

ACÓRDÃO N.º 28/2013 - 14.nov. - 1ª S/SS

(Processo n.º 1217/2013)

DESCRITORES: Administração Indireta do Estado / Código do Trabalho / Contrato de Avença / Contrato de Tarefa / Nulidade / Prestação de Serviços / Relação Jurídica de Emprego / Trabalho Temporário / Recusa de Visto

SUMÁRIO:

1. Na área da política e contratação de recursos humanos, tanto no domínio das relações de emprego direto como na prestação de serviços, os institutos integrados na administração indirecta do Estado encontram-se vinculados a um conjunto de normas específicas horizontalmente aplicáveis e vinculantes à administração pública.
2. A Lei n.º 12-A/2008, de 27 de fevereiro (LVCR) esgota as modalidades de emprego público não sendo possível ao instituto em apreço utilizar o regime legal do Contrato de Trabalho para recrutar funcionários, nomeadamente a título temporário, bem como o regime jurídico da contratação de prestação de serviços referente ao contrato de avença e ou tarefa.
3. Relativamente à aquisição da prestação de serviços a empresas de trabalho temporário, o contrato ora sujeito a visto prévio colide, de forma clara, com o disposto nos artigos 3.º, 35.º, n.ºs 1, 2, 3, 4, 5 e 6 da LVCR, aplicável à administração indirecta do Estado, onde aquele instituto se inclui, quer no que respeita à constituição das relações jurídicas de emprego público quer no que respeita à contratualização da prestação de serviços.
4. As ilegalidades mencionadas configuram, nos termos do art.º 36.º, n.º 1, a nulidade do contrato submetido a fiscalização prévia, o que constitui fundamento da recusa do visto, nos termos das als. a) e c) do n.º 3 do art.º 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de agosto.

Conselheiro Relator: Mouraz Lopes



Acórdão N.º 28 /2013, de 14 novembro – 1.ª Secção/SS

Processo n.º 1217/2013

I. RELATÓRIO

O Instituto Português do Sangue e da Transplantação, I.P (doravante IPST) enviou a este Tribunal, para efeitos de fiscalização prévia, o contrato de “aquisição de serviços de trabalho temporário em regime de contrato de trabalho a termo certo de pessoal na área técnico-operacional”, celebrado em 31 de julho de 2013, entre aquele instituto e a empresa “A Temporária – Empresa de Trabalho Temporário, Lda.”, pelo valor de €449.434,90 (valor sem IVA incluído).

O contrato produz efeitos desde a data da sua assinatura até 31 de dezembro de 2013.

Para instruir o seu pedido, o IPST juntou a documentação respeitante ao concurso, que aqui se dá por reproduzida.

Ao IPTS foram colocadas por este Tribunal várias questões suscitadas na análise do procedimento, às quais respondeu em tempo, conforme se refere infra.

II. OS FACTOS

Consideram-se assentes, com relevância para a decisão, tendo em conta os documentos juntos ao processo, os seguintes factos:

1. O Instituto Português do Sangue e da Transplantação, I.P. celebrou em 31 de julho de 2013, com a empresa “A Temporária – Empresa de Trabalho Temporário, Lda.”, o contrato de “aquisição de serviços de trabalho temporário em regime de contrato de



Tribunal de Contas

trabalho a termo certo de pessoal na área técnico-operacional”, pelo valor de €449.434,90 (valor sem IVA incluído).

2. A celebração do contrato foi precedida de concurso público com publicação no JOUE, tendo a sua abertura sido determinada por deliberação do Conselho Diretivo do IPST, de 11.03.13, que também aprovou as peças procedimentais respetivas (programa do concurso (PC) e caderno de encargos (CE) e nomeou o júri.
3. O procedimento foi publicitado no DR, 2ª série, n.º 64, de 2 de abril de 2013 e n.º 95, de 17 de maio de 2013, e no JOUE de 4 de abril de 2013 e 22 de maio de 2013.
4. O preço base foi fixado em €683.900,00 (€97.700,00/mês)¹.
5. O critério de adjudicação estabelecido foi o do preço mais baixo².
6. A cláusula 1ª das cláusulas técnicas do CE relatava: *“A Colheita de Sangue pelos Centros de sangue tem conhecido uma evolução positiva nos últimos dez anos. Neste aumento significativo da sua atividade tem tido particular relevância a política do IPST, IP, de concentração das atividades de colheita e processamento de sangue nos seus Centros. Tal política de centralização tem subjacente, por um lado, razões estruturais de maior eficiência para o setor da medicina transfusional e por outro, normas técnico-científicas para a maior qualidade e segurança dos produtos sanguíneos a transfundir aos doentes. Por razões éticas e de segurança, nomeadamente, prevenção de transmissão de doenças víricas e bacteriológicas, a dádiva de sangue tem caráter altruísta, é anónima e não remunerada, dependendo inteiramente da disponibilidade dos cidadãos. Assim sendo, as atividades de colheita de sangue são organizadas de forma a facilitar aos doadores a sua efetivação, razão pela qual existe uma grande concentração de*

¹ Cláusula 1ª do CE.

