

ÍNDICE

1. As diversas modalidades de fundações.....	1
2. Contratação pública	8
3. Sujeição a controlo por parte do Tribunal de Contas.....	12
4. Regime de vínculos dos trabalhadores ao serviço das fundações de direito privado e utilidade pública	14
4.1. Aplicação do regime jurídico do emprego público.....	14
4.2. Contratos de prestação de serviços.....	16
4.3. Necessidade de abertura de concursos para contratação de pessoal	19
4.4. Sujeição dos trabalhadores das fundações de direito privado ao Sistema Integrado de Avaliação de Desempenho da Administração Pública (SIADAP)	20
4.5. Necessidade de publicação em Diário da República dos regulamentos aprovados pelos órgãos competentes das fundações de direito privado.....	21
4.6. Alcance das limitações salariais constantes do Orçamento do Estado para o ano de 2011.	24
5. Estatuto dos dirigentes das fundações de direito privado.....	26
5.1. Inaplicabilidade do regime do pessoal dirigente da Administração Pública e do Estatuto do Gestor Público	26
5.2. Não sujeição às salariais previstas no Orçamento do Estado para 2011	28
5.3. Não aplicação de obrigações acessórias impostas aos titulares de altos cargos públicos.....	28
5.4. Regime aplicável aos dirigentes relativamente aos aspectos omissos nos estatutos	29

REGIME JURÍDICO APLICÁVEL ÀS FUNDAÇÕES DE DIREITO PRIVADO E UTILIDADE PÚBLICA

1. As diversas modalidades de fundações

As pessoas colectivas, públicas ou privadas, que assumem natureza fundacional caracterizam-se pela colocação de um acervo de bens ao serviço de uma finalidade altruística ou não egoísta, constituindo, nas palavras de MANUEL DE ANDRADE, “*um complexo patrimonial afecto por indivíduo – o fundador – a um certo escopo, tipicamente um escopo altruístico*”.¹

Assente esta noção preliminar, cumpre indagar quais os critérios que presidirão à qualificação de uma determinada fundação como pública ou privada, questão esta que entronca numa outra, mais vasta e ainda mais complexa, respeitante à distinção entre pessoas colectivas públicas e pessoas colectivas privadas, para a qual, aliás, a doutrina não alcança uma resposta unânime.²

Numa mera análise perfunctória, seríamos tentados a afirmar que uma fundação seria pública quando fosse constituída por iniciativa do Estado ou de outra pessoa colectiva pública e composta por bens públicos, sendo privada na eventualidade de a sua criação provir da decisão de um ou mais particulares, aos quais normalmente pertencerá o acervo patrimonial da instituição a criar.

Uma outra distinção prende-se com a forma e o processo de constituição de cada uma delas, porquanto as fundações públicas são normalmente criadas por via legislativa,

¹ Manuel de Andrade, Teoria geral da relação jurídica, Vol. I, pág. 55, Almedina, 1974.

² Acerca desta problemática, vide, por todos, Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, 2.ª Edição, Almedina, págs.581 e segs. e Fernanda Paula Oliveira e José Eduardo Figueiredo Dias, *Direito Administrativo*, Almedina, 2.ª Edição, pág. 40 e segs., aceitando a necessidade de conjugação de mais do que um dos critérios tradicionais da distinção, concluindo o primeiro que “*são pessoas colectivas públicas as pessoas colectivas criadas por iniciativa pública, para assegurar a prossecução necessária de interesses públicos, e por isso dotadas em nome próprio de poderes e deveres públicos*”.

enquanto as fundações privadas resultam de um acto *inter vivos* ou *mortis causa*, ao qual deverá acrescer o reconhecimento e a eventual atribuição de utilidade pública (tendo em conta o património e os fins que a fundação visa prosseguir).³

Finalmente, a destrição culmina na aplicação das normas de direito publico-administrativo às fundações públicas, por contraponto à sujeição ao direito civil das fundações particulares.

Contudo, o surgimento recente de fundações reguladas pelo direito privado (normalmente acompanhado do reconhecimento *ab initio* da utilidade pública das mesmas), criadas por pessoas colectivas públicas e sujeitas a um regime jurídico predominantemente civil, vem introduzir um factor de perturbação nesta aparente simplicidade conceptual.

Relativamente às fundações criadas por iniciativa privada, cumpre realçar a possibilidade de às mesmas ser reconhecido o estatuto de utilidade pública, passando, desta forma, a integrar a categoria mais vasta das pessoas colectivas de utilidade pública (*rectius*, pessoas colectivas de direito privado e utilidade pública),⁴ definidas por lei como aquelas “*associações ou fundações que prossigam fins de interesse geral, ou da comunidade nacional ou de qualquer região ou circunscrição, cooperando com a administração central ou a administração local, em termos de merecerem da parte desta administração a declaração de utilidade pública*” – cfr. art.º 1.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 460/77, de 7 de Novembro, com a redacção introduzida pelo Decreto-Lei n.º 391/2007, de 13 de Dezembro.

Como salienta FREITAS DO AMARAL,⁵ as pessoas colectivas de utilidade pública são entidades privadas, às quais a Administração, tendo em conta a natureza das respectivas actividades, concede as vantagens decorrentes do reconhecimento da utilidade pública.

Dentro da categoria das pessoas colectivas de utilidade pública, encontramos, entre outras, as associações e as fundações de direito privado, às quais seja reconhecido

³ De acordo com o artigo 17.º, do Decreto-Lei n.º 215/87, de 29 de Maio, independentemente dos fins que prossigam, competia ao Ministro da Administração Interna, sem prejuízo de delegação, o reconhecimento das fundações. Actualmente e por força do Decreto-Lei n.º 284/2007, de 17 de Agosto, tal competência é atribuída ao Ministro da Presidência do Conselho de Ministros, obedecendo o processo de reconhecimento ao disposto na Portaria n.º 69/2008, de 23 de Janeiro.

⁴ Adota esta terminologia Mota Pinto, *Teoria geral do direito civil*, Coimbra Editora, pág. 181, esclarecendo que estas “*São as que se propõem um escopo de interesse público, ainda que, concorrentemente, se dirijam à satisfação de um interesse dos próprios associados ou do próprio fundador*”.

⁵ In *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, 2.ª Edição, Almedina, págs. 566 e 577, afirmando, inequivocamente, que “*podemos concluir, com toda a segurança, que as pessoas colectivas de utilidade pública são entidades privadas*”.

aquele estatuto de utilidade pública,⁶ categoria a que pertencem, nomeadamente, as associações e fundações particulares de solidariedade social e as instituições religiosas eclesíásticas.⁷

Ora, no âmbito específico das fundações privadas de utilidade pública, estas surgem tradicionalmente da iniciativa particular.⁸

Contudo, assistimos no panorama jurídico nacional recente à constituição de fundações submetidas ao direito privado, mas criadas por iniciativa pública⁹ e, por outro lado, de instituição conjunta entre entidades públicas e privadas, igualmente submetidas a um regime jurídico privatístico.¹⁰

Mais ainda, é vislumbrável um fenómeno de surgimento de fundações sujeitas ao direito privado, mas de criação pública, que não surgem *ex novo*, mas que resultam antes da transformação de uma anterior pessoa colectiva pública.¹¹

Independentemente da sua génese, pública ou particular, e do seu carácter originário ou derivado, importa salientar a natureza inegavelmente privada destas fundações criadas por iniciativa pública, mas submetidas ao direito privado, pelo que não surpreende a sua integração, salvo melhor juízo, no seio das pessoas colectivas (particulares) de utilidade pública (à imagem do que sucede com as fundações de criação privada às quais seja atribuído este mesmo estatuto).

⁶ Mota Pinto, ob. cit., pág. 181, opina mesmo que todas as fundações – excepto, porventura, o caso das chamadas fundações de família - se integram nesta categoria.

⁷ De acordo com Licínio Lopes, *As instituições particulares de solidariedade social*, Almedina, 2009, pág. 174 e segs., todas estas pessoas colectivas integram-se na categoria mais vastas das instituições particulares de solidariedade social, estando sujeitas, no essencial, ao regime vertido nos art.ºs 77.º a 86.º do Decreto-Lei n.º 119/83, de 25 de Fevereiro (diploma objecto de diversas alterações posteriores).

⁸ E aos quais o Estado reconhece utilidade pública, como acontece com a Fundação Calouste Gulbenkian (cuja utilidade pública foi reconhecida logo aquando da aprovação dos seus estatutos pelo art.º 1.º do Decreto-Lei n.º 40690, de 18 de Julho de 1956), ou a Fundação Oriente (cuja utilidade pública foi reconhecida por Declaração publicada no Diário da República, II Série, n.º 54, de 6 de Março de 1989), entre muitas outras.

⁹ Como acontece com a Fundação Casa da Música (Decreto-Lei n.º 18/2006, de 26 de Janeiro), Fundação Mata do Buçaco (Decreto-Lei n.º 120/2009, de 19 de Maio) ou com a Fundação Cidade de Guimarães (Decreto-Lei n.º 202/2009, de 28 de Agosto).

¹⁰ Sendo os membros instituidores particulares e entidades públicas, como sucede com a Fundação Paula Rego (cfr. Decreto-Lei n.º 213/2009, de 4 de Abril), com a Fundação Martins Sarmiento (cfr. Decreto-Lei n.º 24/2008, de 8 de Fevereiro) ou com a Fundação para a protecção e gestão ambiental das salinas do Samouco (cfr. Decreto-Lei n.º 306/2000, de 28 de Novembro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 36/2009, de 10 de Fevereiro).

¹¹ Como sucedeu, por exemplo, com o Centro de Estudos e Formação Autárquica (que, por força do Decreto-Lei n.º 98/2009, de 28 de Abril, deixou de ser um instituto público para assumir a configuração de uma fundação de direito privado e utilidade pública) e com o INATEL (que também foi transformado de instituto público em fundação de direito privado e utilidade pública pelo Decreto-Lei n.º 106/2008, de 25 de Junho).

Aqui chegados, impõe-se um esclarecimento, destinado a apartar as fundações privadas (criadas por iniciativa particular) e de direito privado (instituídas por pessoas colectivas públicas) das fundações públicas *strictu sensu*, encontrando estas últimas reconhecimento legal mais longínquo no nosso ordenamento jurídico.

As fundações públicas¹² são consideradas, pela própria lei, como pessoas colectivas públicas ou, mais concretamente, como institutos públicos (cfr. art.ºs 3.º, n.º 2 e 51.º, n.ºs 1 e 2 da Lei-Quadro dos Institutos Públicos¹³).

Da inclusão das fundações públicas na categoria dos institutos públicos, decorre a subordinação destas entidades a um conjunto de poderes exercidos por parte do Estado (designadamente a tutela e a superintendência – cfr. art.ºs 41.º e 42.º da Lei quadro dos institutos públicos), assim como a sujeição um conjunto vasto de normas de natureza administrativa (designadamente ao Código de Procedimento Administrativo, à legislação sobre emprego público, às regras da contratação, da despesa e da contabilidade pública, às leis do contencioso administrativo, ao regime da responsabilidade civil do Estado e a sujeição a controlo por parte do Tribunal de Contas, – cfr. art.º 6.º, n.º 2, alíneas a) a i), da aludida Lei-Quadro).

