial Portuguesa.

*da situação financeira do sector bancário e por uma melhoria da actividade económica que permite um ligeiro aumento ou manutenção dos financiamentos privados (mecenato e patrocínios) existentes.*

*Perspectivando-se que num futuro próximo a situação seja revertida para atingir os indicadores pré-crise, quer na actividade cultural quer na obtenção de financiamento.*

#### **4.1.5. CONCLUSÃO SOBRE A ADEQUAÇÃO DO MODELO JURÍDICO PARA A REALIZAÇÃO DE ATIVIDADE CULTURA**

Para gerir um aparelho cultural, é preciso aliar diversas áreas do saber, analisando questões jurídicas, administrativas e, no caso, culturais. Indagamos o Senhor Paulo Sarmiento e Cunha sobre a opinião dele sobre o modelo jurídico adotado para a consecução de atividades culturais.

**MBF: Por gozar de autonomia administrativa, operacional e financeira, a fundação privada co-instituída pelo Estado tem mais condições de realizar políticas públicas culturais do que um órgão ou entidade puramente públicos? É adequado que o Estado realize políticas públicas por meio da gestão de parcerias com fundações privadas?**

*PSC: Quanto à primeira parte da questão a resposta é inequivocamente sim.*

*Os organismos e entidades públicas estão condicionados por uma regulamentação muito restritiva no que respeita a recursos humanos e procedimentos administrativos, retirando autonomia e agilidade na tomada de decisões o que origina muitas vezes a que as políticas a desenvolver não sejam mais eficazes.*

*Esses constrangimentos não se aplicam a entidades privadas, o que permite que os resultados obtidos por estas entidades sejam mais eficazes, permitindo assim que as políticas e estratégias emanadas pelo Governo sejam mais rapidamente aplicadas e os seus resultados mais céleres.*

*No que respeita ao segundo ponto da questão, é nosso entendimento que a realização de políticas públicas por meio de parcerias é uma excelente opção no pressuposto que o Estado consome menos recursos e que os privados cumprem as orientações e estratégias acordadas. Permitindo assim alocar esses recursos a outros objectivos prioritários ao desenvolvimento do país.*

**MBF: A fundação privada co-instituída pelo Estado oferece um regime jurídico interessante para realizar política pública cultural? Quais as críticas a esse modelo?**

*PSC: Como referido anteriormente e na perspectiva da Fundação Casa da Música, a criação de uma Fundação privada é sem dúvida uma excelente opção para o desenvolvimento da política cultural, desde logo, pela pré-definição no respectivo acto de instituição, da estratégia e dos objectivos que a instituição se propõe prosseguir.*

*Esta opção permite ao Estado desenvolver as suas políticas culturais com uma menor alocação de recursos financeiros, partilhando com as entidades privadas a responsabilidade de realizar uma política pública cultural. No que ao caso da Fundação Casa da Música diz respeito, o Estado Português chama a si a responsabilidade de financiar os custos de funcionamento da instituição, cabendo às entidades privadas o financiamento da actividade cultural.*

*No entanto, apesar deste modelo ser mais assertivo, existe em Portugal um problema de escala; Sendo Portugal, um país onde o tecido económico é constituído maioritariamente por pequenas e médias empresas, o modelo não pode ser replicado em grande escala por não haver como financiar instituições similares.*

*Em resumo, o grande constrangimento ao desenvolvimento deste modelo jurídico é o seu financiamento, o que implica que esta opção tenha de ser preterida nas políticas governamentais dado que o sector privado não tem dimensão, nem dinamismo para suportar um grande número de Fundações similares à da Fundação Casa da Música.*

## **4.2. FUNDAÇÃO ORQUESTRA SINFÔNICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

A Fundação Orquestra Sinfônica de São Paulo – Fundação OSESP é responsável pela gestão da Orquestra Sinfônica do Estado de São Paulo, doravante “OSESP”, do Coro da OSESP, entre outros grupos musicais, dos Programas Educacionais, e do Complexo Cultural Júlio Prestes, doravante “Sala São Paulo”.

Antes da existência da Fundação OSESP, a orquestra e o edifício da Sala São Paulo eram administrados pela Secretaria da Cultura do Estado de São Paulo. Após constituição da Fundação OSESP, e qualificação como Organização Social de Cultura do

Estado de São Paulo, foi firmado contrato de gestão, por meio do qual a Secretaria da Cultura forneceu o espaço público e recursos financeiros em troca de a Fundação OSESP assumir a gestão da orquestra e do complexo cultural.

Para melhor compreendermos a lógica da implementação de política cultural por meio da atividade privada da fundação em parceria com o Poder Público, entrevistamos o Diretor Executivo da Fundação OSESP, o Marcelo de Oliveira Lopes, que era um dos músicos da orquestra, foi um dos instituidores da fundação e, além de ter acompanhado a transformação dessa aparelhagem cultural, tem a vivência administrativa do modelo jurídico estudado.

#### **4.2.1. SOBRE A CONSTITUIÇÃO DA FUNDAÇÃO OSESP E POSTERIOR QUALIFICAÇÃO COMO ORGANIZAÇÃO SOCIAL**

A Fundação OSESP foi criada em 2005 para atender a uma demanda social que já existia, como explicamos acima.

Da entrevista, primeiro se questionou sobre a forma como a Fundação OSESP foi constituída, qualificada como Organização Social e como o formato jurídico de fundação privada e o título de OS permitem a promoção da política cultural.

Seguem as nossas perguntas (em negrito, precedidas pela sigla MBF) e respostas do Diretor executivo, Senhor Marcelo de Oliveira Lopes (em itálico, precedidas pela sigla MOL) referentes ao tema.

**MBF: Quem instituiu a Fundação OSESP e por meio de que ato? Qual foi o patrimônio (a dotação) inicial que permitiu a criação da fundação?**

*MOL: Vale um breve descritivo dos fatos antes de falar da instituição da Fundação. A necessidade de criação de uma organização que pudesse gerir as atividades da Osesp (orquestra e coro), Sala São Paulo e Programas Educacionais surgiu da dificuldade do Estado de São Paulo em manter esses grupos no âmbito da administração direta. Como já é sabido, o Plano Diretor da Reforma do Aparelho Estado<sup>389</sup> (1995) previu uma forma nova (à época) de gestão de equipamentos devotados a atividades públicas não*

---

<sup>389</sup> Iniciada no Governo Collor e implementada pelo Governo Fernando Henrique Cardoso (1995-1998 e 1999-2002).

*exclusivas<sup>390</sup>, qual seja, o modelo de organização social.<sup>391</sup> Até aqui, nada de novo. Um dos problemas na implantação efetiva do modelo foi a ausência de um terceiro setor maduro o suficiente para formação das parcerias previstas nesse modelo<sup>392</sup>. A falta de instituições culturais em operação que pudessem ser qualificadas como Organizações Sociais era a principal dificuldade, sobretudo no Estado de São Paulo, pois existiam apenas algumas associações de apoio às instituições culturais, com funcionamento precário e sem administração profissional. Algumas foram elas próprias qualificadas como OS, após alguma reestruturação pontual. Em muitos desses casos, os profissionais voltados à gestão contratados eram antigos funcionários temporários da própria Secretaria de Cultura.*

*No caso da Osesp, dada a proeminência que esse equipamento adquiriu perante os demais órgãos da Secretaria, houve uma discussão maior e o envolvimento de pessoas de nomeada do cenário cultural, econômico e político brasileiro.*

*Após longo período de debates sobre o formato jurídico, decidiu-se pela criação de uma fundação, sobretudo porque se entendia que, mais do que uma ferramenta para suprir as rotinas administrativas do equipamento, o que se buscava era que o modelo de OS promovesse o fomento de uma instituição mais sólida e perene, que com passar do tempo provesse o equipamento de uma musculatura de gestão e levantamento de recursos, para inclusive diminuir a dependência do Estado.*

*Os instituidores constam da Escritura Pública de Fundação.<sup>393</sup>*

*Normalmente, fundações nascem da afetação de um patrimônio a uma causa determinada, mas a Fundação Osesp não teve uma dotação inicial relevante. O valor*

<sup>390</sup> Nesse momento, segundo Frederico Barbosa: “Do ponto de vista do desenho institucional, o Estado passou de executor a indutor do desenvolvimento cultural” Cf. FREDERICO A. BARBOSA DA SILVA, Economia e Política Cultural: acesso, emprego e financiamento, in *Coleção Cadernos de Políticas Culturais*, III, Brasília, Ministério da Cultura, 2007, p. 201. Disponível em: <http://www.cultura.gov.br/documents/10883/38605/cpc-volume-03.pdf/643124a6-d5ef-4d90-b2db-a1c9c96ae536> (última visualização em 20.05.17).

<sup>391</sup> “O extinto Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado – MARE – propôs a qualificação de «Organização Social» a entidades privadas as quais assumiriam a gestão de bens e serviços públicos. A nova forma de parceria entre o ente privado e o Poder Público (...) foi aprovada em 21 de setembro de 1995, pela Câmara da Reforma do Estado” Cf. item 2.1 da nossa obra: MARINA BARAÇAS FIGUEIREDO, *O Modelo*. Disponível em: <https://pensarpoliticamente.files.wordpress.com/2016/02/primeiro-compendio-cientifico-do-nelb.pdf> (última visualização em 20.05.17).

<sup>392</sup> Aqui ele refere-se ao modelo das Organizações Sociais.

