

UNIVERSIDADE DE LISBOA  
FACULDADE DE DIREITO



**O concurso interno à luz do direito de acesso à função pública:  
um comparativo entre Brasil e Portugal**

MÔNICA MACIEL DE SENA CORTEZ

Dissertação de Mestrado Científico  
Ciências Jurídico-Políticas

Lisboa  
2017

UNIVERSIDADE DE LISBOA  
FACULDADE DE DIREITO



**O concurso interno à luz do direito de acesso à função pública:  
um comparativo entre Brasil e Portugal**

MÔNICA MACIEL DE SENA CORTEZ

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Ciências Jurídico-Políticas.

Área de concentração: Direito Administrativo.

Orientadora: Professora Doutora Ana  
Fernanda Neves.

Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas

Lisboa  
2017

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente a Deus e à minha família: meu pai, minha mãe e meu irmão, que sempre estiveram presentes, nos pequenos e grandes passos que meus pés ousaram caminhar, pelo amor, pelo carinho e pela confiança depositados em mim, que me deram coragem e forças para nunca desistir.

Agradeço também ao meu marido, pela infinita paciência por minhas ausências, pelas palavras de incentivo nos momentos de desânimo, pelos abraços acolhedores nos momentos de cansaço e pelo companheirismo com que me presenteou nos momentos de tristeza e de alegria que se apresentaram.

Agradeço ainda ao Governo do Estado de Mato Grosso que, através da Secretaria de Estado de Gestão, oportunizou que esta servidora pública rumasse para terras além mar em busca de conhecimento e desenvolvimento pessoal e profissional, permitindo que esta profissionalização traga não só proveitos pessoais, mas principalmente à sociedade em forma de melhores serviços prestados.

Por fim, agradeço a Lisboa, terra abençoada, de cultura e beleza ímpares, onde pude conhecer pessoas maravilhosas, fazer amigos para toda a vida, viver experiências inesquecíveis, e a todos os colegas de sala de aula e professores da Universidade de Lisboa que tive a honra e o prazer de conhecer, em especial à Dra. Ana Fernanda Neves, pelo privilégio de tê-la como orientadora na elaboração da presente dissertação.

A todos, muito obrigada!

*“O começo de todas as ciências é o espanto  
de as coisas serem o que são”.*

*(Aristóteles)*

## **O concurso interno à luz do direito de acesso à função pública: um comparativo entre Brasil e Portugal**

### **RESUMO**

O direito de acesso à função pública, tanto no Brasil quanto em Portugal goza de proteção constitucional dentre os direitos, liberdades e garantias fundamentais, tratando-se de importante conquista da humanidade, sendo exercido primordialmente por meio do concurso, considerado instrumento para escolha dos indivíduos mais aptos a integrarem os quadros da Administração Pública, o que propicia a prestação de serviços mais qualificados e eficientes à sociedade. Sob este aspecto, compreende-se que compete à Administração o dever de estabelecer critérios impessoais e que possibilitem a igualdade de oportunidade e de condições aos cidadãos, para que possam concorrer entre si de maneira justa, a fim de alcançar a satisfação do interesse público, garantindo a maior competitividade possível. Contudo, apesar do direito de acesso à função pública ser o mesmo para ambos os países, na prática o tratamento a ele conferido pelo Legislativo e pela Executivo são diferentes, uma vez que a regra geral brasileira é que o acesso se dê por meio do concurso público, enquanto a regra geral portuguesa é justamente a contrária, de acesso por meio do concurso interno. Nesta investigação, analisa-se as semelhanças e diferenças existentes entre os regimes jurídicos dos agente em relação de trabalho com a Administração Pública de ambos os países, faz-se um resgate histórico e um estudo do fenômeno da fuga para o direito privado que vem ocorrendo de forma mais acentuada na relação de trabalho da função pública portuguesa. Neste sentido, propõe-se um apanhado geral das principais modalidades de recrutamento, aprofundando-se no concurso, seu conceito, fundamentos, princípios específicos, mecanismos de burla ao concurso e sistema de proteção. Por fim, analisa-se o concurso interno, oferecendo-se questionamentos acerca das atuais regras, se a sua utilização como regra geral acabam por ferir o direito de acesso à função pública ou se a absoluta proibição do concurso interno como meio de acesso acaba por criar verdadeiros dogmas, apartados de fundamentos lógicos que a justifique.

## RESUMEN

El derecho de acceso a la función pública, tanto en Brasil como en Portugal goza de protección constitucional de los derechos, libertades y garantías fundamentales, en el caso de importantes logros de la humanidad, se ejerce principalmente a través del concurso, considerada la herramienta principal para la selección de los individuos más aptos para integrar el personal de la Administración Pública, lo que facilita la prestación de servicios más cualificados y eficientes para la sociedad. En este sentido, se entiende que es para la Administración el deber de establecer criterios impersonales y permitir la igualdad de oportunidades y condiciones para los ciudadanos, para que puedan competir entre sí de manera justa, con el fin de lograr la satisfacción del interés público, garantizar una mayor competitividad posible. Sin embargo, a pesar del derecho de acceso a la función pública será el mismo para los dos países, en la práctica, el tratamiento que se le da por el poder legislativo y el ejecutivo son diferentes, una vez que la regla general de Brasil es que el acceso es a través del concurso pública, mientras que el dominio portugués es precisamente el contrario, el acceso a través de la competencia interna. En este trabajo se analizan las similitudes y diferencias entre los sistemas jurídicos de la relación de trabajo de agente en el sector público de los dos países, es un histórico y estudiar el fenómeno de escape para el Derecho privado de lo que está sucediendo más fuertemente en la relación laboral del servicio civil portuguesa, es una visión general de las principales formas de contratación, la profundización de la competencia, su concepto, fundamentos, principios específicos, mecanismos de fraude y el sistema de protección de la competencia. Luego pasa a analizar la competencia interna crianza de preguntas sobre las reglas actuales, si su uso como norma general terminan perjudicando el derecho a entrar en la función pública o la prohibición absoluta de la competencia interna como medio para crear en última instancia, dogmas verdaderos, aparte de base lógica para justificarla.

## LISTA DE ABREVIATURAS

Ac. – acórdão

A.C. – antes de Cristo

Ag. Rg. Ag. – Agravo Regimental em Agravo

Art. – artigo ou artigos

Cf. – conforme

Coord. - coordenador

D.C. – depois de Cristo

Ed. – edição

Inc. – inciso ou incisos

*Op. cit.* – *opus citatum / obra citada*

MC - Medida Cautelar

Min. – Ministro

P. – página ou página

RE - Recurso Extraordinário

Rel. – Relator

Rev., ampl., e atual. – revisto, ampliado e atualizado

Séc. – século

V.g. – por exemplo

Vol. – volume

## LISTA DE SIGLAS

ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade  
ADCT - Ato das Disposições Constitucionais Transitórias  
CA - Contencioso Administrativo  
CNJ - Conselho Nacional de Justiça  
CLT - Consolidação das Leis do Trabalho  
CECA - Comunidade Europeia do Carvão e do Aço  
CEAGP - Curso de Estudos Avançados de Gestão Pública  
CEE - Comunidade Econômica Europeia  
CRFB/88 - Constituição da República Federativa do Brasil de 1988  
CRP/76 - Constituição da República Portuguesa de 1976  
CPB - Código Penal do Brasil  
DDHC - Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão  
DJUE - Diário da Justiça da União Eletrônico  
DUDH - Declaração Universal dos Direitos do Homem  
EC - Emenda Constitucional  
ETAF - Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais  
IBDP - Instituto Brasileiro de Direito Público  
IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística  
INE - Instituto Nacional de Estatística  
LRF - Lei de Responsabilidade Fiscal  
LTFP - Lei Geral dos Trabalhadores em Funções Públicas, aprovada pela Lei n.º35/2014, de 20 de junho  
LVCR - Lei de vínculos, de carreiras e de remunerações dos trabalhadores que exercem funções públicas, aprovada pela Lei n.º 12- A/2008, de 27 de fevereiro  
RTJ - Revista dos Tribunais de Justiça  
UE - União Europeia  
STF - Supremo Tribunal Federal  
STJ - Superior Tribunal de Justiça  
TC - Tribunal Constitucional  
TCE - Tribunal de Contas do Estado  
TCU - Tribunal de Contas da União

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b>	10
<b>2</b>	<b>O DIREITO DE ACESSO A FUNÇÃO PÚBLICA</b>	14
<b>2.1</b>	<b>Distinções Iniciais e Delimitação do Objeto</b>	15
<b>2.2</b>	<b>Breve Resgate Histórico da Função Pública e do Direito de Acesso</b>	19
<b>2.3</b>	<b>Os Modelos de Função Pública Brasileiro e Português</b>	25
<b>2.3.1</b>	<b><i>A Função Pública Burocrática Brasileira</i></b>	28
2.3.1.1	<i>Espécies de agentes públicos no Brasil</i>	28
2.3.1.2	<i>A Atual Situação do Regime Jurídico dos Servidores Públicos da Administração Direta, das Autarquias e das Fundações Públicas</i>	32
2.3.1.3	<i>O Conflituoso Regime Jurídico dos “Empregados Públicos” das Empresas Públicas e das Sociedades de Economia Mista</i>	34
2.3.1.4	<i>A Questão dos Contratados Temporários</i>	37
<b>2.3.2A</b>	<b><i>Função Pública Portuguesa e a Fuga para o Direito Privado</i></b>	38
2.3.2.1	<i>A Reforma da Função Pública Portuguesa</i>	44
2.3.2.2	<i>Reflexos da Reforma no Contencioso Administrativo</i>	47
<b>2.4</b>	<b>A Natureza Jurídica do Direito de Acesso à Função Pública</b>	49
<b>2.4.1</b>	<b><i>O Acesso à Função Pública como Direito Fundamental</i></b>	49
<b>2.4.2</b>	<b><i>O Acesso à Função Pública como Garantia Institucional</i></b>	55
<b>2.4.3</b>	<b><i>A Associação do Direito de Acesso à Função Pública à Liberdade de Escolha da Profissão</i></b>	58
<b>2.4.4</b>	<b><i>O Princípio da Igualdade no Acesso à Função Pública</i></b>	60
<b>3</b>	<b>O CONCURSO COMO INSTRUMENTO DE ACESSO À FUNÇÃO PÚBLICA</b>	62
<b>3.1</b>	<b>Das Forma de Recrutamento no Acesso à Função Pública</b>	62
<b>3.1.1</b>	<b><i>Sorteio</i></b>	63
<b>3.1.2</b>	<b><i>Venalidade e Hereditariedade</i></b>	64
<b>3.1.3</b>	<b><i>Livre Nomeação</i></b>	65
<b>3.1.4</b>	<b><i>Eleição</i></b>	66
<b>3.1.5</b>	<b><i>Concurso</i></b>	67
3.1.5.1	<i>Alicerces constitucionais do concurso no Brasil</i>	70
3.1.5.2	<i>Alicerces constitucionais do concurso em Portugal</i>	76
<b>3.2</b>	<b>Conceito e Fundamentos do Concurso</b>	78
<b>3.3</b>	<b>Princípios Específicos do Concurso</b>	82
<b>3.3.1</b>	<b><i>O Princípio da Acessibilidade</i></b>	82

3.3.2	<i>O Princípio da Igualdade</i>	85
3.3.3	<i>O Princípio do Merecimento</i>	88
3.3.4	<i>O Princípio da Profissionalização da Função Pública</i>	90
3.4	<b>Os Procedimentos do Concurso para o Acesso à Função Pública no Brasil e em Portugal</b>	91
3.4.1	<i>Fases do Concurso Público</i>	91
3.4.2	<i>Formas Usuais de Burla à Regra do Concurso Público</i>	98
3.4.3	<i>Formas de Proteção ao Direito de Acesso à Função Pública</i>	100
4	<b>O CONCURSO INTERNO E O DIREITO DE ACESSO À FUNÇÃO PÚBLICA</b>	103
4.1	<b>Distinções Conceituais</b>	104
4.1.1	<i>Organização dos Recursos Humanos</i>	105
4.1.2	<i>Cargo e Posto de Trabalho</i>	106
4.1.3	<i>Carreira</i>	110
4.1.4	<i>Concurso e Concurso Público</i>	111
4.2	<b>Concurso Interno e a Regra Constitucional Brasileira do Concurso Público</b>	122
4.3	<b>A Regra Constitucional Portuguesa do Concurso Interno</b>	116
4.4	<b>Sistema de Dogmas x Sistema de Privilégios</b>	118
5	<b>CONCLUSÃO</b>	119
	<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b>	122

## 1 INTRODUÇÃO

Os países irmãos, Brasil e Portugal, vivem realidades distintas nos campos político, econômico, social, cultural, administrativo e jurídico, mas apesar disso possuem diversos elementos que guardam tratamento semelhante. Um deles é o direito de acesso à função pública, que em ambos os lados do Atlântico goza de proteção constitucional dentre os direitos, liberdades e garantias, fruto das revoluções e conquistas da humanidade que culminaram na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão<sup>1</sup>, bem como na Declaração Universal dos Direitos do Homem<sup>2</sup>, e que foram difundidas nas várias constituições democráticas ao redor do mundo.

O direito de acesso à função pública, na atualidade, tem sido exercido primordialmente por meio do concurso, enquanto instrumento para a escolha dos indivíduos mais aptos a integrarem os quadros da Administração Pública, o que propicia a prestação de serviços mais qualificados e eficientes à sociedade. Nada obstante, cabe à Administração o dever de estabelecer critérios impessoais e que possibilitem a igualdade de oportunidades e de condições aos cidadãos, para que possam competir entre si de maneira justa, a fim de garantir o cumprimento da sua missão, ou seja, de alcançar a satisfação do interesse público.

Em Portugal, o tema *concurso* tem sido objeto de maior atenção jurídica no âmbito da contratação pública, onde o assunto é amplamente desenvolvido. Porém, no que tange ao concurso como instrumento de acesso à função pública, nota-se certa escassez doutrinária, sendo a jurisprudência encarregada de realizar suas construções com base na legislação que regulamenta a matéria e nas raras lições da doutrina.

Nota-se neste país uma tendência, própria dos países europeus, de se adotar normas mais próximas do direito privado que ampliam os poderes dos

---

<sup>1</sup> A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (DDHC) foi anunciada na França, em 26/08/1789, após a queda da Bastilha. Fonte de inspiração da Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), declara em seu art. 6º o seguinte: *“A Lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através dos seus representantes, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, quer se destine a proteger quer a punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos, são igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade, e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos.”*

<sup>2</sup> A Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada por resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10/12/1948, considerada como fonte extraordinária dos direitos fundamentais, inclusive do direito de acesso à função pública, declara em seu art. 21º, §2º, que *“todas as pessoas tem o direito de aceder, nas condições de igualdade, às funções públicas de seu país”*.

administradores, no sentido de lhes conferir maior discricionariedade na gestão dos recursos humanos, inclusive no recrutamento de pessoas para ocupar postos de trabalho dentro dos quadros da Administração Pública. De modo geral, a regra de acesso à função pública em Portugal é a do concurso interno, sendo que o recrutamento por concurso aberto ao público em geral somente se efetiva quando o primeiro é inviável<sup>3</sup>.

É interessante analisar que, enquanto no país supracitado a regra geral é a do concurso interno para acesso à função pública, no Brasil vigora justamente a regra contrária, ou seja, a regra do concurso público, sendo vedado o concurso interno como instrumento de acesso<sup>4</sup>.

Ressalta-se, por sua vez, que se verifica no Brasil uma maior amplitude doutrinária no tratamento de temas que envolvam o concurso como instrumento para o acesso à função pública, embora não se analise profundamente o alcance de seus princípios regentes sob a perspectiva deste estudo. Constata-se aí um número cada vez maior de demandas judiciais tendo como objeto a impugnação de atos praticados pela Administração Pública nos procedimentos concursais, denotando uma crescente necessidade de atenção neste domínio.

Desta forma, pretende-se, por meio do presente estudo, realizar uma análise acerca destas realidades sob o enfoque dos fenômenos jurídicos e dos fenômenos sociais, com o questionamento de institutos – até mesmo daqueles que gozam de tratamento já consolidado, mas que pareçam merecer uma análise mais detalhada. Em foco está, portanto, o caso do concurso interno, tido por alguns como inconstitucional, por violar o direito de acesso à função pública; ao mesmo tempo que é considerado por outros como realizador da vontade da constituição, garantindo a melhor gestão dos recursos humanos e a adequação dos gastos públicos, valorizando os trabalhadores da Administração Pública e, conseqüentemente, resultando na eficiência do serviço público.

Importante esclarecer que não será objeto de estudo o direito de acesso a cargos de natureza política eletiva, embora não se deixe de fazer menção. O cerne do estudo concentra-se no que se denomina *servidor público em sentido amplo* no Brasil e *trabalhador que exerce função pública* em Portugal, classificações que serão melhor analisadas mais adiante. Além disso, frisa-se que também não será objeto

---

<sup>3</sup> Cf. art. 30º da LTFP.

<sup>4</sup> Cf. art. 37, inc. II, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88).

deste estudo o acesso às funções que possuem estatuto próprio, tais como o pessoal militar e docente, tendo em vista que será analisada a regra geral de acesso à função pública.

Destarte, o estudo será estruturado em três partes, constantes dos capítulos 2, 3 e 4. O primeiro deles partirá de um resgate histórico da função pública e do direito de acesso, tanto no Brasil quanto em Portugal, dando espaço a análise pontual do Direito da União Europeia no tocante ao direito de acesso à função pública, bem como da atual situação socioeconômica dos países em questão, servindo para contextualizar o tema e sedimentar as bases necessárias ao desenvolvimento do estudo.

Em seguida tratará da identificação das características do regime da função pública em ambos os países sobre os quais se dedica a investigação, juntamente com os tipos de vínculos existentes na relação jurídica de trabalho da função pública, bem como do alcance da própria expressão “relação jurídica de trabalho da função pública”. Outrossim, será analisada a natureza jurídica do direito de acesso à função pública.

O capítulo 2 abordará propriamente a modalidade por excelência de recrutamento para acesso à função pública, o concurso, analisando preliminarmente as formas de recrutamento. Nesta oportunidade serão examinados os alicerces constitucionais do concurso no Brasil e em Portugal, bem como seu conceito e princípios específicos, além das fases do concurso. Serão ainda avaliadas as mais comuns situações de burla ao concurso, com a observação de casos práticos.

Ainda no segundo capítulo, será tratado ainda que de modo muito simplificado, dos mecanismos processuais para a proteção do direito de acesso à função pública, servindo apenas como campo amostral para uma breve contextualização dos sistemas de controle dos atos administrativos que ambos os países apresentam.

O capítulo 3, por sua vez, já terá alcançado a maturidade do tema proposto, onde será analisada a questão do concurso interno diante do direito de acesso à função pública. Neste capítulo serão apontadas as falhas detectadas do sistema, propondo-se soluções jurídicas a fim de salvaguardar os direitos fundamentais que dignificam a pessoa e atendam ao interesse público.

Assim, o presente estudo tem como principal objetivo questionar se os atuais sistemas jurídicos existentes no Brasil e em Portugal respeitam verdadeiramente o

direito fundamental de acesso à função pública. Ainda pretende refletir se o instrumento do concurso interno viola tal direito, se tal instrumento cria regras que acabam por constituir uma burla ao direito de livre acesso, ou se a sua absoluta proibição acaba por criar verdadeiros dogmas, apartados de fundamentos lógicos, em nome do referido direito fundamental.