Contudo, as dificuldades da distinção entre fundações públicas, por um lado, e privadas ou sujeitas ao direito privado (sejam elas instituídas por entidades particulares ou por entidades públicas) não se esgotam com este enquadramento das fundações públicas, porquanto no panorama nacional nos deparamos ainda com fundações públicas de direito privado, as quais podem ser definidas como “*as fundações que constituindo-se e regendo a sua actividade pelo Direito Privado (...) o seu património é de origem exclusiva ou predominante pública*”¹⁴ e, acrescentamos nós, sejam criadas por iniciativa de uma pessoa colectiva pública.

Quanto ao regime jurídico aplicável a estas últimas, estas parecem imunes à aplicação daquela Lei-Quadro (cfr. art.º 3.º, n.º 4, desta Lei, nos termos do qual as sociedades e as associações ou fundações criadas como pessoas colectivas de direito privado pelo Estado, Regiões Autónomas ou autarquias locais escapam à aplicação desse

¹² De acordo com Cristina Paula Baptista, *Fundações portuguesas: Quantas são? Como são?*, in Memória regime jurídico, número 0, Maio 2003, Centro Português de Fundações, pág. 1, “*As fundações de direito público são criadas por uma pessoa colectiva de direito público, regem a sua actividade pelo Direito Administrativo e prosseguem com autonomia os fins da pessoa colectiva que as cria. Trata-se de uma forma de administração indirecta do Estado e é doutrina dominante integrá-la na categoria genérica dos institutos públicos*”.

¹³ Aprovada pela Lei n.º 3/2004, de 15 de Janeiro, alterada pela Lei n.º 51/2005, de 30 de Agosto e pelo Decreto-Lei n.º 105/2007, de 3 de Abril. Por vezes, são os próprios estatutos destas fundações públicas vêm expressamente corroborar esta qualificação como institutos públicos, como sucede, entre outros casos, com a Fundação para a Ciência e Tecnologia (cfr. art.º 1.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 152/2007, de 27 de Abril).

¹⁴ Cristina Paula Baptista, ob. cit., pág. 2.

regime¹⁵), encontrando-se, como a própria denominação indica, primordialmente subordinadas ao direito privado.¹⁶

Nesta conformidade e sintetizando o panorama fundacional luso, poderemos enumerar as seguintes modalidades de fundações:

- fundações privadas, criadas por iniciativa privada e reguladas pelo direito privado (em tudo quanto não decorra do estatuto de utilidade pública), às quais poderá ser atribuído o estatuto de utilidade pública, preenchidos que sejam os requisitos legais de que depende a sua concessão;
- fundações de solidariedade social e fundações religiosas (da Igreja Católica ou de outras confissões religiosas) que prossigam finalidades análogas, submetidas, no essencial, ao disposto no regime jurídico das instituições particulares de solidariedade social e, em especial, às que assumam natureza fundacional;¹⁷
- fundações públicas *tout court*, criadas por iniciativa pública, normalmente por via legislativa, qualificáveis como pessoas colectivas públicas, enquadráveis no âmbito dos institutos públicos e sujeitas ao regime jurídico delineado para estes;
- fundações públicas de direito privado, criadas por iniciativa pública (eventualmente em resultado da transformação de pessoas colectivas públicas), através de via legislativa, embora pareçam excluídas do âmbito de aplicação da Lei-Quadro dos institutos públicos e sejam reguladas, no essencial, pelo direito privado (não obstante a necessidade de observância de um conjunto de normas e princípios que regem a actividade administrativa);

¹⁵ De acordo com o qual as sociedades e as associações ou fundações criadas como pessoas colectivas de direito privado pelo Estado, Regiões Autónomas ou autarquias locais escapam à aplicação desse regime.

¹⁶ O exemplo, porventura, mais significativo de entidades que integram este conceito respeita às Universidades Públicas que, recentemente, assumiram natureza fundacional e que, nos termos do art.º 134.º, n.º 1, da Lei n.º 62/2007, de 10 de Setembro, “*rege-se pelo direito privado, nomeadamente no que respeita à sua gestão financeira, patrimonial e de pessoal*”, sem prejuízo de algumas excepções no que toca ao emprego público (n.ºs 3 e 4) e à aplicação dos princípios constitucionais relativos à actividade administrativa (como sejam os da prossecução do interesse público, proporcionalidade, igualdade, imparcialidade e justiça - cfr. n.º 2). Em termos análogos se exprime o Decreto-Lei n.º 97/2009, de 27 de Abril, relativo à Universidade de Aveiro, em cujo art.º 4.º, n.º 5, textualmente se afirma que esta instituição, “*rege-se pelo direito privado, nomeadamente no que respeita à sua gestão financeira, patrimonial e de pessoal*”, embora os n.ºs 2, 3 e 4 do mesmo preceito imponham a necessidade de observância de algumas normas respeitantes ao emprego público.

¹⁷ Neste sentido, Licínio Lopes, ob. cit., págs. 99 e 100, esclarecendo que o regime jurídico consagrado para as primeiras é supletivamente aplicável às segundas (assegurando ainda que tal regime se afasta, nalguns aspectos, do regime consagrado para as fundações privadas, designadamente pelo facto de o reconhecimento não caber ao Ministro da Presidência do Conselho de Ministros, mas antes ao Ministro competente, em razão da matéria, para exercer a tutela sobre estas instituições).

- fundações de direito privado e utilidade pública, criadas por iniciativa pública e através da via legislativa (eventualmente em resultado da transformação de pessoas colectivas públicas ou de outras entidades públicas), regulamentadas pelo direito privado, surgindo a sujeição a norma de natureza público-administrativa como excepcional e apenas quando expressamente determinado pelos respectivos estatutos ou por outro normativo legal específico.

A nosso ver, o principal escolho reside na diferenciação das duas últimas categorias e, conquanto a questão extravase do âmbito do presente trabalho, a linha de demarcação pode ser traçada:

- ou sustentando que a qualificação como “*pública*” significa que as fundações públicas, apesar da sua sujeição preferencial ao direito privado,¹⁸ são pessoas colectivas públicas, enquanto as fundações de direito privado seriam pessoas colectivas de direito privado, apenas se distinguindo das fundações privadas *tout court* pela iniciativa pública da sua criação;
- ou sustentando que, sendo ambas pessoas colectivas de direito privado e utilidade pública, as fundações públicas de direito privado se encontram, ainda assim, submetidas a um conjunto mais vasto de vinculações de natureza público-administrativa;
- ou admitindo que o património destas últimas terá que ser necessariamente público, enquanto a dotação das fundações de direito privado e utilidade pública poderá advir de bens públicos e privados;
- ou até, mais simplesmente, considerando que ambas são pessoas colectivas privadas regidas pelo direito privado, não existindo diferenças de monta entre ambas, sendo a sua denominação o principal, se não mesmo único, factor de demarcação.

O presente escrito debruça-se, precisamente, sobre o regime jurídico aplicável às fundações de direito privado e utilidade pública embora, por comodidade de exposição, frequentemente utilizarmos também a designação “fundações privadas” para as nomear.

Ora, ao contrário do que sucede com as fundações públicas (sujeitas, no essencial, à disciplina prevista para os institutos públicos), não existe um regime específico e detalhado para pessoas colectivas particulares de utilidade pública em geral, uma vez que o diploma relativo à atribuição deste estatuto se limita, para além de regular o processo

¹⁸ Pois, como nota Freitas do Amaral, ob. cit., págs. 584 e 585, partindo da noção de pessoa colectiva pública anteriormente exposta, o facto de uma pessoa colectiva ser considerada como pública não implica, imperiosamente, a sua sujeição unicamente a normas de direito público, porquanto “*as pessoas colectivas públicas actuam por vezes segundo o direito privado*”.

de concessão da utilidade pública, a estabelecer alguns direitos¹⁹ e deveres²⁰ de que essas entidades são titulares.

Na verdade, confrontamo-nos com regulamentação específica para algumas das categorias que integram o âmbito pessoas colectivas de utilidade pública, como sucede com as instituições particulares de solidariedade social²¹ e com as associações e os institutos religiosos,²² mas não com as fundações, salvo, eventualmente, quanto aos preceitos de natureza geral que o Código Civil dedica às fundações privadas.²³

Ora, no que concerne às fundações de direito privado e utilidade pública, não se vislumbra qualquer legislação exclusiva que as contemple, razão pela qual o regime jurídico aplicável constará, desde logo, dos respectivos estatutos, cumprindo, na parte em que estes sejam omissos, analisar casuisticamente a matéria em questão para concluir pela aplicação ou não das normas legais pertinentes: é precisamente esta a tarefa a que nos propomos.

Importa, porém, assinalar que a sujeição primordial destas entidades ao direito privado impõe, na tarefa de colmatar as lacunas dos respectivos estatutos, o recurso em primeira em linha a normas de cariz privatístico, surgindo a sujeição à regulamentação ditada para organismos e instituições públicas como excepcional e defensável unicamente quando as normas em questão expressamente abranjam as fundações (ou, mais latamente, as pessoas colectivas em geral) de direito privado e utilidade pública.

Este entendimento é reforçado pela circunstância de, na nossa ordem jurídica e conforme destacámos anteriormente, nos depararmos com fundações públicas de direito privado, regulamentadas primacialmente por este, o que permite a invocação do argumento de maioria de razão para sustentar idêntica solução no que respeita às fundações de direito privado e utilidade pública.

Efectuado este enquadramento genérico, procuraremos avaliar da (eventual) aplicação de normas público-administrativas, como sejam as respeitantes à contratação pública, ao emprego público (incluindo a legislação sobre pessoal dirigente) e à sujeição a fiscalização do Tribunal de Contas, alertando, desde já, que problemas adicionais surgem

¹⁹ Como sejam algumas isenções e benefícios tributários (art.º 10.º) e a possibilidade de requerer a expropriação de terrenos de que careçam para a prossecução dos seus fins (art.º 11.º).

²⁰ De entre os quais avulta a obrigatoriedade de enviar, por meio de transmissão electrónica, à Secretaria-Geral da Presidência do Conselho de Ministros, o relatório de actividades e as contas do exercício relativo ao ano anterior, no prazo de seis meses após a sua aprovação (art.º 12.º, n.º 1, alínea a)).

²¹ Constante do Decreto-Lei n.º 119/83, de 25 de Fevereiro, com as diversas alterações posteriores.

²² Nos termos da Lei da liberdade religiosa (Lei n.º 16/2001, de 22 de Junho).