<sup>393</sup> A escritura pública da Fundação OSESP está disponível no link: <https://www.dropbox.com/s/vr6g0f7yf4eguag/Escritura%20P%C3%BAblica.pdf?dl=0> (última visualização em 20.05.17).

constante do documento inicial era de 240 mil reais, sendo que desse valor 200 mil foram doados pela Associação dos Profissionais da Orquestra<sup>394</sup>. Ou seja, a dotação inicial, o valor para sua criação, de fato, não reflete a necessidade de operação. Contudo, uma vez que sua criação se deu a partir de uma demanda do próprio setor público, ou seja, da ideia de que cabia ao Estado promover o fomento a uma instituição (privada) que viesse a se qualificar como OS, ao mesmo tempo em que teria sua operação razoavelmente garantida pelo Contrato de Gestão que viria a ser firmado em futuro breve.

Resumindo, o patrimônio que garantiria a consecução dos objetivos estatutários numa estrutura fundacional tradicional foi substituído pela garantia de recursos advindos do Contrato de Gestão, adicionados às receitas operacionais e fundos captados pela Fundação nos anos seguintes, advindos de várias fontes (bilheteria, assinaturas, locações, patrocínios, etc).

**MBF:** A seguir, a partir de que momento a Fundação OSESP adquiriu personalidade jurídica? Após, quando foi possível pleitear a qualificação de Organização Social de Cultura e como se deu esse processo?

*MOL:* A personalidade jurídica das sociedades empresárias se dá com o seu registro na Junta Comercial. Já das sociedades não empresárias<sup>395</sup>, basta o Registro Civil das Pessoas Jurídicas no cartório de jurisdição da sede da entidade. Após a instituição (22/06/2005) e registro acima (28/06/2005), a Fundação passou a ser apta a pleitear a qualificação como Organização Social, o que aconteceu em 11/08/2005<sup>396</sup>. O procedimento para a qualificação é previsto na Seção I, do Capítulo I, da Lei Complementar 846/98.

**MBF:** Sendo a única Organização Social de Cultura do Estado de São Paulo que assume a forma de fundação privada, uma vez que todas as outras são associações – qual a diferença que seu formato jurídico proporciona na gestão de aparelhos e

---

<sup>394</sup> Conforme se verifica na escritura pública, os outros 40 mil reais foram a soma de doações de intituidores (pessoas físicas).

<sup>395</sup> Como é o caso da Fundação OSESP.

<sup>396</sup> Como se pode verificar no Portal de Transparência da Secretaria da Cultura: <http://www.transparenciacultura.sp.gov.br/organizacoes-sociais-de-cultura/os-qualificadas/> (última visualização em 20.05.17)

**projetos culturais? É possível dizer que sendo fundação, a perenidade do objeto social é assegurada? Sendo fundação qualificada como Organização Social, há mais exigências em relação a deveres de transparência e maior rigidez na fiscalização por órgãos públicos?**

*MOL: No meu entendimento, em princípio, as formas fundacional ou associativa não alteram a gestão dos equipamentos e programas. Essa atividade gerencial passa por procedimentos e práticas que são comuns a quaisquer instituições, inclusive sociedades empresárias. A ciência administrativa, sobretudo a gestão de projetos, tem racionalidade própria, que privilegia a eficiência e efetividade, redução de custos, observação de ganhos de escala, etc. A boa gestão deve/pode gerar resultados positivos ou excedentes financeiros. No mercado concorrencial tais valores compõem o lucro da empresa e a remuneração do capital investido. No terceiro setor, são os superávits, que não são distribuídos, mas revertem para os objetivos estatutários, podendo melhorar a sustentabilidade da entidade. Aí é que a forma jurídica pode ter algum impacto. A discussão é que a partir da exploração correta e qualificada do objeto do contrato de gestão, em havendo excedentes, a entidade deve acumular os resultados financeiros e, a partir dele, gerar fundo de capital para propiciar a perenidade do objeto social.*

*Claro que, por se beneficiar de subvenção governamental, a entidade tem dever de transparência e prestar contas a uma miríade de órgãos públicos (no caso, Secretaria de Cultura, Tribunal de Contas, Secretaria da Fazenda do Estado, Ministério Público – Curadoria de Fundações, além de órgãos internos – Conselho Fiscal – e externos – auditoria independente).*

*A questão é que, com o passar do tempo, havendo sucesso da entidade em captar recursos e ocorrência de excedentes, há tendência de redução dos repasses estatais. O Estado vê nesse resultado uma possibilidade de buscar um novo equilíbrio entre a remuneração da entidade e apropriação dos resultados que estão contabilizados na entidade. A discussão jurídica relevante é sobre a composição efetiva das receitas e a sua titularidade. Pode a operação superavitária da OS sob o modelo fundacional ser comprometida pela confusão entre o público e o privado? Aqui é que o modelo corre*

*riscos de continuidade, pois há que se discutir de forma madura e bem informada da alocação dos riscos do gerenciamento da entidade.*<sup>397</sup>

#### **4.2.2. SOBRE A PARCERIA DA FUNDAÇÃO PRIVADA COM O ESTADO POR MEIO DO CONTRATO DE GESTÃO**

Em 2005 a Fundação OSESP assinou seu primeiro contrato de gestão com a Secretaria de Cultura e desde lá continuou gerenciando a Orquestra Sinfônica, a Sala São Paulo e Programas Educacionais. Conforme Marcelo Lopes, não podemos dizer que houve renovação do contrato de gestão (que tem duração de 5 anos). Ele esclarece que *“houve na verdade duas novas contratações (em 2010 e 2015)”* pois ao final de dois contratos de gestão firmados entre as entidades privadas sem fins lucrativos e o Poder Público, *“há abertura de um chamamento público aberto para quaisquer entidades interessadas no gerenciamento dos equipamentos e atividades.”*

Questionamos, então, como foi para a fundação assumir a gestão de aparelhos culturais que antes estavam sob a gestão da Administração Pública Direta, como o modelo jurídico específico das Organizações Sociais objetiva uma administração com foco em resultados e quais as dificuldades verificadas no âmbito de sua aplicação.

**MBF: Quais tem sido os desafios desde que a Fundação OSESP assumiu a gestão desses aparelhos culturais?**

*MOL: Como já há um bom tempo desde o primeiro contrato de gestão, houve desafios diferentes em várias fases que se sucederam. Como anteriormente a orquestra e a sala eram gerenciadas pela administração direta, a dificuldade inicial foi a implantação de departamentos e rotinas típicas de uma entidade privada. Não havia RH, Contabilidade Comercial, Controladoria nem estrutura de captação. A contratação de profissionais de mercado, sem os vícios burocráticos públicos foi um objetivo imediato para formação de equipes competentes.*

---

<sup>397</sup> Marcelo Lopes desenvolve a questão da alocação de riscos nos contratos de gestão nos itens 4.5.2. e 4.5.4 de sua dissertação: Cf. MARCELO DE OLIVEIRA LOPES, Alocação de riscos e equilíbrio econômico-financeiro em contratos de gestão: O caso da Fundação OSESP, [dissertação de mestrado], São Paulo, Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 2016.

*Em seguida, a formação de um corpo de regulamentos para normatizar compras e contratações, de forma a atender também os órgãos de controle. Estabilizada a estrutura mínima de funcionamento, veio a fase em que pudemos rever nossos produtos, criar novas formas de comercialização e captação de forma a criar um colchão de segurança financeira (havia um enorme passivo trabalhista em virtude das contratações impróprias no período anterior à gestão da fundação e o receio de que ele pudesse se materializar era real).*

*Posteriormente, vencidos esses desafios (sempre se preservando o grau de excelência da estrutura artística) houve uma revisão da governança da instituição, com a sucessão do maestro John Neschling, que acumulava funções de diretor artístico e regente titular (hoje são funções separadas) e fortalecimento das instâncias executivas.*

*Mais recentemente, o desafio é a criação de um efetivo ambiente de sustentabilidade e a preservação do modelo dado um novo direcionamento do Estado no sentido de trazer de novo para dentro da burocracia estatal algumas instâncias de decisão. Diria que há um comportamento esquizofrênico da máquina estatal. Ao mesmo tempo em que reconhece sua incapacidade de realização da atividade artística e falta de flexibilidade de gestão, se incomoda muito com a autonomia prevista no modelo.<sup>398</sup>*

**MBF: O sistema de metas e resultados, proposto no âmbito do modelo das Organização Sociais que firmam contrato de gestão com o Poder Público, funciona bem?**

*MOL: Entendo que o Estado não se aparelhou com equipes que tenham conhecimento técnico e específico para avaliar e acompanhar as metas. Acontece que tais metas acabaram por ser desenhadas no contexto dos planos de trabalho sendo que, pelo excesso de desejo de controle, acabaram por ser num sistema complexo e extenso, muitas vezes disfuncional.*

*O primeiro contrato tinha como metas, basicamente, a relação de atividades dos equipamentos relacionadas no histórico recente daquele período.*

*No segundo contrato, houve uma diversificação muito grande, com muitas metas, muitas delas pouco significativas, denotando um micromanagement das atividades por parte do Estado.*

---

<sup>398</sup> Marcelo Lopes faz essas inferências em relação à máquina estatal.