² Art. 9º do PC.



colheitas de sangue no exterior aos fins-de-semana, correspondendo à Conviteção das sessões feitas pela associação de Dadores, mantendo-se a colheita nos dias de semana, com flutuações.

Neste contexto, para além do acréscimo excepcional da atividade, em algumas épocas do ano e aos fins-de-semana, existe igualmente grande flutuação da atividade semanal, o que gera frequentemente necessidades acrescidas e intermitentes, de profissionais que viabilizem diretamente as secções de colheita de sangue e apoiem na retaguarda o funcionamento dos respetivos serviços.”

7. Fundamentava legalmente a mesma cláusula, a presente contratação, através do recurso à modalidade de trabalho temporário, na alínea f), do n.º 2, do art. 140º, da Lei n.º 7/09, de 12 de fevereiro³.
8. O n.º 2 da cláusula 2ª estipulava que *“O pessoal a colocar no IPST, IP deverá realizar um total de 35 horas semanais de segunda-feira a domingo.”*
9. A cláusula 4ª, nº 1 e 2 refere que o IPST, IP. *“participará na seleção dos profissionais” e “no decurso da execução dos serviços em apreço não poderá ser efetuada qualquer substituição dos trabalhadores inicialmente relacionados(...).”*
10. A cláusula 4ª n.º 4 das mesmas “cláusulas técnicas” do CE referia que *“o trabalho a prestar pode ocorrer em dias úteis, sábados, domingos, feriados, inserido em equipas de trabalho, sendo a carga horária semanal ou mensal distribuída pelos dias da semana indicados de acordo com as necessidades do serviço, num horário compreendido entre as 8 horas e as 20 horas ou entre as 0 horas e as 24 horas em função do serviço em que o profissional seja colocado.”*

³ Código do Trabalho.



Tribunal de Contas

11. A mesma cláusula determinava de forma precisa ainda as tarefas a executar, por cada “categoria” aí indicada: assistente operacional, assistente técnico, técnico superior e técnico de análises clínicas e de saúde pública.
12. Ainda a mesma cláusula 4ª, no seu ponto 5 refere que “os profissionais em causa, objeto da prestação de serviços ficam sujeitos às normas institucionais vigentes”.
13. A cláusula 5ª e (e a cláusula 3ª do contrato) indicava os locais do IPST onde serão prestados os serviços em causa.
14. Questionado o IPST, no âmbito da instrução do presente processo, sobre se a prestação de serviços em causa correspondia a necessidades imprescindíveis e permanentes dos serviços, respondeu o mesmo:

“Esta prestação de serviços destina-se, face à flutuação semanal e sazonal inerente à adesão dos doadores à dádiva de sangue e células e após recurso aos trabalhadores com relação jurídica de emprego público em exercício de funções no IPST, IP, garantir a não interrupção da atividade.

Esta interrupção, a acontecer iria comprometer a manutenção das reservas adequadas de componentes sanguíneos e a resposta cabal às necessidades das unidades prestadoras de cuidados de saúde no âmbito do fornecimento de sangue humano e seus componentes, colocando em risco a sustentabilidade não só do Serviço Nacional de Saúde — provendo às necessidades básicas e insubstituíveis dos utentes das unidades prestadoras de cuidados de saúde — como também, e pelo mesmo motivo, do setor privado na referida área de atividade.

A não concretização do presente contrato implica uma quebra imediata superior a 1/3 das colheitas de sangue e inerente impacto no fornecimento aos hospitais e conseqüente adiamento de intervenções cirúrgicas e tratamentos médicos.”

15. Questionado ainda sobre por que não recorreu ao recrutamento de pessoal através da constituição de relações jurídicas de emprego público (ou sua inconveniência), nos termos da Lei n.º 12-A/08, de 27 de fevereiro, respondeu o IPST:

“Considera-se inconveniente o recurso à constituição de relação jurídica de emprego público por tempo indeterminado, determinado ou determinável, face às flutuações (semanais e sazonais) inerentes à dádiva



de sangue e células, à flexibilidade horária necessária na alocação dos recursos humanos disponíveis e à irregularidade e ocasionalidade das necessidades.