²³ Quer as disposições gerais aplicáveis às pessoas colectivas em geral (art.ºs 1557.º a 166.º), quer as especificamente ditadas para as fundações (art.ºs 185.º a 194.º), as quais, aliás, dizem respeito principalmente às questões relativas à constituição, reconhecimento e extinção.

quando a criação destas entidades resulta da reorganização ou extinção de anteriores pessoas colectivas públicas, especialmente quando os estatutos da nova instituição (ou o diploma que promoveu a reestruturação ou a extinção) não acautelam devidamente a transição de regimes.

2. Contratação pública

Nos termos conjugados do art.º 1.º, n.º 2, Código dos Contratos Públicos,²⁴ o regime da contratação pública aplica-se, salvo excepções, à formação de contratos públicos por parte das entidades adjudicantes nele enumeradas.

Ora, de acordo com o art.º 2.º do mesmo Código, integram a categoria das entidades adjudicantes o Estado, as Regiões Autónomas, as autarquias locais, os institutos públicos, as fundações públicas²⁵ e as associações de que façam parte uma ou várias destas pessoas colectivas²⁶ (n.º 1, alíneas a) a g)).

Conforme se alcança do simples cotejo deste elenco, o preceito em questão não abrange as fundações de direito privado, as quais extravasam do seu âmbito de aplicação.

Contudo, a alínea a) do n.º 2 do mesmo art.º 2.º vem alargar a noção de entidade adjudicante,²⁷ de modo a abranger igualmente quaisquer pessoas colectivas,²⁸ de natureza pública ou privada, que, cumulativamente:

- a) tenham sido criadas especificamente para satisfazer necessidades de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial; e

²⁴ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 278/2009, de 2 de Outubro, pela Lei n.º 3/2010, de 27 de Abril e pelo Decreto-Lei n.º 131/2010, de 14 de Dezembro.

²⁵ Com excepção das fundações públicas previstas na Lei n.º 62/2007, de 10 de Setembro, que vem permitir a transformação das Universidades Públicas em Fundações Públicas.

²⁶ Desde que estas associações sejam maioritariamente financiadas por aquelas entidades, estejam sujeitas ao seu controlo de gestão ou tenham um órgão de administração, direcção ou fiscalização cuja maioria dos titulares seja designada pelas mesmas (art.º 2.º, n.º 1, alínea g)).

²⁷ Como salienta Bernardo Azevedo, *Organismo de direito público – uma categoria jurídica autónoma de direito comunitário intencionalmente aberta e flexível*, in Estudos de Contratação Pública, Vol. III, Coimbra Editora, 2010, pág. 59, estes organismos que não correspondem ao sector público administrativo tradicional, serão abrangidos pelo âmbito de aplicação do Código quando, cumulativamente, possuam personalidade jurídica própria (ainda que de direito privado), tenham sido criados para a satisfação de necessidades de interesse geral (sem natureza industrial e comercial) e estejam sujeitas a uma influência dominante por parte de um poder público.

²⁸ Curiosamente, na nova redacção deste preceito, introduzida pelo Decreto-Lei n.º 278/09, de 2 de Outubro, passou a excepcionar-se do seu âmbito de aplicação as fundações públicas previstas na Lei n.º 62/2007, de 10 de Setembro, o que significa que, mesmo quando preenchidos os requisitos legais enumerados neste art.º 2.º, n.º 2, ainda assim estas entidades permanecem excluídas da aplicação do regime do Código, por não serem consideradas entidades adjudicantes (cfr. art.º 1.º, n.º 2).

- b) sejam maioritariamente financiadas pelas entidades referidas no art.º 2.º, n.º 1, estejam sujeitas ao seu controlo de gestão ou tenham um órgão de administração, de direcção ou de fiscalização cuja maioria dos titulares seja, directa ou indirectamente, designada por aquelas entidades

Vejamos, então, se as fundações de direito privado e utilidade pública preenchem ou não estes dois requisitos.

Começando pelos fins que presidiram à sua criação, claro está que tudo depende do que for inscrito nos estatutos ou no diploma instituidor dessa instituição.

Todavia e concretizando, tomemos como exemplo a criação da Fundação CEFA, a qual e de acordo com o art.º 5.º do Decreto-Lei n.º 98/2009, de 28 de Abril, tem como fins *“contribuir para o aperfeiçoamento e a modernização da administração autárquica, através da formação dos seus agentes, da investigação aplicada, da assessoria técnica e da edição de obras especializadas”*.

Mais especificamente e de acordo com o art.º 3.º, n.º 1, dos seus Estatutos, à Fundação CEFA incumbe²⁹:

- a) contribuir para a modernização da administração local através das acções de informação e de formação, da investigação, da assessoria técnica e da edição de obras especializadas;
- b) realizar estudos e trabalhos de investigação académica relativos, designadamente, às matérias da ciência política, do direito constitucional, do direito administrativo, do direito fiscal, das finanças locais, dos regimes jurídicos das taxas municipais e do sector empresarial local;
- c) organizar, realizar, difundir e prosseguir actividades de formação e de aperfeiçoamento, bem como estágios, destinados aos trabalhadores, funcionários e candidatos a funcionários da administração local.

As atribuições cometidas por lei à Fundação CEFA, no momento da sua criação, são, salvo melhor juízo de interesse geral,³⁰ traduzido este na melhoria da qualificação dos colaboradores das autarquias locais e, por outro lado, no fomento da investigação na

²⁹ Para além disso, e nos termos do n.º do mesmo art.º 3.º, compete à Fundação desenvolver as actividades necessárias à prossecução dos seus fins, designadamente realizar ou promover cursos, ateliês de formação e actividades de investigação e de pesquisa no domínio da administração local (alínea a)); realizar conferências, colóquios, debates ou seminários que contribuam para a realização dos fins da Fundação (alínea b)); editar e publicar, sob qualquer forma, obras relacionadas com a administração local, portuguesa e internacional (alínea c)); promover o intercâmbio com instituições congéneres nacionais ou estrangeiras no domínio das suas actividades (alínea d)); gerir as actividades que tenham lugar na sede da Fundação (alínea e)); e exercer quaisquer outras actividades que se ajustem aos fins da Fundação (alínea f))

³⁰ Tanto mais que o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) *“tem vindo a fazer uma interpretação generosa e alargada desta exigência, reconhecendo a presença deste atributo numa multiplicidade muito heterogénea de situações”* – Bernardo Azevedo, ob. cit., pág. 63.

domínio autárquico, imperativos estes que concorrem para uma mais cabal satisfação dos legítimos interesses da população local serviço aos cidadãos, em conformidade com o imperativo constitucional (art.º 235.º, n.º 2, da Constituição).

Ora, esta actividade predominantemente formativa e de investigação das atribuições da Fundação são de molde a excluir qualquer carácter industrial ou comercial da mesma, sendo esta conclusão reforçada natureza fundacional (e não societária) que lhe foi concedida.³¹

Resta, por isso, analisar os pressupostos relativos às relações da fundação com alguma das entidades adjudicantes elencadas no art.º 2.º, n.º 1, sendo certo que basta a verificação de um deles para o preenchimento da hipótese legal.

Relativamente ao financiamento, há que esclarecer se as receitas da fundação em questão são maioritariamente asseguradas por alguma das entidades ou, pelo contrário, os seus proveitos advêm, em proporção superior a metade, de outras fontes, como sejam por fundos comunitários e/ou pelas receitas geradas pela própria instituição, nomeadamente através dos serviços que presta a terceiros.

No que à existência de um controlo de gestão diz respeito, cumprirá analisar da eventual imposição à fundação de apresentação (e até sujeição a aprovação ou homologação) ao membro do Governo que, de algum modo, tutela a área na qual se insere a actividade da instituição, dos documentos vitais para o funcionamento da instituição (planos de actividade, orçamentos anuais, contas, mapas de pessoal, etc.).

O último índice reporta-se à existência do poder, por parte de alguma das entidades referidas no art.º 2.º, n.º 1, de nomear, ainda que de forma indirecta, a maioria dos membros dos órgãos directivos ou de fiscalização

Tomando, novamente, como exemplo a Fundação CEFA, é sendo certo que o Estado, entendido aqui na acepção de administração central, tem apenas o poder de designar dois dos cinco membros do Conselho de Administração, mas não é menos verdade que os três restantes são indigitados pela Associação Nacional de Municípios³² e

³¹ De acordo com a jurisprudência consolidada do TJUE, considera-se que um organismo desenvolve uma actividade de natureza comercial ou industrial quando opera em condições normais de mercado, prossegue um fim lucrativo e suporta as perdas associadas ao exercício da sua actividade: em suma, *“determinante é a intenção da entidade de procurar o lucro e de perseguir os seus objectivos mediante um espectro de decisões comercialmente motivadas”* – Bernardo Azevedo, ob. cit., pág. 71.

³² De acordo com os estatutos desta associação, disponíveis em www.anmp.pt, o seu órgão máximo é o congresso nacional, composto por três delegados de cada município (o presidente da câmara ou o seu substituto, o presidente da assembleia municipal ou o seu substituto e um presidente de junta de freguesia ou o seu substituto designado pela assembleia municipal), de entre eles se elegendo os titulares da mesa do congresso (art.º 6.º, n.ºs 1, 2 e 4) que será, por inerência, a mesa do conselho geral (art.º 10.º, alínea a)). Para além disso, conselho directivo, órgão ao qual compete a gestão corrente da associação (art.º 14.º, alínea a)) é eleito pelo congresso nacional, de entre os delegados presentes (art.º 13.º, n.º 1).

pela Associação Nacional de Freguesias,³³ instituições estas cujos corpos sociais são designados por autarquias locais, sejam elas Câmaras Municipais ou Juntas de Freguesia.

Assim sendo, quer a Associação Nacional de Municípios, quer a Associação Nacional de Freguesias, integram a previsão do art.º 2.º, n.º 1, alínea g), pelo que a capacidade de que dispõem para eleger a maioria dos membros do Conselho de Administração da Fundação CEFA (associada a igual prerrogativa concedida ao Estado para nomear os dois restantes), é suficiente para preencher o requisito da subalínea ii) da alínea a) do art.º 2.º, n.º 2, do Código dos Contratos Públicos.

Em suma, verificados que sejam os requisitos acabados de expor (o que será a regra, tendo em conta, por um lado, as finalidades de interesse público por ela prosseguidas e, por outro, o seu financiamento maioritariamente público), as fundações de direito privado e utilidade pública integram o leque das entidades adjudicantes mencionadas no n.º 2 do art.º 2.º do Código (e não das enumeradas no n.º 1).