*No terceiro contrato houve uma redução, com uma tentativa de racionalização, mas com aumento do controle de meio em detrimento do controle finalístico.*

**MBF: Sua relação com a Secretaria da Cultura é amistosa? Existe espaço para diálogo e adequação de objetivos e procedimentos?**

*MOL: No geral, a relação política e institucional tem sido satisfatória, porém a relação com as unidades de monitoramento é mais conflituosa. Há espaço para discussão, sobretudo das atividades fim, porém quanto ao controle de meios, que tem se tornado um foco maior, aí há um ponto de tensão. A pouca capacidade de análise do mérito das atividades por parte da secretaria faz com que centrem a atenção em procedimentos e processos. Essa parece uma subversão do modelo, que foi criado justamente para dar maior flexibilidade à gestão, evitando o excesso de trâmites burocráticos, típicos da Lei 8.666/93.<sup>399</sup>*

*Quanto à adequação de objetivos, porém, posso dizer que a capacidade do modelo de adaptar as metas às necessidades da política pública dos diferentes governos é muito satisfatória. Por exemplo, no primeiro contrato, as atividades eram pouco descentralizadas e com baixo índice de gratuidade. No governo seguinte houve uma demanda de mudança desse perfil, dados os objetivos de popularização e maior difusão do produto cultural. De certa forma, houve uma alteração bastante importante do perfil das metas sem que tenha havido solução de continuidade e preservando-se os ideais de excelência artística.*

**MBF: Atualmente, a Fundação está no seu terceiro contrato de gestão. Do primeiro para o terceiro é possível dizer que a elaboração do contrato foi se aprimorando e tornando mais adequada à execução dos objetos a que se propõem?**

*MOL: Houve aprimoramento no entendimento da própria fundação nas possibilidades de execução e da eficiência. O contrato evoluiu nesse aspecto, mas incorporou mais controles de meio, tornando-se em grande medida muito assemelhado à forma de convênio. Por exemplo, a necessidade de apresentação de orçamento anual, sujeito à*

---

<sup>399</sup> Lei que estabelece normas gerais sobre licitações e contratação no âmbito da Administração Pública.

*análise e aprovação da Secretaria a cada exercício, a meu ver é um retrocesso, pois diminui a autonomia da instituição e a capacidade de planejamento das atividades. Aumenta um componente de instabilidade que o modelo tentou inicialmente combater.*

#### **4.2.3. SOBRE A FISCALIZAÇÃO DA FUNDAÇÃO PRIVADA E DA EXECUÇÃO DO CONTRATO DE GESTÃO**

Por ser uma fundação privada, a Fundação OSESP se submete à fiscalização do Ministério Público, o qual atua por meio da Curadoria de Fundações. Por gozar da qualificação de Organização Social, a execução do contrato de gestão é fiscalizada por outros órgãos públicos, como a Secretaria de Estado da Cultura. Questionamos Marcelo Lopes como ocorre essa fiscalização na rotina da Fundação OSESP.

**MBF: Quais são os órgãos que fiscalizam as atividades da fundação e a execução do contrato de gestão?**

*MOL: A primeira análise das metas e atividades é feita pela Unidade Gestora da Secretaria à qual o contrato está subordinado. Antigamente, era a Unidade de Difusão e Fomento da Produção Cultural – UFDPC. Atualmente é a Unidade de Difusão Cultural, Bibliotecas e Leitura – UDBL. Essa análise é feita trimestralmente em relatórios de execução das metas. Parte da liberação de parcelas da subvenção está sujeita à avaliação positiva dessa unidade.*

*Há ainda a Unidade Monitoramento, que foi criada mais recentemente e tem a função de avaliar a execução orçamentária à luz da proposta apresentada à SEC<sup>400</sup> para o ano em questão. Essa unidade tem foco sobretudo nas questões de controle financeiro.*

*Outros órgãos no âmbito do Estado aos quais se prestam contas são a Secretaria da Fazenda (CPATES - Cadastro de Parceiros do Terceiro Setor), Tribunal de Contas do Estado e Ministério Público de Fundações.*

**MBF: A prestação de contas exigida pelos diferentes órgãos públicos é semelhante? Quantas demonstrações e relatórios são produzidos (e com que frequência) pelos**

---

<sup>400</sup> Secretaria de Estado da Cultura.

## **departamentos internos da Fundação OSESP para prestar contas ao Poder Público e à sociedade?**

A Fundação OSESP enviou, em resposta a essa pergunta, um levantamento dos relatórios e balancetes<sup>401</sup> que devem fornecer como prestação de contas aos diversos órgãos já citados por Marcelo Lopes, a saber: a Secretaria de Estado da Cultura, doravante “SEC”, a Secretaria da Fazenda do Estado, doravante “SEFAZ”, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, doravante “TCE”, e o Ministério Público – Curadoria de Fundações.

Em razão do contrato de gestão ser firmado com a SEC, a maior parte das prestações de contas são direcionadas a este órgão, que tem um contato bem próximo com a Fundação OSESP, sendo responsável por avaliá-la. Essa é uma avaliação no que tange ao cumprimento dos objetivos contratados, feita por meio de controle finalístico. A SEC também realiza a análise financeira da execução do contrato, mas de maneira mais superficial se comparado com os outros órgãos. A fiscalização efetuada pela SEFAZ e pelo TCE tange ao âmbito financeiro.

Há relatórios e balancetes que devem ser encaminhados mensalmente à SEC e à SEFAZ e outros que são trimestrais. Há ainda um relatório que deve ser enviado para a SEC a cada quadrimestre e posteriormente é publicado no Diário Oficial. Anualmente é enviado um relatório bem completo para o TCE e para a SEFAZ.

Eventualmente, o Ministério Público manda questionamentos que devem ser respondidos pela Fundação OSESP, e uma vez por ano a fundação deve apresentar uma prestação à Curadoria de Fundações, o que é feito por meio de sistema digital denominado Sistema de Cadastro e Prestação de Contas, doravante “SICAP”.<sup>402</sup>

Cada órgão exige diferentes tipos de relatórios, fiscais, contábeis, e de atividades. A produção dessa gama de relatórios e balancetes demandados pelos órgãos de controle externo é uma das atribuições do departamento de controladoria, que atua internamente e, como admite o Superintendente da Fundação OSESP, Fausto Arruda é “O principal instrumento de controle da Fundação OSESP”. A controladoria também atua na verificação e no planejamento a médio e longo prazo da situação orçamentária e

---

<sup>401</sup> Adicionado na seção de Anexos deste trabalho.

<sup>402</sup> “O SICAP alberga dados e informações das entidades fundacionais, não só de cunho contábil, mas de atividades desenvolvidas, da composição interna, do quadro de funcionários etc” Cf. AIRTON GRAZZIOLI, *Fundações privadas*, p. 32.

financeira da instituição, passando toda essa visão para os gestores da Fundação OSESP.<sup>403</sup>

**MBF: A Fundação OSESP possui Código de Conduta? Ele é divulgado para seus colaboradores? Há um acompanhamento da Direção para que esse código seja seguido?**

*MOL: No momento estamos implantando um Programa de Integridade. Ele foi elaborado com auxílio de consultoria externa e está na fase de aprovação pelo Conselho de Administração. O programa abordará controles internos, investigações, canais de denúncia, treinamentos, avaliação prévia para contratação de terceiros, código de ética, atos de risco, de corrupção e sanções.*

**MBF: E como funcionam as auditorias externas. Com que frequência acontecem?**

*MOL: Auditorias externas são anuais e acontecem por ocasião do fechamento das demonstrações financeiras (balanço patrimonial, demonstração de resultado e demonstração de mutação de patrimônio líquido) para aprovação de contas junto ao Conselho de Administração e publicação nos meios de imprensa, além de sua divulgação no sítio eletrônico. Além de abordar os demonstrativos, a análise da contabilização e a integridade dos dados contábeis, há uma análise de procedimentos e de controles internos.*

#### **4.2.4. SOBRE A IMPORTÂNCIA DA ATIVIDADE DESENVOLVIDA**

Na Constituição Federal do Brasil, a cultura é tratada, especialmente, nos artigos 215.º e 216.º, como direito da Ordem Social (Título VIII). A Fundação OSESP promove principalmente a área da cultura<sup>404</sup>, que é uma das frentes de atuação possíveis para que

---

<sup>403</sup> Cf. FAUSTO AUGUSTO MARCUCCI ARRUDA, Parcerias entre o Estado e o terceiro setor: A experiência da Fundação Orquestra Sinfônica do Estado de São Paulo, *in III Congresso CONSAD de Gestão Pública*, São Paulo, 2010, item 7.1.

<sup>404</sup> Além de atuar nas áreas de educação e de assistência social, conforme artigo 4.º de seu estatuto social, disponibilizado no sítio eletrônico da fundação. Disponível em: <http://www.fundacao-osesp.art.br/upload/documentos/EstatutoSocial-FundacaoOsesp-3alteracao-2013.pdf> (última visualização em 20.05.17)

uma pessoa jurídica privada sem fins lucrativos pleiteie o título de Organização Social de Cultura, no Estado de São Paulo, conforme o artigo 1.º da Lei Complementar n.º 846/1998.

A cultura é um dever do Estado, mas pode ser promovida também por entidades privadas. É o que ocorre no caso da Lei Complementar n.º 846/1998, que prevê o regime das Organizações Sociais no estado de São Paulo.

Questionamos, nesse caso, como tem sido administrar atividades voltadas para a cultura.

