

**PARECER: 2/2019**

**DATA: 15/04/2019**

**ASSUNTO: Fundação Obra de Assistência Social da Freguesia de Sobrosa**

1. Foi rececionada em 29 de Março de 2019, pelo SGPCM, carta da sociedade de advogados RCN, capeando um requerimento (daqui em diante “Requerimento”) pedindo parecer ao Conselho Consultivo das Fundações (daqui em diante “CCF”). A carta foi de imediato enviada ao CCF com os seus anexos.
2. Pelo Requerimento é pedido que o CCF dê Parecer “no sentido de saber da admissibilidade de os funcionários da Fundações (sic) exercerem funções nos órgãos sociais, nomeadamente na Direção” da Fundação Obra de Assistência Social da Freguesia de Sobrosa (daqui em diante “Fundação”).
3. A posição assumida pelo Requerimento, em resumo, é que tal exercício não deve ser admissível, visto que o “Estatuto das Instituições Particulares de Solidariedade Social” prevê o impedimento de funcionários de uma IPSS fazerem parte de órgãos estatutários, como no caso da Fundação é a sua Direção.
4. Além disso entende que a inadmissibilidade resulta de existir um conflito de interesses entre ser membro de um órgão estatutário e simultaneamente funcionário da entidade em questão.
5. É alegado que há funcionários da Fundação que foram nomeados pelo Conselho de Administração para a Direção, mas não é fornecida qualquer informação sobre quais e quantos o foram.
6. Sobre a mesma entidade, a Fundação, e devido a pedido dos mesmos requerentes, a RCN, fora já requerido ao CCF um parecer, que com o nº 1/2019 de 14/02/2019 foi concedido e notificado.
7. Neste Parecer adere-se, para todos os efeitos pertinentes, ao conteúdo e conclusões do Parecer nº 1/2019, que na medida do que seja relevante, se considera reproduzido.

8. Também por esse motivo se entende que o CCF tem competência para dar parecer sobre assuntos que sobre o regime fundacional lhe sejam colocados.
9. No entanto, até porque o CCF foi instituído pela Lei-Quadro das Fundações (“LQF”), aprovada pela Lei n.º 24/2012, de 9 de julho e lhe foram atribuídas apenas as competências fixadas no artigo 13.º, n.º 5 da LQF, deve haver acrescida prudência na aceitação da missão referida.
10. São apresentados dois fundamentos para que o CCF dê parecer no sentido da inadmissibilidade pretendida.
11. O primeiro refere-se a um alegado impedimento que afeta a nomeação de todos ou parte dos membros da Direção e que decorre do Estatuto das Instituições Particulares de Solidariedade Social, que regula as IPSS como é o caso da Fundação.
12. O CCF funciona no âmbito da Presidência do Conselho de Ministros e, nos termos do já mencionado artigo 13.º, n.º 5 da LQF, tem as seguintes competências:
  - a) Emitir parecer sobre os atos administrativos relativos às fundações;
  - b) Pronunciar-se sobre os resultados de ações de fiscalização às fundações;
  - c) Emitir parecer sobre qualquer assunto relativo às fundações, a pedido da entidade competente para o reconhecimento;
  - d) Tomar posição, por sua iniciativa, sobre qualquer assunto relativo às fundações da competência da entidade competente para o reconhecimento.
13. O Parecer pretendido insere-se na competência referida na alínea d) do parágrafo 10 supra.
14. Essa competência é genérica, mas não deve ser ilimitada. Em resumo, o CCF pode (i) “por sua iniciativa”, (ii) dar parecer sobre “qualquer assunto relativo às fundações”, (iii) que seja da “competência da entidade competente para o reconhecimento”.