Decorre deste enquadramento no n.º 2 do art.º 2.º que, embora submetidas ao regime do Código dos Contratos Públicos, as fundações de direito privado usufruem de uma disciplina mais permissiva que se traduz, designadamente, no seguinte:

- a) o limite máximo até ao qual é consentido o recurso ao procedimento de ajuste directo é aumentado, no contrato de empreitada, para €1 000 000, ao invés dos €150 000 previstos para as entidades adjudicantes enumeradas no art.º 2.º, n.º 1 (art.º 19.º, alínea a));
- b) o limite máximo até ao qual poderá ser utilizado o procedimento de ajuste directo é aumentado, nos contratos de aquisição e locação de bens e de aquisição de serviços, para €193 000, ao invés dos €75 000 previstos para as entidades adjudicantes enumeradas no art.º 2.º, n.º 1 (art.º 20.º, n.º 1, alínea a) e Regulamento CE n.º 1177/2009, da Comissão)³⁴;
- c) os contratos celebrados por estas entidades que não sejam contratos nominados, isto é, que não sejam contratos de empreitada de obras públicas, concessão de obras públicas, concessão de serviços públicos, aquisição e

³³ Segundo os estatutos desta associação, disponíveis em www.anafre.pt, o seu órgão máximo é o congresso nacional, composto por dois delegados de cada freguesia (o presidente da junta de freguesia ou o seu substituto e o presidente da assembleia de freguesia ou o seu substituto), de entre eles se elegendo os titulares da mesa do congresso (art.º 7.º, n.ºs 1, 2 e 4) que será, por inerência, a mesa do conselho geral (art.º 11.º, n.º 2, alínea a)). Para além disso, conselho directivo, órgão executivo da associação, é eleito pelo congresso nacional, de entre os delegados presentes eleitos, em lista plurinominal por sufrágio universal directo e secreto, seguindo o sistema de representação proporcional e o método da média mais alta de Hondt (art.º 14.º, n.ºs 1 e 2).

³⁴ Publicado no Jornal Oficial de União Europeia de 1/12/2009.

locação de bens ou aquisição de serviços, não estão sujeitos à aplicação do regime do Código (art.º 6.º, n.º 2).

Para além disso, qualquer contratação de bens e serviços pode ser adjudicada directamente sobre uma factura ou um documento equivalente apresentado pelo convidado, sempre que o valor a pagar para cada contratação seja inferior a €5 000 (cfr. art.º 128.º, n.º 1, do Código), não sendo, neste caso, sequer necessária a publicitação do contrato celebrado na sequência do ajuste directo (art.º 128.º, n.º 3, do Código), nem tão pouco a redução a escrito desse mesmo contrato (art.ºs 128.º, n.º 3 e 95.º, n.º 1, alínea a), do Código).

Todavia, nos procedimentos de ajuste directo não poderão ser convidados prestadores de serviços ou fornecedores de bens que, no ano em questão e nos dois anos anteriores, tenham celebrado com a entidade contratante contratos de objecto equivalente ao daqueles cuja celebração se pretende, quando o montante total ascenda a um valor igual ou superior a €193 000 (art.ºs 113.º, n.º 2 e 20.º, n.º 1, alínea a), do Código e Regulamento CE n.º 1177/2009, da Comissão).³⁵

3. Sujeição a controlo por parte do Tribunal de Contas

De acordo com o art.º 2.º, n.º 2, alínea g), da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, alterada pelas Leis n.º 87-B/98, de 31 de Dezembro, 1/2001, de 4 de Janeiro, n.º 55-B/2004, de 30 de Dezembro, n.º 48/2006, de 29 de Agosto e n.º 35/2007, de 13 de Agosto), as fundações de direito privado que recebam anualmente, com carácter de regularidade, fundos provenientes do Orçamento do Estado ou das autarquias locais, encontram-se sujeitas a fiscalização do Tribunal de Contas, relativamente à utilização desses fundos.

Nesta conformidade, o controlo efectuado pelo Tribunal de Contas não se reporta a toda a actividade desenvolvida por aquelas fundações, mas apenas àquela desenvolvida com base nos recursos provenientes do Orçamento do Estado ou das autarquias locais.

A abrangência do controlo implica, em termos contabilísticos, uma separação entre a proveniência das diversas receitas (bem como os respectivos montantes e a percentagem em que contribuem para o orçamento global da instituição) e, por outro, entre as despesas financiadas com cada uma dessas categorias de receitas.

³⁵ Acerca do alcance desta restrição à liberdade de convite para a participação no ajuste directo, vide Miguel Lucas Pires, *Âmbito de aplicação da limitação da liberdade de escolha das entidades a convidar para participação no procedimento de ajuste directo*, Publicações Cedipre on line – 3, Novembro 2010, in www.cedipre.fd.uc.pt

Em termos mais claros e sempre que as receitas da fundação provenham de outras fontes que não o Orçamento de Estado ou das autarquias (por exemplo de financiamentos comunitários e/ de receitas próprias), será de todo pertinente para a instituição discriminar qual a percentagem de financiamento estatal face às demais receitas e, ademais, quais as despesas que são suportadas com essas receitas, pois só estas últimas poderão ser alvo de fiscalização por parte do Tribunal de Contas.

Uma vez assente o princípio geral de sujeição das fundações de direito privado e utilidade pública, nos termos acabados de expor, à fiscalização por parte do Tribunal de Contas, cumpre determinar, em termos práticos, de que modo se efectiva tal controlo.

Desde logo e no que tange à fiscalização prévia (exercida através da aposição de visto ou de declaração de conformidade – cfr. art.º 46.º, n.º 4), o art.º 47.º, n.º 1, alínea a), da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas isenta deste tipo de fiscalização as fundações de direito privado.

Todavia, decorre do art.º 5.º, n.º 1, alínea c), que o Tribunal de Contas verifica a legalidade e o cabimento orçamental dos actos e contratos de qualquer natureza geradores de despesa ou representativos de encargos, directos ou indirectos, para as entidades referidas no n.º 1 do artigo 2.º e os das entidades de qualquer natureza criadas pelo Estado ou por quaisquer outras entidades públicas, para desempenhar funções administrativas originariamente a cargo da Administração Pública, com encargos suportados por transferência do orçamento da entidade que as criou, sempre que daí resulte a subtracção de actos e contratos à fiscalização prévia do Tribunal de Contas.

Salvo melhor juízo, deste último preceito resulta a sujeição das fundações de direito privado e utilidade pública a algum tipo de controlo por parte do Tribunal de Contas, que não a fiscalização prévia, expressamente excluída pelo aludido art.º 47.º, n.º 1, alínea a).

Ora, esta fiscalização será a sucessiva, nos termos da qual o Tribunal de Contas verifica as contas, avalia os respectivos sistemas de controlo interno, aprecia a legalidade, economia, eficiência e eficácia da sua gestão financeira e assegura a fiscalização da comparticipação nacional nos recursos próprios comunitários e da aplicação dos recursos financeiros oriundos da União Europeia (art.º 50.º, n.º 1), fiscalização esta a que se encontram inequivocamente sujeitas as fundações de direito privado e utilidade pública, nos termos do art.º 51.º, n.º 1, alínea o), e que implica o envio anual das contas ao Tribunal de Contas, até 30 de Abril do ano seguinte àquele a que respeitam, de acordo com as instruções aprovadas pelo mesmo Tribunal (art.º 52.º, n.ºs 4 e 6).

Encontram-se, ainda, as fundações de direito privado e utilidade pública sujeitas à chamada fiscalização concomitante, a qual, nos termos do n.º 1 do art.º 49.º, se processa através de auditorias aos procedimentos e actos administrativos que impliquem despesas

de pessoal e aos contratos que não devam ser remetidos para fiscalização prévia por força da lei, bem como à execução de contratos visados (alínea a)), bem como de auditorias à actividade financeira exercida antes do encerramento da respectiva gerência (alínea b)), cabendo ao Plenário do Tribunal a aprovação da anual dos serviços ou organismos que serão objecto de fiscalização concomitante de despesas emergentes dos actos ou contratos que não devam ser remetidos para fiscalização prévia (art.ºs 5.º, n.º 1, alínea g) e 38.º, n.º 1, alínea b)).

Em suma, a submissão das fundações de direito privado e de utilidade pública à fiscalização e controlo do Tribunal de Contas constitui estas instituições na obrigação de:

- a) anualmente remeter àquele Tribunal as respectivas contas, até 30 de Abril do ano a que respeitam;
- b) ocasionalmente e quando instadas por aquele Tribunal, submeter-se às auditorias de que seja alvo.

4. Regime de vínculos dos trabalhadores ao serviço das fundações de direito privado e utilidade pública

4.1. Aplicação do regime jurídico do emprego público

A principal questão que se coloca, a este respeito, é a de saber se aqueles que exercem a sua actividade profissional numa fundação de direito privado e utilidade pública estarão, ou não, sujeitos ao recentemente alterado quadro jurídico do emprego público, vertido, essencialmente, na Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro³⁶ e na Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro (que aprovou o regime do contrato de trabalho em funções públicas).

Decorre do primeiro diploma citado que as aquelas entidades não se encontram sob a alçada do regime jurídico do emprego público, uma vez que as fundações de direito privado (e utilidade pública) se encontram excluídas do âmbito de aplicação objectivo desse regime (cfr. art.º 3.º da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, *a contrario*).

Em face do exposto, a relação laboral de tais trabalhadores ficará sob a égide do direito privado, ou seja, basicamente submetido ao regime do Código do Trabalho.

Até ao momento e conforme se alcança das considerações anteriores, parece insofismável a não aplicação do regime jurídico de emprego público: todavia, se tal conclusão se impõe para aqueles trabalhadores que sejam contratados por parte das fundações criadas *ex novo*, o mesmo não se poderá dizer, de forma tão linear,

³⁶ Alterada pela Lei n.º 64-A/2008, de 31 de Dezembro, Lei 3-B/2010, de 28 de Abril e Lei n.º 34/2010, de 2 de Setembro.

relativamente aos trabalhadores daquelas instituições que, a dado momento, sejam convertidas em fundações.

Pois bem, quanto a estes últimos, a conclusão avançada manter-se-á apenas para os que sejam contratados após tal transformação da configuração jurídica da entidade empregadora, mas o mesmo não sucederá, necessariamente, com os detentores de uma relação jurídica de emprego público que os unisse à pessoa colectiva pública entretanto transformada em fundação.³⁷

Quanto a estes e pese embora a exclusão, anteriormente mencionada, das fundações de direito privado do âmbito de aplicação objectivo do regime jurídico do emprego público (art.º 3.º da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, *a contrario*), tal regulamentação permanece aplicável, com as necessárias adaptações, aos trabalhadores detentores de uma relação jurídica de emprego público ao serviço de entidades excluídas do seu âmbito de aplicação, conforme preceitua o art.º 2.º, n.º 2, do mesmo diploma.

Se assim é, o regime do emprego público será aplicável, com as devidas ressalvas, aos anteriormente denominados funcionários públicos a aos titulares de um contrato individual de trabalho,³⁸ cuja nomeação ou contratação tenha ocorrido até 31 de Dezembro de 2008 e cujo vínculo se converteu, por determinação legal e sem necessidade de quaisquer formalidades, num contrato de trabalho em funções públicas, a partir do dia 1 de Janeiro de 2009 (cfr. art.º 88.º, n.º 3 e 4, do Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, e art.º 17.º, n.º 2, da Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro).