Ao longo deste trabalho será adotada uma postura analítica, crítica e construtiva, visando alcançar resultados de uma pesquisa aplicada que satisfaçam às necessidades democráticas da sociedade. Tudo com o claro objetivo de oportunizar compreensões e sugestões que possibilitem a efetividade da aplicação do direito de acesso à função pública, respeitando os princípios de igualdade de oportunidades e do recrutamento baseado em critérios que valorizem o mérito dos indivíduos.

Para tanto, a pesquisa será realizada sob uma vertente internacionalista de direito comparado, utilizando-se do método bibliográfico e documental, tendo como objeto textos normativos, jurisprudenciais e doutrinários.

À vista de tudo quanto exposto, nota-se que o presente trabalho consistirá num estudo que trará um amplo conhecimento a respeito da função pública portuguesa e brasileira, tendo como campo amostral os assuntos relacionados com o direito de acesso à função pública.

Cabe, entretanto, ressaltar que não se pretende chegar à conclusão acerca de qual país possui o melhor sistema jurídico nesse tocante. Busca-se, de modo geral, alcançar resultados que contribuam para a produção do conhecimento por meio de uma perspectiva comparada, a qual através do questionamento e reflexões acerca dos institutos jurídicos, princípios e regras existentes, e por meio da ponderação de valores, resulte em sugestões de melhorias para ambos os sistemas, funcionando como um mecanismo de mútua colaboração.

Por fim, registra-se que o presente trabalho não se arroga a pretensão de esgotar o tema, uma vez que se trata de assunto muito amplo e que abrange outras searas que aqui não serão tratadas, como o contencioso administrativo, que receberá uma atenção preliminar, e os procedimentos administrativos conexos ao concurso, a exemplo das contratações públicas relacionadas à execução do concurso.

## 2 O DIREITO DE ACESSO À FUNÇÃO PÚBLICA

A Administração pública, para prestar seus serviços, utiliza-se de indivíduos, que fazem parte da sociedade, para que desempenhem diversas atribuições, desenvolvendo, assim, atividades de maneira pessoal e subordinada<sup>5</sup>, a título permanente ou não, em regra mediante remuneração. Estes são regulados por normas de direito administrativo ou de direito do trabalho, mas com o “*mínimo denominador comum de regime jus-publicístico*”<sup>6</sup>, sendo identificados genericamente como *funcionários públicos*<sup>7</sup>, *servidores públicos*<sup>8</sup>, *agentes da administração*<sup>9</sup> ou *trabalhadores da administração pública*<sup>10</sup>.

Inicialmente, ao tratar do direito de acesso à função pública, impõe-se que sejam traçadas algumas distinções relativas à abrangência da expressão *função pública* e do termo *funcionário público*, a fim de possibilitar a delimitação de maneira mais clara do objeto deste estudo. Como etapa seguinte, propõe-se uma breve análise histórica da função pública e do seu direito de acesso, bem como da identificação das principais características dos regimes jurídicos da função pública

<sup>5</sup> Até mesmo nos cargos em que haja independência na atuação, como é o caso dos juízes, tal independência se revela quanto ao conteúdo de suas decisões; porém, há uma parcial subordinação no que diz respeito a aspectos do modo, local e ao objeto, ou seja, sendo obrigado à exclusividade na prestação de sua atividade, devendo realizar as atividades no Tribunal ao qual for designado; sendo obrigado a analisar os processos que receba por distribuição. Além disso, pode sofrer censura disciplinar caso desrespeite algum dos deveres funcionais. A esse respeito vide: NEVES, Ana Fernanda. *Tratado de Direito Administrativo*. Vol. IV, Coord. Paulo Otero e Pedro Gonçalves. Coimbra: Editora Almedina, 2010, p. 475.

<sup>6</sup> Expressão usada por Ana Neves, cf. NEVES, Ana Fernanda. *Tratado de Direito Administrativo*. Vol. IV, 2010, *op. cit.*, p. 439.

<sup>7</sup> CRETELLA JÚNIOR. José. *Curso de direito administrativo*. 18ª ed., Rio de Janeiro: Editora Malheiros, 2003, p. 319.

<sup>8</sup> “‘*Servidor público*’, como se pode depreender da Lei Maior, é a designação genérica ali utilizada para englobar, de modo abrangente, todos aqueles que mantêm vínculo de trabalho ‘profissional’ com as entidades governamentais, integrados em cargos ou empregos da União, Estados, Distrito Federal, Municípios, respectivas autarquias e fundações de Direito Público.” Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 248.

<sup>9</sup> Marcello Caetano faz constar em seu Manual que, neste sentido, “agente” designa os indivíduos que auxiliam na formação da vontade dos órgãos públicos ou na execução desta vontade, exercendo sob direção dos respectivos órgãos suas atividades, que consistem na prestação de um serviço administrativo. Cf. CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. Vol. II. 10ª ed., 3ª reimpressão. Coimbra: Editora Almedina, 1986, p. 641/642, e também: CAETANO, Marcello. *Princípios fundamentais de Direito Administrativo*. Reimpressão da edição brasileira de 1977. Coimbra: Editora Almedina, 1996, p. 285.

<sup>10</sup> NEVES, Ana Fernanda. *Tratado de Direito Administrativo*. Vol. IV, 2010, *op. cit.*, p. 432. Observa-se que com a entrada em vigor da Lei nº 35/2014, de 20 de junho, denominada Lei Geral dos Trabalhadores em Funções Públicas – LTFP, passou-se a utilizar a designação “*trabalhadores em funções públicas*”.

de ambos os países, para finalmente voltar-se no estudo da natureza jurídica do direito de acesso.

## 2.1 Distinções Iniciais e Delimitação do Objeto

É imprescindível consignar preliminarmente que a palavra *função* possui um sentido dinâmico, que no dizer de CRETELLA JÚNIOR traduz a ideia de “*movimento, vida, atividade: é toda atividade exercida por um órgão para a realização de determinado fim*”<sup>11</sup>.

Contudo, a expressão adjetivada, *função pública*, possui diversas dimensões, o que a torna uma locução de difícil conceituação e que pode variar à sorte do tratamento legal e da evolução dos institutos públicos, o que merece que sejam traçadas algumas distinções.

A referida expressão, como enuncia o autor, pode ser relacionada aos serviços públicos do Estado, sem que com eles se confunda, na medida em que o Estado possui as *funções públicas* administrativa, legislativa e jurisdicional, tratando-se de funções estatais desenvolvidas por suas instituições, que por sua vez prestam serviços públicos. Nestes termos a expressão é utilizada num sentido de *função institucional do Estado*.

Dentre outros sentidos, o mencionado autor resume o que denomina *função pública*, tratando-se de “*toda atividade praticada por agentes, funcionário ou não, para a consecução de um fim de interesse da coletividade*”.<sup>12</sup> Deste modo, tal locução é utilizada no sentido de *atividade*. Importante destacar que no Brasil a expressão é mais comumente compreendida no mencionado sentido de atividade, sendo assim tratado por parte majoritária da doutrina<sup>13</sup>.

Entretanto, há que se registrar que no sistema jurídico brasileiro a locução *função pública* também é utilizada num outro sentido, mais restrito, que designa

<sup>11</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito administrativo*. 18ª ed., 2003, *op. cit.*, p. 317.

<sup>12</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988*. vol. 4. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 1991, p. 2157. Na mesma obra e página o autor destaca citações de Otto Mayer, sendo que em uma delas o mesmo registrava que na esfera do direito público função pública é tida como “*o círculo de assuntos do Estado que uma pessoa, ligada pela obrigação do direito público de servir ao Estado, deve gerir*”. Em seguida, o autor da obra destaca lição de Villegas Basavillbaso que ensina que “*a ideia de função implica, necessariamente, em atividade e quando esta se refere aos órgãos do Estado (lato sensu) é pública ou estatal*”.

<sup>13</sup> Neste mesmo sentido, Carvalho Filho compreende a função pública como “*a atividade em si mesma, ou seja, função é sinônimo de atribuição e corresponde as inúmeras tarefas que constituem o objeto dos serviços prestados pelos servidores públicos*.” Cf. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 24ª ed., rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 557.

determinada forma de relacionamento dos titulares de cargo com a Administração pública<sup>14</sup>. Nestes termos, a expressão *função pública* é empregada em paralelismo de formas com as expressões *cargo público* e *emprego público*, nos moldes do art. 37, I, da CRFB/88<sup>15</sup>, assunto que será melhor analisado em momento mais oportuno. Trata-se, portanto, de um sentido designativo de *unidade de trabalho*.

Neste ponto é preciso esclarecer que, justamente por conta da compreensão de função pública como atividade, no Brasil a expressão *direito de acesso à função pública* é mais comumente identificada como *direito de acesso aos cargos e empregos públicos*, ou seja, à unidade de trabalho, todavia a primeira expressão não é inapropriada, sendo igualmente conhecida e muitas vezes utilizada<sup>16</sup>.

Prosseguindo, nas buscas pelas acepções da locução, ressaltou-se a lição do jurista italiano SABINO CASSESE, segundo a qual a expressão *função pública* foi adotada como um estrangeirismo francês, relacionando-se à expressão “*fonction publique*”, utilizada na França para “*denominar o Ministério que cuida do pessoal dos quadros da Administração Pública*”<sup>17</sup>. Neste aspecto o termo é utilizado no sentido de estafe, ou seja, grupo de trabalho de uma organização.

E é sob esta última ótica que o sistema jurídico português identifica a expressão, sendo revelada a adoção deste sentido por força da dicção de seu texto constitucional que no art. 269º trata do “*regime jurídico da função pública*”, embora ainda assim persista uma difícil tarefa de determinar o seu conteúdo<sup>18</sup>, de modo que,

<sup>14</sup> Neste sentido, Bandeira de Mello conceitua função pública como “*plexos unitários de atribuições, criados por lei, correspondentes a encargos de direção, chefia ou assessoramento, a serem exercidas por ‘titular de cargo efetivo’, da confiança da autoridade que as preenche*”. Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26ª ed., *op. cit.*, p. 252.

<sup>15</sup> O art. 37, inc. I, da CRFB/88 estabelece que “*os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei*”. No dizer de Di Pietro, estas *funções públicas* a que se refere o dispositivo constitucional tem em vista dois tipos de situações: funções de natureza permanente destinadas ao comissionamento dos trabalhadores titulares de vínculo efetivos (a atividade correspondente à direção, chefia e assessoramento ou outra a que o legislador não tenha criado respectivo cargo), as denominadas *funções de confiança* e funções exercidas pelos trabalhadores contratados a termo, com base no art. 37, IX, CRFB/88. DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 19ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2006, p. 508.

<sup>16</sup> Cf. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Profissionalização da função pública: a experiência brasileira. Ética na Administração Pública*. 2003. In: FORTINI, Cristina (Coord.) *Servidor Público: Estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo Almeida Dutra*. 2ª ed., rev. e atual. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014, p. 175.

<sup>17</sup> O referido ministério existe até os dias atuais e é denominado de “*Ministère de la Fonction Publique*”. CASSESE, Sabino. *Le Basi Costituzionali*, In Trattato di Diritto Amministrativo, vol. I, Giuffrè, Milano, 2000, p. 124.

<sup>18</sup> De acordo com Canotilho e Moreira, em que pese a Constituição de Portugal utilize como título do dispositivo a denominação “Regime da função pública”, nele não são encontrados os apoios necessários à definição de *função pública*, pois mistura em suas disposições “*matérias*

no dizer de VEIGA E MOURA, apesar de ser expressão muito empregue, na verdade “*nem todos se referem à mesma realidade quando se socorrem de tal expressão*”<sup>19</sup>.

Quer se dizer com isso que a doutrina portuguesa reconhece comumente a locução *função pública*, designando “*o conjunto dos trabalhadores da Administração Pública*”. No entanto, como pormenoriza ANA NEVES, há diversos contornos sobre essa aceção, de modo que a locução *função pública* pode reportar-se, em sentido estrito, ao grupo de trabalhadores públicos regidos por um estatuto de direito público unilateral; em sentido um pouco mais amplo, a todos aqueles trabalhadores públicos que desenvolvem suas atividades para entes públicos, seja por regime jurídico de direito administrativo ou por regime jurídico de direito do trabalho, porém possuem regras mínimas de direito público em comum; e além disso, em sentido ainda mais amplo, ao grupo que inclui não só os mencionados trabalhadores públicos como também o pessoal que possui cargos de vértice, exceto aqueles de natureza política eletivos, tais como diretores e titulares de órgãos<sup>20</sup>.

Sob este aspeto, é válido mencionar, ainda que de maneira precoce, pois o tema será melhor tratado adiante, que desde que se iniciaram em Portugal movimentos tendentes à aproximação entre direito público e direito privado, com a adoção de medidas reformistas que ganharam especial impulso na última década, a Administração Pública portuguesa vem atravessando um período de inúmeras mudanças que implicam na identidade do que se conhece por *funcionário público*.

A Constituição deste país, mesmo após a revisão de 1982<sup>21</sup> que substituiu a expressão “*funcionários e agentes do Estado e demais pessoas coletivas públicas*”, constante originalmente do então art. 270º, pela expressão “*trabalhadores da Administração Pública e demais agentes do Estado e outras entidades públicas*”, do atual art. 269º, continua utilizando os termos funcionários, trabalhadores da administração pública e agentes administrativos, ora como expressões sinônimas, ora como distintivas de categorias<sup>22</sup>, sendo que a referida substituição de termos

---

*heterogêneas*”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada. Vol. I. 4ª ed., Coimbra: Editora Coimbra, 2007, p. 364.

<sup>19</sup> VEIGA E MOURA, Paulo. *A privatização da função pública*. Coimbra: Editora Coimbra, 2004, p. 41.

<sup>20</sup> NEVES. Ana Fernanda. *Tratado de Direito Administrativo*. Vol. IV, *op.cit.*, 2010, pp. 359/360.

<sup>21</sup> Vide as revisões constitucionais da CRP/76 que estão disponíveis no endereço eletrônico: <<http://www.parlamento.pt/RevisoesConstitucionais/Paginas/default.aspx>>.

<sup>22</sup> Cf., v. g., arts. 22º; 199º, “e”; 243º, nº 2; 266, nº 2; 269; e 271 da CRP/76.

trouxe a ideia de abertura constitucional para um regime de trabalho jus-administrativista dentro da Administração Pública<sup>23</sup>.

A Constituição do Brasil, por sua vez, apenas distingue tais trabalhadores, em termos genéricos, entre servidores públicos e empregados públicos<sup>24</sup>. De qualquer modo, em ambos os países a generalidades dos trabalhadores da Administração Pública ainda são vulgarmente conhecidos como *funcionários públicos*, no sentido mais amplo da expressão, por desenvolverem função pública.

Em decorrência de toda esta indeterminação é que CRETELLA JÚNIOR ressalta que não existe um conceito geral de *funcionário público*, tendo em vista que as tentativas de se obter uma “*noção universal*”<sup>25</sup>, ou seja, internacional de funcionário público pecam, pois neste tocante a realidade apenas evidencia a dependência da doutrina à legislação e à jurisprudência de cada região<sup>26</sup>.

Desta maneira, ainda que patentes as diferenças e imprecisões da terminologia empregada para designar o que vem a ser *função pública*, para fins de necessárias delimitações deste trabalho, cabe indicar que no seu decorrer tal expressão será empregada, em geral, com o sentido de *conjunto dos trabalhadores da Administração Pública, que prestam seus serviços de maneira pessoal, mediante remuneração, sob um vínculo de natureza permanente ou transitório, regidos por regime jurídico de direito público ou de direito privado, mas que possuam o ‘mínimo denominador comum’ de direito público*.

De outra banda, tendo em vista que atualmente em Portugal a expressão *funcionário público* perdeu sua compreensão original, pois em *stricto sensu* designa apenas uma pequena parcela do pessoal que compõe os quadros da Administração Pública<sup>27</sup>, como será melhor analisado adiante, o presente trabalho acabou por buscar um termo capaz de englobar os trabalhadores da Administração Pública portuguesa e suficientemente abrangente para abarcar os trabalhadores da

<sup>23</sup> NEVES, Ana Fernanda. *Os desassossegos de regime da função pública*. In: Revista da Faculdade de Direito de Lisboa, Vol. XLI, n.º 1, 2000, p. 60.

<sup>24</sup> Cf., v.g., art. 37; 39; e 173, inc. II, da CRFB/88.

<sup>25</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito administrativo*, 18ª ed., *op. cit.*, p. 320.

<sup>26</sup> Não se ignora que os conceitos de *função pública* e de *funcionário público* não se confundem, posto que enquanto a primeira pode se referir às funções institucionais do Estado; ou à atividade do trabalhador, ou à unidade de trabalho, ou ainda, ao grupo de trabalhadores, a expressão *funcionário público* se revela como um nome genérico dos agentes ou trabalhadores que integram a função pública no último sentido indicado. Sobre *funcionário público* vide: CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito administrativo*, 18ª ed., *op. cit.*, p. 319-326.

<sup>27</sup> NEVES, Ana Fernanda. *Tratado de direito administrativo*. Vol. IV, 2010, *op. cit.*, p. 481-482.

Administração Pública brasileira, sem causar confusões com as denominações utilizadas em cada país e mantendo a integridade do *direito da função pública*<sup>28</sup>.

Assim, será também utilizado o termo genérico *agente em relação de trabalho com a Administração Pública*<sup>29</sup>, e não *funcionário público*, como é vulgarmente conhecido, nem *servidor público* ou *trabalhador em funções públicas*, como preferem de modo geral os brasileiros e os portugueses, respectivamente, por entenderem ser o termo mais abrangente para compreender o maior número de trabalhadores que compõem os quadros da Administração Pública em ambos os países, e sem causar prejuízo à sua essência, feitas as distinções quando preciso.

Para a análise da atual situação do direito de acesso à função pública, impõe-se uma sucinta visita ao passado, em busca das raízes históricas da função pública, dos mecanismos para o acesso à função pública e da sua evolução no tempo.

## 2.2 Breve Resgate Histórico da Função Pública e do Direito de Acesso à Função Pública

Durante o período absolutista o então denominado *funcionário público*<sup>30</sup> não gozava dos direitos que possui hoje, pois à época não havia um verdadeiro direito administrativo<sup>31</sup>. O Estado recrutava seus agentes de forma discricionária,

<sup>28</sup> Registra-se que a função pública se qualifica num subsistema jurídico administrativo, denominado de *direito da função pública*, tratando-se de uma categoria especial das categorias dogmáticas do direito administrativo geral, onde se localiza este estudo. Vide: SÈVES, António Lorena de. *Contencioso da função pública (concursos)*. In: Seminário permanente de direito constitucional e administrativo. Vol. I. Associação Jurídica de Braga, 1998, p. 46. Importante mencionar, também, que atualmente a doutrina portuguesa, frente às mencionadas evoluções, tem preferido utilizar a expressão “direito do emprego público”, entretanto manteremos a antiga nomenclatura por entendermos mais abrangente e mais apropriada à essência pública das categorias brasileira e portuguesa.

<sup>29</sup> Num comparativo entre Brasil e Portugal a utilização do termo *empregado público* também não nos parece a mais adequada, pois muito embora em Portugal ela se refira à maior parte dos agentes públicos regidos por normas de direito público, no Brasil tal expressão serve para qualificar tão somente os agentes públicos regidos por normas trabalhistas de direito privado, em oposição aos demais regidos pelo Estatuto dos Servidores Públicos.