15. Ora parece evidente que a “entidade competente para o reconhecimento” das Fundações não se pode substituir à ou às entidades competentes para a fiscalização do funcionamento e da legalidade das IPPS.
16. Mas é também evidente que as regras que regulam as IPSS e as que regulam as Fundações podem não ser coincidentes e até podem levar a conclusões divergentes. Ou seja, pode haver soluções que o regime das IPSS permita e o regime fundacional não admita ou o oposto.
17. O CCF não é uma entidade com poderes jurisdicionais, regulatórios ou sequer a quem compita dirimir administrativamente litígios. A sua função é emitir pareceres.
18. Por isso, pode - *rectius*, deve - abster-se de se pronunciar sobre questões que extravasam do regime fundacional, como é manifestamente o caso de interpretação de normas que regulam o funcionamento de IPSS enquanto tais.
19. Por esse motivo se entende não dever este CCF tomar a iniciativa de emitir parecer sobre essa questão, designadamente quanto à interpretação das normas do Estatuto das Instituições Particulares de Solidariedade Social.
20. Subiste o segundo fundamento da pretensão do Requerimento, a saber se existe uma situação de conflito de interesses - e havendo que fazer - entre o desempenho da função estatutária de Diretor da Fundação e a situação de funcionário da Fundação.
21. A LQF (mais ou menos em linha com o que resulta do artigo 162.º do Código Civil para as pessoas coletivas em geral) prevê no seu artigo 26.º, n.º 1 que as fundações privadas terão (como órgãos obrigatórios): a) um 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) um órgão diretivo ou executivo, com funções de gestão corrente; c) um órgão de fiscalização, a quem compete a fiscalização da gestão e das contas da fundação.

22. O modelo de organização adotado na LQF é grosso modo equivalente ao que existe no Código das Sociedades Comerciais (CSC): no essencial, os dois órgãos previstos nas alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 26.º da LQF (órgão de administração e órgão diretivo ou executivo) correspondem, em termos de competências, aos que existem no domínio do CSC, embora o órgão de administração nas fundações também possua competências que tipicamente pertencem nas sociedades aos sócios ou à Assembleia Geral de acionistas. No caso das sociedades anónimas (artigo 278.º do CSC), admite-se que a sua estrutura da administração e da fiscalização possa ser a seguinte: a par de um órgão de fiscalização, poderá existir um conselho de administração e uma comissão executiva ou um conselho de administração executivo e um conselho geral e de supervisão.
23. O direito das sociedades comerciais tem sido entendido por alguma doutrina como o direito comum de todas as pessoas coletivas, o que significa que o CSC deve ser considerado direito subsidiário para a personificação coletiva, por existir uma falsa especialidade das sociedades comerciais.
24. Ora, o CSC consagra no seu artigo 398.º, n.º 1 uma proibição (ou incompatibilidade absoluta) de cúmulo de funções de administrador e de trabalhador (quer estejam em causa funções ao abrigo de contrato de trabalho ou apenas de uma das modalidades de prestação de serviços, quer estejam em causa funções temporárias ou permanentes, quer se trate da mesma sociedade ou de sociedade em relação de domínio ou de grupo, e quer estejam em causa vínculos constituídos antes, ao mesmo tempo ou posteriormente à relação de administração).
25. Tal proibição de cúmulo de funções de trabalhador e de administrador encontra justificação na necessidade de prevenção de conflito de interesses (v.g. confusão de papéis e possibilidade de administrador se favorecer a si próprio enquanto trabalhador), na integridade do modelo de governo das sociedades (v.g. de separação entre as competências da Assembleia Geral de acionistas e do Conselho de Administração, ao qual compete tomar decisões que podem contender com os interesses dos trabalhadores, e de livre destituição dos administradores pelos acionistas), e na integridade do estatuto dos administradores (v.g. existência de deveres fundamentais de independência e de lealdade no