A atividade de colheita de sangue e células tem características próprias, nem sempre conciliáveis com a organização do tempo de trabalho nas diversas carreiras da administração pública. A dívida consubstancia um ato de verdadeira solidariedade humana, encontrando-se inteiramente dependente da benevolência e disponibilidade dos doadores, constituindo-se muitas vezes em picos de colheita não controláveis pelo IPST, IP.

Efetivamente, a alocação de profissionais com contrato de trabalho em funções públicas à satisfação das referidas necessidades (caracterizadas pela dependência de condicionalismos diversos - como sejam a menor adesão à dívida ou o aumento da taxa de suspensão dos doadores - e conseqüentemente, pela sua variabilidade e mutabilidade) revelar-se-ia desajustada e contrária aos princípios de boa gestão que norteiam a Administração Pública, resultando num excesso de profissionais alocados durante grande parte do horário de trabalho semanal.

Nessa medida, face à desadequação das modalidades de constituição de relação jurídica de emprego público para suprimento das referidas necessidades, este Instituto recorreu à abertura do concurso público em apreço, no âmbito do Código da Contratação Pública, para a celebração de contrato de prestação de serviços com empresa de trabalho temporário, para responder de forma adequada às mesmas.”

E ainda:

“O IPST, IP é responsável por 60 a 65% das colheitas de sangue a nível nacional pelo que o não cumprimento deste objetivo se traduz por adiamento de intervenções cirúrgicas e risco para os doentes do foro da medicina. O adiamento de cirurgias ou a falta de sangue para repor níveis normais de saúde, para além dos riscos para o doente, representam encargos para o Serviço Nacional de Saúde e maior tempo de internamento, motivos pelos quais as decisões tomadas têm sempre como objetivo este interesse público nacional, e a salvaguarda das eventuais responsabilidades que possam ser assacadas aos órgãos de gestão.

No âmbito das suas atribuições, a Instituição procede a sessões de colheita que são de dois tipos, a saber:

a) Sessões fixas de colheita que decorrem nas instalações dos Centros de Sangue e Transplantação de Lisboa, de Coimbra e do Porto;

b) Sessões móveis de colheita que decorrem fora das instalações físicas do IPST, IP e que obrigam à deslocação dos profissionais e à preparação, transporte, montagem e desmontagem de todo o tipo de material necessário ao desenvolvimento das sessões de colheita.

A realização de sessões de colheita envolve um esforço multidisciplinar, pressupondo a preparação prévia das mesmas e o apoio pós-colheita, prendendo-se o recurso à prestação de serviços em apreço com a intermitência, flutuação e sazonalidade da adesão dos doadores benévolos à dívida de sangue e células



com reflexos diretos na necessidade de ajustamento do número de sessões de colheita de sangue e células a realizar, fatores que conferem um caráter ocasional, irregular e não permanente às necessidades a prover.

As tarefas que estão em causa nos serviços do IPST, IP prendem-se com a realização de sessões de colheita de sangue e células a nível nacional e tarefas subsequentes como a desinfeção/descontaminação química, distribuição dos contentores de resíduos hospitalares, gestão do material inerente às sessões de colheita, preparação e arrumação dos espaços para a realização das sessões de colheita, condução de viaturas e zelo pela sua conservação e manutenção, definição de percursos e tempos de deslocação para as sessões de colheita, acondicionamento de cargas nos veículos, promoção da dádiva junto das comunidades, acolhimento dos doadores nas sessões móveis, colaboração no levantamento de dados solicitados aos registos internacionais e unidades de transplante e organização de processos de doentes.

A título exemplificativo, refira-se que os profissionais destacados para as aludidas sessões de colheita dependem das previsões de doadores inscritos para as mesmas, sendo que estas oscilam até mais de 200 doadores, e o módulo base da equipa para cada 50 doadores inscritos é constituído por 1 médico, 1 enfermeiro, 1 técnico de análises clínicas, 1 assistente técnico e 2 assistentes operacionais.

No que respeita à evolução da dádiva de sangue, verifica-se que em 2011, tivemos 314.148 doadores inscritos para 237.352 dádivas de sangue e, em 2012, 276.379 doadores inscritos para 208.845 dádivas de sangue a nível nacional, sendo 88% em 2011 e 87% em 2012 realizadas em sessões móveis de colheita. (Doc.1).