<sup>30</sup> A figura mais assemelhada ao funcionário público tem registros que remontam ao tempo do Império Romano, entre o séc. II a. C e o séc. IV d. C., com a denominação de *profissional de ofício público*, que era o funcionário do Rei dentre aqueles que possuíam estudo e conhecimento. Era, em geral, pessoa letrada, encarregada das atividades relacionadas à cobrança de impostos, cadastro dos habitantes e de expedição de documentos do Tribunal e do Palácio Real. Registra-se também as origens mais remotas do funcionário público que despontaram no Estado oriental e no Estado grego nos períodos compreendidos entre o terceiro milênio a. C. e o século III a. C. Para maior aprofundamento vide: AMARAL, Diogo Freitas. *Curso de Direito Administrativo*. vol. I, 3ª ed. 5ª Reimpressão da edição de 2006. Coimbra: Editora Almedina, 2010, p. 50-54

<sup>31</sup> BACHOFF, Otto, WOLFF, Hans J., STÖBER, Rolf. *Direito Administrativo*. Vol. I. Trad. do original de 1987 por António F. de Sousa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, p. 101.

organizava os serviços e os servidores ao livre arbítrio do rei, nomeando-os, suspendendo-os e despedindo-os sem a necessidade de qualquer motivação<sup>32</sup>.

Vigorava na Europa o fenômeno da patrimonialização dos ofícios públicos<sup>33</sup>, que na descrição de MARCELO CAETANO criou uma tradição de “*devoção à função pública*”<sup>34</sup>. Deste modo, embora os cargos estivessem nas mãos do livre arbítrio do monarca, acabavam por se converter em privilégio da nobreza ou a pertencer às famílias burguesas, como patrimônio, podendo ser inclusive transmitido por herança, alienado por venda ou doação em favor de terceiro ou mesmo concedida serventia do ofício público mediante uma renda fixa em prol do titular, chegando até mesmo a se realizar tudo isto sem a intervenção do monarca, vigorando, assim, o “*sistema da venalidade dos ofícios*”<sup>35</sup>, casos em que, no dizer de PAULO OTERO, evidenciava algumas manifestações de privatização da Administração Pública no Estado Absolutista<sup>36</sup>.

Durante esse período, a sociedade europeia restou por séculos estagnada numa estabilidade estrutural típica da sociedade feudal, que se fundava na propriedade da terra e na sua autossuficiência produtiva. Diante de tais condições de estabilidade social e de patrimonialismo destacava-se um sistema de muito pouca mobilidade social.

Entretanto, sobreveio na linha da evolução histórica, com maior ênfase na Europa, um conjunto de fatores que trouxe certo dinamismo social, tais como o surgimento de movimentos ideológicos, a reforma protestante, a revolução industrial, a revolução francesa, dentre outros. Tudo isso contribuiu para a transformação

<sup>32</sup> MELO, Martinho Nobre de. *O Estado dos funcionários: Estatuto legal*. Lisboa: Editora Ferin, 1914, p. 42.

<sup>33</sup> Já nos Estados Unidos da América, ao contrário, vigorava o denominado *spoil system*, em que a vitória de um partido político causava a expulsão completa dos agentes da administração que pertencessem ao partido adversário. Lá a função pública era vista como um emprego qualquer, bem diferente da visão europeia. Sobre o *spoil system* vide as lições de BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10ª ed., rev. e atual. 9ª tiragem. São Paulo: Editora Malheiros, 2000, p. 340.

<sup>34</sup> CAETANO, Marcello. *Princípios fundamentais de Direito Administrativo*. *Op. cit.*, 1996, p. 286.

<sup>35</sup> De acordo com o referido sistema, o monarca poderia doar e vender os ofícios do Estado, de modo que o preço obtido era revertido para a Fazenda real. Ocorria que a transmissão do cargo, muitas vezes permitia que o comprador o revendesse a terceiros, resultando ainda desta patrimonialidade a sua hereditariedade baseada no direito consuetudinário. Em Portugal, o princípio da patrimonialidade dos ofícios foi definitivamente abolido por meio do Decreto nº 22, de 16 de Maio de 1832, guardando-se o respeito ao direito adquirido. Cf. CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. *op. cit.*, 1986, p. 659/661. Somente nas reformas de Marquês de Pombal é que foi abolido o sistema da venalidade dos ofícios. Cf. MARQUES, José Dias. *História do direito portugueses*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito, 1953, p. 149.

<sup>36</sup> OTERO, Paulo. *Coordenadas jurídicas da privatização da Administração Pública*: conferência. In: *Os caminhos da privatização da Administração Pública*. Coimbra: Editora Coimbra, 2000, p. 34.

progressiva daquela estabilidade social, abandonando um modelo centrado na propriedade e no título de nobreza, para passar a aderir a novas atividades mercantis e industriais que possibilitavam a acumulação de riquezas para aqueles que não pertenciam à nobreza, a nova classe emergente denominada burguesia.

Registre-se que essa evolução histórica, ocorrida na Europa como um todo, também foi sentida no Brasil, todavia de forma mais lenta, tendo em vista o modelo colonial aplicado.

Foi nesse contexto que surgiu o denominado Estado Liberal, tendo suas bases firmadas nos princípios da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público, tidos pela doutrina jus-administrativista como as pedras angulares do regime jurídico administrativo, de modo a pautarem todas as atividades estatais, cabendo precipuamente ao Estado a busca do interesse coletivo<sup>37</sup>.

Daí surgiu a tradicional concepção de que o vínculo existente entre o Estado e seus agentes deve ser unilateral, não podendo ser consensual. Primeiro, porque uma relação consensual exigiria que as partes estivessem em posição de igualdade, sendo que o Estado sempre estaria em posição de supremacia em relação ao particular. Segundo, porque numa relação consensual deveria haver espaço para a negociação, o que a indisponibilidade do interesse público afastaria.

Nessa altura um dos ideais revolucionários era a busca pelo reconhecimento do mérito individual resultante do trabalho e do estudo, sendo essa uma das principais lutas da burguesia contra a aristocracia que vivia da ocupação de cargos públicos pelo berço<sup>38</sup>. Houve, assim, no dizer de GOMES CANOTILHO<sup>39</sup>, uma reação contrária aos privilégios da nobreza para afirmar o princípio do acesso à

---

<sup>37</sup> Com o Estado Liberal, que se institucionalizou após a Revolução Francesa de 1789, a partir da já mencionada Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, foram evidenciadas as exigências dos ideais iluministas de uma organização social pautada por valores como igualdade, liberdade, impessoalidade, exaltando-se a necessidade de se distinguir o que é público do que é privado, incluindo aí também a exigência do direito de acesso à função pública, cf. art. 6º da mencionada Declaração. Paulatinamente, foram se rompendo os laços entre o Estado e a Igreja, bem como o monarca passou a sofrer a limitação de seus poderes, que deixaram de ser absolutos.

<sup>38</sup> *“O mérito advindo do trabalho é, ao mesmo tempo, expressão dos ideais de liberdade e igualdade. Liberdade, pois trabalhando o homem se constrói, oferta condições dignas de existência à sua família e não é servil a mais ninguém senão à sua vontade e consciência. Igualdade, pois apenas pela quantidade e qualidade de seu trabalho, diferencia-se, em honra e fortuna, dos demais cidadãos”*. VIEIRA, Leonardo Carneiro Assumpção. *Merecimento na administração pública*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 28.

<sup>39</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3ª ed., Coimbra: Editora Almedina, 1999, p. 119.

função pública que valorizasse a capacidade individual dos agentes, tendo como critério de distinção as virtudes e talentos individuais dos candidatos.

Surgiram, então, as constituições. Juntamente com estas sobreveio a ideia de Estado de Direito e de separação de poderes, diferenciando os poderes e os órgãos, tendo em vista que antes não havia uma clara distinção entre os órgãos da Administração e os órgãos da Justiça. Desse modo os órgãos da Justiça passaram a apresentar uma característica de maior imparcialidade e independência, contudo os órgãos da Administração se aproximaram mais das características políticas, de maneira que o recrutamento dos então denominados funcionários públicos na Europa passou também a ser feito com base nos interesses partidários, de tal maneira que a função pública passou a ser usada como moeda de troca eleitoreira.

Com a evolução dos regimes liberais, a tradição ainda continuou tendo forte peso nos rumos da função pública. Mas as influências eleitorais passaram a refletir mais fortemente nos cargos de íntima ligação com o governo, havendo um abrandamento da ideia de recrutamento por influência política, de modo a preservar a profissionalização da rotina administrativa com agentes que passaram a conjugar seus esforços de maneira racional e organizada, inclusive com exigências de neutralidade política e recrutamento baseado no *merit system*<sup>40</sup>. Para a manutenção desse estado passou-se a exigir uma estabilidade<sup>41</sup> nos cargos, com previsão legal. Aliás, esta lei passou a dispor sobre os princípios e regras que regem a função pública, o denominado Estatuto<sup>42</sup>.

Portanto, o Estatuto<sup>43</sup> passou a ser o instrumento que estabelece os direitos e deveres dos agentes públicos, define a estrutura das carreiras, os mecanismos de promoção, o sistema remuneratório de acordo com o posicionamento hierárquico na

---

<sup>40</sup> SANDEL, Michael J. *O liberalismo e os limites da justiça*. 2ª ed., Tradução de Carlos E. Pacheco do Amaral. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 105.

<sup>41</sup> Sabino Cassese e Jill Pellew registram que a introdução da burocracia na Administração Pública foi uma importante etapa na sua formação, sendo outra grande conquista constitucional do funcionário público a obtenção do direito de permanência nos quadros da Administração, sem correr o risco de dispensa imotivada pelo governante. CASSESE, Sabino e PELLEW, Jill. *Il sistema del mérito nel reclutamento della burocrazia come problema storico*. In *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*. Roma, nº 3, 1987, p. 756/757.

<sup>42</sup> CAETANO, Marcelo. *Princípios fundamentais de Direito Administrativo*. *Op.cit.*, 1996, p.287.

<sup>43</sup> Nesse período vivia-se uma fase denominada de Administração Agressiva, em que o ato administrativo era o centro dogmático do Direito Administrativo, pois o Estado agia de maneira autoritária, impondo unilateralmente suas decisões por meio de seus atos, de modo que nem o particular e nem o agente público eram vistos como sujeitos de direito, podendo apenas utilizar o contencioso administrativo como forma de limitar a atuação estatal.

carreira, contém regras de ingresso mediante concurso baseado no mérito e na igualdade, assim como regras de estabilidade no clássico modelo de função pública.

Ainda na sequência dos rumos da história, com o fim da Segunda Guerra Mundial, cujos horrores causados deixaram um legado de miséria, o Estado passou a ter um perfil mais prestacional, sendo denominado Estado Providência. As constituições passaram a exigir uma postura mais intervencionista do Estado para propiciar maior igualdade social, passando a desenvolver atividades que antes eram próprias dos particulares, mas que sempre foram essencialmente de grande importância para a satisfação das necessidades comuns da coletividade. Isto implicou no aumento das funções estatais, no agigantamento da estrutura organizacional do Estado, bem como no acréscimo quantitativo de agentes da Administração Pública para o funcionamento da denominada Administração Prestadora<sup>44</sup>.

Nesse contexto de Estado Social, o princípio da legalidade ganhou nova feição, deixando de ser mero limitador da atuação estatal e passando a determinar programas e ações concretas do Estado em prol do particular. É nesse momento que se iniciam movimentos que aproximam o direito público do direito privado, uma vez que o Estado passa a agir em situações próprias de privados, inclusive utilizando-se de entidades com características de direito privado (como as empresas públicas e sociedades privadas com regimes jurídicos mistos, para atingir fins públicos).

Além disso, iniciaram-se políticas de democratização da Administração Pública, com valores constitucionais que exigiam não só a representatividade, mas também a participação da sociedade, de maneira que o particular passou a ser visto não mais como mero objeto de direito, mas como sujeito de direito, podendo exigir prestações estatais em seu favor. Nesse momento a organização interna da Administração já era sujeita ao Direito, sendo que o particular e a Administração passaram a ser igualmente sujeitos ao Direito.

Ocorreu que, devido ao tamanho agigantamento da “máquina” administrativa, que se tornou demasiadamente cara e pesada, com uma burocracia que se tornou desumanizada e distante dos cidadãos – e ainda mais distante da tão almejada igualdade social –, dentre outros motivos, o Estado Social iniciou o seu declínio.

---

<sup>44</sup> PEREIRA DA SILVA, Vasco. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Editora Almedina, 1996, p. 71.

Como alternativa mais frutífera para tal crise optou-se pela diminuição de funções e estruturas estatais, diminuição de pessoal, privatizando-se muitas atividades e conferindo maior prestígio às sociedades civis.

Foi também aí que ocorreu o declínio do modelo administrativo baseado unicamente no ato administrativo unilateral autoritário, dando-se espaço à utilização de modelos consensuais de atuação da administração com a utilização alternativa de alguns instrumentos privados, tal como o contrato, bem como movimentos de incentivo à atuação do setor privado para a promoção do interesse social<sup>45</sup>. Surge, assim, de maneira mais clara, o fenômeno denominado por MARIA JOÃO ESTORNINHO de “*fuga para o direito privado*”<sup>46</sup>, que vem ganhando espaço pelo mundo e, no que tange especificamente à função pública, nota-se uma maior adesão em Portugal e nos demais países europeus quando comparados com o Brasil.

Desta forma, o Estado, que reavaliou suas funções e deixou de se ocupar tanto com o “prestar”, investindo-se da função de gerir interesses, planejar e fomentar o avanço<sup>47</sup>, passou, assim, a mitigar<sup>48</sup> a sua forma de gestão pública e a ampliar sua atuação como controlador.

Nestas circunstâncias, o Estado passou a conferir muitas de suas atividades a um prestador de serviços do setor privado, acabando por transformar o então administrado em usuário ou cliente e por atribuir a autoridades administrativas independentes o papel de controle<sup>49</sup>.

---

<sup>45</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 8ª ed., São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 28.

<sup>46</sup> De acordo com a autora, o movimento tendente à privatização da Administração Pública tenta encontrar a eficiência mediante recurso às formas jurídico-privadas de organização e atuação da administração. ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da administração pública*. Coimbra: Editora Almedina, 1996, p. 130.

<sup>47</sup> No dizer de Vasco Pereira, o Estado Pós-Social passou a ser marcado por decisões que dizem respeito não somente a relações bilaterais, mas multilaterais, competindo à Administração Pública compor nesta relação os interesses públicos e privados. É a denominada Administração Prospectiva ou Infraestrutural. PEREIRA DA SILVA, Vasco. *Em busca do acto administrativo perdido*. *Op cit.*, 1996, p. 130.

<sup>48</sup> Di Pietro acentua que o Estado não abandonou completamente as atividades prestacionais, o que ocorreu foi que ele cometeu o desenvolvimento de muitos de seus serviços ao setor privado, de modo a desenvolvê-lo quando a iniciativa privada não for capaz de desempenhá-los satisfatoriamente. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. *op. cit.*, 2011, p.38.

<sup>49</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *O Direito Administrativo brasileiro sob influência dos sistemas de base romanística e da Common Law*. In Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público – IBDP. nº 8, Nov / Dez - 2006 e Jan – 2007, p. 14.

Assim, é fortalecida a ideia de Estado mínimo, onde a habitual burocracia e morosidade administrativa passam a ser combatidas em busca da eficiência, simplicidade e economicidade, contrárias à lógica prestacional até então vigente. Sob este aspecto, muitos serviços sociais que eram prestados pelo Estado deram abertura para os mercados que passaram a atuar a nível global<sup>50</sup>.

Tal evolução trouxe diversas mudanças para o cenário da Administração Pública, tais como a alteração da forma de prestação dos serviços públicos, do modelo de gestão pública<sup>51</sup> e de proteção dos direitos individuais, provocando assim grandes reflexos no que tange à função pública e ao seu direito de acesso, como se verificará.

### 2.3 Os Modelos de Função Pública Brasileiro e Português

Como já mencionado, diante dos acontecimentos históricos, da concepção estatal e da realidade socioeconômica de cada país, desenham-se os modelos de função pública e os rumos adotados por cada Estado quanto a seu regime jurídico.

Sob este aspecto cumpre destacar importante consideração de JACK ZILLER<sup>52</sup>, em que salienta que num comparativo entre Estados deve-se levar em conta, além de outros elementos, a diferença populacional e territorial.

Portanto, neste tocante parece relevante considerar as distintas dimensões dos Estados em questão. De um lado figura o Brasil como o maior país da América Latina e o quinto maior do mundo, com um território de 8,5 milhões de km<sup>2</sup> e uma população estimada em aproximadamente 200 milhões de habitantes, classificado como um país subdesenvolvido que vem apresentando, de modo geral, progresso no nível de desenvolvimento econômico e social. Do outro lado figura Portugal, um

---

Disponível em: <[www.direitodoestado.com/revista/redae-8-novembro-2006-maria%20sylvia.pdf](http://www.direitodoestado.com/revista/redae-8-novembro-2006-maria%20sylvia.pdf)>. Acesso em: 13/02/2012.

<sup>50</sup> Frisa-se que dentre as muitas ilusões trazidas pelos novos ideais, seduzidos pelas mais variadas tentações, tais como das inovações tecnológicas e do capitalismo consumista, muitas consequência sobrevieram com as especulações de mercado e sua desregulação, cujos reflexos vão desde a quebra de grandes instituições, os desempregos em massa, as instabilidades econômicas de proporções mundiais e a instalação da atual crise econômica, sentida de modo particular na Europa, especialmente na Grécia, na Espanha e em Portugal, atingido frontalmente o aparelho estatal e, conseqüentemente, a função pública.

<sup>51</sup> Passou-se a adotar modelos de gestão empresarial, em detrimento dos tradicionais modelos de gestão pública, sob o fundamento de que este apresenta maiores vantagens em matéria de eficiência e economia. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. Op. cit., 2011, p.38.

<sup>52</sup> ZILLER, Jacques. *Égalité et mérite: l'accès à la fonction publique dans les États de al Communauté Européenne*. Bruxelles: Bruylant, 1988, p. 7-9.

país de dimensões modestas, com um território de 92.389 Km<sup>2</sup> e população estimada de pouco mais de 10 milhões de habitantes, considerado como um país desenvolvido, com alto nível de desenvolvimento econômico e social<sup>53</sup>.

A relevância destes dados se faz sentir quando se verifica que, de fato, os problemas dos países de grandes dimensões e populações não são os mesmos dos países menores, cabendo salientar que Portugal atualmente encontra-se num período de recessão, atravessando uma grave crise econômica que vem assolando a Europa. Por tal razão, possui alto índice de desemprego e severas restrições aos gastos públicos que geram consequências diretas à função pública, com cortes orçamentários, mitigação ou privação de direitos, severas restrições nas contratações da função pública e dispensas de pessoal, a fim de diminuir ao máximo os custos da máquina administrativa.

A realidade brasileira, por sua vez, é um tanto diversa da portuguesa, uma vez que o Brasil, apesar de começar a enfrentar igualmente uma crise econômica, acaba de passar por uma fase de certa estabilidade, vindo de um período considerado como de expansão econômica, havendo ainda um grande número de contratação de serviços e uma imensa quantidade de procedimentos de concursos em andamento para o recrutamento e seleção de novos agentes públicos, mesmo que os indicadores comecem a sinalizar que se aproximaram tempos de graves crises.