Com efeito, não se afigura defensável que, da simples transformação da entidade empregadora em fundação, possa resultar uma conversão forçada dos vínculos dos respectivos trabalhadores, pelo que, salvo opção dos próprios em contrário,³⁹ manterão o estatuto do emprego público (não obstante, repita-se, a exclusão da entidade

³⁷ Abordaremos, de modo a não multiplicar indefinidamente o feixe de questões a esclarecer, as hipóteses em que a transformação em fundação se verificou após a entrada em vigor do actual regime jurídico de emprego público (1 de Janeiro de 2009 – cfr.º art.º 118.º da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro).

³⁸ Contudo, entre estas duas categorias existe uma diferença não despicienda, porquanto os primeiros, mas não os segundos, poderão estar sujeitos à cessação dos contratos de trabalho, em caso de reorganização de órgãos ou serviços, por despedimento colectivo, despedimento por extinção de posto de trabalho e, em caso de extinção da entidade empregadora pública, por caducidade (art.ºs 88.º, n.º 3, da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, 7.º, n.º 1, da Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro e 16.º a 18.º da Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho).

³⁹ Por exemplo, aquando da transformação do CEFA, I.P. em fundação, a estes trabalhadores foi concedida a possibilidade de manutenção desse vínculo de natureza pública, continuando assim titulares de um contrato de trabalho em funções públicas por tempo indeterminado (art.ºs 9.º, n.º 4, dos Estatutos da Fundação CEFA). O expediente jurídico utilizado foi o acordo de cedência de interesse público (cft. art.º 58.º da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro), mas, ao contrário do regime legal, determinou-se a não suspensão do estatuto de origem e, por outro lado, por prazo indeterminado e não pelo prazo máximo de 12 meses previsto na lei (cfr. art.º 58.º, n.º 13 da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, prazo esse que foi alargado para 18 meses pelo art.º 1.º do Decreto-Lei n.º 269/2009, de 30 de Setembro).

empregadora, na sua nova configuração, do âmbito objectivo dessa mesma legislação), com as necessárias adaptações.

Com efeito, a extinção de uma pessoa colectiva pública, quando seguida do nascimento de outras que lhe suceda nas atribuições, não pode determinar, por si só, a extinção dos vínculos laborais dos respectivos trabalhadores, transmitindo-se estes para a nova entidade (cfr. art.º 16.º, n.º 1, da Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho).⁴⁰

4.2. Contratos de prestação de serviços

Num plano diverso, não se lobrigam obstáculos quanto à celebração de contratos de prestação de serviços, desde que respeitados os constrangimentos legais.

Os constrangimentos legais à celebração de contratos de prestação de serviços constam, essencialmente, do disposto no art.º 35.º da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, na redacção introduzida pela Lei n.º 3-B/2010, de 28 de Abril e são os seguintes:

- a) deverá tratar-se da execução de trabalho não subordinado,⁴¹ para o qual se revele inconveniente qualquer modalidade de emprego público;
- b) haverá que observar o regime legal da aquisição de serviços, previsto no Código dos Contratos Públicos;
- c) o contratado terá, obrigatoriamente, a sua situação regularizada perante o fisco e a segurança social; e
- d) será necessário um prévio parecer favorável dos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e da Administração Pública, relativamente à verificação da existência de trabalho não subordinado, sendo os termos e tramitação desse parecer regulados por portaria dos mesmos membros do Governo. Todavia, estes mesmos membros do Governo podem, excepcionalmente, autorizar a celebração de um número máximo de contratos de tarefa e de avença, em termos a definir na portaria prevista no número anterior, desde que não sejam excedidos os prazos contratuais inicialmente

⁴⁰ Este art.º 16.º, juntamente com os art.ºs 17.º (que determina a caducidade dos contratos de trabalho em caso de extinção das pessoas colectivas públicas, quando as respectivas atribuições não sejam concedidas a outras entidades) e 18.º (que admite o recurso à figura do despedimento colectivo e do despedimento por extinção do posto de trabalho em caso de cessão parcial da actividade de uma pessoa colectiva ou de extinção, fusão ou reestruturação de serviços ou de uma unidade orgânica que determine a redução de efectivos) desta Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho, foram mantidos em vigor pela Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro (cfr. art.º 18.º, alínea f)), apesar de todos os demais terem sido revogados.

⁴¹ Entendendo-se como tal o que, sendo prestado com autonomia, não se encontra sujeito à disciplina e à direcção do órgão ou serviço contratante, nem impõe a observância de um horário de trabalho (cfr. n.º 2 do mesmo art.º 35.º).

previstos e os encargos financeiros globais anuais, que devam suportar os referidos contratos, estejam inscritos na respectiva rubrica do orçamento do órgão ou do serviço.

A inobservância de algum destes requisitos gera a nulidade do contrato, bem como a responsabilidade disciplinar, financeira e civil do dirigente máximo que autorizou a sua celebração (art.º 36.º, n.ºs 1 e 2).

Mais ainda, a verificação, através de relatório de auditoria efectuada pela Inspeção-Geral de Finanças em articulação com a Direcção-Geral da Administração e do Emprego Público, da vigência de contratos de prestação de serviço para execução de trabalho subordinado equivale ao reconhecimento pelo órgão ou serviço da necessidade de ocupação de um posto de trabalho com recurso à constituição de uma relação jurídica de emprego público por tempo indeterminado ou por tempo determinado ou determinável, conforme caracterização resultante da auditoria, determinando a alteração do mapa de pessoal do órgão ou serviço, por forma a prever aquele posto de trabalho e a publicitação de procedimento concursal para constituição da relação jurídica de emprego público (art.º 35.º, n.º 8).

No entanto, é decisivo notar que a Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, que contém todas estas limitações à celebração de contratos de prestação de serviços, não alcança, conforme explicitado anteriormente, às fundações privadas ou de direito privado (cfr. art.º 3.º, *a contrario*).

Todavia e por mais paradoxal que tal possa parecer, isso não significa a desaplicação de tais restrições (e até das sanções para a sua violação) às fundações privadas ou de direito privado de utilidade pública, especialmente quando sujeitas ao regime da contratação pública, em razão de outras considerações.

Desde logo, decorre do regime legal da contratação pública a necessidade de ausência de dívidas à Segurança Social e ao Fisco por parte do contratado (art.ºs 55.º, alíneas d) e e), 81.º, n.º 1, alínea b), do Código dos Contratos Públicos).

Por outro lado, o pressuposto da ausência de trabalho subordinado é inerente à noção de contratos de prestação de serviços – em contraposição com os contratos de trabalho –, razão pela qual o mesmo terá também que ser observado.

Resta o requisito da necessidade de autorização governamental, o qual, salvo melhor juízo, carece de aplicação às fundações de direito privado, atenta a natureza privada destas (não integrada, por isso, na esfera administrativa), a ausência de qualquer relação de dependência (tutelar ou superintendente) face ao Estado e a não aplicação a tais entidades da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, da qual consta aquela imposição.

Finalmente, no que toca às sanções para a violação destas limitações, há que destacar, desde logo, as consagradas no Código dos Contratos Públicos, as quais podem implicar a exclusão do candidato,⁴² a caducidade da adjudicação⁴³ ou até a invalidade do contrato celebrado na sequência desta⁴⁴.

Por outro lado, poderão as fundações de direito privado e utilidade pública incorrer, no caso de celebração de um contrato de prestação de serviços para a execução de trabalho subordinado, numa contra-ordenação muito grave,⁴⁵ a qual poderá conduzir à conversão judicial daquele contrato num verdadeiro contrato de trabalho.⁴⁶

Não nos parece, pelo contrário, aplicável a estas entidades a sanção relativa à responsabilidade civil, disciplinar e financeira do responsável pela contratação, porque este tipo de responsabilidade se encontra exclusivamente consagrada na Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro e deverá ser unicamente aplicada aos organismos e entidades sob a sua alçada, o que não sucede com as fundações privadas, ainda que de utilidade pública (cfr. art.º 3.º daquela Lei, *a contrario*).

Para além disso, a cominação daquela sanção exige uma determinada relação de autoridade ou, pelo menos, de tutela por parte do Estado (ao menos no que à responsabilidade disciplinar diz respeito) que não se verifica relativamente às fundações de direito privado, ainda que de utilidade pública.

Uma última nota para destacar que as fundações de direito privado e utilidade pública permanecem incólumes às restrições, consagradas na Lei do Orçamento do Estado para 2011, à contratação de prestadores de serviços e de trabalhadores (art.ºs 22.º e 27.º da Lei n.º 55-A/2010, de 31 de Dezembro), uma vez que estas apenas se

⁴² Com fundamento em violação do art.º 70.º, n.º 2, alínea a), do Código.

⁴³ Nos termos do art.º 86.º, n.º 1, do Código, a qual implicará a adjudicação da proposta ordenada imediatamente a seguir (n.º 3 do mesmo art.º 86.º).

⁴⁴ A invalidade declarada após a celebração do contrato, quando este já se encontrar em execução, inquirará o referido acordo, salvo casos excepcionais (art.º 283.º, n.ºs 1 a 4 do Código).

⁴⁵ Sanção consagrada pelo art.º 12.º, n.º 2, do Código do Trabalho (aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro), traduzida no pagamento de uma coima (cujo montante varia em função de diversos factores – cfr. art.º 554.º e segs. do Código do Trabalho) e, em caso de reincidência, na possível privação do direito a qualquer subsídio ou benefício outorgado por uma entidade ou serviço público, num período que pode ir até 2 anos (n.º 3 do art.º 12.º).

⁴⁶ O Código do Trabalho contém uma série de indícios cuja verificação fará presumir a existência de um verdadeiro contrato de trabalho, ainda que apelidado pelas partes de contrato de prestação de serviços (elementos esses que, de acordo com art.º 12.º, n.º 1, do Código são a realização da actividade em local pertencente ao beneficiário ou por ele determinado; a titularidade dos instrumentos de trabalho por parte do mesmo beneficiário; a determinação das horas de início e termo da prestação por parte da entidade contratante; o pagamento de uma quantia periódica como contrapartida da actividade prestada e o exercício de funções de direcção ou chefia), sendo múltiplas as decisões judiciais a operar tal conversão – sobre este assunto e, muito em particular, sobre a presunção de laboralidade, vide Leal Amado, *Contrato de Trabalho*, Coimbra Editora, 2009, págs. 67 a 82

aplicam às pessoas colectivas públicas, à semelhança, aliás, da própria Lei do Orçamento, como adiante se verá.

4.3. Necessidade de abertura de concursos para contratação de pessoal

Conforme decorre do que foi dito previamente, os contratos a celebrar pelas fundações de direito privado e utilidade pública a partir da data da sua criação não consubstanciam relações jurídicas de emprego público, não se encontrando, por isso, sujeitos ao disposto na Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro e respectiva legislação complementar, uma vez que estas entidades se encontram excluídas do âmbito de aplicação deste diploma (cfr. art.º 3.º, *a contrario*).