O IPST, IP realizou, respetivamente, 5.304 e 5.026 sessões de colheita móveis nos anos de 2011 e 2012, em várias zonas geográficas, sendo que o enfoque das sessões de colheita móveis incide mais aos fins-de-semana do que durante os dias da semana, como se explicita a seguir:

Nos anos anteriores conforme documento anexo realizaram-se em média, nos dias de semana, respetivamente, 489 e 428 colheitas de sangue, nos anos de 2011 e 2012 e aos fins-de-semana, 1408 e 1182 respetivamente em 2011 e 2012. Para isso realizaram-se em média, 12 sessões móveis de colheita no ano de 2011 e 11 em 2012 por dia de semana, verificando-se que, nos fins-de-semana, a média diária foi de 21 sessões em 2011 e 20 em 2012.

Para o facto atente-se que este ano (2013) e até à presente data foi colhida uma média diária de 438 unidades de sangue em dias de semana e 952 nos fins-de-semana.

4) As necessidades a suprir no âmbito das sessões de colheita de sangue e células são, como já se referiu, caracterizadas por uma marcada imprevisibilidade e variabilidade.

O inegável interesse público subjacente à manutenção das adequadas reservas de componentes sanguíneos, pilar da sustentabilidade da prestação de cuidados de saúde a nível nacional, vem impor ao IPST, IP uma constante adequação das sessões de colheitas de sangue e células não apenas ao nível do local de realização das mesmas, como também ao número de sessões diárias a realizar, com especial



incidência no fim-de-semana, e ao número de profissionais a alocar a cada sessão (aspeto intrinsecamente conexo com a previsão do número de dadores de sangue expectáveis).

*Significa isto que, o recrutamento para ocupação de postos de trabalho com recurso à constituição de relações jurídicas de emprego público por tempo indeterminado, determinado ou determinável, previsto no artigo 6º da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de fevereiro, **não se afigura adequado ao suprimento das necessidades do IPST, IP**, uma vez que estas consubstanciam, ainda que por um período delimitado de tempo, uma relação jurídica à qual subjaz o cumprimento de determinado horário de trabalho semanal que, embora possa responder parcialmente às solicitações surgidas durante o período do fim-de-semana, gerará um excesso de recursos humanos para o conjunto de atividades a desenvolver no período de 2ª a 6ª feira, atento o agendamento de um menor número de sessões de colheita, na sequência da menor disponibilidade e adesão dos dadores à dádiva de sangue e células em dias úteis.*

Acresce igualmente que a referida desadequação também se verifica sempre que, pontualmente, há necessidade de reforço imediato do número de sessões de colheita de sangue e células por quebras acentuadas na dádiva, as quais podem ser motivadas por fatores diversos como sejam, a título exemplificativo, o decurso de períodos de férias e a deslocalização da população das zonas de residência habitual, o surgimento de epidemias ou pandemias (ex: gripe) e o conseqüente aumento da taxa de suspensão de dadores em sede de triagem clínica em sessão de colheita de sangue e células, a adoção de determinadas medidas por parte do poder político (ex: pagamento de taxas moderadoras) ou o aumento das necessidades por parte das unidades prestadoras de cuidados de saúde.

A elevada imprevisibilidade dos fatores passíveis de influenciar a dádiva de sangue e células e a necessidade de garantir a existência e suficiência de componentes sanguíneos para satisfação das necessidades das unidades prestadoras de cuidados de saúde tornam inconveniente e mesmo contrário à prossecução do interesse público, o recurso à constituição de relações jurídicas de emprego público, ainda que por tempo determinado ou determinável.

Face ao exposto e em cumprimento do previsto nos n.ºs 2, 3, 4 e 6 do artigo 35º da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de fevereiro e do artigo 3.º da Portaria n.º 9/2012, de 10 de janeiro, o IPST, IP submeteu a Sua Excelência o Secretário de Estado da Administração Pública, para efeitos de parecer prévio, pedido de abertura de concurso público para celebração de contrato de prestação de serviços, através de uma empresa de trabalho temporário, para a área técnico-operacional, o qual obteve parecer favorável (Despacho n.º 4207/2012/SEAP de 25/11/2012).

O parecer prévio de Sua Excelência o Secretário de Estado da Administração Pública não se esgota num mero parecer financeiro, tendo em conta os elementos que o instruem, de acordo com as diversas alíneas do n.º 2 e do n.º 3 do artigo 3º da Portaria referida, e o próprio teor do parecer que aprecia em concreto a sua conformidade, tornando-se num controlo da própria viabilidade formal daquela prestação de serviços.