Outro diferencial que merece ser levado em consideração é o fato de Portugal integrar, desde 1986, a União Europeia – UE, passando a estar incluído num grupo seleto, composto por diversos Estados europeus<sup>54</sup> que originariamente se reuniram após a Segunda Guerra Mundial na tentativa de promover a paz social e estreitar laços entre os seus membros, tendo como finalidade principal garantir a promoção de princípios comuns, bem como o favorecimento de seu progresso econômico e

---

<sup>53</sup> Fonte de dados do Brasil: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/index.html>>. Acesso em 25 de julho de 2014. Fonte de dados de Portugal: Instituto Nacional de Estatística – INE. Disponível em: <[http://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine\\_indicadores&indOcorrCod=0003182&selTab=tab0](http://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_indicadores&indOcorrCod=0003182&selTab=tab0)>. Acesso em 25/07/2014.

<sup>54</sup> A União Europeia tem suas origens nas comunidades europeias (Comunidade Europeia do Carvão e do Aço – CECA e Comunidade Econômica Europeia – CEE), inicialmente formadas por 6 países europeus no ano de 1957, passando a ter a denominação atual a partir do Tratado da União Europeia que foi assinado originariamente em Maastricht, em 07 de fevereiro de 1992, tendo sua última revisão significativa em Lisboa, em 13 de dezembro de 2007. Atualmente a UE é formada por 28 Estados-Membros.

social, proporcionando aos seus cidadãos um espaço de paz, segurança e justiça, sem fronteiras internas.<sup>55</sup>

Dentre os princípios característicos que regem o direito eurocomunitário destacam-se o da primazia do direito eurocomunitário sobre o ordenamento jurídico dos Estados-Membros, a aplicabilidade direta das normas eurocomunitárias, a uniformidade de sua aplicação em toda a extensão da UE e sua autonomia<sup>56</sup>.

Isto implica numa série de consequências, dentre as quais a de que o pacto eurocomunitário impõe inúmeras regras ao direito interno de seus Estados-Membros, relativas à coordenação das políticas dos Estados a ele vinculados<sup>57</sup>.

Assim, grosso modo, ainda que Portugal figure como um Estado independente, autônomo e soberano, num comparativo com o Estado brasileiro este acaba por revelar, ao menos em tese, maior flexibilidade na tomada de decisão de âmbito interno, possuindo maior autonomia, seja ela legislativa, administrativa, ou até mesmo judiciária, isso por não se encontrar tão incisivamente submetido a regras de um grupo econômico. Sob este aspecto, há que se observar que a UE tem exercido influência na aproximação dos regimes público e privado, bem como nas regras de direito de acesso à função pública portuguesa.

Prosseguindo neste comparativo, há também que se consignar que o Brasil possui sistema judiciário distinto do existente em Portugal, pois enquanto no Brasil vigora o sistema de jurisdição una, Portugal revela o sistema de jurisdição dual, ou seja, de Contencioso Administrativo<sup>58</sup>, tecnicamente inexistente no Brasil.

Entretanto, ponderando-se que ambos os países compartilham a mesma natureza de Estados Democráticos de Direito, de forte influência francesa no que tange à função pública, possuem ambos missões de serviço público em muitas

<sup>55</sup> Cf. art. 3º, do Tratado da União Europeia.

<sup>56</sup> DUARTE, Maria Luísa. *União Europeia: estática e dinâmica da ordem jurídica eurocomunitária*. Coimbra: Editora Almedina, 2011, p. 29.

<sup>57</sup> Note-se que teoricamente não existe hierarquia entre os Estados-Membros e a UE, o que há é a harmonização natural de poderes por força de um pacto de soberanias. Contudo, há que destacar a existência de discussões a respeito da realidade vivida pelos Estados-Membros, considerando-se que na prática os mesmos acabam por perder o monopólio da formulação da política interna, passando a existir o que se chama de "governança multinível". Ou seja, as decisões políticas, ao invés de ficarem restritas ao interior dos Estados, passam a contar com incisiva interferência supranacional da UE, o que por muitas vezes põe em causa questões relacionadas à mitigação da independência constitucional, comprometimento da autonomia política e esvaziamento da soberania das nações. Apesar da relevância das questões, limita-se a tais considerações por extrapolar o cerne do estudo proposto.

<sup>58</sup> Vide art. 212.º, n.º 3, da CRP/76, que prevê a competência dos tribunais administrativos e fiscais. Sobre a origem e evolução do contencioso administrativo português vide: PEREIRA DA SILVA, Vasco. *O contencioso administrativo no divã da psicanálise: ensaio sobre as acções no novo processo administrativo*. 2ª ed. atual., Coimbra: Editora Almedina, 2009.

partes em comum. Somando-se isto ao fato de que o Brasil foi por longos anos colonizado por Portugal, com enorme influência do Direito português, tais fatores revelam que a comparação não só é possível como enriquecedora, e que as inúmeras diferenças existentes devem ser consideradas.

Destarte, neste momento é cabível a análise da função pública dos Estados em estudo de maneira individualizada.

### **2.3.1. A Função Pública Burocrática Brasileira**

Sem adentrar no estudo das várias teorias<sup>59</sup> desenvolvidas na tentativa de explicar a natureza jurídica do vínculo existente na relação de trabalho estabelecida entre o agente público e o ente estatal, por fugir ao tema em apreço, importa registrar que no Brasil ainda se verifica a hegemonia da Teoria de Direito Público Unilateralista<sup>60</sup> no que tange à relação jurídica da função pública. Há, desse modo, o predomínio da forma de vínculo baseada no ato unilateral de nomeação, cujo regime jurídico é estatutário e estabelece os direitos e deveres existentes nas relações de trabalho entre os agentes públicos e o Estado, de maneira diferente da relação jurídica de direito privado.

Observe-se que há exceções a essa regra do ato unilateral, tendo como exemplos os casos dos agentes contratados temporariamente e dos agentes contratados pelas empresas públicas e sociedades de economia mista.

Neste ponto, torna-se relevante traçar uma classificação capaz de distinguir de forma sucinta a função pública brasileira.

#### *2.3.1.1 Espécies de agentes públicos no Brasil*

No Brasil, apesar de já na primeira constituição do Estado, de 1824, haver a previsão da admissão para “*Cargos Públicos Civis*” e da responsabilidade pelos

<sup>59</sup> Apenas a título de registro, convém consignar que existem várias teorias que tentam explicar a natureza jurídica do vínculo da função pública, dividindo-se basicamente em duas vertentes: as Teorias do Direito Público e as Teorias do Direito Privado. Encontrando-se dentre estas as correntes que defendem a natureza de contrato administrativo; de ato administrativo unilateral; de contrato regido pelo Direito Privado; de ato bilateral não contratual, dentre outras.

<sup>60</sup> Teoria, inicialmente defendida por HAURIUO e DUQUIT, segundo a qual o interesse público não pode ser objeto de contrato, não podendo ser transacionável, por força do princípio da supremacia e indisponibilidade do interesse público. Cf. MELO, Martinho Nobre de. *Op. cit.*, 1914, p. 46-47.

abusos e omissões praticadas no exercício das funções<sup>61</sup>, bem como na Constituição seguinte<sup>62</sup>, foi somente a partir da Constituição Brasileira de 1934 que se passou a dar especial atenção aos funcionários públicos. Dentre seus oito títulos especialmente dedicado aos mesmos, destaca-se aquele denominado “*Dos Funcionários Públicos*”<sup>63</sup>, o qual exigiu a sistematização de normas contendo seu regime jurídico (o Estatuto) e previu sua estabilidade, preenchidos certos requisitos de tempo no cargo.

Foi esta regra constitucional que efetivamente impulsionou a criação e publicação, em 1939, do primeiro Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União<sup>64</sup>, portanto já na vigência da Constituição de 1937, constituição esta que fixava alguns conceitos que foram inseridos no Estatuto.

O próximo conjunto de regras sistematizadas que sobreveio ao mencionado estatuto foi o Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União, de 1990, já fundamentado na Constituição de 1988, a denominada Constituição Cidadã, ambos em vigor até os dias atuais.

Diante do arcabouço jurídico mencionado, a doutrina brasileira, de modo geral, utiliza o termo genérico para se referir à pessoa que exerce função pública, seja a título permanente ou não, remunerado ou não, de “*agente público*”, sendo que dentro deste grupo há que se realizar uma divisão que revela a distinção entre *agentes políticos, servidores estatais e particulares em colaboração com a Administração*<sup>65</sup>.

De maneira sucinta, entende-se por *agente político* o agente cuja atividade esteja relacionada a funções de autoridade maior de governo ou de decisão que envolva a soberania nacional, representando a vontade do Estado, sendo eles titulares dos cargos estruturais da organização política do país. Segundo CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELO, “*sua função é a de formadores da vontade*

<sup>61</sup> Cf. inc. XIV e XXIX, do art. 179, da Constituição Política do Império do Brasil [sic], de 25 de março de 1824.

<sup>62</sup> Cf. arts. 73 e 82 da Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891.

<sup>63</sup> Cf. título VII – art. 168 e seguintes da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934.

<sup>64</sup> Decreto-Lei nº 1.713, de 28 de outubro de 1939.

<sup>65</sup> A classificação dos agentes públicos mais adotada no Brasil é a de Bandeira de Mello. Vide: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26ª ed., op. cit., p. 246-252. Porém, não é a única, havendo algumas diferenças não tão significativas em suas espécies, v. g., na doutrina de Di Pietro, que distingue as classificações denominando sua divisão principal entre *agentes públicos e servidores públicos*, subdividindo este último em funcionários públicos propriamente ditos, empregados públicos e servidores temporários. Vide: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 19ª ed., op. cit., p. 498/506.

*superior do Estado*<sup>66</sup>. A relação destes com o Estado não é de natureza profissional, mas sim política, exigindo, portanto, certa liberdade de atuação para o exercício das atribuições que vão além do simples administrar, não se encontrando vinculado ao regime jurídico comum, possuindo o seu próprio regime.

Fora dessa categoria, encontra-se o maior grupo de agentes públicos, o denominado *servidor estatal* (ou servidor público em sentido amplo), cujas subdivisões passam a ser enumeradas:

I. *servidores públicos* (em sentido estrito ou funcionários públicos propriamente ditos): são os agentes que atuam na administração direta, nas autarquias e nas fundações públicas de direito público, são *titulares de cargos públicos*, seguem o regime jurídico do Estatuto dos Servidores Públicos, portanto são comumente denominados *servidores estatutários*. Tal espécie de servidor estatal possui vínculo de dependência e o trabalho é de natureza profissional.

Tais servidores podem ser: nomeados para cargo de provimento efetivo, após aprovação em concurso público; nomeados para cargo em comissão ou função de confiança; e contratados temporariamente<sup>67</sup>, em casos excepcionais.

II. *servidor de ente governamental de direito privado*: aqueles que atuam na administração indireta de pessoa jurídica de direito privado, ou seja, nas empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas de direito privado.

---

<sup>66</sup> Registre-se que a definição de agente político não se encontra pacífica na doutrina brasileira, sendo que esta apresentada deriva da adotada por Celso Antonio Bandeira de Mello, cuja concepção é mais restritiva (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26ª ed., *op. cit.*, p. 246). Já Hely Lopes Meireles adota uma definição mais ampliada, entendendo que são agentes políticos aqueles que compõem o Governo em seus primeiros escalões, sendo investidos em cargos, mandatos, funções ou comissões, seja por nomeação, eleição, designação ou delegação para exercer atribuições constitucionais. Vide: MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 35ª ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2009, p. 77. Enquanto para Bandeira de Mello só são agentes políticos o Presidente da República, os Governadores, os Prefeitos e seus auxiliares imediatos (Ministros e Secretários), os Senadores, os Deputados e os Vereadores. Para Hely Lopes, além dos já mencionados, são os seguintes: os membros das Corporações Legislativas (Senadores, Deputados e Vereadores); os membros do Poder Judiciário (Magistrados em geral); os membros do Ministério Público (Procuradores da República e da Justiça, Promotores e Curadores Públicos), os membros dos Tribunais de Contas (Ministros e Conselheiros); os representantes diplomáticos e demais autoridades que atuem com independência funcional do desempenho de atribuições governamentais, judiciais ou quase-judiciais, estranhas ao quadro do servidor público. Vide ainda: LIMA, Rogério Medeiros Garcia de. *O direito administrativo e o poder judiciário*. 2ª ed., Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2002, pp. 77 a 89.

<sup>67</sup> O vínculo dos servidores públicos contratados temporariamente, encontra guarida constitucional no art. 37, inc. IX, servindo para atender necessidade temporária de excepcional interesse público. Seu regime jurídico é especial, estabelecido por lei que impõe o contrato como instrumento vinculatório que deve conter cláusulas muito próximas daquela contida no contrato de trabalho temporário da iniciativa privada, tendo, porém, muitas nuances do regime jurídico estatutário.

De acordo com o art. 173, §1º, inc. II da CRFB/88<sup>68</sup>, os empregados das empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica deverão se sujeitar ao regime jurídico dos trabalhadores privados, devendo-se isto às necessidades de livre iniciativa e liberdade concorrencial, características próprias de tais entes que possuem personalidade jurídica de direito privado. Seu pessoal é, portanto, ocupante de *emprego público*, cuja legislação encontra-se disposta na Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, motivo pelo qual são conhecidos como *empregados públicos celetistas*<sup>69</sup>.

Por derradeiro, fora da categoria de servidores públicos em sentido amplo, mas agindo como agentes públicos, encontram-se os *particulares em colaboração com a Administração*<sup>70</sup>, que são aqueles que em certo momento exercem função pública, mesmo que esporadicamente, sem perder a qualidade de *particular*. Destacam-se nesta categoria as pessoas requisitadas, tais como os mesários das eleições, os jurados dos Tribunais do Júri, os recrutados para o serviço militar obrigatório; os que trabalham em concessionários e permissionários de serviços públicos; os delegados de função ou ofício público, como os notários e oficiais de registro de serventias da Justiça não oficializadas; os voluntários ou particulares em “*sponte propria*”, como os agentes honoríficos, o amigo da escola e os médicos voluntários, dentre outros, todos considerados funcionários públicos para fins penais<sup>71</sup>.

Registra-se que o objeto deste trabalho, no tocante ao Brasil, restringe-se à análise dos servidores públicos em sentido amplo, ou seja, os servidores públicos em sentido estrito (os titulares de cargos públicos) e os servidores de ente governamental de direito privado (os empregados públicos ocupantes de empregos públicos), que são os agentes públicos que possuem relação de trabalho com a Administração Pública. Tal estudo não inclui, portanto, os agentes políticos e os particulares em colaboração com a Administração, tendo em vista que tanto nos mecanismos de formação de seu vínculo jurídico com o Estado quanto na natureza

---

<sup>68</sup> De acordo com a redação alterada pela EC n.º 19, de 1998.

<sup>69</sup> Muito embora os empregados públicos celetistas sejam regidos pela legislação trabalhista aplicável às demais relações de trabalho de direito privado, cuja competência legislativa é reservada privativamente à União, por conta de suas características e da finalidade a que se destinam, ainda assim sujeitam-se às normas constitucionais de direito público no que diz respeito aos requisitos para a investidura, acumulação de cargos, vencimentos, entre outros, o que lhes confere uma certa matiz de direito público.

<sup>70</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26ª ed., op. cit., p. 249-250.

<sup>71</sup> Art. 327 do CPB - Decreto nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940.

desta relação jurídica fogem ao cerne desta investigação que trata da relação de trabalho com a Administração Pública.

### 2.3.1.2 *A atual situação do Regime Jurídico dos Servidores Públicos da Administração Direta, das Autarquias e das Fundações Públicas*

O art. 39 da CRFB/88 estabelecia, em sua redação original, que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deveriam utilizar um único regime jurídico para seus servidores públicos.

A doutrina brasileira era praticamente unânime quanto à unidade de regime, mas divergia quanto à natureza do regime a ser adotado – se deveria ser obrigatoriamente o estatutário ou se poderia ser o trabalhista – e divergia também quanto a possibilidade de opção por ente, ou seja, se deveria ser um regime único igual para todos ou cada ente adotaria um único regime à sua opção.

JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO<sup>72</sup> defendia o entendimento de que a CRFB/88 apenas afastava a multiplicidade de regimes dentro da mesma pessoa política (seja da administração pública direta, autárquica ou fundacional), podendo cada ente optar pelo que melhor entendesse. No mesmo sentido era o entendimento de DI PIETRO<sup>73</sup>, que acrescentava que além de cada ente poder escolher o regime, entre estatutário e trabalhista, a constituição não proibia que o ente optasse por uma terceira alternativa, um regime contratual específico.

Contudo, a ministra do Supremo Tribunal Federal – STF, CARMEN LÚCIA<sup>74</sup>, em sua obra *Princípios constitucionais dos servidores públicos*, defendia a idéia de que deveria ser utilizado o regime estatutário, diferenciando aqueles que prestam serviço público dos trabalhadores em geral, em virtude do interesse público envolvido, registrando em sua obra que o dispositivo constitucional em questão objetivava pôr fim às desigualdades de tratamento existentes à época da promulgação da CRFB/88, em que se vivia um verdadeiro caos em matéria de regime jurídico dos servidores públicos, encontrando-se simultaneamente agentes públicos regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho ao lado de outros regidos

<sup>72</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24ª Edição Revista e Atualizada. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 555.

<sup>73</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19ª ed., *op.cit.*, 2006, p. 509-510.

<sup>74</sup> ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo: Editora Saraiva, 1999, p. 124/127.

por Estatuto de Servidor Público, ambos prestando as mesmas atividades e nos mesmo entes<sup>75</sup>.

BANDEIRA DE MELO<sup>76</sup>, por sua vez, adotava a idéia do regime jurídico estatutário como ideal para a relação entre agente público e Estado. Porém, o autor não entendia que o art. 39, da CRFB/88, determinava a sua adoção como obrigatória e exclusiva de tal regime, havendo também a possibilidade da adoção do regime trabalhista, não só nas contratações temporárias como também em casos excepcionais, nas relações para o desempenho de *atividades materiais subalternas*, sendo que para os agentes públicos o regime desejável seria o estatutário.

Tal posição de BANDEIRA DE MELO foi duramente criticada, sob o argumento de que não havia na Constituição qualquer referência de que os empregos públicos de regime laboral destinavam-se a atividades materialmente subalternas. Assim, prevaleceu na doutrina Brasileira que o regime jurídico único a ser aplicado aos servidores públicos era o estatutário.

Ocorreu, todavia, que em 1998<sup>77</sup> sobreveio a Emenda Constitucional n.º 19, que alterou o texto do art. 39, retirando a expressão que determinava a adoção de um único regime jurídico, admitindo, portanto, a adoção de diversos regimes a reger os agentes públicos.

Ainda assim, alguns doutrinadores de peso permaneceram sustentando a necessidade de se adotar o regime estatutário como regra. Com base nesta doutrina, alguns partidos políticos ajuizaram no STF uma Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI<sup>78</sup>, com pedido de liminar, visando suspender a vigência do *caput* do art. 39 da CRFB/88, com a redação que lhe foi dada pela EC n.º 19, a fim de que fosse mantida a redação original do dispositivo com a regra do regime jurídico único obrigatório.

<sup>75</sup> Registre-se que a Constituição de 1967, admitia que na administração direta coexistissem agentes públicos cujas relações de trabalho de alguns eram regidas pelo Estatuto, de outros pela legislação laboral de direito privado e outros ainda por um regime jurídico híbrido (cf. art. 104 – quando admitidos temporariamente para obras ou para funções técnicas ou especializadas).

<sup>76</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 26ª ed., *op. cit.*, p.261.