**MBF: Quais os desafios de se promover a área da cultura em um país com tantas carências e necessidades básicas como o Brasil?**

*MOL: Esta pergunta aponta para uma direção que implica grande risco para as atividades culturais. A argumentação dá azo a um tipo de pensamento que contrapõe, de alguma forma, o investimento em cultura em detrimento de ações em outras áreas que, por senso comum, seriam mais relevantes à manutenção da vida humana. Assim, esse reducionismo, que importa a uma pretensa polarização, acaba por estabelecer uma um pensamento de exclusão do tipo: ou o governo provê o cidadão de necessidades básicas ou provê a atividade cultural. Como se a única alternativa de ação governamental fosse a exclusão de umas em relação às outras. O argumento é falacioso. No estado democrático de direito, a vida social se pauta pela igualdade e possibilidade de escolhas e pela universalidade da distribuição do bem comum. Cultura é parte da formação do indivíduo e do desenvolvimento de uma consciência republicana e cidadã. O maniqueísmo que se tenta impor, contrapondo cultura ao provimento de necessidades básicas serve apenas para justificar a incompetência e o descaso com as causas culturais. Ademais, a economia da cultura é intensiva de mão de obra e tem boa capacidade de geração de empregos. Em alguns países chega a representar 12% do emprego e da renda. É uma parcela importante que não pode ser desconsiderada.*

*Há sempre uma discussão sobre o modelo de financiamento. Na maioria dos países europeus (como também na América Latina) o financiamento da cultura tem forte componente governamental. Nos EUA e Reino Unido, a sociedade civil é especialmente consciente do seu papel no funding das instituições culturais, embora haja algum incentivo fiscal. O Brasil padece de uma legislação débil e pouco atrativa para doações privadas, sobretudo no que diz respeito à isenção fiscal relativa ao imposto sobre a*

*herança. A Lei Rouanet passa por uma profunda crise de procedimentos e legitimidade, dados os casos recentes de desvios que ganharam destaque na mídia. Os governos, diante da restrição orçamentária e da crise econômica, impuseram à área cultural uma carga de sacrifícios muito maior do que nos outros setores, um pouco por falta de alternativa, mas mais ainda por uma visão de mundo muito restrita e falta de entendimento do papel da cultura no desenvolvimento humano. Enfim, sem uma visão mais holística e compreensiva do papel da arte e da cultura na formação da sociedade fica mais difícil a justificativa do financiamento público dessas atividades.*

*Numa versão anterior do meu paper escrevi:*

*Claro que há críticas sobre quais setores da vida cultural foram mais beneficiados ou mesmo algumas distorções mais evidentes, sobretudo pelo seu uso em atividades que tem maior potencial de sustentação sem subsídios, mas isso não é motivo para que o Estado deixe de cumprir o seu papel indutor. Como defende Dworkin em seu texto clássico sobre a matéria: “que o patrocínio estatal tenha como finalidade antes proteger a estrutura que promover qualquer conteúdo específico para essa estrutura em qualquer época específica. Assim, a diretriz do subsídio estatal deve ser este objetivo: atentar para a diversidade e a qualidade inovadora da cultura como um todo, não para aquilo que as autoridades públicas consideram ser a excelência em ocasiões particulares dessa cultura”. (DWORKIN, R. Um Estado liberal pode patrocinar a arte? In: Uma questão de princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2005.)*

*Portanto, há várias frentes de preocupação. A manutenção do financiamento público, pelo menos até a solidificação e amadurecimento do mercado cultural e a criação de um mecanismo de fomento dos fundos patrimoniais (endowment) que protejam das crises cíclicas da economia, de forma a se preservar o planejamento de longo prazo, necessidade absoluta de instituições dessa natureza.*

**MBF: Qual foi o impacto da crise econômica brasileira no repasse de recursos para o setor cultural?**

*MOL: A crise atual é a maior da história econômica do país. Diante da redução de recursos, os governos tiveram que fazer ajustes importantes em seus orçamentos. Ocorre que boa parte desses orçamentos são previamente vinculados (educação, saúde, etc) e a folha de pagamentos dos Estados são rígidas, pouco elásticas para redução. Sobram*

*recursos de projetos e investimentos para esses ajustes. Consequentemente, a área (ademais não considerada estratégia pelos governos) sofreu reduções dramáticas. A Fundação Osesp teve redução de 30% das verbas do Contrato de Gestão(!), e mesmo durante o exercício com atividades já contratadas. Houve redução de projetos e atividades. Além disso, foi necessário lançar mão de fundos constituídos no passado para fechar as contas. Instituições que optaram por não constituir tais fundos, ou não tiveram condições de fazê-lo, estão sofrendo reduções profundas. Houve até mesmo extinção de grupos profissionais tradicionais mantidos pelo Estado. Existe um movimento de desmantelamento da estrutura de apoio e gestão da cultura em vários estados da federação. Além da redução do setor público, a crise na área de patrocínios é sem precedentes, causada pela própria retração econômica e pela discussão do marco legal (Lei Rouanet).*

#### **4.2.5. CONCLUSÃO SOBRE A ADEQUAÇÃO DO MODELO JURÍDICO PARA A REALIZAÇÃO DE ATIVIDADE CULTURA**

Com as últimas perguntas procuramos entender como o gestor, que convive com os desafios cotidianos da fundação, se posiciona em relação à adequação do modelo jurídico para a consecução de seus fins.

**MBF: Por gozar de autonomia administrativa, operacional e financeira, a fundação privada tem mais condições de realizar políticas públicas culturais do que um órgão ou entidade pública? É adequado que o Estado realize políticas públicas por meio da gestão de parcerias com fundações privadas?**

*MOL: Não há no país, nenhuma instituição cultural que tenha se desenvolvido a contento dentro da estrutura pública e da administração direta. As regras vigentes não permitem a realização de um planejamento consistente, no prazo e extensão necessários para essas atividades. A programação de uma orquestra ou de um museu requerem pautas feitas com 2 a 3 anos de antecedência. Garantia operacional e respeito aos contratos são ativos fundamentais para manutenção da imagem e bom nome internacional dessas instituições. A visão anual das finanças públicas não permite esse tipo de operação. Além disso, há uma especificidade e especialidade no tipo de insumo para a atividade artística. Não se pode licitar a exposição de um artista plástico importante ou um solista de renome*

*internacional. As partituras de uma orquestra seguem padrões específicos e devem ser contratadas de editores exclusivos. Enfim, há necessidade de enorme flexibilidade na gestão desses equipamentos e, claramente, as regras públicas não dão conta de suas particularidades.*

*Por todas essas razões, entendo necessário e adequado que a política pública de cultura seja realizada em parceria com entidades privadas do terceiro setor.*

*Já o caso específico de uma fundação, entendemos que seja a figura jurídica mais adequada para equipamentos que tem perfil institucional e de longo prazo, como é o caso de uma orquestra sinfônica. Nesse caso, não se fala apenas do financiamento da atividade, mas também do fomento à instituição, de maneira a que se possibilite a criação de fundos patrimoniais que sirvam de segurança e até mesmo de redução da dependência de recursos públicos, no longo prazo.*

**MBF: O regime jurídico das Organizações Sociais é interessante para que uma fundação privada realize política pública cultural? Quais as críticas a esse modelo?**

*MOL: Consoante aquilo que foi pensado na Reforma do Estado, a prática tem mostrado que houve um bom desenvolvimento das atividades e das instituições desde a implantação do modelo. Muitas fortaleceram seus laços com público e patrocinadores. O regime jurídico dotou de autonomia e flexibilidade necessárias para a realização mais eficiente das metas, que foram superadas, e recursos extragovernamentais foram incorporados. A crítica maior que faço não é ao modelo, mas à falta de preparo dentro dos governos em conviver com a realidade de que a atividade é realizada por ente privado, ao qual não se deve fazer controle de meios, mas finalístico. A tendência à burocratização e imposição de amarras, pela sanha de controle exacerbado, vem fazendo com que ele se assemelhe mais ao modelo de convênio (inclusive com orçamentos detalhados por linha de despesa), o que destitui o modelo de sua principal finalidade.*

*Outro ponto que é urgente um tratamento jurídico é o equacionamento da questão dos riscos associados à execução das metas. Há uma série de implicações tributárias, e mesmo trabalhistas, típicas de uma instituição privada, que não foram previstas nos contratos de gestão. Os riscos, e os recursos a eles pertinentes, devem ser alocados sempre à parte que melhor tem condições de geri-los. Ocorre que pela visão atual do Estado, o provisionamento desses recursos é muito dificultado, tornando o modelo mais*

*vulnerável e reduzindo os incentivos à participação da sociedade civil na condução dos projetos. Esse assunto, abordo com detalhes na minha dissertação.*

Ainda sobre essa questão, importante citar que Fausto Arruda declara sua convicção na adequação do modelo jurídico adotado pelas entidades qualificadas como OSs, mas chamava atenção para a problemática de alternâncias do Governo:

“Sem dúvida o modelo funciona. (...) Precisamos, no entanto, sempre defendê-lo dos constantes movimentos pendulares de retrocesso, seja de setores mais ideológicos da sociedade, seja do próprio Governo, que com a legítima alternância de poder pode ter em determinado momento uma compreensão maior ou menor do modelo.”<sup>405</sup>

### **4.3. COMPARATIVO SOBRE AS EXPERIÊNCIAS DAS FUNDAÇÕES ANALISADAS**

Das fundações ora analisadas, sabe-se que embora ambas sejam privadas, a Fundação Casa da Música foi co-instituída pelo Estado e possui fundadores públicos, além dos privados. A Fundação OSESP, por sua vez, contou apenas com instituidores privados. Formalmente, os regimes jurídicos de cada uma delas é diferente, mas em termos práticos há muitas semelhanças.

Como Paulo Cunha nos explicou, a despeito da participação dos instituidores públicos no capital fundacional, a gestão da Fundação Casa da Música cabe aos privados. Esse panorama muito se assemelha ao da Fundação OSESP, que, apesar de não ter contado com um patrimônio inicial de origem pública, recebe recursos públicos, por meio do contrato de gestão firmado com o Estado, para gestão (privada) de equipamentos culturais.