- exercício das funções e sujeição a regime de responsabilidade civil perante a sociedade, sócios e terceiros).
26. O n.º 1 do artigo 398.º do CSC é considerada uma norma imperativa (que não pode ser derogada pelos estatutos sociais ou por vontade das partes) e de ordem pública (por estarem em causa princípios e valores primordiais da organização societária, em especial a preservação de uma conduta ética dos administradores e a repressão de negócios celebrados com fraude à lei).
  27. As consequências da violação das proibições decorrem do n.º 2 do artigo 398.º do CSC e podem ser de dois tipos, tendo em conta a duração dos vínculos (que não de administração) que tenham sido celebrados com a sociedade: a extinção (por caducidade ou nulidade, consoante esteja em causa administrador que já tinha vínculo laboral anterior com a sociedade ou passou a ter esse vínculo após já ser administrador) para os contratos com menos de 1 ano de duração; a suspensão (com retoma de efeitos após cessarem as funções de administração) para os contratos com mais de 1 ano de duração.
  28. No caso em apreço, e para o que agora interessa, a Fundação é uma fundação de solidariedade social.
  29. De acordo com o artigo 13.º dos seus estatutos, à direção foram cometidas competências decisórias e que também são típicas de um órgão de administração (seja este conselho de administração, comissão executiva ou outro) nas sociedades anónimas.
  30. Ora, admitindo que o direito das sociedades comerciais pode ser visto como o direito comum de todas as pessoas coletivas, então todas as pessoas coletivas (de natureza fundacional ou outra) estarão sujeitas à proibição do artigo 398.º do CSC.
  31. Se assim for, então não poderiam ter sido designados elementos da direção (como alegadamente foram, segundo referem os requerentes) pessoas que já eram trabalhadores da Fundação.
  32. Assim sendo, a consequência da violação da proibição será, tal como prescreve o artigo 398.º, n.º 2 do CSC, a caducidade dos contratos de trabalho desses trabalhadores, caso tenham uma duração inferior a 1 ano, ou apenas a sua suspensão, caso tenham uma duração superior a 1 ano.

33. Este CCF já entendeu que se não pode pronunciar sobre o regime legal das IPSS. Por isso se limita a chamar a atenção para o artigo 77.º-A, n.º 2 do Estatuto das IPSS (regime que também é aplicável à Fundação) que só exclui a aplicação do disposto nos artigos 10.º, 12.º, 13.º, 20.º, 21.º e 21.º-C, nas IPSS que adotem a forma de fundações de solidariedade social (como é o caso da Fundação), pelo que se poderá entender que não vigorará aquela proibição ou, pelo menos, não lhe poderá ser dado o mesmo alcance, já que se admite no artigo 15.º, n.º 1 do Estatuto das IPSS que poderão fazer parte do órgão de administração trabalhadores.
34. Se o regime legal das IPSS pudesse prevalecer sobre o das fundações, então ao menos a direção da Fundação não poderá ser integrada só por trabalhadores nem a maioria dos seus membros poderá ser formada por trabalhadores da Fundação, pois a tal se opõe expressamente o mesmo n.º 1 do artigo 15.º.
35. Por isso são as seguintes as conclusões:
- O CCF entende que não se integra na sua competência tomar a iniciativa de interpretar as normas reguladoras das IPSS, mas apenas o pode fazer em relação às normas que regulam as fundações;
  - Por isso entende não se pronunciar sobre o pedido de que conclua sobre um alegado impedimento que afeta a nomeação de todos ou parte dos membros da Direção e que decorre do Estatuto das Instituições Particulares de Solidariedade Social, que regula as IPSS como é o caso da Fundação;
  - Já quanto ao pedido que se pronuncie sobre se existe uma situação de conflito de interesses - e havendo que fazer - entre o desempenho da função estatutária de Diretor da Fundação e a situação de funcionário da Fundação, o CCF entende tomar a iniciativa de se pronunciar;
  - O CCF entende que a interpretação das normas que regulam o regime fundacional pode e dever fazer-se, quando necessário, através do recurso a normas que regulam as sociedades comerciais, por se entender que o direito das sociedades comerciais deve ser tratado como o direito comum de todas as pessoas coletivas, o que significa que o CSC deve ser considerado direito subsidiário para a personificação coletiva;
  - Devido a isso, o CCF entende que o regime do artigo 398.º, n.º 1 do CSC é aplicável às fundações e que por isso existe uma proibição (ou



incompatibilidade absoluta) de cúmulo de funções de administrador e de trabalhador;

- f) Assim sendo, e se assim for, deve o artigo 398º, nº2 do CSC reger as consequências da ocorrência em concreto de uma proibição (ou incompatibilidade absoluta) de cúmulo de funções;
- g) E este artigo 398º, nº2 do CSC determina a consequência da violação da proibição será, tal como prescreve o artigo 398.º, n.º 2 do CSC, a caducidade dos contratos de trabalho desses trabalhadores, caso tenham uma duração inferior a 1 ano contado para a data da designação, ou apenas a sua suspensão, caso tenham uma duração superior a 1 ano.
- h) Esta é, salvo melhor, a opinião do CCF