<sup>77</sup> No ano de 1988, com a EC n.º 19, iniciaram-se projetos de reforma administrativa no Brasil e, em decorrência dos novos rumos constitucionalmente traçados, sobreveio a Lei Federal n.º 9.962, de 22/02/2000, cujo objetivo era inserir o regime trabalhista comum na relação existente entre a generalidade dos agentes públicos e o Estado, disciplinando o regime de emprego público do pessoal da Administração federal direta, autárquica e fundacional. Contudo, por força da ADI n.º 2135-DF, a referida lei encontra-se com a sua eficácia suspensa.

<sup>78</sup> Cf. julgado pelo STF, Pleno, em Medida Cautelar na ADI n.º 2135-DF. Rel.: Min. Néri da Silveira. Rel. para acórdão: Min. Ellen Gracie. Publicado em DJUE no dia 07/03/2008. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 20/07/2014. Obs.: os acórdãos do STF doravante mencionados têm a mesma localização eletrônica.

Assim, atualmente, por força da medida cautelar na ADI, que suspendeu a eficácia da referida emenda constitucional no dispositivo em comento<sup>79</sup>, ainda se aplica o regime jurídico estatutário como único instrumento normativo regente das relações de trabalho entre os agentes públicos da administração direta, das autarquias e fundações de direito público, salvo exceção constitucionalmente prevista, aguardando-se a decisão do mérito da ADI.

Assim, a doutrina mantém o cenário anterior de divergências acerca do regime jurídico que a redação originária do art. 39 pretendeu estabelecer, sendo que, na prática, a Administração Pública utiliza o regime jurídico único estatutário na administração pública direta, autarquias e fundações, e o regime laboral comum nas empresas públicas e sociedades de economia mista.

Contudo, é de se destacar que o assunto relativo à natureza da relação jurídica entre os servidores públicos e o Estado ainda se encontra em um momento em que as decisões que forem adotadas podem estabelecer os novos caminhos a serem traçados pela função pública brasileira, sendo de grande relevância a sua problematização e a reflexão, podendo ser retirado valioso conteúdo das lições da evolução portuguesa.

### 2.3.1.3 O conflituoso Regime Jurídico dos “Empregados Públicos” das Empresas Públicas e das Sociedades de Economia Mista

Em relação às empresas públicas e sociedades de economia mista brasileiras, exploradoras de atividade econômica, que são entes da administração indireta de personalidade jurídica de direito privado, a própria Constituição, em seu art. 173, §1º, inc. II, determina o emprego do regime jurídico trabalhista, devendo-se isto às necessidades próprias da livre iniciativa e liberdade de concorrência que lhes são peculiares.

Porém, estabelece-se aí uma situação curiosa, pois embora a CRFB/88 tenha determinado que tais agentes que atuam em *entidades exploradoras de atividade econômica* sejam regidos pelo regramento jurídico trabalhista, não se pode olvidar

---

<sup>79</sup> Registre-se que a decisão de suspensão do texto constitucional fundamentou-se no fato de que a proposta de alteração do *caput* do artigo 39 não foi aprovada pelo quórum necessário na Câmara dos Deputados (maioria qualificada de 3/5), tendo efeito *ex nunc* a contar da data da decisão (02/08/2007). DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella e outros. *Servidores públicos na Constituição de 1988*. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 8.

que ainda assim tais normas deverão sofrer afetação das normas de ordem pública constitucionalmente delineadas. Portanto, o que se verifica na realidade é que se trata de um terceiro gênero de agentes que nem são regidos inteiramente por normas de direito privado tampouco são inteiramente regidos por normas de direito público.

Outra situação, ainda mais complexa, diz respeito ao regime jurídico do pessoal que compõe as empresas públicas e sociedades de economia mista *que não empreendem atividade econômica*, ou seja, aquelas que são prestadoras de serviço público<sup>80</sup>. A referida complexidade é decorrente do dispositivo constitucional contido no §1º do art. 173 da CRFB/88.

Para compreensão da questão, convém registrar que a redação original do §1º do art. 173 da CRFB/88 continha em seu teor a referência de que *“a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica”* são sujeitas ao regime jurídico das empresas privadas, incluindo aí as obrigações trabalhistas e tributárias.

Ocorreu que a EC n.º 19/1998 alterou a redação do §1º do art. 173 da CRFB/88 e inseriu incisos em sua redação para constar, dentre outras, a regra de que deverá ser estabelecido por lei o estatuto jurídico da empresa pública e da sociedade de economia mista exploradoras de atividade econômica, sujeitando-as ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações trabalhistas<sup>81</sup>.

Assim, a situação posta é a seguinte: a CRFB/88, por um lado, determina a utilização do regime jurídico único obrigatório para a administração direta, as autarquias e as fundações pública; por outro lado determina a utilização do regime jurídico trabalhista próprio da iniciativa privada às empresas públicas e sociedades de economia mista que exploram atividade econômica. Ao fim, entretanto, nada diz a respeito das empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviço público.

---

<sup>80</sup> O Ministro aposentado do STF, Eros Grau, esclarece que quando a ação do Estado por meio de empresa pública ou sociedade de economia mista se dá em área de titularidade do setor privado há propriamente uma *intervenção estatal* em atividade econômica, mas quando a ação se dá na área de sua própria titularidade há uma verdadeira *atuação estatal* na prestação do serviço público. Cf. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 10ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2005, p. 94.

<sup>81</sup> Cf. Inciso II, §1º, do art. 173, com redação dada pela EC nº 19, de 1998.

A atual redação do mencionado dispositivo constitucional, além de manter tal situação que já era problemática e polêmica na antiga redação, trouxe um novo problema ao excluir a expressão “*outras entidades que explorem atividade econômica*”, uma vez que com a antiga redação, uma autarquia ou fundação pública que explorasse atividade econômica poderia ser tratada com o regime jurídico mais adequado, próprio do setor privado, por força de expressa previsão constitucional, o que deixou de ser possível a partir da nova redação.

Acerca desse assunto, EROS GRAU afirma que quando se trata de serviço público a atividade desempenhada deve seguir o *regime de serviço público*<sup>82</sup>, mas faz registrar também que em relação às empresas públicas e sociedades de economia mista, sejam prestadoras de serviço público ou exploradoras de atividade econômica em sentido estrito, impõe-se distinguir “*entre diversos níveis ou modelos de regimes jurídicos*”.

Explica-se o ex-Ministro exemplificando que, ao se tratar de empresas estatais que desenvolvem tanto atividade econômica quanto prestam serviços públicos, deve-se ter em vista ambos os tipos de atuação, devendo ser construídos “*modelos específicos de regimes de Direito Público e Direito Privado*”<sup>83</sup>, levando-se sempre em consideração a ponderação do conteúdo e da finalidade dos princípios que os informam, bem como os seus diversos níveis de incidência.

Parece razoável a ideia exposta, mas o fato é que o tema se revela um tanto tormentoso, não havendo consonância na doutrina acerca dos rumos a serem adotados nesse aspecto da função pública brasileira, o que acaba por refletir no âmbito jurisdicional que diariamente se defronta com a matéria, decidindo de modo casuístico.

De qualquer maneira, tendo em vista que um maior aprofundamento acerca das peculiaridades das empresas públicas e sociedades de economia mista representaria uma abertura demasiadamente ampla que fugiria ao tema proposto, importa registrar que a regra constitucional, que submete tais entes ao regime jurídico próprio das empresas privadas, não as dispensa da aplicação da regra geral

---

<sup>82</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. Op.cit., p.119. Nesse mesmo sentido: SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 26ª ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p. 657.

<sup>83</sup> GRAU, Eros Robert. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. op. cit., p.120.

do concurso público para investidura em cargo ou emprego público, conforme preceituado no art. 37, inc. II da CRFB/88<sup>84</sup>.

Todavia, devido aos aspectos próprios acima mencionados, em determinadas hipóteses relativas às entidades exploradoras de atividades econômicas admite-se a exceção à regra geral do concurso público, uma vez que, em razão da própria atividade que exercem, dispõem de certa liberdade para contratar empregados<sup>85</sup>, isso por força da interpretação do disposto no art. 173, §1º, inc. II da CRFB/88.

#### 2.3.1.4 A Questão dos Contratados Temporários

Outra questão que também merece atenção é a que diz respeito ao pessoal contratado por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público. Esse grupo é dispensado da regra do concurso público por conta da exceção estabelecida no inc. IX do art. 37 da CRFB/88, diante da urgente necessidade de contingente de pessoal para situações incomuns e eventuais que fujam à normalidade. E, justamente em virtude da urgência ou emergência, é que o concurso público se torna inviável, tendo em vista não haver tempo hábil para a realização do seu procedimento<sup>86</sup>.

Todavia, o mencionado dispositivo constitucional determina que as diversas unidades da federação estabeleçam os casos de contratação temporária por meio de lei. Neste diapasão convém registrar que a dispensa do concurso não pode

---

<sup>84</sup> Neste sentido vide: STJ, 1ª Turma, AgRgAg 680939-RS, Rel. Min. Eros Grau, Publicado no DJUE em 01.02.2008. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acessado em 20/07/2014. Obs.: os acórdãos do STJ doravante mencionados têm a mesma localização eletrônica.

<sup>85</sup> Quando comprovadamente se tornar inviável a realização do recrutamento por meio do concurso, por se revelar um óbice intransponível para a execução normal das atividades econômicas, em virtude da própria seleção típica e necessária do mercado de trabalho do setor privado que rapidamente absorve os melhores profissionais de alta especialização, é possível, excepcionalmente, a dispensa do concurso, devendo ser devidamente justificada e, ainda assim, observar os princípios constitucionais da igualdade, impessoalidade, imparcialidade, moralidade, eficiência, dentre outros, no mecanismo que for utilizar. Neste mesmo sentido exemplifica BANDEIRA DE MELLO, aludindo às situações em que se buscam profissionais especializados de rápida absorção pelo mercado, ou em que o procedimento do concurso viesse a bloquear o desenvolvimento das atividades normais do setor, entendendo o autor que tal inteligência compatibiliza ambas as regras, desde que haja razões suficientes que justifiquem a dispensa do concurso. MELLO, Celso Antônio Bandeira, *Curso de Direito Administrativo*. 26ª ed., *Op. cit.*, p.280.

<sup>86</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira, *Curso de Direito Administrativo*. 26ª ed., *Op. cit.*, p.281.

resultar em contratação direta, sendo obrigatória a realização de processo seletivo simplificado<sup>87</sup> para o recrutamento e seleção dos contratados temporários.

Impõe destacar que a utilização da contratação temporária como mecanismo de admissão de pessoal na administração pública exige muita prudência. Devido à característica de temporariedade e excepcionalidade, entende-se que fica afastada a possibilidade deste tipo de contratação para as denominadas atividades típicas de Estado<sup>88</sup>, tais como magistratura, advocacia pública, diplomacia etc., devendo ser exercidas apenas por servidores de carreira e com vínculo permanente com o Estado, afastando-se, assim, os vínculos de natureza precária de tais *munus*.

### **2.3.2 A Função Pública Portuguesa e a Fuga para o Direito Privado**

Apesar de não ser objeto do presente estudo a análise aprofundada da reconstrução da identidade da função pública, em consequência das inúmeras e recentes alterações legislativas sobre a matéria em Portugal, onde entrou em vigor no recente 1º de agosto de 2014 a Lei nº 35/2014, de 20 de junho, cujo anexo é intitulado de Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas (LTFP), revogando, dentre outras, a também recente Lei nº 12-A/2008, de 27 de fevereiro – Lei de Vínculos, de Carreiras e de Remuneração dos trabalhadores que exercem funções públicas (LVCR), que estabelecia os regimes de vinculação, de carreiras e de remunerações dos trabalhadores que exercem funções públicas, ainda assim será útil um estudo que traga à baila a evolução de conceitos e a denominada fuga para o direito privado da função pública.

A Constituição da República Portuguesa de 1976 foi quem conferiu dignidade constitucional à função pública, estabelecendo princípios e regras que devem nortear seu regime jurídico.

Verifica-se que, apesar de sua localização geográfica no velho continente, o país demorou um pouco a engrenar nos moldes do Estado Social. Contudo, no dizer

---

<sup>87</sup> Além da forma excepcional de acesso à função pública, por meio da contratação temporária prevista no art. 37, IX, da CRFB/88, a EC nº 51/2006, que deu nova redação ao art. 198 da Constituição, incluindo, dentre outros, os §§ 4º e 5º, trouxe outra exceção à regra do concurso, permitindo a admissão de agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias, por meio de processo seletivo público.

<sup>88</sup> Segundo Hely Lopes, a contratação temporária que envolva cargos que desenvolvam tais atividades típicas de Estado caracterizam fraude à Constituição. MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 384.

de VEIGA E MOURA<sup>89</sup>, “*não demorou muito a perceber certa falência do modelo estatutário da função pública*”, que além de não satisfazer as aspirações de seus agentes públicos, não permitia a eficiência e a rentabilidade necessárias à manutenção da Administração<sup>90</sup>.

Assim, rumou a Administração Pública em busca de mecanismos do Direito Laboral como a solução de seus problemas<sup>91</sup>, tomando para si os denominados fenômenos privatizadores<sup>92</sup>.

A influência do regime jurídico privatístico na relação de emprego público português começou a concretizar-se com a entrada em vigor dos Decretos-Lei n.º 184/89 e n.º 427/89<sup>93</sup>, que inseriu no sistema jurídico português a possibilidade de se estabelecer contratos de trabalho a termo certo para as empresas públicas, possibilidade esta que posteriormente foi alargada também para os institutos públicos. Inicialmente, permitia-se esta modalidade de relação jurídica apenas para as situações de caráter transitório, depois passou-se a admitir em situações de caráter permanente, e em seguida se alargou tal possibilidade ao pessoal auxiliar de toda a Administração Pública.

Porém, foi por meio da Resolução do Conselho de Ministros n.º 95/2003<sup>94</sup>, de 30 de junho, que se declarou inequivocamente a intenção do governo de diminuir a “máquina estatal”, cujas altas despesas públicas se mostravam insustentáveis. A referida resolução declarava premente a necessidade de uma reforma na Administração Pública, designadamente na função pública, e traçava as linhas gerais da progressiva transformação que viria.

<sup>89</sup> VEIGA E MOURA, Paulo. *A privatização da função pública. Op. cit.*, 2004, p. 381

<sup>90</sup> Nessa altura nem o Estado era tido como empregador, nem o trabalhador era assim considerado, mas ao contrário, como bem registrou Cláudia Viana, “*o Estado surgia como representante do interesse público e o particular era um mero agente desse mesmo interesse*”, sendo tido o agente como elemento da “*máquina*” administrativa. VIANA, Cláudia. *Contrato de Trabalho em Funções Públicas: Privatização ou Publicização da Relação Jurídica de Emprego Público*, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia. Vol. II. Coimbra: Editora Coimbra, 2010, p.278/279.

<sup>91</sup> Impõe registrar, como bem salientou Ana Neves, que a “função pública” está em contínua evolução, fazendo parte das reformas administrativas em todos os programas de governo, em busca de respostas a questionamentos intrínsecos sobre sua própria identidade. Vide: NEVES, Ana Fernanda. *Relação Jurídica de emprego público. Movimentos fractais, diferença e repetição*. Coimbra: Editora Coimbra, 1999, p. 11.

<sup>92</sup> ESTORNINHO, Maria João. *Op Cit.*, 1996, p. 47 e 48.

<sup>93</sup> Observe-se que os referidos Decretos-Lei n.º 184/89 e n.º 427/89, inicialmente permitiam apenas a constituição da relação jurídica de emprego de nomeação e de contrato de pessoal, proibindo formas diferentes das previstas, cf. art. 43º, n.º1, dos Decretos-Lei n.º 184/89 e n.º 427/89.

<sup>94</sup> A Resolução do Conselho de Ministros n.º 95/2003 condensou e aprovou as linhas gerais que orientaram o início da reforma administrativa portuguesa. Vide publicação no Diário da República n.º 174/2003, Série I-B de 30.07.2003.

Na sequência, sobreveio a Lei n.º 23/2004 que oficializou o movimento privatístico, autorizando alternatividade<sup>95</sup> da utilização do contrato de trabalho por tempo indeterminado na Administração Pública Direta e Indireta, exceto para cargos que exerciam poderes de autoridade e soberania<sup>96</sup>.

Assim, vigorava a possibilidade de utilização de quatro tipos de vínculo na relação de trabalho entre agente público e Estado, quais sejam: Nomeação, Contrato administrativo de provimento, Contrato de trabalho a termo certo e Contrato individual de trabalho.

Sem adentrarmos nas especificidades de cada tipo de vínculo, o que importa é destacar que durante este período notava-se uma diversificação de direitos muito ampla no seio da Administração, fosse ela direta ou indireta, sem que fosse possível perceber o critério que distinguisse justificadamente a opção pela adoção de um ou de outro regime jurídico<sup>97</sup>, chegando-se a situações extremas. Diga-se, como um dos exemplos mais gritantes destas situações, a questão da estabilidade da relação jurídica: ao passo que o individualmente contratado pela Administração Pública fazia jus apenas a proteções mínimas, comuns à generalidade dos trabalhadores do setor privado, o funcionário público nas mesmas condições gozava de uma ampla estabilidade em seu cargo, própria do regime público<sup>98</sup>.

Registre-se um dado que torna a situação ainda mais alarmante: era comum que ambos os agentes públicos desempenhassem exatamente as mesmas atividades perante o mesmo serviço, sendo que o nomeado tinha seus litígios

<sup>95</sup> A Lei n.º 23/2004 é tida pela doutrina como um importante passo de mudança do modelo de função pública até então vigente, tendo em vista que substituiu a regra geral de regime de nomeação do trabalhador da Administração Pública para uma regra geral de alternatividade entre este ou o contrato de trabalho por tempo indeterminado. Vide: VIANA, Cláudia. *Contrato de trabalho em funções públicas*. Op. cit., 2010, p. 290.

<sup>96</sup> RAMALHO, Maria do Rosário Palma; BRITO, Pedro Madeira de. *Contrato de trabalho na Administração Pública: anotação ao regime jurídico aprovado pela Lei n.º 23/2004, de 22 de Junho*. 2.ª ed., Coimbra: Editora Almedina, 2005, p. 13.

<sup>97</sup> Cf. VIANA, Cláudia. *Contrato de trabalho em funções públicas*. Op.cit., 2010, p. 291.

<sup>98</sup> Quanto à diferenciação dos vínculos que existiam, há que se registrar que a questão nem sempre foi tratada assim pela jurisprudência, pois inicialmente a adoção do regime do contrato individual de trabalho era considerado excepcional. Neste sentido são os Acórdãos n.º 129/99 e 162/2003 do Tribunal Constitucional - TC, julgados em 03/03/1999 e 25/03/2003, respectivamente, onde no primeiro acórdão o Tribunal declarava inconstitucional a norma de um instituto público que autorizava a celebração de um contrato de trabalho sem termo determinado, e a segunda, ao declarar constitucional situação análoga o fez deixando registro de tratar-se de caso excepcional, por se tratar de instituto público, sob a forma de um serviço personalizado, cujas disposições estatutárias criavam uma exceção aos princípios básicos definidores do regime e âmbito da função pública. Acórdãos do TC disponível em: <[www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)> Acesso em: 06/06/2016 (os acórdãos do TC doravante mencionados têm a mesma localização eletrônica).

julgados pelo Tribunal Administrativo e o contratado era julgado perante o Tribunal do Trabalho, isso por força da adoção de regimes jurídicos diversos<sup>99 100</sup>.