Por conta da qualificação como Organização Social, e da consequente assinatura do contrato de gestão com a Secretaria de Estado da Cultura, a Fundação OSESP recebe recursos públicos e até mesmo um espaço público para administrar, assumindo uma tarefa que antes era de obrigação do Estado.

O regime jurídico especial em que se enquadra a Fundação OSESP, torna a sua maneira de gerenciamento e sua relação com os Poderes Públicos semelhante àquela observada na Fundação Casa da Música. Ambas recebem aportes financeiros dos Poderes

---

<sup>405</sup> Cf. FAUSTO AUGUSTO MARCUCCI ARRUDA, *Parcerias*, item 8.

Públicos, mas além disso, trabalham para obter mais recursos, como por meio de patrocínios.

O gerenciamento de orquestras de dimensão internacional como a Orquestra Sinfónica do Porto Casa da Música e a Orquestra Sinfônica do Estado de São Paulo (além das salas de concertos, dos outros grupos musicais e projetos conexos) requer conhecimento técnico, planejamento com bastante antecedência, contratações flexíveis, e implementação de estratégias que, no âmbito da Administração Pública, não poderia ser feito de forma eficaz<sup>406</sup>, como por uma entidade privada. Nesses termos, verificamos que as fundações estudadas representam modelos bem sucedidos para se colocar em prática políticas públicas de cultura.

E, por estarem cooperando com o Estado na prossecução de atividades culturais, que são de interesse da coletividade, e reinvestindo os excedentes nessas mesmas finalidades de interesse social, recebem alguns benefícios e são submetidas a certos controles administrativos.

Ocorre que, apesar de a Lei das Organizações Sociais prever um modelo jurídico em que a parceria da entidade privada com o Estado deve ser pautada por um controle finalístico (analisando-se metas acordadas e resultados alcançados), a Fundação OSESP presta contas de forma sistemática a uma série de órgãos públicos e, como Marcelo Lopes declara, as diversas exigências do governo geram um sistema “complexo e extenso, muitas vezes disfuncional”.

E, pelo que analisamos da lei, teoria, e entrevista, parece que o controle exercido pelo Estado português sobre a Fundação da Casa da Música é menor e não apresenta tantas inconstâncias quanto à fiscalização e regulação da Fundação OSESP.

Outro ponto importante de abordar é que a Fundação Casa da Música possui um Código de Conduta, divulgado inclusive no seu sítio eletrônico. Essa é uma das indicações presentes na Lei-quadro das fundações. A Fundação OSESP ainda não tem um, mas em breve terá um Código de Ética, além de outros mecanismos que fazem parte de um “Programa de Integridade” já elaborado e agora enaminado para aprovação do Conselho de Administração.

Práticas como essa são importantes para garantir a credibilidade das fundações. À medida que passam a obter bons resultados e visibilidade, as fundações privadas também

---

<sup>406</sup> E, a bem da verdade, nem poderia ser feito de modo a tornar as orquestras tão reconhecidas internacionalmente como as mencionadas são hoje.

conquistam parocínios e, com a boa administração de seus recursos e planejamento, passam a depender cada vez menos da máquina estatal, a qual pode direcionar recursos antes destinados a políticas culturais a outros objetivos de prioridade nacional.

Essa preocupação com a sustentabilidade da fundação é uma constante, até mesmo e especialmente em momentos de crise econômica, quando o Estado corta verbas e, naturalmente, a cultura é das primeiras a ser atingida por esses cortes.

É interessante perceber como uma fundação privada em Portugal e outra no Brasil, sob a égide de ordenamentos jurídicos díspares, e até mesmo com diferenças de enquadramento jurídico, podem possuir tanto em comum.

As diferenças residem muito mais nas características formais do que no efetivo dessas instituições jurídicas.

## CONCLUSÕES

Em discurso de encerramento de um encontro internacional de fundações, Maria Kother perguntou-se: “Mas porquê intercâmbio entre as fundações?” Ela mesma responde comentando que as fundações “emergem de uma ação não egoísta e nunca competitiva”, e as soluções por elas encontradas para uma variedade de problemas sociais podem ser muito úteis para outras fundações.<sup>407</sup>

O Direito aplicado às fundações privadas em Portugal e Brasil apresenta muitas semelhanças. Como nos outros ordenamentos, a fundação é uma organização, com personalidade jurídica, instituída por um patrimônio afetado a um fim.

Tanto em Portugal como no Brasil, as fundações foram classificadas em fundações privadas – reguladas pelo Código Civil – e fundações públicas – reguladas por outros diplomas legais –, sendo que essas últimas são divididas em públicas de direito público e públicas de direito privado. Ressalvadas as particularidades de cada uma dessas formas jurídicas em cada país, as fundações públicas fazem parte da Administração Pública Indireta, enquanto as fundações privadas são organizações da sociedade civil e compõem o Terceiro Setor, juntamente com as associações de interesse social.

Para ser constituída uma fundação em Portugal e no Brasil a regra é que suas finalidades atendam ao interesse social. Na doutrina portuguesa existem discussões mais profundas acerca do interesse fundacional.

Primeiramente, alguns autores consideram que a fundação privada tem em sua origem um interesse privado e este pode ser privado social (o único admitido por lei nos países em comento) ou privado particular, quando não interessar à coletividade (como no caso das fundações de família, admitidas na Alemanha). E, apesar de reconhecerem que, mediante a lei portuguesa, as fundações devam ser de interesse social, alguns autores expõem que talvez essa regra pudesse ser revista.

A doutrina brasileira não explora a razão de ser (privado) nem a variação de nomenclatura do interesse fundacional, e geralmente fala-se de interesse público como sinônimo de interesse social.

Ainda, na doutrina de Portugal discute-se que o interesse da fundação deve ser, a priori, privado social e, só poderia ser considerado público se coincidir, de fato, com o

---

<sup>407</sup> MARIA CECÍLIA MEDEIROS DE FARIAS KOTHER, Discurso de encerramento, *in Anais do III Encontro Internacional de Fundações Privadas e IV Encontro Estadual de Fundações*, Porto Alegre, FIJO - Fundação Irmão José Otão, 1999, p. 255.

interesse público do Poder Público, o que depende de ato administrativo de reconhecimento.

Bom, as diferenças acima ocorrem no âmbito teórico, mas é importante que no Brasil haja consciência do que tem sido discutido por lá. Inclusive porque Portugal acaba por receber influência de discussões travadas no âmbito da União Europeia, e todo esse movimento de olhar para outras experiências e verificar como cada país trata uma mesma matéria é não só útil, como enriquecedor.

Para serem constituídas, as fundações portuguesas e brasileiras dependem de dois atos: primeiro o de instituição que depende de escritura pública, se os instituidores forem vivos; ou de testamento, se mortos; e depois o ato de constituição, por meio do qual a entidade adquire a personalidade jurídica. Em Portugal a segunda etapa consiste em um ato administrativo de reconhecimento, de competência do Primeiro Ministro. No Brasil, a fundação só é reconhecida como pessoa jurídica após inscrição de seus atos constitutivos em Cartório de Registro de Pessoas Jurídicas, mas tais documentos só serão aceitos se antes aprovados pelo promotor de justiça/curador de fundações da comarca em que será criada a fundação privada. Mais uma vez, há diferenças, mas não são substanciais.

Há ainda especificidades na criação de fundações privadas cujos instituidores advém em parte do Poder Público, como é o caso da Fundação Casa da Música em Portugal. Ali, por exemplo, a fundação pode ser criada por decreto-lei, visto que deixa de fazer sentido um ato de reconhecimento por parte dos Poderes Públicos, que já se encontram na formação da vontade fundadora.

Uma vez criadas as fundações privadas, elas deixam de pertencer a quem as fundou, e tampouco pertencem a quem as administra, ou a quem usufrui de suas atividades. A fundação passa a ser aquele patrimônio vinculado necessariamente ao atendimento das finalidades para as quais a fundação foi criada. Sendo essas finalidades de interesse geral, faz sentido que exista uma ação conjunta das fundações privadas e da Administração Pública. E nesse sentido, pelo fato de não visarem ao lucro, mas justamente reinvestirem seu superávit nessas mesmas finalidades, as fundações acabam por ser merecedoras de benefícios fiscais.

No sentido de garantir que as fundações privadas façam jus a essa situação benéfica, e assegurar que suas atividades estejam em consonância com os fins previstos em seus estatutos, há regulação da vida fundacional por meio da Administração. A intensidade do controle a ser exercido sobre a fundação privada dependerá do vínculo

entre ela e as pessoas jurídicas/órgãos públicos – conforme pormenores de cada regime jurídico.

Importante elucidar, então, que é preciso verificar o enquadramento jurídico em que se encaixa cada fundação, para então compreender a que tipo de controles ela deve se submeter, seja em Portugal, seja no Brasil. E, para isso, considera-se o regime geral da forma jurídica “fundação privada” e os eventuais regimes especiais aplicados trazem características adicionais ao modelo e, portanto, direitos e deveres adicionais.

No Brasil, as fundações privadas são veladas pelo Ministério Público, o qual tem o condão de fiscalizar seus atos desde a instituição até eventual extinção. Essa regulação existe para todas as fundações privadas, independente de possuírem ou não qualificação que as colocaria em situação jurídica especial.

Em Portugal, a Presidência do Conselho de Ministros possui algumas dessas funções englobadas no “velamento das fundações pelo MP”, tal como a aprovação para que sejam constituídas e o recebimento de relatórios anuais, porém não há uma entidade reguladora com competência para aplicar a lei de acordo com os pormenores dos variados enquadramentos jurídicos de cada fundação portuguesa. Domingos Farinho reconhece que a criação de uma entidade com esse perfil poderia ser relevante.