Nesta conformidade e porque a obrigatoriedade de abertura de procedimento concursal se encontra prevista neste mesmo diploma (cfr. art.º 50.º e segs.), sendo a sua tramitação desenvolvida num diploma complementar (Portaria n.º 83-A/2009, de 22 de Janeiro), sustentamos a inaplicabilidade da necessidade de abertura de procedimento concursal para as novas contratações de pessoal a realizar por aquelas instituições.

Porém, esta não aplicação das regras concursais sofre um desvio nos casos de transformação de entidades públicas em fundações, no que concerne àqueles trabalhadores que transitaram da anterior instituição e mantiveram o vínculo de contrato de trabalho em funções públicas, porquanto apesar de a sua actual entidade empregadora se encontrar excluída do âmbito da Lei n.º 12-A/2008, o art.º 2.º, n.º 2, desta mesma Lei determina a sua aplicação, com as necessárias adaptações.

Significa isto que a passagem de uma categoria para outra dentro da mesma carreira⁴⁷ por parte destes trabalhadores se deverá continuar a fazer por concurso, de acordo com as regras vertidas nos art.ºs 50.º a 54.º da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro e na Portaria n.º 83-A/2009, de 22 de Janeiro.

⁴⁷ Importa salientar que, das três carreiras do regime geral actualmente existentes, apenas a carreira de técnico superior é unicategorial (o que significa que é composta de uma única categoria), razão pela qual carece de sentido falar, relativamente a esta, de progressão na carreira por mudança de categoria, sendo apenas possível a chamada progressão horizontal por alteração da posição remuneratória, a qual é independente de qualquer concurso. Quanto às carreiras de assistente técnico e assistente operacional, já se afigura pertinente abordar a questão da mudança de categoria, a qual deverá ser precedida de um procedimento concursal (a este propósito, vide os art.ºs 42.º e 45.º a 48.º da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, bem como o respectivo anexo).

4.4. Sujeição dos trabalhadores das fundações de direito privado ao Sistema Integrado de Avaliação de Desempenho da Administração Pública (SIADAP)

Da análise do diploma que implementou este sistema de avaliação de desempenho resulta que o mesmo não alcança as fundações privadas ou de direito privado (cfr. art.º 2.º da Lei n.º 66-B/2007, de 28 de Dezembro, *a contrario*), em consonância com a sua natureza privada já salientada.

Neste contexto e à primeira vista, cumpriria concluir pela desaplicação deste regime a todo e qualquer trabalhador daquelas entidades, quer os titulares de uma relação de emprego privado (isto é, sujeitos ao regime do Código do Trabalho), quer aqueles que mantiveram o estatuto do emprego público (anteriormente designados funcionários públicos) apesar da transformação em fundação da entidade onde exerciam as suas funções.

Todavia, o art.º 83.º da mesma Lei dispõe a aplicação do SIADAP 3,⁴⁸ com as necessárias adaptações, *“aos actuais trabalhadores com a qualidade de funcionário ou agente de pessoas colectivas que se encontrem excluídas do seu âmbito de aplicação”*, como sucede, conforme se acabou de constar, com alguns trabalhadores das fundações que resultem da conversão de outras instituições públicas.

Considerando que, nos termos do já citado art.º 88.º, n.º 4, da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, o vínculo dos funcionários públicos foi convertido, *ope legis*, num contrato de trabalho em funções públicas, serão estes os destinatários daquele preceito legal.

Nesta conformidade e relativamente à aplicação do regime do SIADAP aos actuais trabalhadores das fundações regidas pelo direito privado, a resposta a dar é a seguinte:

- a) ficam inequivocamente excluídos os trabalhadores contratados após a criação da fundação ou, em caso de transformação de uma entidade pública em fundação, os contratados antes daquela conversão que tenham renunciado à relação jurídica de emprego público;
- b) em caso de transformação de outra entidade em fundação, os trabalhadores originariamente titulares da qualidade de funcionários públicos, posteriormente convertidos em trabalhadores com contrato de trabalho em funções públicas, sujeitar-se-ão ao SIADAP, com as necessárias adaptações

⁴⁸ Segundo o art.º 9.º da Lei n.º 66-B/2007, de 28 de Dezembro, o SIADAP subdivide-se em SIADAP 1 (avaliação de serviços), SIADAP 2 (avaliação de dirigentes) e SIADAP 3 (avaliação dos trabalhadores): ora, o art.º 83.º alude unicamente a este último.

Importa, por último, salientar qual o sentido a atribuir à expressão “*com as necessárias adaptações*”, isto é, averiguar de que modo se efectuará a aplicação do SIADAP a estes trabalhadores.

Salvo melhor entendimento, tais adaptações poderão significar, desde logo, o recurso a uma das formas anómalas de avaliação previstas na Lei n.º 66-B/2007, de 28 de Dezembro e, mais concretamente, à avaliação curricular (consagrada no art.º 43.º daquela Lei), cujos requisitos legais de aplicação poderão ter-se por verificados relativamente aos trabalhadores das fundações de direito privado e utilidade pública.

Com efeito, a avaliação curricular poderá ser adoptada, a requerimento do trabalhador em causa, titular de uma relação jurídica de emprego público com a duração de, pelo menos, seis meses no anterior à avaliação, mas cujo serviço não se encontre efectivo nos termos definidos na lei (art.º 42.º, n.ºs 5 e 7).

Ora, o único requisito que não se encontra verificado relativamente às fundações privadas é o último, circunstância esta que poderá ser contornada recorrendo à analogia, isto é, considerando que também estas instituições não se encontram activa, para efeitos da legislação sobre avaliação de desempenho, em virtude da sua exclusão do âmbito de aplicação objectivo do diploma em causa (cfr. art.º 3.º, *a contrario*).

Em favor de licitude do recurso à avaliação curricular depõe ainda um argumento adicional, a que poderemos chamar de natureza lógica, porquanto se a lei admite a aplicação do regime da avaliação de desempenho, com adaptações, a entidades excluídas do seu âmbito objectivo (art.º 83.º), por maioria de razão deverá consentir a aplicação, sem necessidade de quaisquer adaptações, de um instrumento consagrado por essa mesma lei (cfr. art.º 47.º) para os serviços e entidades submetidos ao seu conteúdo.

Mas, no nosso entender, será possível ir ainda mais longe e defender mesmo a utilização de quaisquer outros critérios ou mecanismos, ainda que não previstos na Lei n.º 66-B/2007, de 28 de Dezembro, desde que idóneos para a aquilatar a *performance* e o cumprimentos dos objectivos fixados e conformes com os princípios e objectivos legais da avaliação de desempenho (fixados, respectivamente, nos art.ºs 5.º e 6.º da aludida Lei).

4.5. Necessidade de publicação em Diário da República dos regulamentos aprovados pelos órgãos competentes das fundações de direito privado

A generalidade destas entidades – *rectius*, os seus órgãos - goza de competência regulamentar, a qual lhes é atribuída, normalmente, pelos próprios estatutos.⁴⁹

⁴⁹ Veja-se, por exemplo, a competência concedida pelos Estatutos da Fundação CEFA ao respectivo Conselho de Administração para a aprovação de regulamentos internos (art.º 26.º, alínea d), dos Estatutos), embora, quando estejam em causa códigos de ética e regras de conduta, a sua aprovação compita ao Conselho Geral, sob proposta do Conselho de Administração (art.º 22.º, alínea l), dos Estatutos).

A este propósito, haverá que distinguir aqueles regulamentos que assumem projecção meramente interna, no sentido em que vinculam somente os membros integrantes da pessoa colectiva que os aprova (ou, noutros termos, “*produzem efeitos jurídicos unicamente no interior da esfera jurídica da pessoa colectiva pública de que emanam*”⁵⁰), dos normalmente apelidados regulamentos externos “*que produzem efeitos jurídicos em relação a outros sujeitos de direito diferentes, isto é, em relação a outras pessoas colectivas públicas ou em relação a particulares*”⁵¹.

Do nosso ponto de vista, os regulamentos que versem sobre o desempenho da actividade profissional dos trabalhadores de uma instituição (por exemplo, debruçando-se sobre questões como os horários de trabalho ou as regras de controlo da assiduidade) são regulamentos internos,⁵² tendo em vista apenas disciplinar o funcionamento dessa mesma entidade, sendo, por isso mesmo, insusceptíveis de lesar direitos de terceiros.

A questão afigura-se menos pacífica no que concerne aos códigos éticos ou de conduta, uma vez que estes podem contender com direitos de terceiros (mormente os utilizadores dos serviços prestados pela entidade em questão): em nosso entender, tais regulamentos, sempre que abordem a relação da instituição com outras instituições ou com os utilizadores em geral dos respectivos bens ou serviços (por exemplo, estabelecendo regras a observar no atendimento, procedimentos de avaliação do grau de satisfação dos utentes), deverão ser considerados externos.

Independentemente da sua natureza interna ou externa, cumpre avaliar a existência ou não de um dever de publicação em Diário da República destes regulamentos.

De acordo com o art.º 119.º, n.º 1, alínea h), da Constituição, encontram-se sujeitos a publicação no Diário da República os decretos regulamentares e os demais decretos e regulamentos do Governo, bem como os decretos dos Representantes da República para as regiões autónomas e os decretos regulamentares regionais, implicando a sua falta a ineficácia jurídica das referidas normas (art.º 119.º, n.º 2, da Constituição).

Todavia e ao contrário do que a redacção da norma pode sugerir, designadamente no inciso em que recorre à expressão “*demais decretos e regulamentos do Governo*”, a mesma não será de aplicação aos regulamentos governamentais internos, “*bastando para estes a adequada divulgação no serviço a que se aplicam*”.⁵³

⁵⁰ Cfr. Freitas do Amaral, ob. cit., Vol. II, pág. 163.

⁵¹ Cfr. Freitas do Amaral, ob. cit., Vol. II, pág. 163.

⁵² No mesmo sentido, Freitas do Amaral, ob. cit., Vol. II, págs. 165 e 166.

⁵³ Assim, *ipsis verbis*, Freitas do Amaral, ob. cit., Vol. II, pág. 195.

Relativamente às demais entidades administrativas, a publicidade dos respectivos regulamentos e as consequências para a sua inobservância serão definidas por lei (art.º 119.º, n.º 3, da Constituição), como sucede com os regulamentos autárquicos, obrigatoriamente publicados no boletim próprio da autarquia ou, quando este não exista, através de um edital a afixar nos locais de estilo durante cinco dos dez dias subsequentes à sua aprovação e sem prejuízo do disposto em lei especial (art.º 91.º da Lei 169/99, de 18 de Setembro).

Da conjugação destes dados normativos e da distinção entre regulamentos internos e externos resulta que:

- a) os regulamentos externos do Governo mencionados na alínea h) do n.º 1 do art.º 119.º da Lei Fundamental, encontram-se sujeitos a publicação no Diário da República;
- b) os demais regulamentos externos do Governo, assim como a generalidade dos seus regulamentos internos, não se encontram sujeitos a tal publicitação;
- c) os regulamentos, internos ou externos, das demais entidades administrativas apenas se encontrarão sujeitos a publicidade, no Diário da República ou outra, caso a lei assim o imponha.