Em casos de funções de natureza e continuidade diversas, em que um nomeado exercia funções próprias de serviço público de caráter permanente, e o contratado a termo exercia funções subalternas de caráter transitório, até se poderia compreender uma desigualdade de tratamento. Porém em casos de contratação por tempo indeterminado em que a função exercida era substancialmente idêntica a de um outro nomeado, nada justificava um tratamento tão diferente, sendo que o que diferenciava um tratamento do outro era o tipo de vínculo que havia formalizado a admissão.

Tal ânsia privatizadora, que trouxe a coexistência alternativa de regimes, não se deu de forma estruturada e planejada, o que acabou por causar o completo desconjuntamento da gestão administrativa, sem claros critérios que justificassem a distinção dos regimes adotados, trazendo sérias dúvidas acerca do respeito aos princípios constitucionais, tais como o princípio da igualdade, os princípios regentes da função pública e, conseqüentemente, o princípio do juiz natural<sup>101</sup>.

Nota-se que a CRP/76, do mesmo modo que a brasileira, ao longo de seu texto, estipulou as bases do regime da função pública, tais como acesso à função,

---

<sup>99</sup> Há que se observar que os Tribunais do Trabalho eram competentes para dirimir os litígios relativos ao contrato individual de trabalho na Administração Pública, isso por força da disposição contida no art. 4º, n. 3, d, do ETAF, que excluía tal relação jurídica do rol das competências dos Tribunais Administrativos. No entanto, o art. 10º da Lei nº 59/2008 alterou expressamente o referido dispositivo do ETAF e, ao acrescentar na redação que “os litígios emergentes dos contratos de trabalho em funções públicas fazem parte da competência dos Tribunais Administrativos”, ampliou a delimitação da esfera de competência da jurisdição administrativa. Sobre a delimitação da esfera de jurisdição segundo os vínculos e regimes jurídicos do emprego público, vide: NEVES, Ana Fernanda. *Contencioso da função pública I*. In Temas e problemas de processo administrativo. 2ª ed. rev. e atual. Coord. Vasco Pereira da Silva. Intervenções do Curso de Pós-graduação sobre Processo Administrativo (“e-book”), ICJP, Lisboa, 2011, p. 261/267. Disponível em: <[http://icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook\\_processoadministrativoii\\_isbn\\_atualizado\\_jan2012.pdf](http://icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_processoadministrativoii_isbn_atualizado_jan2012.pdf)>. Acesso em: 05/12/2011.

<sup>100</sup> É importante fazer constar que à época, mesmo que aplicável o Código do Trabalho para os casos de contrato individual de trabalho na Administração Pública, ainda assim vigoravam algumas características mínimas jus-administrativa de parâmetros constitucionais, tais como respeito a alguns deveres especiais muito semelhantes aos dos nomeados; obrigatoriedade de se realizar procedimento seletivo prévio; respeito ao limite remuneratório aplicável aos funcionários públicos em geral etc. Além disso, já havia o entendimento de que tais trabalhadores de vínculo de contrato individual da Administração Pública gozavam de tratamento similar aos demais trabalhadores precários do setor privado. Nesse sentido é o ilustrativo Ac. proveniente do CA do Tribunal Central Administrativo Sul, no processo n. 03722/2008, julgado em 14/06/2012. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt>> Acesso em: 06/06/2016 (os acórdãos dos Tribunais Administrativos doravante mencionados têm a mesma localização eletrônica).

<sup>101</sup> Muito embora fosse admitida a existência de relações de emprego de natureza privada, a regra ainda continuava sendo a do regime da função pública, cf. ressalta Cláudia Viana. Vide: VIANA, Cláudia. *Contrato de trabalho em funções públicas*. Op. cit., p. 292.

englobando direito à carreira e à promoção (art. 47, n.º 2); seu regime disciplinar (art. 269, n.º 3); proibição de acumulação de cargos e empregos públicos (art. 269, n.º 4); regime de incompatibilidades (269, n.º 5); regime de responsabilidades (art. 22 e 271); regime de subordinação hierárquica (art. 271, n.ºs 2 e 3) dentre outros, denotando que há uma necessidade de que os trabalhadores que exercem seu labor perante entidades que prestem serviços públicos utilizem de um regime jurídico diverso dos trabalhadores em geral.

Ocorre que a Constituição Portuguesa, diversamente da Brasileira, não estabeleceu um único regime como obrigatório<sup>102</sup>, determinando que a lei definisse os termos do regime jurídico da função pública. Assim, o legislador sentiu-se autorizado para livremente rumar para a privatização da função pública, sem utilizar qualquer critério para a adoção da modalidade do contrato de trabalho, deixando de lado muitos dos valores constitucionais que deveriam ser considerados, permitindo a coexistência de um regime público e de um regime privado dentro da Administração Pública, utilizados de maneira indiscriminada, ao livre arbítrio do administrador.

A seu tempo, a reforma da função pública portuguesa prosseguiu por meio da entrada em vigor da Lei n.º 12-A/2008 – LVCR<sup>103</sup>; da Lei n. 59/2008 – Lei dos contratos de trabalho em função pública; e da Lei n. 58/2009 – Estatuto disciplinar da função pública, de modo que os antigos Decretos-Lei n.º 184/89 e n.º 427/89, juntamente com seus alteradores, foram expressamente revogados pela LVCR, bem como a Lei n.º 23/2004 foi expressamente revogada pela Lei n.º 59/2008<sup>104</sup>.

O regime jurídico-administrativo passou a designar “trabalhador que exerce função pública” a todos os trabalhadores, independente da modalidade de vinculação e de constituição da relação jurídica de emprego público em qualquer organismo ou serviço público, englobando, portanto, o nomeado, o contratado em

<sup>102</sup> Nesse sentido vide os Acórdãos n.º 4/2003, julgado em 07/01/2003 pelo TC, e, posteriormente, a questão foi tratada no emblemático Ac. n.º 154/2010 do TC, julgado em 20/04/2010, ao analisar a constitucionalidade de dispositivos da Lei n.º 12-A/2008, onde se assentou que a Administração Pública não possui a mesma margem de liberdade de autonomia que possui a iniciativa privada. Entretanto ponderou que tal diversidade estrutural não constitui óbice à adoção de modelos contratuais na relação de emprego da Administração Pública. Consta ainda no acórdão que compete ao legislador decidir sobre o modo de concretização das normas da Constituição, não sendo possível depreender da constituição nenhum mandamento que vincule o legislador a uma “visão” invariável do Estado, ou a um tão detalhado programa que não seja possível a alteração do modelo de constituição de relação de emprego público.

<sup>103</sup> A LVCR, de 27 de fevereiro de 2008, foi expressamente revogada pela atual LTFP, de 20 de junho de 2014, com exceção das normas transitórias abrangidas pelos artigos 88.º a 115.º, cf. alínea “c” do n.º 1 do artigo 42.º da LTFP.

<sup>104</sup> Cf. art. 116º, da LVCR e art. 18º, “f”, da Lei nº 59/2008, exceto os art. 16º, 17º e 18º desta.

regime de contrato de trabalho em função pública, o de comissão de serviço, utilizando, de acordo com VEIGA E MOURA<sup>105</sup>, um critério orgânico. Em outras palavras, um critério que abrange a quase totalidade dos que se encontram exercendo funções ou prestando serviços públicos, independentemente do regime de vínculo e de constituição da relação de emprego.

Dentre as inovações mais marcantes trazidas pela LVCR destaca-se a inversão da regra da modalidade do vínculo constitutivo das relações jurídicas de natureza permanente em funções predominantemente técnicas, que usualmente se perfazia por nomeação, passando a ter um vínculo por contrato de trabalho em funções públicas, inclusive com o fim da garantia da estabilidade da relação jurídica<sup>106</sup>.

Na sequência, com a finalidade de aproximar ainda mais as regras da função pública às laborais da iniciativa privada, inclusive com inúmeras remissões expressas à aplicação do Código do Trabalho<sup>107</sup>, bem como de unificar as normas relacionadas à função pública que se encontravam em textos normativos esparsos, foi promulgada a Lei n.º 35/2014, de 20 de junho, cujo anexo já mencionado é denominado de Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas – LTFP, que entrou em vigor no dia 01 de agosto de 2014. Esta conjuga atualmente, em um único diploma, os regimes de vinculação, de carreira e de remunerações; do contrato de trabalho; disciplinar dos trabalhadores, da duração e horário do trabalho, de férias, faltas e licenças; de trabalho em tempo parcial, dentre outros.

Oportuno, porém, o registro de que mesmo com a revogação de inúmeros textos normativos, com o intuito de unificar o regramento relativo ao trabalhador em funções públicas, ainda assim algumas normas permaneceram em vigor, não sendo abarcada pela LTFP, como por exemplo a Portaria n.º 83-A/2009, de 22 de janeiro, que regulamenta a tramitação do procedimento concursal<sup>108</sup>, regulamento este que a própria LTFP expressamente faz remissão<sup>109</sup>.

<sup>105</sup> VEIGA E MOURA, Paulo; e ARRIMA, Cátia. *Os novos regimes de vinculação, de carreiras e de remunerações dos trabalhadores da Administração Pública: comentários à Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro*. 2ª ed., Coimbra: Editora Coimbra, 2010, p. 13. Registra ainda o autor que, por força do Acórdão n.º 620/2007 do TC, publicado em 14/01/2008, ficam de fora do âmbito subjetivo de aplicação do diploma legal em questão os juízes e os magistrados do Ministério Público.

<sup>106</sup> Sobre a constitucionalidade da norma vide o já mencionado Acórdão n.º 154/2010 do TC, julgado em 20/04/2010.

<sup>107</sup> Aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro.

<sup>108</sup> Outras normas relacionadas ao tema “trabalhadores em funções públicas” que não encontraram acolhida na LTFP são: Lei n.º 66-B/2007, de 28 de dezembro: Sistema integrado de gestão e avaliação do desempenho na Administração Pública; Decreto Regulamentar n.º 14/2008, de 31 de

### 2.3.2.1 Modalidades de relação jurídica de emprego público em Portugal

A partir da LVCR a função pública portuguesa passou a contar com três modalidades de relações jurídicas de emprego público, mantidas na atual LTFP, quais sejam: nomeação; comissão de serviço; e contrato de trabalho em funções públicas<sup>110</sup>.

Assim, os trabalhadores nomeados<sup>111</sup> são, basicamente, aqueles cujas atribuições envolvam o exercício de poderes de autoridade e soberania, categoria esta que passou a ter caráter residual, permanecendo com o vínculo constitutivo da relação jurídica unilateral.

Já os trabalhadores em comissão de serviço<sup>112</sup> são aqueles cujo exercício da função não seja inserido em carreira, como os dirigentes, ou que trate da frequência de curso de formação específico ou da aquisição de certo grau acadêmico ou título profissional antes do período experimental.

Todos os demais trabalhadores, que configuram o corpo técnico da Administração Pública portuguesa, possuem o vínculo formado por um ato bilateral, denominado contrato de trabalho em funções públicas, que pode se dar por tempo indeterminado ou a termo resolutivo, fazendo parte tanto da Administração direta quanto da indireta, sendo esta modalidade de vínculo a regra geral<sup>113</sup>.

---

julho: Identifica os níveis da tabela remuneratória única dos trabalhadores que exercem funções públicas; Portaria n.º 1553-C/2008, de 31 de dezembro: Aprova a tabela remuneratória única dos trabalhadores que exercem funções públicas; Lei n.º 80/2013, de 28 de novembro: Regime jurídico da requalificação de trabalhadores em funções públicas; Portaria n.º 213/2009, de 24 de fevereiro: Regulamenta o Curso de Estudos Avançados em Gestão Pública (CEAGP); Lei n.º 102/2009, de 10 de setembro: Regime Jurídico da Promoção da Segurança e Saúde no Trabalho; Decreto-lei n.º 503/99, de 20 de novembro: Regime jurídico dos acidentes em serviço e das doenças profissionais no âmbito da Administração Pública; Decreto-Lei n.º 50/98, de 11 de março: Reformula o regime jurídico da formação profissional na Administração Pública; Lei n.º 2/2004, de 15 de janeiro: Estatuto do pessoal dirigente dos serviços e organismos da administração central, regional e local do Estado; Decreto-Lei n.º 89/2009, de 9 de abril: Regulamenta a proteção na parentalidade, no âmbito da eventualidade maternidade, paternidade e adoção, dos trabalhadores que exercem funções públicas integrados no regime de proteção social convergente; Decreto-Lei n.º 91/2009, de 9 de abril: Estabelece o regime jurídico de proteção social na parentalidade no âmbito do sistema previdencial e no subsistema de solidariedade; Decreto-Lei n.º 242/2009, de 16 de setembro: Dispensa a obrigatoriedade de atestado médico; Decreto-Lei n.º 74/70, de 2 de março: Regime indenizatório.

<sup>109</sup> Cf. art. 41º, n.º 1, b, ii, da LTFP.

<sup>110</sup> Cf. art. 6º, nº 3 da LTFP.

<sup>111</sup> Cf. art. 8º, da LTFP.

<sup>112</sup> Cf. art. 9º, da LTFP.

<sup>113</sup> Cf. art. 7º da LTFP.

Oportunamente, há que se registrar a exceção à regra da unidade de regime jurídico administrativo que diz respeito às entidades públicas empresariais, cuja Lei-quadro não fora revogada pela LVCR, persistindo o regime jurídico laboral. Além delas, os institutos públicos de regime especial e algumas empresas públicas constituídas em regime comercial se encontram excluídas da abrangente LVCR, estando também submetidas ao regime jus-laboral, podendo inclusive, conviver com uma diversidade de regimes jurídicos no mesmo ente, cite-se como exemplo os hospitais integrados do Serviço Nacional de Saúde<sup>114</sup>.

Há que se observar ainda que, com a entrada em vigor do regime da LVCR, em janeiro de 2009, todos os agentes públicos que possuíam o vínculo de nomeação, sem possuir as condições exigidas pelo art. 10º da LVCR, isto é, aqueles cujas funções fossem meramente técnicas, sem a exigência de poderes de autoridade e soberania, transmutaram automaticamente seu vínculo para o de contrato de trabalho, possuindo, contudo, características de um regime de transição<sup>115</sup>. Entretanto, os novos contratados passaram a ter o regime próprio de contrato de trabalho em função pública. Tal contrato de trabalho da função pública tem natureza administrativa diversa dos contratos individuais de trabalho regidos pelas leis trabalhistas.

Assim, em que pese a legislação tenha declarado tratar-se de uma relação jurídica instituída por instrumento bilateral, de natureza consensual, numa relação de trabalho subordinado, com várias nuances próprias da relação jus-laboral, verifica-se que esta mesma lei trouxe à função pública direitos de natureza pública diversa da relação jurídica laboral, tal qual a submissão a certas regras de regime público impostas unilateralmente, com um sistema disciplinar próprio mais rígido do que o de direito privado; regime de incompatibilidades; obrigatoriedade de recrutamento por meio de concurso; avaliação periódica de desempenho, etc. Mas, ao mesmo tempo,

---

<sup>114</sup> NEVES, Ana Fernanda. *Contencioso da função pública – Parte I*. 2ª ed., 2011, *op. cit.*, p. 265.

<sup>115</sup> Sobre o tema é importante destacar que o art. 88º, n.º 1, da Lei n.º 12-A/2008, estabeleceu como norma de transição aos trabalhadores nomeados definitivamente, que não os do art. 10º da mencionada lei, a regra de que manteriam os regimes de cessão da relação jurídica de emprego público próprios da nomeação definitiva, transitando, entretanto, para a modalidade de contrato por tempo indeterminado. Entretanto, sobreveio a norma constante do n.º 1 do artigo 4.º, bem como da norma prevista na alínea b) do artigo 47.º do Decreto n.º 177/XII, revogando o n.º 4 do artigo 88.º da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de fevereiro. Tal dispositivo foi declarado inconstitucional neste tocante, cf. Acórdão n.º 474/2013 do TC, julgado em 29/08/2013. No teor do referido julgado, fez-se constar, citando lições de Ana Neves, que se atribuiu à norma em questão a vontade de “salvaguardar o núcleo essencial do estatuto jurídico-laboral desses trabalhadores, de que o regime de cessação da relação de emprego constitui elemento identificativo principal”, salvaguarda essa devida ao respeito ao princípio da proteção da confiança.

conferiu novos instrumentos de regulamentação coletiva, dentre os quais, alguns negociais, como o acordo colectivo de trabalho; acordo de adesão; e decisão arbitral voluntária, bem como os não negociais, a exemplo do regulamento de extensão e da decisão de arbitragem necessária.

Tudo isso força a conclusão de que o contrato administrativo possui natureza diversa do clássico modelo de função pública, não estando totalmente abarcado pela relação jurídica puramente de direito público, e também diverso do clássico modelo de empregado privado, não estando plenamente regulado pelas normas do Direito do Trabalho. Porém, também leva à conclusão de que houve um certo recuo na fuga para o direito privado, cuja intenção de privatização do emprego público se fez notar claramente quando vigorava a Lei nº 23/2004, que autorizava a utilização indiscriminada do contrato individual de trabalho na Administração Pública. Deste modo, parece que a norma portuguesa acabou por optar por uma aproximação equilibrada entre ambos os pólos do Direito.

Todavia, essa aproximação ao direito privado trouxe questões delicadas, principalmente no que tange ao término da tradicional estabilidade característica da função pública, à facilitação de eliminação de postos de trabalho por meio de mapas anuais de pessoal, bem como no despedimento por duas avaliações negativas por parte do agente público nomeado<sup>116</sup>. De modo que tal aproximação, da forma como foi estabelecida, pode ser vista como violadora do princípio constitucional do acesso à função pública e à segurança jurídica, facilitando à burla ao sistema, merecendo, assim, cuidados especiais, consoante será analisado mais adiante.

Destarte, o estatuto da função pública evoluiu, de uma compreensão inicial<sup>117</sup> de que o exercício de funções próprias do serviço público, revestidas de carácter de permanência, deveria seguir o regime de carreira por nomeação, e a de carácter não permanente, o regime de emprego por contrato de regime laboral comum, passando à compreensão de que também funções de carácter permanente poderiam seguir o regime de emprego por meio da contratação de regime laboral comum, até chegar a atual compreensão estabelecida de maneira inaugural na LVCR, e mantida na atual LTFP, de que a relação de emprego público, quer se trate de funções próprias e

---

<sup>116</sup> Cf. crítica de Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrima, vide: *Os novos regimes de vínculo*, *op.cit.*, 2010, p. 17.

<sup>117</sup> Cf. art. 3º, n. 1 a 3, do Decreto-Lei nº248/85, de 15 de julho.

permanentes ou funções temporárias<sup>118</sup>, deve seguir o regime contratual de trabalho em funções públicas, sendo excepcionalmente admitida a modalidade de constituição da relação jurídica de emprego público por nomeação, restrita às carreiras que envolvam o exercício de funções predominantemente não técnicas e, no dizer de VEIGA E MOURA e ARRIMAR, “*que contendem com a ‘potestas’ estadual e que tradicionalmente apelidamos de ‘núcleo duro’ da Função Pública.*”<sup>119</sup>

### 2.3.2.2 Reflexos da fuga para o direito privado no Contencioso Administrativo Português

Sob a égide do antigo regime jurídico que cuidava dos agentes públicos portugueses, em que houve uma declarada investida da função pública rumo ao direito privado, eram competentes os Tribunais do Trabalho para dirimir os litígios relativos ao contrato individual de trabalho na Administração Pública, isso por força da disposição contida no art. 4º, n. 3, *d*, do ETAF, que excluía tal relação jurídica do rol das competências dos Tribunais Administrativos.

