

Número: 1/B/2009

Data: 24-03-2009

Entidade visada: Secretário de Estado da Administração Pública

Assunto: Contratos de prestação de serviços com a Administração Pública.

Processo: R-1481/08 (A6)

Recomendação n.º 1 /B/2009

[art.º 20.º, n.º 1, alínea b), da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril]

1. O art.º 35.º, n.º 2, alínea b), da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, determina que a celebração, por parte dos órgãos e serviços da Administração Pública, de contratos de tarefa e de avença, definidos respectivamente nos n.º 5 e 6 do artigo, só possa ter lugar quando, cumulativamente com os outros requisitos previstos na norma, “o trabalho seja realizado, em regra, por uma pessoa colectiva”.

A referida regra geral vê-se excepcionada nos termos do n.º 4 do artigo, permitindo-se que, “quando se comprove ser impossível ou inconveniente, no caso, observar o disposto na alínea b) do n.º 2, o membro do Governo responsável pela área das finanças pode autorizar a celebração de contratos de tarefa e de avença com pessoas singulares”.

O Despacho n.º 16066/2008 do antecessor de Vossa Excelência, publicado no Diário da República, 2.ª série, de 12 de Junho de 2008, vem concretizar a referida possibilidade de apreciação casuística dos pedidos, estabelecendo uma autorização *a priori* para a contratação de pessoas singulares, desde que o trabalho a executar se enquadre nas acções de formação e nas prestações de serviços nas condições estritas enunciadas nas alíneas a) e b) do seu n.º 1.

Se no caso – muito específico e delimitado – das acções de formação, previstas na alínea a), se dá abertura, sem condicionalismos, à contratação de pessoas singulares, já no caso da alínea b), referente às prestações de serviços nas condições aí referidas, se reincide na necessidade de ser comprovada quer a impossibilidade quer a inconveniência de as mesmas ficarem a cargo de pessoa colectiva.

2. Tomei conhecimento, através da comunicação social, de que a questão da exclusão, como regra, das pessoas singulares do âmbito dos contratos de

prestação de serviços com a Administração Pública, estará neste momento a ser discutida entre o Estado português e a Comissão Europeia.

Tenho também naturalmente presente que a mesma questão foi já objecto de apreciação pelo Tribunal Constitucional, em sede de fiscalização preventiva da constitucionalidade, tendo o Tribunal Constitucional, no seu Acórdão n.º 620/2007, decidido não se pronunciar pela inconstitucionalidade da norma no seu confronto designadamente com o princípio constitucional da igualdade.

Não é na perspectiva da Comissão Europeia – a análise da questão de fundo da dualidade de tratamento conferido às pessoas singulares e às pessoas colectivas na contratação –, nem na perspectiva jurídico-constitucional em que expressamente assentou a decisão do Tribunal Constitucional, que abordarei a questão no âmbito desta minha iniciativa.

3. De facto, e não entrando na discussão sobre a motivação que levou à aprovação da solução legal, creio que há uma dimensão do problema – que não foi, aliás, abordada pelo Tribunal Constitucional –, que não está, e que poderia estar, devidamente acautelada.

Refiro-me às situações em que o profissional liberal que poderia prestar os serviços a que se refere a norma está impossibilitado, mesmo querendo, de constituir sozinho uma sociedade para a prestação desses mesmos serviços.

O caso paradigmático – poderão existir outros – é o dos advogados que, por imperativo legal, estão impedidos de constituir sociedades com apenas um sócio. De facto, nos termos do Decreto-Lei n.º 229/2004, de 10 de Dezembro, diploma que aprova o regime jurídico das sociedades de advogados, as “sociedades de advogados são sociedades civis em que dois ou mais advogados acordam no exercício em comum da profissão de advogado, a fim de repartirem entre si os respectivos lucros”.

Ora, enquanto que na maioria das situações o interessado em prestar os serviços a que se refere a norma poderá, ainda assim, optar por constituir uma sociedade tendo em vista essa finalidade – a constituição de uma sociedade, ponderadas as vantagens e inconvenientes dessa decisão é, apesar de tudo, uma opção –, no caso designadamente dos advogados essa opção não existe de todo.

Assim sendo, estes profissionais ficam, pela simples aplicação da lei, e sem que, ao contrário das restantes situações, possam, por acto dependente da sua vontade, inverter tal tendência, à partida afastados da possibilidade de prestarem os serviços em causa.

Na prática, apenas poderão os profissionais nas referidas condições candidatar-se, em igualdade de circunstâncias, aos trabalhos associados às acções de formação a que se refere a alínea a) do n.º 1 do Despacho n.º 16066/2008. Para a realização de quaisquer outros trabalhos que integrem as noções de contrato de tarefa ou de avença, só excepcionalmente, e face à impossibilidade ou inconveniência comprovadas de as funções serem exercidas por pessoas colectivas – de resto, há um apertado controlo sobre a forma como a possibilidade é usada, e a previsão de sanções graves para os responsáveis que não respeitarem os requisitos legais em que se enquadra –, poderão esses profissionais celebrar contratos com os órgãos e serviços abrangidos pela Lei n.º 12-A/2008.

Nesta perspectiva muito específica, que não foi, como disse, ponderada, pelo menos autonomamente, pelo Tribunal Constitucional, creio que a norma do art.º 35.º, n.º 2, alínea b), do diploma, promove uma diferenciação ilegítima entre os profissionais habilitados a exercer determinadas funções, nesta medida provocando uma efectiva violação do princípio constitucional da igualdade.

4. De qualquer forma, entendo também que, independentemente do resultado da análise da questão de fundo – que está a ser feita entre o Estado português e a Comissão Europeia –, a dimensão do problema a que se circunscreve esta minha comunicação poderá, por iniciativa do Governo, ser entretanto ultrapassada.

Deste modo, permito-me, pelas razões que ficam acima expostas, e ao abrigo do art.º 20.º, n.º 1, alínea b), da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, recomendar a Vossa Excelência que, pelos meios legais que venham a ser considerados adequados,

se excluam da regra geral estabelecida no art.º 35.º, n.º 2, alínea b), da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, as situações em que, por norma legal, os profissionais habilitados a exercer as funções contidas nos conceitos de contratos de tarefa e avença, não possam, sozinhos, constituir uma sociedade, isto é, nas situações em que o exercício das funções em causa não pode, por imperativo da lei, ser feito através de uma sociedade com apenas um sócio.

O Provedor de Justiça
H. Nascimento Rodrigues