Mais concretamente e no que concerne aos regulamentos aprovados pelas fundações governadas pelo direito privado, em consonância com acabado de expor, tais normas apenas se encontrarão sujeitos a publicação no Diário da República na eventualidade de algum diploma legal assim o determinar.

Ora, tal imposição deveria radicar no regime geral aplicável às fundações privadas ou de direito privado (e utilidade pública) ou, em alternativa, dos próprios estatutos das fundações: sucede, porém, que estes últimos são normalmente omissos a esse respeito e, por outro lado, não foi até à data aprovado qualquer regime geral sobre as fundações privadas ou de direito privado criadas por iniciativa pública que comunguem de utilidade pública,⁵⁴ pelo que resta concluir pela desnecessidade de publicação dos regulamentos aprovados por estas instituições, independentemente da sua natureza interna ou externa.

A única imposição de natureza publicitária, consagrada, quer para os trabalhadores titulares de uma relação jurídica de emprego público (art.º 115.º, n.º 3, da Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro), quer de direito privado (art.º 99.º, n.º 3, alínea a), do Código do Trabalho⁵⁵), encontra-se acantonada ao domínio laboral, respeitando aos regulamentos internos aprovados pelas entidades empregadoras em matéria de

⁵⁴ Nem mesmo do regime geral consagrado para as fundações privada, vertido nos art.ºs 185.º a 194.º do Código Civil, resulta qualquer dever de publicitação dos regulamentos aprovados pelas fundações.

⁵⁵ Neste caso, a alínea b) do n.º 3 do art.º 99.º impõe ainda a comunicação do regulamento ao serviço competente do Ministério Responsável pela área laboral.

organização e disciplina do trabalho: contudo, a publicitação a dar a estes regulamentos limita-se à esfera interna da instituição, porquanto a lei determina unicamente a sua afixação na sede da instituição e nos locais de trabalho.

Apesar da inexistência de norma específica prevendo a publicitação dos regulamentos das fundações de direito privado – e passando por cima da querela acerca da sua natureza administrativa e até da mais que discutível natureza administrativa das próprias fundações – defendemos, quanto aos regulamentos externos, a adopção de medidas tendentes a assegurar a sua cognoscibilidade por parte dos eventuais interessados ou afectados pelo seu conteúdo, mas se que tal se traduza na necessidade de publicação em Diário da República.

Concretizado, os regulamentos que versem sobre as condições de prestação de serviços por parte de uma fundação desta índole deverão encontrar-se disponíveis para consulta no sítio da internet desta instituição, de modo a eles possam aceder todos os que assim o desejem.

Com efeito, através desta publicitação dos regulamentos observar-se-á o princípio da boa fé, o qual deve nortear a actuação, não apenas das entidades administrativas (cfr. art.º 6-A, do Código do Procedimento Administrativo), mas mesmo dos privados (cfr. art.ºs 227.º e 762.º do Código Civil).

A tudo isto acresce ser discutível a própria natureza administrativa dos regulamentos aprovados pelas fundações de direito privado, considerando que:

- a) por um lado, os regulamentos administrativos, do ponto de vista orgânico, são aprovados por um órgão de uma pessoa colectiva pública, surgindo como excepcional a concessão de legitimidade para a sua emissão por parte de um organismo privado – como as fundações de direito privado – , a qual apenas pode resultar de uma norma legal específica⁵⁶;
- b) por outro lado, do ponto de vista funcional os regulamentos administrativos correspondem ao exercício de poderes administrativos, poderes estes cuja titularidade por parte destas fundações, em razão da sua natureza privada e da consequente submissão geral ao direito privado, é, no mínimo, discutível.

4.6. Alcance das limitações salariais constantes do Orçamento do Estado para o ano de 2011

Relativamente a este ponto, a Lei do Orçamento de Estado para 2011 determina uma redução remuneratória, bem como a proibição de valorizações remuneratórias,

⁵⁶ Neste sentido, Freitas do Amaral, ob. cit., Vol. II, pág. 156.

aplicáveis à generalidade dos trabalhadores que exercem funções na Administração Pública (cfr. art.ºs 19.º e 24.º da Lei n.º 55-A/2010, de 31 de Dezembro).

Sucedem, porém, que o n.º 9 daquele art.º 19.º enumera as entidades empregadoras sujeitas a tais restrições, elenco do qual constam praticamente todas as entidades que integram a Administração Pública – incluindo as fundações públicas (alíneas q) e u)) – e mesmo os órgãos de soberania (alíneas a) a f)), mas ao qual escapam as fundações privadas ou submetidas ao direito privado.

Nesta conformidade, resta concluir pela não aplicação destes cortes aos trabalhadores das fundações privadas ou de direito privado, em consonância, aliás, com a natureza privada (não integrada na estrutura da Administração Pública) da Instituição e dos vínculos que a unem aos seus colaboradores, os quais, conforme salientado anteriormente, se encontram submetidos, no essencial, à regulamentação vertida no Código do Trabalho.

Diga-se, outrossim, que a exclusão da sujeição dos trabalhadores e dirigentes das fundações privadas e de direito privado das restrições salariais previstas para o ano de 2011 seria defensável, mesmo que a Lei do Orçamento de Estado não fosse explícita a esse respeito, por duas razões adicionais:

- a) desde logo, pela limitação imposta pelo Código do Trabalho à diminuição unilateral da retribuição do trabalhador (art.º 129.º, n.º 1, alínea d), do Código do Trabalho);
- b) pela não aplicação aos dirigentes do regime do pessoal dirigente da Administração Pública;
- c) pela exclusão dos trabalhadores desta Instituição da legislação sobre emprego público (cfr. a Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro).

Todavia, esta conclusão carece de uma ressalva, na hipótese de transformação de uma entidade pública, no que concerne àqueles ex-trabalhadores que optaram pela manutenção do estatuto de origem, permanecendo subordinados à legislação relativa ao emprego público e, desde logo, à Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro.

A tal não se opõe a circunstância de a entidade empregadora não se encontrar abrangida pela norma que impõe tais diminuições, não só por ser perfeitamente admissível a aplicação da legislação sobre emprego público a trabalhadores de entidades excluídas do respectivo âmbito de aplicação (art.º 2.º, n.º 2, da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro), mas também pelo facto de o art.º 19.º, n.º 9, alínea r), da Lei do Orçamento de Estado determinar a sua aplicação a todos os trabalhadores *“que exercem funções públicas, em qualquer modalidade de relação jurídica de emprego público, nos*

termos do disposto nos n.os 1 e 2 do artigo 2.º (...) da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro”.

Em face do exposto, defendemos a aplicação a estes trabalhadores das limitações salariais constantes da Lei do Orçamento do Estado para 2011.

5. Estatuto dos dirigentes das fundações de direito privado

5.1 Inaplicabilidade do regime do pessoal dirigente da Administração Pública e do Estatuto do Gestor Público

Os dirigentes das fundações não se encontram abrangidos pelo diploma que regula o exercício de cargos dirigentes na Administração Pública, porquanto este alcança somente os titulares de cargos de direcção na administração central, regional e local, para além dos institutos públicos (cfr. art.º 1.º, n.ºs 1 e 2, da Lei n.º 2/2004, de 15 de Janeiro, com a redacção introduzida pela Lei n.º 51/2005, de 30 de Agosto).

Também o estatuto do gestor público não contempla os membros dos órgãos de administração das fundações privadas ou de direito privado e utilidade pública, uma vez que tal diploma abrange apenas, para além do sector empresarial público, os institutos públicos (e unicamente nos casos expressamente determinados nos respectivos estatutos) e as entidades reguladoras independentes – cfr. art.ºs 1.º e 2.º, n.º 3 do Estatuto do Gestor Público, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 71/2007, de 27 de Março.

Verificando-se, porém, a transmutação em fundação de uma anterior entidade pública - em cujos dirigentes se encontrassem sujeitos a qualquer das normas acabadas de mencionar, sobretudo quando esses dirigentes permanecerem na instituição, não obstante a nova configuração jurídica desta – importa avaliar da aplicação da legislação destinada aos titulares de cargos dirigentes da Administração Pública.

A nosso ver, tal aplicação justifica-se, predominantemente, no que toca aos efeitos da extinção da comissão de serviço dos dirigentes, mencionados no art.º 26.º da Lei Lei n.º 2/2004, de 15 de Janeiro, na sua actual redacção.

Segundo este preceito, quando a comissão de serviço cesse por extinção ou reorganização da unidade orgânica (ou por necessidade de imprimir nova orientação à gestão), o dirigente terá direito, a título de indemnização, a receber o montante que resultar da diferença entre a remuneração base do cargo dirigente cessante e a remuneração da respectiva categoria de origem, em função do tempo que faltar para o

termo da comissão de serviço (cfr. art.º 26.º, n.ºs 1 e 2),⁵⁷ embora tal direito não subsista nos casos em que à cessação da comissão de serviço se siga imediatamente novo exercício de funções dirigentes em cargo de nível igual ou superior ou o exercício de outro cargo público com nível remuneratório igual ou superior (n.º 4).

Por outro lado, mesmo que após a extinção dessa comissão venha a desempenhar outras funções públicas, apenas ficará privado da tutela indemnizatória se vier a ocupar um cargo dirigente de nível igual ou superior ou, noutra hipótese, caso venha a exercer um qualquer cargo público no qual aufera uma remuneração superior àquela que vinha percebendo no cargo cujo desempenho cessou: ora, o exercício subsequente de funções de direcção numa fundação de direito privado), tendo em conta a sua natureza privada diversas vezes realçada,⁵⁸ não se pode incluir-se na previsão legal.

Nesta conformidade, aqueles membros dos órgãos dirigentes de um instituição que, após a sua extinção, forem empossados como membros dos órgãos dirigentes da fundação que a tenha vindo substituir, terão direito à indemnização prevista no n.º 2 do art.º 26.º da Lei n.º 2/2004, de 15 de Janeiro, correspondendo o respectivo montante à diferença entre valor do salário que aufeririam enquanto dirigentes na instituição extinta, até ao termo dessa comissão de serviço, e o montante das remunerações que passarão a receber para o desempenho dos correspondentes cargos na fundação.

Em nosso entender, a *ratio* do preceito – não prejudicar os dirigentes cuja comissão de serviço tenha terminado por facto que não lhes é imputável⁵⁹ – fará com que o mesmo seja aplicável mesmo quando o dirigente em questão não se encontrasse, antes do início da comissão, integrado em qualquer carreira da Administração Pública.

⁵⁷ Tendo como limite máximo o montante correspondente à diferença anual das remunerações, incluindo os subsídios de Natal e de férias (n.º 3 do art.º 26.º) e podendo apenas ser atribuída caso o dirigente tenha exercido as suas funções durante 12 meses seguidos (n.º 1 do art.º 26.º).