Poder enquadrar as fundações privadas não é assim tão simples, porquanto há uma pluralidade de regimes jurídicos adicionais, e a legislação portuguesa e brasileira que concerne às fundações privadas apresenta-se de forma tão esparsa.

Em certos momentos são outorgados títulos jurídicos para as entidades que preenchem determinados requisitos legais e por isso podem gozar de algumas prerrogativas. Essas certificações criam conjuntos e universos específicos para algumas fundações e, para que elas funcionem e sejam reguladas, faz-se mister conhecer o direito que lhes foi posto.

É importante que as leis vigentes deem conta de atender às necessidades das instituições, e que essas tenham bases inequívocas para tornar os preceitos legais efetivos, e não meramente formais.

Nesse sentido, a fim de concatenar as ideias já tanto discutidas, tanto Portugal como o Brasil criaram recentemente novas leis para o setor de organizações da sociedade civil. E aqui percebemos que cada país possui uma abordagem diferente nesse seguimento.

Portugal criou em 2012 uma lei setorial para as pessoas coletivas que respondem por “fundações” e, apesar de ela não revogar nem substituir outras leis tocantes à matéria,

a Lei-quadro das fundações serve como um diploma principal, um guia inicial para compreensão da matéria fundacional. E, tão importante quanto a existência dessa nova lei, é o fato de que se propõe revisá-la de tempos em tempos, garantindo que não se torne obsoleta e que eventuais dúvidas oriundas de sua aplicação sejam sanadas. Isso tem se mantido, vez que ela já foi revisada e sua alteração publicada em 2015.

O Brasil, por sua vez, segue uma trajetória diferente quanto à legislação relativa à matéria, porque costuma tratar as fundações privadas junto com as associações de interesse social, seja na previsão de regimes especiais, seja na proposta de novas leis para o regime geral dessas organizações sem fins lucrativos. Já foi criado um anteprojeto de lei que se propunha a regular o setor: o Estatuto Jurídico do Terceiro Setor, mas que até hoje não foi editado.

Apesar disso, entrou em vigor em 2016 (e para os municípios em 2017) a Lei n.º 13.019/2014, conhecida como marco regulatório das organizações da sociedade civil. Há muitas críticas a isso, uma vez que esta lei não regula todas essas organizações, mas apenas trata de uma frente relacionada a elas: a contratualização com o Poder Público. A nova lei não é um marco regulatório para o Terceiro Setor como um todo, muito menos para as fundações em seus pormenores.

O Brasil poderia sim pensar na viabilidade da elaboração de uma lei para as fundações, que concentrasse toda a matéria atinente a elas, servindo de guia para muitas dúvidas que só são sanadas pela doutrina, jurisprudência e pela busca em muitos diplomas legais. Esse é o modelo da atual Lei-quadro das fundações adotada em Portugal, e que parece ter boa aceitação no meio jurídico.

Lançar mão dessa estratégia, porém, não garante uma experiência exitosa, haja visto que a Lei das Organizações Sociais é de 1998 e quase vinte anos depois ainda há discrepâncias entre o previsto formalmente e o observado na prática. Como explica Marcelo Lopes, “o Estado não se aparelhou com equipes que tenham conhecimento técnico e específico para avaliar e acompanhar as metas.” E é fato que o sucesso dos modelos jurídicos em que entidades privadas cooperam com o Estado que as fomenta, para a consecução de políticas públicas, depende de capacitação dos operadores destes modelos.

Mesmo com o advento da Lei n.º 13.019/2014, a Lei das Organizações Sociais, continua em vigor (tanto no plano federal como nas outras ordens jurídicas parciais) e as organizações da sociedade civil qualificadas como OSs, sejam elas associações de interesse social, sejam fundações privadas, continuam mantendo o contrato de gestão com

o Poder Público, de modo que as mudanças trazidas pelo MROSC não têm muita relevância no âmbito da Fundação OSESP, que aqui estudamos.

Adentrando esse modelo especial das Organizações Sociais, foi possível verificar que além de representar um título jurídico – do qual advém exigências e regalias –, ele pressupõe a assinatura do contrato de gestão, que estabelece uma parceria muito intensa com o Estado, e dela decorre uma regulação sistemática e constante, à parte daquela regulação exercida pelo Ministério Público/Curadoria de Fundações, no caso de OSs sob a forma jurídica fundacional – especificamente a Fundação OSESP estudada.

E como visto, além dos controles internos realizados pelos Conselhos – de Administração e Fiscal – são produzidos relatórios de atividades e balanços/balancetes para uma série de órgãos públicos, como a Secretaria de Estado da Cultura, a Secretaria de Estado da Fazenda, e o Tribunal de Contas do Estado.

Do outro lado do oceano, outra fundação privada assume a gestão de aparelhos culturais muito semelhantes aos administrados pela Fundação OSESP, é a Fundação Casa da Música, no Porto, em Portugal.

A Fundação Casa da Música foi co-instituída pelo Estado e, pelo fato de contar também com fundadores públicos, possuindo o interesse público em sua vontade fundadora, automaticamente goza de utilidade pública. No caso de fundações privadas com fundadores privados (apenas) que queiram se enquadrar nesse regime, é preciso pleitear o estatuto de utilidade pública que, se reconhecido, soma alguns direitos e deveres para as fundações assim reconhecidas.

Tratando da Fundação Casa da Música, especificamente, suas atividades e contas são fiscalizadas internamente pelo Conselho Fiscal, cuja maioria pertence ao Poder Público. Ademais, há um controle externo, feito pela Inspeção Geral das Finanças.

As duas fundações estudadas, realizam auditorias externas. A Fundação Casa da Música possui Código de Conduta para todos os funcionários, a Fundação OSESP está no processo de ter um Código de Ética. E ambas disponibilizam prestações de suas contas e atividades nos seus sítios eletrônicos, de modo que toda a sociedade – residentes em Portugal e no Brasil ou mesmo quem tiver interesse – tem acesso a essas informações.

A fundação portuguesa e a brasileira vivem em seu dia-a-dia situações semelhantes: de contratações de músicos internacionais, de busca de patrocínios para financiar suas atividades, de planejamento da programação com antecedência, entre tantas outras.

Ambas vivenciam momentos de crise econômica e, especialmente por se encaixarem na área cultural, sofrem alguns constrangimentos por conta de o Estado precisar revisar os apoios financeiros concedidos.

A crise também ocorre no âmbito das empresas privadas e, por falta de patrocínios, grupos culturais acabam sendo desmantelados – como se vê no Brasil, e como observou na entrevista o diretor executivo da Fundação OSESP. Da mesma forma, o diretor geral da Fundação Casa da Música afirma que as empresas privadas em Portugal não têm condições de suportar, por meio de patrocínio, tantas instituições da relevância da Fundação Casa da Música.

É por isso que é tão importante que cada fundação aproveite de sua autonomia de gestão e estude formas de se tornar cada vez menos dependentes da máquina estatal. Esse estudo da sustentabilidade das fundações apontado por Marcelo Lopes, da Fundação OSESP, é de extrema importância.

Ainda, um diálogo entre a Fundação OSESP e a Fundação Casa da Música poderia ser muito conveniente, até porque, como pudemos perceber, as diferenças de enquadramento jurídico residem muito mais no direito formal do que no efetivo dessas fundações.

A Fundação OSESP não tem outra similar no Brasil com a sua magnitude para comparar problemas e soluções implementadas. A Fundação Casa da Música, em Portugal, poderia olhar para a Fundação Calouste Gulbenkian, que também administra uma orquestra, e é uma das fundações mais importantes da Europa, mas a Gulbenkian atua em muitas outras frentes, e talvez opções que ela tome não sejam cabíveis para a Fundação Casa da Música.

No mais, é por isso que a presente discussão de direito comparado, tal como a reunião de fundações em fóruns internacionais, tem tanto valor. A contínua comparação da configuração de fundações além das fronteiras nacionais pode produzir uma agenda de pesquisa valiosa para se determinar quais os passos que valem a pena ser dados num sentido de aprimoramento dos sistemas jurídicos já existentes e dos modelos fundacionais vigentes para a promoção da cultura e de outros interesses sociais.

Por fim, termino este trabalho da mesma forma que Vasco Pereira da Silva começa seu livro “A cultura a que tenho direito” conciliando justamente a Cultura e o Direito, na seguinte frase que é paráfrase de outros autores: “Entre o Direito e a Cultura existe uma espécie de «relação amorosa» (...) em que cada um dos pares «completa» o outro, com

vantagens e benefícios recíprocos, na medida em que a «cultura obriga o direito a evoluir e o direito recompensa-a, tornando-a mais universal e democrática»<sup>408</sup>.

Que a nossa fome por cultura obrigue o Direito fundacional a evoluir, aperfeiçoando modelos jurídicos de gestão privada cada vez mais sustentáveis, e que as fundações assim constituídas possam distribuir cultura e música de forma democrática e além das fronteiras nacionais.

---

<sup>408</sup> Cf. VASCO PEREIRA DA SILVA, *A cultura a que tenho direito – Direitos fundamentais e cultura*, Coimbra, Almedina, 2007, p. 7

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### Livros

ADRIANO MOREIRA, *Teoria das relações internacionais*, 8.<sup>a</sup> ed., Coimbra, Almedina, 2014, p. 54.

AIRTON GRAZZIOLI / EDSON JOSÉ RAFAEL, *Fundações privadas: doutrina e prática*, 2.<sup>a</sup> ed., São Paulo, Atlas, 2011.