Contudo, com a Lei n.º 59/2008, houve significativa alteração do referido dispositivo legal, havendo um intencional recuo da fuga para o direito privado que restou claramente perceptível, tanto por força do conteúdo da alteração do regime jurídico dos trabalhadores em função pública, quanto por força de expressa alteração da redação no mencionado dispositivo legal que ampliou a delimitação da esfera de competência da jurisdição administrativa. Desse modo, permaneceu com a disposição de que a apreciação de litígios emergentes de contratos individuais de trabalho estão fora da competência dos Tribunais Administrativos, ainda que entabulados por pessoa coletiva de direito público. Porém, passou a determinar que os litígios emergentes dos contratos de trabalho em funções públicas fazem parte da competência dos Tribunais Administrativos<sup>120</sup>.

Assim, de modo geral, passou-se a compreender que os litígios que versassem sobre qualquer aspecto da relação jurídica entre agente público e uma

<sup>118</sup> De acordo com Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, no que tange ao art. 5º da LVCR, o objetivo do legislador restou claro no sentido de que o mapa de pessoal deve conter tanto as atividades de natureza permanente como as temporárias, sendo ambas exercidas em regime de carreira. VEIGA E MOURA, Paulo; e ARRIMAR, Cátia. *Os novos regimes de vinculação, de carreias e de remunerações dos trabalhadores da administração pública*. 2ª ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2010, p. 22 e 23.

<sup>119</sup> VEIGA E MOURA E ARRIMAR. *Op. cit.*, p. 57.

<sup>120</sup> Cf. art. 10º da Lei nº 59/2008.

pessoa coletiva de direito público, independentemente do tipo de vínculo, seja ele formado por ato de nomeação ou por contrato de trabalho em função pública, seriam submetidos à jurisdição administrativa, tendo como única exceção os casos em que o ente público estabelecesse com o trabalhador um contrato individual de trabalho<sup>121</sup>, o que seria um caso excepcional.

Todavia, a discussão acerca do juízo quis voltar à tona quando sobreveio o anteprojeto da LTFP, que previa na redação original do art. 12º que a jurisdição competente para dirimir os litígios relativos ao vínculo de emprego público seria a dos Tribunais do Trabalho. Contudo, tal previsão não vingou, sendo que o referido artigo sobreveio conferindo tal competência aos Tribunais Administrativos, permanecendo, portanto, da mesma forma que previa a LVCR<sup>122</sup>.

Trata-se, pois, da utilização de um critério coerente que estabelece a regra de uma única jurisdição competente para dirimir os referidos litígios e que segue as balizas constitucionalmente estabelecidas no n.º 3 do art. 212º da CRP/76, tendo em vista que por mais que a função pública tenha avançado rumo à aproximação ao direito laboral comum, com ele não se confunde, tendo na essência das relações jurídicas de emprego público o denominador comum jus publicístico que o caracteriza e difere das demais relações trabalhistas em geral.

Nesse contexto, impõe registrar a impressão de que quando se trata de jurisdição competente, seria interessante não somente que tais litígios de emprego público fossem tratados pelos Tribunais Administrativos, mas que fosse criado no âmbito da jurisdição administrativa, como bem sugeriu VASCO PEREIRA<sup>123</sup>, uma secção especializada em matérias relacionadas à função pública, tendo em vista o elevado número de demandas e o âmbito restrito da matéria, o que atenderia com maior êxito ao princípio da eficiência, resultante da celeridade e especialização técnica do juízo.

---

<sup>121</sup> NEVES, Ana Fernanda. *Contencioso da função pública – Parte I*. 2011, op. cit., p. 263.

<sup>122</sup> Como menciona Lourenço de Freitas, remetendo ao artigo 12º do Anteprojecto da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, Versão de 21.06.2013, onde previa que “os litígios emergentes do vínculo de emprego público são da competência dos tribunais do trabalho.” Vide: FREITAS, Lourenço Vilhena de. *O contencioso sobre a execução do Contrato de Trabalho em Função Públicas no Anteprojecto da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas*. Disponível em: <[http://www.icjp.pt/sites/default/files/papers/contencioso\\_da\\_execucao\\_dos\\_contratos\\_no\\_anteprojecto\\_da\\_lei\\_geral\\_do\\_trabalho\\_em\\_funcoes\\_publicas.pdf](http://www.icjp.pt/sites/default/files/papers/contencioso_da_execucao_dos_contratos_no_anteprojecto_da_lei_geral_do_trabalho_em_funcoes_publicas.pdf)>. Acesso em: 10 de junho de 2016

<sup>123</sup> PEREIRA DA SILVA, Vasco. *Breve crónica de uma reforma anunciada*. In Caderno de Justiça Administrativa. nº 1. Jan/Fev de 1997, p. 6.

## 2.4 A Natureza Jurídica do Direito de Acesso à Função Pública

Como já mencionado, a relação de trabalho da função pública, ainda que presentes muitos elementos comuns à relação de trabalho do direito privado, tais como prestação de serviço subordinado às ordens do empregador e contraprestação pelos serviços prestados, quando comparadas não se coincidem, isso em razão dos fins a que se destinam.

Deste modo, mesmo com a diversidade de sentidos dada à função pública e diante de seus regimes jurídicos que podem evidenciar características predominantes do clássico direito público ou apresentar fortes contornos de direito privado, o fato é que a Administração Pública não pode recrutar seu pessoal da mesma forma que pode a iniciativa privada, por força da indisponibilidade do interesse público<sup>124</sup>, devendo observar uma série de regras e princípios que norteiam a gestão da coisa pública.

### 2.4.1 O Acesso à Função Pública como Direito Fundamental

O direito de acesso à função pública nos moldes atuais, fruto de enormes conquistas sociais, possui tratamento especial, tendo como principais marcos a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão<sup>125</sup>, de 1789, bem como a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948<sup>126</sup>, cujas bases da última estão contidas na primeira.

<sup>124</sup> “A Administração direta ou indireta não pode distribuir como benesses as vantagens econômicas dos negócios em que tenha de intervir ou os cargos e empregos em seus vários órgãos. Justamente porque nenhum destes bens tem o cunho de propriedade particular, utilizável ao alvedrio do titular, a Administração, que gere negócios de terceiros, da coletividade, é compelida a dispensar tratamento competitivo e equitativo a todo administrado. Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito Administrativo*. 26º ed., op. cit., p. 83.

<sup>125</sup> Cf. art. 6º da DDHC.

<sup>126</sup> Cf. art. art. 21º, §2º, da DUDH. Oportunas as lições de JORGE MIRANDA quando afirma que a atual situação dos direitos fundamentais, que culminou na elaboração da DUDH, é resultado de uma longa evolução, sendo que na Idade Média e no Estado estamental os direitos dos indivíduos eram vistos como privilégios concedidos pelo monarca, sendo que o advento da “*Magna Carta*”, embora de grande importância, não chegou a representar uma relevante evolução nesse tocante. A *Petition of Right* (1628) e o *Bill of Rights* (1689), iniciaram a caminhada reconhecendo direitos de tal natureza, mas apenas aos ingleses. Entretanto, um momento de viragem e de grande importância para os direitos fundamentais se deu com a Declaração de Direitos de Virgínia e a Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776) e, principalmente, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que declarou os homens, por força de sua condição humana, livres e iguais em direitos, tendo esta visão sido adotada pelas Constituições modernas, para a aplicabilidade do quanto reconhecido na declaração. MIRANDA, Jorge. *A Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Constituição*. Vol. 1º. Lisboa: Editora Petrony, 1977, p. 60/61.p. 50.

Consideradas como fenômenos políticos internacionais de maior importância relacionados ao direito, tais declarações trouxeram ao mundo jurídico o reconhecimento da dignidade da pessoa humana com valores de direitos fundamentais, inatos à condição humana, invioláveis e que gozam de instrumentos de proteção internacional do indivíduo não só perante o próprio Estado como também perante Estados estrangeiros.

Dada a importância de tal categoria de direitos é que o constituinte português achou por bem determinar, de forma expressa<sup>127</sup>, a submissão<sup>128</sup> dos preceitos constitucionais e legais, relativos aos direitos fundamentais, à Declaração Universal dos Direitos do Homem, no que tange à sua interpretação e integração.

Muito embora a Constituição Brasileira não tenha feito menção expressa às referidas declarações de direitos humanos<sup>129</sup>, o que muitas vezes levanta questionamentos acerca do valor jurídico destas<sup>130</sup>, não se pode deixar de considerar a importância histórica das mesmas, bem como sua utilidade na orientação das diretrizes políticas do país<sup>131</sup>.

E é justamente em razão dessas conquistas que as constituições democráticas, tais como a do Brasil e a de Portugal, baseadas nos direitos humanos

<sup>127</sup> Cf. art. 16º, n 2, da CRP/76.

<sup>128</sup> Sem maiores aprofundamentos sobre a questão do alcance do art. 16, n. 2, da CRP/76, e da eficácia da DUDH no ordenamento jurídico português, cabe consignar que a doutrina portuguesa se divide basicamente entre duas correntes. De um lado, aquela que considera que a DUDH não possui natureza de norma constitucional, servindo como um repositório de princípios gerais de direito em matéria de direito fundamental (Neste sentido vide MIRANDA, Jorge. *A Declaração Universal dos Direitos do homem e a constituição*. Vol. I. Lisboa: Editora Petrony, 1977, p. 60/61). De outro lado, a corrente que considera que a DUDH possui natureza de norma supraconstitucional, entendendo que a ordem normativa constitucional portuguesa reconheceu que em matéria de direito fundamental a Constituição não é o último parâmetro interpretativo ou integrativo, pois além dela há a DUDH, encontrando-se esta, portanto, num plano superior à Constituição (Paulo Otero adota este entendimento, cf. OTERO, Paulo. *Declaração Universal dos Direitos do Homem e Constituição: a inconstitucionalidade de normas constitucionais?* In *O Direito*. Ano 122. 1990 <julho/dezembro>, p. 604.)

<sup>129</sup> Atentar-se para o fato de que a Constituição brasileira estabelece como um dos fundamentos do Estado a dignidade da pessoa humana, consoante disposto no art. 1º, inc. III da CRFB/88, e, além disso, a partir da EC nº 45, de 2004, passou a conferir *status* constitucional aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, desde que aprovados pelo Congresso Nacional por quórum qualificado (Cf. art. 5º, §3º, CRFB/88).

<sup>130</sup> Reproduzindo as ideias de CANOTILHO E MOREIRA, é de se ressaltar a pouca relevância da discussão acerca do valor jurídico de tais declarações, tendo em vista que tanto a constituição portuguesa quanto a brasileira absorveram em grande parte o conteúdo das mesmas, ao inserir em seus textos a maioria dos direitos lá consagrados, inclusive inserindo em seus textos outros direitos fundamentais por elas não declarados. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Op. cit., 2007.p. 367.

<sup>131</sup> Vide: ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Declaração Universal dos Direitos do Homem*. In *Pólis: Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, Vol. II. Lisboa: Editora Verbo, 1984, p. 12/13. O autor destaca o relevante valor histórico.

contidos nas citadas declarações, têm em seus textos os principais direitos, liberdades e garantias próprios da condição humana<sup>132</sup>, os denominados direitos fundamentais, tidos como valores eternos e universais que impõem ao Estado sua observância e amparo, limitando seu poder de atuação na esfera do indivíduo.

Deste modo, ambas as constituições, ao consagrarem os direitos fundamentais<sup>133</sup>, conferem as garantias que funcionam como mecanismos para que os cidadãos exijam dos Poderes Públicos a proteção de seus direitos, a fim de possibilitar a efetividade dos mesmos<sup>134</sup>.

Dentre os direitos fundamentais de maior importância, que ganharam especial relevo nas declarações de direitos humanos, estão os resultantes do princípio da igualdade, tratando-se de *“componente comum a todos os direitos, liberdades e garantias”*<sup>135</sup>, princípio este que no dizer de GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA não tem sentido significativo diverso do princípio da igualdade que constitui o próprio direito de acesso à função pública<sup>136</sup>.

Dito de outra forma, como corolário do princípio da igualdade destaca-se o princípio da igualdade de acesso dos cidadãos à função pública<sup>137</sup>, cujas origens encontram-se esculpidas no art. 6º da DDHC<sup>138</sup>. Apesar de a DUDH não conter a

<sup>132</sup> Retira-se das lições de Dalmo de Abreu Dallari o triplo objetivo dos direitos fundamentais consagrados: *“a certeza dos direitos, exigindo que haja uma fixação prévia e clara dos direitos e deveres, para que os indivíduos possam gozar dos direitos ou sofrer imposições; a segurança dos direitos, impondo uma série de normas tendentes a garantir que, em qualquer circunstância, do direitos fundamentais serão respeitados; a possibilidade dos direitos, exigindo que se procure assegurar a todos os indivíduos os meios necessários à fruição dos direitos, não se permanecendo no formalismo cínico e mentiroso da afirmação de igualdade de direitos onde grande parte do povo vive em condições subumanas”*. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do estado*, 16ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 1991, p. 179.

<sup>133</sup> De acordo com o alemão HESSE os direitos fundamentais são aqueles direitos que o direito atual qualifica como tais. HESSE, Konrad. *apud* BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2004, p. 560.

<sup>134</sup> Como assevera HAURIU, *“não basta que um direito seja reconhecido e declarado, é necessário garanti-lo, porque virão ocasiões em que será discutido e violado.”* HAURIU, Maurice, *apud* SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 26ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p. 186.

<sup>135</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Vol. I. 4ª ed., Coimbra: Editora Coimbra, 2007.p. 654.

<sup>136</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Vol. I. 4ª ed., 2007, *op. cit.*, p. 660.

<sup>137</sup> Denominado pelo doutrina francesa de *“principe de l'égal accès de tous les citoyens aux places et emplois publics”*. GAUDEMET, Yvex. *Droit administratif*, 19ème éd. Paris: LGDJ – Lextenso éditions, 2010, p. 426.

<sup>138</sup> Art. 6º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: *“A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos.”*

denominação expressa deste princípio em específico, o referido diploma o menciona por meio de seus art. 7º e 21, n<sup>os</sup> 1 e 2, bem como no art. 23, n<sup>o</sup> 1<sup>139</sup>.

O que se busca com o princípio da acessibilidade é possibilitar a todos iguais oportunidades de disputar um espaço de trabalho nos quadros da Administração Pública e, além disso, impedir que os apadrinhados políticos sejam favorecidos, como foram por muito tempo enquanto não se verificava a implantação de um Estado Democrático de Direito.

Assim, encontram-se nas Constituições, tanto do Brasil quanto de Portugal, dispositivos correspondentes ao direito de acesso à função pública que o caracterizam dentre os direitos, liberdades e garantias de natureza fundamental<sup>140</sup>.

É bem verdade que nas Constituições brasileiras de 1934 e de 1937 o direito de acesso à função pública encontrava-se expressamente previsto no rol dos direitos e garantias fundamentais, e que na Constituição de 1988 a previsão não se deu da mesma forma, tendo em vista que não se encontra previsto no “*Título II – Dos direitos e garantias fundamentais*”, mas sim no “*Título III – Da organização do Estado*”, em seu art. 37, inc. I<sup>141</sup>.

Mas também é verdade que, apesar disso, no Brasil ninguém duvida que o referido direito de acesso à função pública é um direito fundamental, sendo inclusive

<sup>139</sup> Art. 7º da Declaração Universal dos Direitos do Homem: “*Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.*” Art. 21, n. 1 e 2, da Declaração Universal dos Direitos do Homem: “*1. Todo ser humano tem o direito de fazer parte no governo de seu país diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos. 2. Todo ser humano tem igual direito de acesso ao serviço público do seu país.*” Art. 23, n. 1, da Declaração Universal dos Direitos do Homem: “*1. Todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.*”

<sup>140</sup> Como direito fundamental é tratado o direito de acesso à função pública na jurisprudência do TCA Sul. Vide o Ac. do CA do TCA Sul, no Processo n.º 02706/07, julgado em 19/04/2012, que considerou nulo o ato que postergou as regras de acesso à função pública por ofensa a “conteúdo essencial de direito fundamental de acesso à função pública por todos os cidadãos que reunissem as condições para se candidatarem a um concurso aberto para o efeito”, bem como o Ac. do CA do TCA Sul, no Processo n.º 050609/2009, julgado em 25/06/2009.

<sup>141</sup> Relevante destacar os inc. I e II do art. 37 da CRFB/88: “*Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: I - os **cargos, empregos e funções públicas são acessíveis** aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei; II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em **concurso público** de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;*” (grifo nosso). BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 15/11/2013.

este o posicionamento jurisprudencial pacificado<sup>142</sup>. Isso se deve ao fato de a CRFB/88 reconhecidamente ter adotado um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais, admitindo a existência de tais direitos ainda que não estejam arrolados no título correspondente, consoante se retira do disposto no próprio título dos direitos e garantias fundamentais, no art. 5º, §2º, da CRFB/88, que estabelece que os direitos e garantias constitucionalmente previstos não excluem outros que decorram do regime e dos princípios por ela adotados, ou ainda dos tratados internacionais em que o Brasil for parte<sup>143</sup>.

De acordo com FABRÍCIO MOTTA<sup>144</sup>, os direitos fundamentais encontram alicerces primeiramente no binômio república-democracia, cujo regime confere ao cidadão o direito de participação na coisa pública não somente por meio de cargos eletivos de natureza representativa, mas também por meio do acesso à função pública de natureza meritocrática, que se relaciona também com a organização e o funcionamento da administração pública.

Além disso, os direitos fundamentais encontram outro alicerce no direito à igualdade, que prevê um tratamento justo e equânime aos cidadãos, sendo irrelevantes as vontades particulares e os interesses pessoais, mas, ao contrário, abre-se espaço ao acesso à função pública em igualdade de condições e de oportunidades a todos os interessados.

Portanto, no Brasil, o direito de acesso à função pública é tido como um direito de *primeira geração*<sup>145</sup> cujo titular é a pessoa física, o indivíduo, o homem, e

<sup>142</sup> Trata-se de direito fundamental reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência, conforme se retira do trecho da p. 328 do Acórdão do STF, do RE n.598099, com repercussão geral, julgado em 10/08/2011, em que o Min. Relator Gilmar Mendes faz constar que “a acessibilidade aos cargos públicos constitui um direito fundamental expressivo da cidadania, como bem observou a Ministra Cármen Lúcia na referida obra”. (grifo no original)

<sup>143</sup> Neste sentido vide SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2003, p. 86. MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 24ª ed., São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 122. Vide também o emblemático acórdão do STF com repercussão geral na ADI nº 939-07/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, publicado no DJ em 15.12.1993. No acórdão, ao se tratar do princípio da anterioridade tributária, declarou-o como direito individual de natureza fundamental e, portanto, cláusula pétrea, ainda que não previsto formalmente como tal na Constituição, concluindo-se no julgado que os direitos e garantias, mesmo que não expressos no art. 5º da Constituição, não excluem outros de natureza materialmente fundamental.

<sup>144</sup> MOTTA, Fabrício. *Direitos fundamentais e concurso público*. In: Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte: Edição Especial, ano – XXVIII: biênio 2009/2010. (pp. 68-85), p. 72. Disponível em: <<http://200.195.70.14/Revista/Revista/RetornaRevista/401>>. Acesso em: 09 de março de 2012.