⁵⁸ Nem se diga que aquele n.º 4 do art.º 26.º visa também o exercício de funções dirigentes em organismos privados, pois o intuito da norma é o de impedir o exercício sucessivo de funções dirigentes em instituições públicas, nos casos em que a cessação de uma delas confira o direito a uma indemnização, impedindo o imediato desempenho de outra (em termos idênticos, o art.º 32.º, n.º 3, alínea b), da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro e o art.º 256.º, alínea b), da Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro, proíbem que um trabalhador – nomeado ou contratado - que exerça funções públicas, cujo contrato haja cessado por acordo e tenham recebido uma compensação por esse facto, possa voltar a exercer funções públicas – e apenas estas - durante um determinado período de tempo.

⁵⁹ Pelo contrário, nos demais casos de extinção da comissão de serviço (cfr. art.º 25.º, n.º 1, alíneas a) a i), nem todos eles imputáveis a responsabilidade do dirigente), a lei não confere ao dirigente o direito a qualquer compensação. Nem se conteste que a solução defendida no texto é contrariada pela alínea c) do n.º 1 deste art.º 25.º (que determina a comissão de serviço não cessa, em caso de reorganização ou extinção de uma unidade orgânica, se for expressamente mantida a comissão de serviço no cargo dirigente do mesmo nível que lhe suceda), uma vez que, nem o diploma que procedeu à extinção do CEFA I.P., nem a resolução que nomeou os membros dos órgãos dirigentes da Fundação CEFA aludem a esta manutenção da comissão de serviço originária (aliás, caso ela tivesse existido, o segundo diploma seria supérfluo).

5.2 Não sujeição às salariais previstas no Orçamento do Estado para 2011

Conforme salientado a respeito dos trabalhadores, o elenco das entidades abrangidas pelas restrições remuneratórias consagradas na Lei do Orçamento do Estado para 2011 não alcança as fundações de direito privado, nem mesmo as detentoras do estatuto de utilidade pública (cfr. n.º 9 do art.º 19.º da Lei n.º 55-A/2010, de 31 de Dezembro), em consonância com a natureza privada destas instituições.

Por outro lado e conforme decorre do exposto no anteriormente, os membros dos órgãos dirigentes das fundações privadas ou de direito privado não são considerados, para todos os efeitos legais, como dirigentes da Administração Pública ou como gestores públicos, circunstância esta que determina que tais sujeitos se encontrem, do ponto de vista da aplicabilidade das restrições orçamentais para o ano vindouro, numa situação perfeitamente idêntica à dos trabalhadores dessa fundações que tenham renunciado ao seu vínculo de emprego público.

Da conjugação destas duas premissas, não pode senão concluir-se pela inadmissibilidade da sujeição dos dirigentes das fundações privadas aos cortes retributivos contidos na Lei do Orçamento do Estado para 2011

5.3 Não aplicação de obrigações acessórias impostas aos titulares de altos cargos públicos

Não se encontram, ainda, os membros dos órgãos dirigentes das fundações de direito privado sob a alçada da legislação que impõe aos titulares de altos cargos públicos (nomeadamente aos presidentes dos institutos públicos e das fundações públicas), o envio para o Tribunal Constitucional, nos 60 dias posteriores ao início de funções, de declaração inexistência de incompatibilidades ou impedimentos, donde conste a enumeração de todos os cargos, funções e actividades profissionais exercidos pelo declarante, bem como de quaisquer participações iniciais detidas pelo mesmo (cfr. art.ºs 3.º, 10.º, n.º 1, 11.º da Lei n.º 64/93, de 26 de Agosto – aplicáveis aos dirigentes superiores da Administração Pública por remissão do art.º 17.º, n.º 3, da Lei n.º 2/2004, de 15 de Janeiro, na sua actual redacção - e art.ºs 111.º a 113.º da Lei de Organização e Funcionamento do Tribunal Constitucional⁶⁰), uma vez que tais normas não mencionam os titulares de cargos dirigentes das fundações (ou outras pessoas colectivas) privadas de utilidade pública.

Finalmente, também não se lhes aplica a obrigação de envio para o Tribunal Constitucional - e renovar anualmente - , no prazo de 60 dias contado da data do início do

⁶⁰ Aprovada pela Lei n.º 28/82, de 15 de Fevereiro, alterada pelas Leis n.º 143/85, de 26 de Novembro, n.º 85/89, de 7 de Setembro e n.º 13-A/98, de 26 de Fevereiro.

exercício das respectivas funções, declaração dos seus rendimentos, bem como do seu património e cargos sociais (art.ºs 1.º e 2.º, n.º 3, da Lei n.º 4/83, de 2 de Abril, com as alterações introduzidas pelas Leis n.ºs 38/83, de 25 de Outubro, Lei n.º 25/95, de 18 de Agosto, Lei n.º 19/2008, de 21 de Abril e Lei n.º 30/2008, de 10 de Julho), porquanto, pese embora o diploma em questão equipare aos titulares de cargos políticos, para efeitos da sua aplicabilidade, os gestores públicos, os administradores designados por entidade pública em pessoa colectiva de direito público ou em sociedade de capitais públicos ou de economia mista e até os directores gerais, sub-directores gerais e equiparados (cfr. art.º 4.º, n.º 3, alíneas a), b) e c)), ainda assim não alcança os titulares de órgãos de direcção de fundações privadas ou de direito privado.

Esta obrigação de apresentação de declaração de rendimentos impende sobre os titulares daqueles cargos em caso de cessação das funções que tenham determinado a apresentação da anterior declaração, bem como de recondução ou reeleição do titular, devendo a mesma ser apresentada no prazo de 60 dias a contar da cessação ou de recondução (art.º 2.º, n.º 1, da Lei n.º 4/83, de 2 de Abril, na sua actual redacção).

Em face do exposto, o que se poderá discutir é a obrigatoriedade de, uma vez terminada a comissão de serviço exercida ao serviço da instituição posteriormente convertida em fundação privada, os titulares do órgão de administração deste organismo comunicarem ao Tribunal Constitucional a cessação da mesma, desde que sujeitos a essa obrigação no cargo anteriormente exercido

5.4 Regime aplicável aos dirigentes relativamente aos aspectos omissos nos estatutos

Atenta a exiguidade de disposições dos Estatutos acerca do exercício dos cargos dirigentes nas fundações privadas ou de direito privado,⁶¹ importa compreender de que forma se poderá superar tal escassez.

Perante este cenário e face à impossibilidade de aplicação do regime do pessoal dirigente da Administração Pública e do Estatuto do Gestor Público, resta aplicar o regime vertido no Código do Trabalho para o desempenho de tais cargos,⁶² ou seja, o regime da

⁶¹ Por exemplo, no caso da Fundação CEFA, os estatutos limitam-se, no art.º 27.º, a estabelecer critérios para a fixação, por parte do Conselho Geral, da remuneração dos membros do Conselho de Administração (n.º 1), bem como uma tendencial proibição de exercício de qualquer outra actividade (n.ºs 2 e 3), elencando o art.º 28.º as causas e efeitos para a demissão daqueles (n.ºs 1 a 3), assim como para a renúncia ao cargo por parte dos mesmos (n.º 4),

⁶² Dispõe o art.º 161.º do Código do Trabalho que *“Pode ser exercido em comissão de serviço cargo de administração ou equivalente, de direcção ou chefia directamente dependente da administração ou de director-geral ou equivalente, funções de secretariado pessoal de titular de qualquer desses cargos, ou ainda, desde que instrumento de regulamentação colectiva de trabalho o preveja, funções cuja natureza também suponha especial relação de confiança em relação a titular daqueles cargos.”*

comissão de serviço (cfr. art.ºs 161.º a 164.º), em consonância, aliás, com o princípio delineado no início do presente parecer, de acordo com o qual as lacunas do estatuto destas pessoas colectivas deverão ser preenchidas, em regra, através do recurso a normas de direito privado.

Nesta conformidade, o exercício dos cargos reger-se-á pelo disposto na lei laboral, em tudo o que não contenda com as disposições do Estatuto que versam sobre a mesma matéria.

Esta aplicação subsidiária do Código do Trabalho determina, salvo melhor juízo, a sujeição da comissão de serviço às seguintes regras:

- a) possibilidade de os cargos de administração das fundações privadas ou de direito privado serem ocupados por pessoas não previamente vinculadas à instituição (art.º 162.º, n.º 1);
- b) admissibilidade de, em caso de admissão de trabalhador para exercer cargo ou funções em comissão de serviço, ser acordada a sua permanência após o termo da comissão (art.º 162.º, n.º 2);
- c) redução a escrito do contrato do contrato para exercício de funções em regime de comissão de serviço, com a obrigatória menção de diversos elementos (art.º 162.º, n.º 3, alíneas a) a d)⁶³);
- d) contagem, para efeitos de antiguidade, do tempo de serviço prestado em regime de comissão de serviço, como se tivesse sido prestado na categoria de que este o trabalhador eventualmente seja titular (art.º 162.º, n.º 5);
- e) a possibilidade de qualquer das partes fazer cessar a comissão de serviço, sem necessidade de indicação do motivo, desde que o comunique à contraparte por escrito, com a antecedência mínima de 30 ou 60 dias, consoante aquela tenha durado, respectivamente, até dois anos ou período superior (art.º 163.º, n.º 1);
- f) o direito a indemnização, por parte do dirigente, sempre que a sua comissão de serviço cesse por motivo alheio à prática de infracções disciplinares graves, indemnização essa que corresponde a um mês de retribuição de base e diuturnidades por cada ano completo de antiguidade, sendo que, em caso de fracção de ano, a compensação é calculada proporcionalmente (art.ºs 164.º, n.º 1, alínea c) e 366.º, n.ºs 1 e 2);

⁶³ A saber, identificação, assinaturas e domicílio ou sede das partes (alínea a)) e indicação do cargo ou funções a desempenhar, com menção expressa do regime da comissão de serviço (alínea b)). No caso de trabalhador com um vínculo prévio à instituição, será ainda imperioso indicar a actividade que exerce, bem como aquela que irá exercer, se não for a mesma, após o termo da comissão (alínea c)); pelo contrário, na hipótese de trabalhador contratado para exercer funções em regime de comissão de serviço e que se preveja continuar na instituição após a cessação da mesma, cumprirá ainda determinar qual o cargo que irá exercer (alínea d)).

- g) o direito do trabalhador retomar o exercício dos cargos que desempenhava antes do início da comissão de serviço (ou passar a exercer, caso não possuisse um vínculo prévio e tal tenha sido expressamente estipulado), ou a ocupar outro previamente acordado, sem prejuízo da liberdade de rescisão do contrato nos 30 dias seguintes ao termo da comissão de serviço decido pela entidade empregadora, sem prejuízo do direito a uma indemnização calculada em função da antiguidade (art.º 164.º, n.º 1, alíneas a) e b)).