AIRTON GRAZZIOLI *et al.*, *Organizações da sociedade civil: associações e fundações: constituição, funcionamento e remuneração de dirigentes*, São Paulo, Educ, 2016.

AIRTON GRAZZIOLI, *Fundações privadas: das relações de poder à responsabilidade dos dirigentes*, São Paulo, Atlas, 2011.

ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, IV, 3.<sup>a</sup> ed., Coimbra, Almedina, 2011, pp.799-820.

CRISTINA PAULA CASAL BAPTISTA, *As Fundações no Direito Português*, 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra, Almedina, 2016.

DANIEL PIRES NOVAIS DIAS, *Negócio fundacional: criação de fundações privadas*, São Paulo, Método, 2014.

DOMINGOS MIGUEL SOARES FARINHO, *Fundações e Interesse Público. Direito administrativo fundacional: enquadramento dogmático* [teses de doutoramento], Coimbra, Almedina, 2014.

EDMIR NETTO DE ARAÚJO, *Curso de Direito Administrativo*, 5.<sup>a</sup> ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2010.

EDUARDO SZAZI, *Terceiro setor: Regulação no Brasil*, 4.<sup>a</sup> ed., São Paulo, Peirópolis, 2006.

FRANCISCO AMARAL, *Direito civil: introdução*, 7.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2008, pp. 313-344.

HUGO DE BRITO MACHADO, *Curso de Direito Tributário*, 35.<sup>a</sup> ed., São Paulo, Malheiros, 2014, pp. 292-294.

JOÃO MOTA DE CAMPOS, *et al.*, *Organizações internacionais: teoria geral: estudo monográfico das principais organizações internacionais de que Portugal é membro*, 4.<sup>a</sup> ed., Lisboa, Coimbra Editora, 2010, p. 23.

JÓNATAS E. M. MACHADO, *Direito Internacional: do paradigma clássico ao pós-11 de setembro*, 4.<sup>a</sup> ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 98-99; 292-297; 429-430; 445; 656.

JOSÉ EDUARDO SABO PAES, *Fundações, associações e entidades de interesse social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários*, 7.<sup>a</sup> ed., São Paulo, Forense, 2010.

JUAREZ FREITAS, *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*, 5.<sup>a</sup> ed., São Paulo, Malheiros, 2013, pp. 415-428.

LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, *Curso de Direito Administrativo*, 9.<sup>a</sup> ed., São Paulo, Malheiros, 2008.

MARCELLO CAETANO, *Das fundações e subsídios para a interpretação e reforma da legislação portuguesa*, Lisboa, 1961.

MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, I, 10.<sup>a</sup> ed., Coimbra, Almedina, 2010, reimpr., pp. 193-236; 372-377; 396-417.

MARCELO DIAS VARELLA, *Internacionalização do Direito: direito internacional, globalização e complexidade*, Brasília, UniCEUB, 2013.

MARIA CECÍLIA MEDEIROS DE FARIAS KOTHER, *Fundação: uma exigência à reflexão*, Porto Alegre, FIJO - Fundação Irmão José Otão, 1999.

MARIA HELENA DINIZ, *Direito Fundacional*, 2.<sup>a</sup> ed., São Paulo, Editora Juarez Oliveira, 2007.

MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, *Justiça Internacional: Lições, I – Introdução*, Lisboa, AAFDL, 2010.

ODETE MEDAUAR, *Direito Administrativo Moderno*, 13.<sup>a</sup> ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2009.

ROGÉRIO GESTA LEAL, *Estado, administração pública e sociedade: novos paradigmas*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2006.

RUI CHANCERELLE DE MACHETE / HENRIQUE SOUSA ANTUNES, *Direito das fundações: propostas de reforma*, Lisboa, Fundação Luso-Americana, 2004. Disponível em: <http://www.flad.pt/wp-content/uploads/2014/05/livro30.pdf>

SÍLVIO LUÍS FERREIRA DA ROCHA, *Terceiro Setor*, São Paulo, Malheiros, 2003.

SIMONE DE CASTRO TAVARES COELHO, *Terceiro setor: um estudo comparado entre Brasil e Estados Unidos*, 2.<sup>a</sup> ed., São Paulo, Senac, 2002.

TARSO CABRAL VIOLIN, *Terceiro Setor e as Parcerias com a Administração Pública*, Belo Horizonte, Editora Fórum, 2006.

TOMÁZ DE AQUINO RESENDE, *Roteiro do Terceiro Setor: Associações e fundações – O que são, como instituir, administrar e prestar contas*, 3.<sup>a</sup> ed., Belo Horizonte, Prax, 2006.

VASCO PEREIRA DA SILVA, *A cultura a que tenho direito – Direitos fundamentais e cultura*, Coimbra, Almedina, 2007.

## Artigos

AIRTON GRAZZIOLI / EDSON JOSÉ RAFAEL, Considerações gerais sobre associação e fundação, in *Artigos do portal da Associação Paulista de Fundações – APF* [recurso eletrônico], 01 de maio de 2012. Disponível em: <http://www.apf.org.br/fundacoes/index.php/artigos/17-consideracoes-gerais-sobre-associacao-e-fundacao.html>

ANA LUISA RQUIETO, Variações sobre a nova sociedade civil mundial – ONG’s internacionais: um sujeito sem personalidade...?, in *Nação e defesa*, n.º 97, Lisboa, 2001, pp.203-237.

ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, O regime das fundações, in *Revista de direito das sociedades*, V, n.º 4, Coimbra, 2013, pp.715-740.

CARLA AMADO GOMES, Nótula sobre o regime de constituição das fundações particulares de solidariedade social em Portugal, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, XL, n.ºs 1-2, Coimbra, 1999, pp.157-179.

CARLOS BLANCO DE MORAIS, Da relevância do direito público no regime jurídico das fundações privadas, in *Estudos em memória do Professor Doutor João de Castro Mendes*, Lisboa, 1995, pp.553-598.

CARLOS EDUARDO GUERRA SILVA *et al.*, Formas jurídicas no Terceiro Setor brasileiro: estatuto legal, evidências empíricas e formalismo, in *Cadernos Gestão Pública e Cidadania*, XXVI, n.º 58, São Paulo, 2011, FGV-EAESP, pp. 42-61. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/cgpc/article/view/3563/2248>

CAROLINA ZANCANER ZOCKUN, Intervenção do Estado na ordem social, in *Enciclopédia Jurídica da PUCSP*, tomo II [recurso eletrônico], Direito Administrativo e Constitucional, São Paulo, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017, pp. 1-18. Disponível em: [https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/intervencao-do-estado-na-ordem-social\\_58edc3d1be36e.pdf](https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/intervencao-do-estado-na-ordem-social_58edc3d1be36e.pdf)

CÁSSIO EDUARDO ROSA RESENDE, Legislação e fortalecimento das fundações, *in Terceiro setor: reflexões sobre o marco legal*, Rio de Janeiro, Editora Fundação Getulio Vargas, 2001, reimpr., pp. 55-86.

DORA SÍLVIA CUNHA BUENO, As fundações e a economia sustentável, *in Artigos do portal da Associação Paulista de Fundações – APF* [recurso eletrônico], 25 de maio de 2010. Disponível em: <http://www.apf.org.br/fundacoes/index.php/artigos/2-as-fundacoes-e-a-economia-sustentavel.html>

EMÍLIO RUI VILAR, O papel da Fundação Calouste Gulbenkian na promoção da inovação e da criatividade, *in Europa: Novas fronteiras*, n.<sup>os</sup> 24-25, São João do Estoril, 2009, pp.129-133.

EMÍLIO RUI VILAR / RUI HERMENEGILDO GONÇALVES, A legitimidade das fundações filantrópicas, *in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, I, Coimbra, Editora Coimbra, 2012, pp. 735-752.

ERIKA SPALDING, Distinção essencial entre fundação e associação e algumas de suas consequências, *in Cadernos da FUNDATA* [recurso eletrônico], 2001, pp. 1-8. Antes disponível em: <http://www.fundata.org.br/Artigos%20-%20Cefeis/08%20-%20DISTIN%C3%87%C3%83O%20ESSENCIAL%20FUND-ASSOC.pdf>

FAUSTO AUGUSTO MARCUCCI ARRUDA, Parcerias entre o Estado e o terceiro setor: A experiência da Fundação Orquestra Sinfônica do Estado de São Paulo, *in III Congresso CONSAD de Gestão Pública*, São Paulo, 2010.

FREDERICO A. BARBOSA DA SILVA, Economia e Política Cultural: acesso, emprego e financiamento, *in Coleção Cadernos de Políticas Culturais*, III, Brasília, Ministério da Cultura, 2007, pp. 9-317. Disponível em: <http://www.cultura.gov.br/documents/10883/38605/cpc-volume-03.pdf/643124a6-d5ef-4d90-b2db-a1c9c96ae536>

GUSTAVO HENRIQUE JUSTINO DE OLIVEIRA, Direito do Terceiro Setor, *in Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTS*, Belo Horizonte, ano 1, n.º 1, jan./jun. 2007, pp.11-38.