Tribunal de Contas

Deste modo, de acordo com o preceituado na alínea c) do n.º 2 do artigo 35º da Lei n.º 12- A/2008, de 27 de fevereiro, procedeu-se à abertura de concurso público internacional para celebração de contrato de prestação de serviços por empresa de trabalho temporário na área técnico-operacional do IPST, IP, nos termos do disposto na alínea b) do n.º 1 do artigo 20º e no artigo 38º, ambos do Código dos Contratos Públicos, conjugado com o artigo 17º do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de junho, e do n.º 3 do artigo 38º da Lei n.º 3/2004 de 15 de janeiro, republicada pelo artigo 6º do Decreto-Lei n.º 105/2007, de 3 de abril, afigurando-se esta modalidade como a que melhor se adequa à satisfação das necessidades do IPST, IP neste âmbito.”

- 16.** O art. 14º do PC indicava a possibilidade de adoção de um procedimento de ajuste direto para a celebração de um futuro contrato de aquisição de novos serviços que consistam na repetição de serviços similares aos objeto do contrato ora em apreço, nos termos e para os efeitos da subalínea iv) da alínea a), do art. 27º, do Código dos Contratos Públicos.

- 17.** O IPST foi questionado sobre que projeto base estaria em causa, que justificava a previsão referida no art. 14º do PC, tendo respondido:
“O recurso a futuros ajustes diretos com base na continuidade do objeto do contrato conforme previsto na alínea a) do n.º 1 do art.º 27º do CCP, assenta numa perspetiva de necessidades relacionadas com o volume de colheitas em território nacional e previsão de aumento, de acordo com o referido anteriormente”

- 18.** Ao procedimento foram oponentes seis concorrentes, tendo sido excluídos dois;

- 19.** A adjudicação à empresa “A Temporária” teve lugar em 26 de junho de 2013, por deliberação do Conselho Diretivo do mesmo instituto;

- 20.** Após entrega dos documentos legalmente exigíveis, foi aprovada a minuta do contrato, por deliberação do Conselho Diretivo do IPST, de 18 de julho de 2013.

- 21.** Pelo menos nos anos de 2011 e 2012, o IPST celebrou outros contratos semelhantes ao que está em apreciação nestes autos.



III. FUNDAMENTAÇÃO

Em apreciação nesta decisão está, face à matéria de facto em causa e às competências deste Tribunal nos termos do artigo 44º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, a admissibilidade legal da contratação de serviços efetuada pelo IPST, matéria que se subdivide em três questões: (a) da natureza jurídica do IPST; (b) da natureza do contrato (c) do fundamento legal para recurso a contratação de pessoal na administração pública.

a) Da natureza jurídica do IPST e das suas consequências.

O IPST, criado pelo Decreto-Lei n.º 39/12, de 16 de fevereiro, é um instituto público, dotado de autonomia técnica, administrativa, financeira e com património próprio, tendo por missão *“garantir e regular, a nível nacional, a atividade da medicina transfusional e de transplantação e garantir a dádiva, colheita, análise, processamento, preservação, armazenamento e distribuição de sangue humano, de componentes sanguíneos, de órgãos, tecidos e células de origem humana.”*

O IPST encontra-se, em termos orgânicos, dotado de um conselho diretivo, de um fiscal único e de um conselho consultivo do sangue e da histocompatibilidade e da transplantação (cf. artigo 4º do Decreto-Lei citado).

Trata-se de um instituto integrado administração indireta do estado e, por isso vinculado a um conjunto de normas específicas horizontalmente aplicáveis e vinculantes à administração pública, nomeadamente na área da política e contratação de recursos humanos, tanto no domínio das relações de emprego direto como na prestação de serviços.

Ou seja o IPST no âmbito da sua atividade, como instituto que faz parte da administração indireta do Estado, apenas pode socorrer-se dos instrumentos legais disponíveis a toda a administração pública para desenvolver a sua atividade, nomeadamente em termos e contratação de recursos humanos.



b) Do regime jurídico da contratação pública na administração pública.

A publicação da Lei n.º 12-A/2008 de 27 de fevereiro, que define e regula os regimes de vinculação de carreiras e de remuneração de trabalhadores que exercem funções públicas (LCVT) veio introduzir no âmbito da administração pública um novo regime vinculativo de no domínio do acesso e exercício daquelas funções.

Assente num movimento de laborização da relação de emprego público, (cf. neste sentido Alda Martins, «A laborização da função pública e o direito constitucional à segurança no emprego», *Julgar*, n.º 7, 2009, p. 169), onde o contrato se sobrepõe à nomeação como forma de constituição da relação jurídica, ainda que aquela continue adstrita a determinados sectores, a administração pública tem, desde então um regime claro e taxativo que deve ser seguido pelos seus dirigentes.

Nesta matéria, como aliás tem sido decidido por este Tribunal de forma inequívoca e ao longo do tempo, a admissibilidade legal ao recurso à contratação de pessoal pela administração pública, seja a título de contratação, seja a título de prestação de serviços está legalmente vinculada.

Quer a contratualização de trabalhadores, quer a contratualização da prestação de serviços relacionados com a disponibilização de trabalhadores funda-se assim, naquela na disciplina normativa.

No que respeita à constituição da relação jurídica de emprego público ela decorre, nos termos do artigo 9º, do ato de nomeação ou do contrato de trabalho em funções públicas, cujo regime jurídico foi entretanto fixado e regulamentado pela Lei n.º 59/2008, de 11 de setembro (e, ainda, excepcionalmente por via da comissão de serviço que, ao caso, não releva).

No que respeita à prestação de serviços, o regime vinculativo está definido, concretamente, no artigo 35.º daquele diploma legal.

Sendo este o regime vinculativo, importa sublinhar que o Tribunal de Contas tem vindo, de forma sistemática e sem exceções, solidificando uma jurisprudência da qual resulta, de forma inequívoca, a afirmação de que à administração pública (directa e indirecta) não se aplica o regime previsto no Código do Trabalho, nomeadamente o regime jurídico do trabalho temporário, contidos na Lei n.º 7/2009, de 12.02 e Lei n.º



Tribunal de Contas

19/2007, de 22.05 (veja-se forma clara os Acórdãos n.º 7/2012/SS de 5.3.2012 mantido pelo Acórdão n.º 17/2012 de 2.10 em Plenário).

Como se refere no acórdão n.º 17/2013 citado, em nota conclusiva, «para a execução de atividades, quer permanentes quer temporárias, os serviços públicos com recursos humanos insuficientes - após se esgotarem as alternativas previstas na lei para o recrutamento de trabalhadores com relação jurídica de emprego público já constituída - devem proceder ao recrutamento de trabalhadores mediante a constituição de novas relações jurídicas de emprego público, quer por tempo indeterminado, quer por tempo determinado ou determinável, colhido o parecer favorável dos membros do Governo competentes».

É este modelo de constituição de novas relações jurídicas laborais que a lei permite.

No entanto, para desenvolver atividades de prestação de serviço para assegurar a execução de certas atividades a lei permite que se efetue uma outra forma contratualização, nomeadamente se utilizem contratos de prestação de serviço.

Mas apenas e só para os casos em que, sendo inconveniente a constituição de relações jurídicas de emprego público, aquelas atividades possam ser executadas com recurso a trabalho não subordinado.

Trata-se da possibilidade de contratação de pessoas em regime de avença ou em regime de tarefa.

Como se refere de forma inequívoca no acórdão citado, «no caso dos contratos de prestação de serviços (o previsto nos artigos 35º e 36º da LVCR), não se dá origem à constituição de tais relações de emprego, nem os prestadores de serviços adquirem a qualidade de trabalhadores em funções públicas».

Sobre a razão de ser da inserção na Lei desta dupla normatividade de contratação refere-se igualmente o que diz no acórdão citado sobre as duas razões que a justificam: «a) se a execução das atividades dos serviços – no quadro legalmente definido - é o que está na base da gestão dos recursos humanos e na constituição das relações jurídicas de emprego, também é o que pode fundamentar a celebração de contratos de prestação de serviços; b) porque, como muito bem se sabe, com frequência foram celebrados contratos de prestação de serviços, muitas vezes com violação da lei, em substituição do apelo às



Tribunal de Contas

soluções de emprego público. Perante tal situação, é natural que o legislador tenha tido o cuidado de consagrar, nesta matéria, uma disciplina muito restritiva – prevendo inclusive a sanção da nulidade para a sua violação - e claramente diferenciadora das situações de constituição de relações de emprego e tenha feito a opção de a inserir no mesmo diploma legal».

Esta possibilidade legal de contratação de recursos humanos, ainda que em termos de «prestação de serviço», obedece igualmente a um conjunto de requisitos e, sobretudo, depende de parecer prévio da tutela. É isso que refere o número 2 do artigo 35º da LVCR: *«A celebração de contratos de tarefa e de avença apenas pode ter lugar quando, cumulativamente: (a) Se trate da execução de trabalho não subordinado, para a qual se revele inconveniente o recurso a qualquer modalidade da relação jurídica de emprego público; (b) Seja observado o regime legal da aquisição de serviços; (c) O contratado comprove ter regularizadas as suas obrigações fiscais e com a segurança social»*. No número 4 refere-se que *«a celebração de contratos de tarefa e de avença depende de prévio parecer favorável dos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e da Administração Pública, relativamente à verificação do requisito previsto na alínea a) do n.º 2, sendo os termos e tramitação desse parecer regulados por portaria dos mesmos membros do Governo»*.