GUSTAVO HENRIQUE JUSTINO DE OLIVEIRA / CAROLINA FILIPINI FERREIRA, Parcerias do Estado com o Terceiro Setor: impacto da Lei n.º 13.019/2014 sob o enfoque da Insegurança Jurídica e Instabilidade das relações, *in Migalhas* [recurso eletrônico], 03 de dezembro de 2015. Disponível em:

<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI230884,51045->

[Parcerias+do+Estado+com+o+terceiro+setor+impacto+da+lei+1301914+sob+o](http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI230884,51045-Parcerias+do+Estado+com+o+terceiro+setor+impacto+da+lei+1301914+sob+o) e em <http://www.justinodeoliveira.com.br/>

GUSTAVO SAAD DINIZ, Regras de direito fundacional do Código Civil de 2002, *in Artigos do portal da Associação Paulista de Fundações – APF* [recurso eletrônico], 17 de março de 2005. Disponível em: <http://www.apf.org.br/fundacoes/index.php/2012-07-14-12-22-35/artigos/32-regras-de-direito-fundacional-do-codigo-civil-de-2002.html>

JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, Fundações: “uma espécie em vias de extensão”?, *in Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, II, Coimbra, 2006, pp. 251-270.

JORGE MIRANDA, Notas sobre cultura, Constituição e direitos culturais, Lisboa, 2006. Disponível em: <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Miranda-Jorge-Notas-sobre-cultura-Constituicao-e-direitos-culturais.pdf>

JOSÉ EDUARDO SABO PAES, Fundações: origem e evolução histórica, *in Revista de Informação Legislativa*, ano 35, n.º 140, Brasília, out./dez.1998, pp. 41-48. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496872>

JOSÉ RODOLPHO PERAZZOLO, Gestão fundacional: atualidade e responsabilidade, *in Direito empresarial na ótica de uma fundação*, São Paulo, Educ, 2015, pp. 9-29.

JULIANA GUIMARÃES NOGUEIRA, O Terceiro Setor e a Administração Pública em Portugal, *in Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Fundinopi*, 2007, pp. 215-242. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/120>

MARCELA DO AMARAL B. DE J. SICILIANO, O velamento das fundações de direito privado, in *JurisWay* [recurso eletrônico], 26 de outubro de 2012. Disponível em: [http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=9194](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=9194)

MARIA CECÍLIA MEDEIROS DE FARIAS KOTHER, Discurso de encerramento, in *Anais do III Encontro Internacional de Fundações Privadas e IV Encontro Estadual de Fundações*, Porto Alegre, FIJO - Fundação Irmão José Otão, 1999, p. 255.

MARIA JOÃO ESTORNINHO, As fundações públicas no direito português, in *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda: Direito administrativo e Justiça administrativa*, IV, Lisboa, 2012, pp. 669-674.

MARIA SYLVIA ZANELLA Di PIETRO, Contratos de gestão. Contratualização do controle administrativo sobre a administração indireta e sobre as organizações sociais, in *Biblioteca Jurídica Virtual BuscaLegis.ccj.ufsc.br* [recurso eletrônico], Florianópolis, 2000. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista2/artigo9.htm>

MARINA BARAÇAS FIGUEIREDO, O Modelo das Organizações Sociais, in *Primeiro Compêndio Científico do NELB* [recurso eletrônico], Brasília, Vestnik, 2015. Disponível em: <https://pensarpoliticamente.files.wordpress.com/2016/02/primeiro-compendio-cientifico-do-nelb.pdf>

MARISTELA BASSO, Fundações privadas nos países do Mercosul: uma análise comparada, in *Anais do I encontro das fundações do Mercosul*, Porto Alegre, Centro Brasileiro de Fundações, 1997, pp. 67-71.

MIGUEL ANGEL CABRA DE LUNA, Las fundaciones como agentes generadores de recursos en el área social, un desafío para el nuevo milenio, in *Anais do III Encontro Internacional de Fundações Privadas e IV Encontro Estadual de Fundações*, Porto Alegre, FIJO - Fundação Irmão José Otão, 1999, pp. 37-60.

PAULO MODESTO, Reforma do marco legal do terceiro setor no Brasil, *in Revista de Direito Administrativo*, n.º 214, Rio de Janeiro, out./dez., 1998, pp. 55-68. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/47266/45373>

TOMÁZ DE AQUINO RESENDE, Fundações, cidadania e Ministério Público, *in Terceiro setor: reflexões sobre o marco legal*, Rio de Janeiro, Editora Fundação Getúlio Vargas, 2001, reimpr., pp. 43-53.

### **Dissertações**

MARCELO DE OLIVEIRA LOPES, Alocação de riscos e equilíbrio econômico-financeiro em contratos de gestão: O caso da Fundação OSESP [dissertação de mestrado], São Paulo, Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 2016.

### **Cartilhas**

SECRETARIA-GERAL DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, Laís de Figueirêdo Lopes *et al.* (orgs.), Entenda o MROSC: Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil: Lei 13.019/2014 [recurso eletrônico], Brasília, Governo Federal, 2014. Disponível em: [http://www.participa.br/articles/public/0016/8824/04.12.15\\_MROSC\\_ArquivoCompleto\\_Capa\\_Miolo.pdf](http://www.participa.br/articles/public/0016/8824/04.12.15_MROSC_ArquivoCompleto_Capa_Miolo.pdf)

UNIÃO EUROPEIA, Les nouveaux acteurs de l'emploi: Synthèse de l'action pilote "Troisième système et emploi"- Vers une meilleure connaissance de l'emploi au niveau local, *in Commission européenne. Direction générale de l'emploi et des affaires sociales* [recurso eletrônico], Unité A. 4, Bélgica, 2002. Disponível em: <http://bookshop.europa.eu/fr/les-nouveaux-acteurs-de-l-emploi-pbKE4502555/>

### **Jurisprudência**

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Decisão Monocrática no Recurso Extraordinário n.º 219.900-1/RS, Relatora Ministra Ellen Gracie, julgado em 04.06.2002, pesquisável em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2E>

[SCLA%2E+E+219900%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/achl3ln](#)

## **Websites**

Associação Paulista de Fundações: <http://www.apf.org.br/fundacoes/>

Censo às fundações – Presidência do Conselho de Ministros:  
<http://www.fundacoes.gov.pt/>

Fundação Casa da Música: <http://www.casadamusica.com/pt/fundacao?lang=pt>

Fundação OSESP: <http://www.fundacao-osesp.art.br/home.aspx>

Governo de Portugal, Relatório de Avaliação das Fundações, Lisboa, Jul.2012:  
[http://www.portugal.gov.pt/media/673521/relatorio\\_de\\_avaliao.pdf](http://www.portugal.gov.pt/media/673521/relatorio_de_avaliao.pdf)

Portal de Transparência da Secretaria da Cultura do Estado de São Paulo:  
<http://www.transparenciacultura.sp.gov.br/organizacoes-sociais-de-cultura/os-qualificadas/>

Supremo Tribunal Federal: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>

## ANEXOS

### OUTROS RELATÓRIOS / PRESTAÇÕES DE CONTAS / ACOMPANHAMENTOS

- Auditorias Anuais: acompanhamento / esclarecimentos / controle de documentos entregues

SeFaz

PWC

TCE

- Relatórios / Trabalhos Anuais

Planejamento e Orçamento Anual

Fechamento de Balanço Anual

Relatório de Controles Internos (anual)

Planejamento e Orçamento PRONAC - MinC

Planejamento e Orçamento PROAC - SEC

- Reuniões Trimestrais: preparação de material

Conselho Fiscal

Conselho Administração

Comitê de Finanças

Comitê de Investimentos (eventualmente)

- Reuniões Extraordinárias: preparação de material

Conselho Fiscal

Conselho Administração

Comitê de Finanças

Reunião com Gerentes

Eventuais reuniões que surgem

- Outros Trabalhos / Relatórios

Informações ao IBGE - FGV (mensal)

Orçamento (Anual)

Relatório da Liga Americana de Orquestras (Bianual)

Contrato de Gestão (5 anos)

Conselho Orientação (eventual)

Conselho Consultivo (eventual)

Respostas aos pareceres de diversos órgãos públicos (SEC, TCE, MPSP, SeFaz) (eventual)

Informações econômico/contábeis à parceiros (eventual)

Forecasts - 3 a 4 por ano



**casa da música**

**Autorização para utilização de depoimento escrito prestado como  
contributo à dissertação de Mestrado em Direito Administrativo da  
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**

Pelo presente documento, eu, Paulo Sarmiento e Cunha, declaro autorizar a Marina Baraças Figueiredo, pesquisadora, a utilizar o conteúdo do depoimento escrito que realizei em resposta ao inquérito apresentado pela própria pesquisadora, sendo este um contributo para a sua dissertação de Mestrado Científico em Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Autorizo, conseqüentemente, a pesquisadora a utilizar, divulgar e publicar, para fins académicos, o mencionado inquérito, no todo ou em parte, com a única ressalva de garantia da integridade do seu conteúdo e identificação de fonte e autor.

Porto, 30 de Maio de 2017

Paulo Sarmiento e Cunha

### **Cessão gratuita de direitos de depoimento escrito**

Pelo presente documento, eu, Marcelo de Oliveira Lopes, declaro ceder à pesquisadora Marina Barças Figueiredo, sem quaisquer restrições quanto aos seus efeitos patrimoniais e financeiros, a plena propriedade e os direitos autorais do questionário (depoimento escrito) que respondi à pesquisadora aqui referida, como subsídio à construção de sua dissertação de Mestrado Científico em Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. A pesquisadora acima citada fica consequentemente autorizada a utilizar, divulgar e publicar, para fins acadêmicos e culturais, o mencionado questionário, no todo ou em parte, editada ou não, bem como permitir a terceiros o acesso ao mesmo para fins idênticos, com a única ressalva de garantia da integridade de seu conteúdo e identificação de fonte e autor.

São Paulo, 30 de maio de 2017.

  
\_\_\_\_\_