Nos contratos de avença e tarefa, importa sublinhar, estão em causa realizações diferenciadas de prestação de serviços nomeadamente, no contrato de tarefa, a execução de trabalhos específicos, com natureza excecional e, no contrato de avença, a realização de prestações sucessivas no exercício de profissão liberal, com retribuição certa mensal.

Só este tipo de contratação, que envolve uma prestação de serviço que não está sujeita a um regime de subordinação é admitido como forma excecional de contratação de serviços fora do âmbito legal da contratação de trabalhadores no serviço público.

Importa referir, ainda, que o regime restritivo da contratação de recursos humanos para exercer funções na administração pública, mesmo em regime de prestação de serviços para além do regime regra da contratação, sofreu, no entanto, nos últimos três anos, uma restrição substancial por via da aprovação das leis do Orçamento de Estado



Tribunal de Contas

para 2011, 2012 e 2013, sendo que nestas duas últimas, por via e na sequência das medidas de controlo e restrição de despesa pública que foram adotadas pelo governo.

Para 2013, como se sabe foram impostas regras específicas e excecionais para o recrutamento de recursos humanos na administração pública, como é demonstrativo o artigo 51º da Lei do OE a propósito da prioridade no recrutamento.

Igualmente foram impostas regras relativas à resolução de contratos que envolvam trabalhadores com contrato de trabalho em funções públicas a termo resolutivo e ou com nomeação transitória existente em 31 de dezembro de 2012, com exclusão dos que sejam cofinanciados por fundos europeus (nomeadamente com imposição de taxa de resolução de 50%) – veja-se o artigo 59º nº 1 da mesma Lei.

Foi fixado um amplo mecanismo de controlo de contratação de novos trabalhadores bem como um regime de responsabilidade financeira apertado para quem, na administração central, regional e local, bem como no sector empresarial público não cumpra esses mecanismos (vejam-se os artigos 62º a 72º).

Por outro lado e numa dimensão de reforço do controlo das instituições públicas sobre o regime do trabalho na função pública, concretamente sobre a utilização indevida do contrato de prestação de serviços em relações de trabalho subordinado, deve sublinhar-se a recente Lei n.º 63/2013, de 27 de agosto, que veio instituir mecanismos de combate à utilização indevida do contrato de prestação de serviços em relações de trabalho subordinado.

Em síntese, com reflexo na apreciação da matéria em causa nestes autos, há que sublinhar que o atual regime legal LVCR esgota as modalidades de emprego público ou de figuras conexas não sendo possível utilizar o regime jurídico do Contrato de Trabalho para recrutar funcionários, nomeadamente a título temporário, bem como o regime jurídico da contratação de prestação de serviços referente ao contrato de avença e ou tarefa, fora dos seus próprios limites.

Da análise que vem sendo feita pode concluir-se, assim que o IPST, IP só poderia contratualizar pessoas ou prestação de serviços nos termos da legislação da LCVR, aplicável à administração indireta do Estado (onde aquele instituto se inclui). Não poderia, por isso, socorrer-se do regime legal do Contrato de Trabalho, ainda que entenda, como



referiu a este Tribunal na resposta que enviou, que «*não se afigura adequado ao suprimento das necessidades do IPST, IP*» o recurso ao regime da LCVT.

Não há, nesta matéria um juízo de adequação da administração pública. Há apenas um juízo de legalidade e vinculação a um regime normativo vigente genericamente aplicável a toda a administração pública, direta ou indireta.

A aquisição da prestação de serviços com violação dos requisitos previstos nos n.ºs 2 e 4, do art.º 35.º, da Lei n.º 12-A/2008, configuram, nos termos do art.º 36.º, n.º 1, deste último diploma legal, a nulidade do contrato ora submetido a fiscalização prévia.

c) Do contrato em apreciação nos autos

Uma análise ao contrato em apreciação evidencia, sem qualquer dúvida, que o IPST outorgou com a empresa «A Temporária- Empresa de Trabalho Temporário, Lda» um contrato onde esta empresa disponibiliza ao Instituto profissionais para o exercício de funções que decorrem da atividade normal do IPST, enquadradas no seu âmbito de atividade.

Conforme decorre da factualidade referida infra-referida, respeitante ao teor do contrato, «*o pessoal a colocar no IPST, IP deverá realizar um total de 35 horas semanais de segunda-feira a domingo*», (...) «*o trabalho a prestar pode ocorrer em dias úteis, sábados, domingos, feriados, inserido em equipas de trabalho, sendo a carga horária semanal ou mensal distribuída pelos dias da semana indicados de acordo com as necessidades do serviço, num horário compreendido entre as 8 horas e as 20 horas ou entre as 0 horas e as 24 horas em função do serviço em que o profissional seja colocado.*» Indica-se, ainda, as tarefas a executar, de forma precisa, por cada categoria de profissionais a contratar: «*(...)assistente operacional, assistente técnico, técnico superior e técnico de análises clínicas e de saúde pública*».

Também se evidencia do contrato que toda a atividade a desenvolver pelos trabalhadores a contratar decorre, no entanto, sob o total controlo do IPST que começa inclusive na seleção do pessoal.

Pode, pois, concluir-se que o contrato em causa visa realizar atividades próprias do IPST, atuando as pessoas a contratar em nome e por conta desta instituição pública, para



efetuar e desenvolver as necessidades reportadas ao normal funcionamento do IPST, nomeadamente a colheita de sangue, ainda que em períodos horários laborais diferenciados.

Não parecem restar dúvidas, por isso, de que o contrato em causa pretende contratar trabalhadores para assegurarem o normal funcionamento do IPST, cumprindo a atividade para que está vocacionado e realizando as funções que tem que fazer. Funções que, aliás, o próprio Instituto reconhece que vem fazendo pelo menos desde 2010 através da contratação de recursos humanos no mesmo modelo.

Recorde-se que sendo várias as missões atribuídas por lei ao IPST, conforme decorre do seu estatuto, é na recolha de sangue que pode evidenciar-se o seu «*cuore business*», ou seja *a ratio* da sua atividade como instituto da área da saúde.

Como se referiu em **b)** o IPST, IP não cumpriu o dispositivo legal que lhe permitiria ou contratualizar pessoas ou prestação de serviços, socorrendo-se ao contrário, da figura jurídica do artigo 140º da Lei n.º 7/2009 de 12 de fevereiro (Lei do Contrato de Trabalho), nomeadamente o regime de contrato de trabalho a termo resolutivo para satisfação de necessidades temporárias.

O contrato agora sujeito a visto prévio relativamente à aquisição de prestação de serviços a empresas de trabalho temporário pelo IPST, IP colide de forma clara com o disposto nos artigos 3º, 35º, n.º 1, 2, 3,4,5 e 6 da Lei n.º 12-A/2008, de 27.02, aplicável à administração indireta do Estado (onde aquele instituto se inclui), quer no que respeita à constituição das relações jurídicas de emprego público quer no que respeita à contratualização da prestação de serviços.

As ilegalidades enunciadas, porque reportadas à aquisição da prestação de serviços com violação dos requisitos previstos nos nºs 2 e 4, do art.º 35.º, da Lei n.º 12-A/2008, configuram, nos termos do art.º 36.º, n.º 1, deste último diploma legal, a nulidade do contrato ora submetido a fiscalização prévia.

d) Sobre as contratações anteriores do IPST.



Conforme decorre da matéria de facto supra referida, concretamente nos ponto 19, menos nos anos de 2011 e 2012, o IPST celebrou outros contratos semelhantes ao que está em apreciação nestes autos, que não foram submetidos a fiscalização prévia.

Nesse sentido o processo deverá prosseguir para apuramento de eventuais infrações financeiras, que não tenham sido já identificadas no âmbito da fiscalização sucessiva, tendo em conta o disposto na alínea h) do n.º 1 do artigo 65º da LOPTC.

IV. DECISÃO

Pelos fundamentos expostos, e nos termos das alíneas a) e c) do n.º 3 do artigo 44º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, acordam os Juízes da 1.ª Secção, em Subsecção:

- a) Em recusar o visto ao contrato em apreço.
- b) Remeter cópia do presente acórdão, para os devidos efeitos, à competente área de responsabilidade da 2ª Secção deste Tribunal.
- c) São devidos emolumentos nos termos do disposto no artigo 5º, n.º 3, do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 66/96, de 31 de maio.

Lisboa, 14 de novembro de 2013

Os Juízes Conselheiros

(José Mouraz Lopes-Relator)

(Helena Abreu Lopes)

(Alberto Fernandes Brás)



Tribunal de Contas

Fui presente
(Procurador-Geral Adjunto)

(José Vicente)