<sup>145</sup> A classificação dos direitos fundamentais em gerações leva em conta a ordem cronológica em que os mesmos foram conquistados pela humanidade, facilitando a compreensão da sua natureza. Importa destacar, muito resumidamente, que são considerados direitos de primeira geração os

por sua natureza de direito fundamental é necessário uma maior atenção no que tange à sua proteção, na medida em que a dinâmica social vem tornando as relações entre indivíduos, e entre estes e o Estado, cada vez mais complexas, acarretando um maior número de conflito de interesses que põe em causa a colisão de direitos fundamentais.

Em Portugal, por sua vez, retira-se do capítulo constitucional dos direitos, liberdades e garantias pessoais, conforme disposto no art. 47º, n. 2, CRP/1976, o princípio da liberdade de escolha da profissão e da igualdade e liberdade no acesso à função pública<sup>146</sup>, cujas características básicas são as mesmas da Constituição do Brasil.

Deste modo, tanto em um quanto em outro país, entende-se que na Administração Pública vigora o princípio de que o acesso à função pública deve ser livre e em igualdade de condições e oportunidade a todos os cidadãos, em regra por meio de concurso. Neste sentido encontra-se a lição de ANTÓNIO SÈVES, segundo a qual o concurso é “*o modo típico de realização do direito de acesso à função pública*”.<sup>147</sup>

Assim, embora na sistematização do texto constitucional brasileiro a questão do direito de acesso à função pública não esteja tão bem evidenciado (como em Portugal, que se localiza no capítulo dos direitos, liberdades e garantias), pois não se localiza no rol exemplificativo do art. 5º do capítulo dos direitos e garantias individuais, mas sim nas disposições gerais do capítulo da Administração Pública, do título da Organização do Estado, que se refere ao concurso, ainda assim pode-se retirar do título dos Direitos e Garantias Fundamentais a expressa previsão de seus princípios essenciais, quais sejam, o da igualdade e o da liberdade de exercício da profissão, previstos neste título.

---

direitos individuais; de segunda geração os direitos sociais, econômicos e culturais; de terceira geração os direitos difusos e coletivos; e há quem defenda a existência dos direitos de quarta geração que, ainda sem consenso, podem se referir aos direitos de engenharia genética ou então aos direitos relacionados à participação democrática global. Quanto a última geração vide: BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992, p. 6; e BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15ª ed. *Op. cit.*, p. 570.

<sup>146</sup> Artigo 47.º da CRP/76 (Liberdade de escolha da profissão e acesso à função pública): “1. Todos têm o **direito de escolher livremente a profissão** ou o género de trabalho, salvas as restrições legais impostas pelo interesse colectivo ou inerentes à sua própria capacidade. 2. Todos os cidadãos têm o **direito de acesso à função pública, em condições de igualdade e liberdade, em regra por via de concurso**”. (negrito nosso).

<sup>147</sup> SÈVES, António Lorena de. *Contencioso da função pública (concursos)*. In Seminário permanente de direito constitucional e administrativo. *Op.cit.*, 1999, p. 49.

Todavia, em Portugal, as reflexões sobre a natureza jurídica do acesso à função pública não cessam por aí, convindo registrar que parte da doutrina ainda analisa a questão da garantia institucional, como será visto.

#### **2.4.2 O Acesso à Função Pública como Garantia Institucional**

Em Portugal, como dito, além de o art. 47º n.º 2 da CRP/76 integrar o título que trata dos direitos, liberdades e garantias, a proteção constitucional do direito de acesso à função pública como tal decorre também do seu conteúdo material, dentre os direitos, liberdades e garantias. Sendo assim, seu conteúdo vincula as entidades públicas e privadas, nos termos do art. 18º, n.º 1, da CRP/76.

Há que se registrar oportunamente a lição de JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, quando cindem o direito de acesso em questão em duas dimensões. De um lado, a dimensão subjetiva, consistente no direito a igualdade; de outro lado, a dimensão objetiva, destinada ao persecução do interesse público, eficiência e democraticidade da Administração<sup>148</sup>.

No tocante à dimensão objetiva do direito, é interessante recordar da lição de BONAVIDES quando destaca a importância de se proteger a instituição, e não somente o indivíduo, considerando aquela *“uma realidade social muito mais rica e aberta à participação criativa e à valoração da personalidade que o quadro tradicional da solidão individualista”*.<sup>149</sup>

É sob este enfoque que sobrevêm as reflexões acerca da teoria das garantias institucionais, tidas como a proteção que a constituição confere a certas instituições que reconhece como fundamental para a sociedade, bem como a determinados direitos fundamentais que possuem um elemento institucional que os caracteriza.

Retira-se das lições do alemão CARL SCHMITT, jurista que reconhecidamente mais se aprofundou no desenvolvimento da teoria das garantias institucionais, que a finalidade da garantia institucional é a de *“proteger o instituto*

<sup>148</sup> MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição portuguesa anotada*. Tomo I. Coimbra: Editora Coimbra. 2010, p. 981.

<sup>149</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15ª ed. *Op. cit.*, p. 565

contra a ação normativa do legislador, invasor do seu espaço jurídico-constitucional<sup>150</sup>, para que não se atinja o seu *mínimo existencial*<sup>151</sup>.

A importância das complexas garantias institucionais se deve à sua utilidade na compreensão e interpretação dos direitos fundamentais, tendo em vista que é possível retirar das garantias institucionais um conteúdo objetivo, consistente na garantia de valores sociais e princípios capazes de proteger as instituições<sup>152</sup>.

O mencionado jurista alemão identificou diversas garantias institucionais, tais como magistério, as confissões religiosas, o exército, a independência dos juízes e, dentre outras, aquelas que permeiam a função pública.

Dito de outra forma por GILBERTO BERCOVICI, as garantias institucionais protegem os indivíduos não porque eles possuem direitos subjetivos fundamentais, mas por que pertencem a alguma instituição<sup>153</sup>.

As garantias institucionais acabam por agregar valor aos direitos de liberdade, que antes se localizavam apenas numa oposição subjetiva entre indivíduo e Estado, passando a incluir uma concepção mais objetiva, que leva em consideração valores e princípios existentes na ordem jurídica, o que os assegura de ofensas que suprimam ou descaracterizem a sua substância, principalmente por medidas do legislador ordinário.

Nestes termos, tem-se que o direito de acesso à função pública, que deve se dar em condições de igualdade e liberdade, em regra por meio de concurso, apresenta, na verdade, dupla dimensão<sup>154</sup>. Uma dimensão subjetiva, que confere ao indivíduo o direito de concorrer e ascender à função pública, e outra objetiva que se

<sup>150</sup> SCHMITT, Carl. *Apud* BONAVIDES BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15ª ed. *Op. cit.*, p. 355

<sup>151</sup> Nas lições de Canotilho encontra-se o registro de que a proteção limitativa do legislador conferida às garantias institucionais se aproxima muito da proteção conferida aos direitos fundamentais, uma vez que protege o “mínimo essencial”. Vide: CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional*. 1993, *op. cit.*, p. 522.

<sup>152</sup> Para Márcio Aranha, a referida teoria das garantias institucionais guarda essencialmente a ideia de que tais garantias protegem os indivíduos por pertencerem a uma instituição, e não pelo fato de os mesmos possuírem direitos individuais em face do Estado, o que caba por acrescentar à prática de interpretação uma concepção ampliada do conteúdo jurídico dos direitos fundamentais, possibilitando ir além da subjetividade dos indivíduos. ARANHA, Márcio Iório. *Interpretação constitucional e as garantias institucionais dos direitos fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2000, p. 236.

<sup>153</sup> BERCOVICI, Gilberto. *Carl Schmitt e a Constituição de Weimar: breves considerações*. In Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais. Diretor: Paulo Bonavides. Belo Horizonte: Editora Del Rey, nº 2, julho/dezembro de 2003. p. 367.

<sup>154</sup> Vide CARVALHO, Raquel. *O procedimento concursal no acesso à função pública: reflexões de natureza constitucional*. In Estudos em homenagem ao professor Jorge Miranda. Vol. 3. Coimbra: Editora Coimbra, 2012, p. 521.

destina a assegurar, em regra por meio do concurso, que a função pública possua profissionais imparciais, competentes e eficientes a serviço da Administração Pública<sup>155</sup>. Assim, a primeira dimensão se revela como um direito fundamental, sendo a segunda dimensão uma garantia institucional<sup>156 157</sup>.

Assim, em síntese, o direito de acesso à função pública pode ser considerado como um direito público subjetivo pessoal, de natureza de direito fundamental<sup>158</sup>, vinculado ao princípio da igualdade, instrumentalizado, em regra, por meio do concurso, “*modo típico de realização do direito de acesso à função pública*”<sup>159</sup>. Dessa maneira, entende-se que o concurso goza de proteção constitucional em face do legislador em razão do próprio direito de acesso que visa a garantir, posto que o objetivo da garantia institucional é a proteção dos institutos essenciais indispensáveis à manutenção dos direitos, liberdades e garantias.

Evidentemente pode a lei e, com mais razão, a constituição, estabelecer requisitos e condições a tal acesso e ao exercício da função pública. No entanto, exigências legais desproporcionais, despropositadas, arbitrárias ou discriminatórias

<sup>155</sup> Destaca-se do Tribunal Constitucional o importante Acórdão n.º 683/99, julgado em 21/12/1999, que assenta a ideia de que “a igualdade e liberdade no acesso à função pública, e a previsão da regra do concurso, não visam simplesmente o interesse do titular do direito de acesso, mas sim propiciar a satisfação de um *interesse institucional*, da própria Administração Pública, na promoção da sua *capacidade funcional* e de *prestação*(...) E visa igualmente assegurar um interesse de *transparência* e *democraticidade* na composição da função pública.” (em itálico no original)

<sup>156</sup> O Ac. n.º 683/99 do TC, de 21/12/1999 faz expressa menção de que “pode dizer-se que a garantia de igualdade e liberdade no acesso à função pública é mesmo uma garantia institucional fundamental num Estado de Direito democrático”.

<sup>157</sup> Vide também o Ac. n.º 61/2004 do TC, julgado em 27/02/2004, em que consta que “*a exigência constitucional de “acesso à função pública, em condições de igualdade e liberdade, em regra por via de concurso» apresenta duas vertentes. Por um lado, numa vertente subjectiva, traduz um direito de acesso à função pública garantido a todos os cidadãos; por outro lado, numa vertente objectiva, constitui uma garantia institucional destinada a assegurar a imparcialidade dos agentes administrativos, ou seja, que “os trabalhadores da Administração Pública e demais agentes do Estado e outras entidades públicas estão exclusivamente ao serviço do interesse público» (n.º 1 do artigo 269.º da CRP). Na verdade, procedimentos de selecção e recrutamento que garantam a igualdade e a liberdade de acesso à função pública têm também a virtualidade de impedir que essa selecção e recrutamento se façam segundo critérios que facilitarão a ocupação da Administração Pública por cidadãos exclusiva ou quase exclusivamente afectos a certo grupo ou tendência, com o risco de colocarem a mesma Administração na sua dependência, pondo em causa a necessidade de actuação “com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa fé» (n.º 2 do artigo 266.º da CRP).”*

<sup>158</sup> Trata-se de direito fundamental reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência, conforme se retira do trecho da p. 328 do Acórdão do STF, do RE n.598099, com repercussão geral, julgado em 10.08.2011, em que o Min. Relator Gilmar Mendes faz constar que “*a acessibilidade aos cargos públicos constitui um direito fundamental expressivo da cidadania, como bem observou a Ministra Cármen Lúcia na referida obra*”.

<sup>159</sup> SÉVES, António Lorena de. *Contencioso da função pública (concursos)*. In Seminário permanente de direito constitucional e administrativo. Vol. I. Braga: Associação Jurídica de Braga, 1999. p. 49.

e, notadamente, aquelas cuja razão do discrimen não seja agasalhada pelo ordenamento jurídico, devem ser rechaçadas, por inconstitucionais.

### **2.4.3 A Associação do Direito de Acesso à Função Pública à Liberdade de Escolha da Profissão**

O direito de acesso à função pública não se revela como um direito de natureza política<sup>160</sup>, mas sim como um “*direito de carácter pessoal, associado à liberdade de escolha de profissão e separado qualitativamente do*”<sup>161</sup> direito de acesso a cargos eletivos de natureza política<sup>162</sup>.

O direito de acesso à função pública é direito público subjetivo que, ainda que não se trate de direito de natureza política, mas como dito antes, de natureza pessoal, reafirma o sistema político e o modelo de Estado preconizado pela Carta Magna, uma vez que permite a ampla participação do cidadão na Administração Pública<sup>163</sup>.

Obviamente que a liberdade de escolha da profissão não implica em direito a exercer a função pública ou qualquer atividade, tendo em vista que escolher não é sinónimo de poder exercer. Antes de mais nada, há que se preencher os requisitos de qualificação profissional que a lei exigir.

Sob este aspecto, o cidadão que vier a escolher o exercício da função pública deverá, em regra, submeter-se às exigências legais e aos procedimentos do concurso, cujos princípios e base se encontram na constituição.

---

<sup>160</sup> Oportuno o registro de que somente com 1ª revisão da CRP/76, ocorrida em setembro 1982, é que o direito de acesso às funções públicas deixou de ser considerado um direito de natureza política, passando a se configurar como um direito de carácter pessoal, separado qualitativamente do “direito de acesso a cargos públicos”, cargos estes previstos no art. 50º da mencionada Constituição.

<sup>161</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada. Vol. I. 4ª ed., Coimbra: Editora Coimbra, 2007.p. 658.

<sup>162</sup> Explique-se aqui, por necessidade de distinção terminológica, que no Brasil o acesso à função pública também pode ser denominado como acesso ao cargo público, ou acesso ao emprego público, sendo que o denominado posto de trabalho no direito português é o correspondente a cargo, emprego ou função no direito brasileiro. Enquanto isso, em Portugal, a expressão “acesso ao cargo” significa acesso a cargo eletivo de natureza política. Vide: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada. Vol. I. 4ª ed., Coimbra: Editora Coimbra, 2007.p. 658.

<sup>163</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional administrativo*. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2006, p. 826.

Retira-se das lições de MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO<sup>164</sup> que no âmbito do concurso, previsto no art. 47º, n.2 da CRP/76, a relevância da liberdade de escolha de profissão, que recebe consagração constitucional mais forte que a liberdade de iniciativa privada, está para o acesso à função pública, assim como a liberdade de iniciativa privada está para a contratação pública.

Desse modo, a norma que estabelece a regra geral do concurso para o acesso à função pública não deve ser vista apenas na perspectiva da Administração Pública como uma forma de persecução do interesse público, mas também na perspectiva do indivíduo, como uma possibilidade de exercer seu direito de liberdade de escolha da profissão.

Do direito fundamental da liberdade de escolha profissional decorre a dimensão negativa, consistente em não ser forçado a escolher determinada profissão e não ser impedido de escolher/exercer qualquer profissão para a qual possua os requisitos necessário, bem como a dimensão positiva, que consiste no direito de obter os requisitos exigidos para o exercício de determinada profissão e o direito a obter as condições de acesso a cada profissão em igualdade de condições<sup>165</sup>.

Convém frisar a relevância da liberdade de escolha de profissão quando analisada em conjunto com o direito de acesso à função pública, sobretudo em relação ao aspecto de sua dimensão negativa, no que tange à proibição de criação de obstáculos injustificados ao exercício do direito de acesso.

É certo que o direito fundamental de liberdade de escolha da profissão admite restrições ao enfrentar outros direitos fundamentais, de modo que o ingresso em determinada profissão pode exigir obstáculos mais intensos que dificultem o acesso, tais como determinadas formações profissionais, títulos acadêmicos, provas de concurso e alguns limites compatíveis com o exercício profissional.

Entretanto, tais limitações devem ser justificadas, não podendo ser de cunho pessoal. Devem ser limitações objetivas, estar relacionadas ao interesse público, ser essenciais ao exercício profissional e devem observar o princípio da proporcionalidade.

---

<sup>164</sup> BRITO, Miguel Nogueira de. *Os princípios jurídicos dos procedimentos concursais*. p. 9. Disponível em: <http://icjp.pt/sites/default/files/media/1024-2234.pdf>. Acesso em 25 de agosto de 2013.

<sup>165</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Vol. I. 4ª ed., Coimbra: Editora Coimbra, 2007.p. 653.

#### 2.4.4 O Princípio da Igualdade no Acesso à Função Pública

Registra-se inicialmente que todos os princípios constitucionais são de grande relevância, mas o princípio da igualdade<sup>166</sup>, particularmente, possui conteúdo de singular importância, pois se reconhece que suas raízes se encontram no princípio republicano<sup>167</sup>, sendo proveniente da isonomia a ideia de justiça, principal objeto do direito<sup>168</sup>.

A concepção moderna do princípio da igualdade teve suas bases firmadas na já mencionada Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, ao dispor logo em seu primeiro dispositivo que *“os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum.”*

Com este dispositivo da DDHC pretendia-se, dentre outras finalidades, afastar a concessão de privilégios à aristocracia e à monarquia, possibilitando que trabalhadores talentosos tivessem o valor reconhecido e recompensado.

É sabido que o princípio da igualdade parte do famoso pensamento aristotélico de que *“a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades”*. A partir desta máxima é que surgem as conclusões de que o princípio da igualdade serve tanto para nortear o legislador, que deve usar da razoabilidade para concretizar a *“a igualdade na lei”*, quanto para nortear o aplicador da lei, que deve observância ao princípio de modo a somente permitir as diferenciações que o consubstanciem, tratando-se da denominada *“igualdade perante a lei”*.

<sup>166</sup> Previsto no art. 5º, *caput*, da CRFB/88 e art. 13º, n. 1 e 2, da CRP/76.

<sup>167</sup> Citam-se os ensinamentos de Geraldo Ataliba, em sua obra de 1985 intitulada *República e Constituição*, onde assevera que *“a res publica é de todos e para todos. Os poderes que de todos recebem devem traduzir-se em benefícios e encargos iguais para todos os cidadãos. De nada valerá a legalidade, se não fosse marcada pela igualdade. (...) Toda violação da isonomia é uma violação aos princípios básicos do próprio sistema, agressão a seus mais caros fundamentos e razão de nulidade das manifestações estatais. Ela é como que a pedra de toque do regime republicano.”* ATALIBA, Geraldo. *apud* DALLARI, Adilson Abreu. *Princípio da isonomia e concursos públicos*. In: Revista Eletrônica de Direito do Estado. Salvador: IDPB, nº 6, abr/mai/jun, 2006. p. 2 Disponível no endereço eletrônico: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 27 de agosto de 2013.

<sup>168</sup> O direito fundamental à igualdade pertence ao rol dos direitos individuais. Assim, no Brasil, o princípio da igualdade não pode ser violado nem mesmo por proposta de emenda constitucional, consoante regra do art. 60, §4º, inc. IV, da CRFB/88.

Ademais, a Administração Pública não pode dispor livremente do interesse público, por não possuí-lo, impondo-se “o tratamento impessoal, igualitário ou isonômico que deve o poder Público dispensar a todos os administrados”<sup>169</sup>.

O princípio da igualdade, assim como os outros princípios constitucionais, possui conteúdo indeterminado, permeável a valores jurídicos suprapositivos. Tal princípio serve-se como expressão dos direitos fundamentais, é garantidor dos direitos individuais e auxilia na interpretação dos demais preceitos da Constituição.

Como bem assevera CANOTILHO, os princípios garantias, que são aqueles que visam instituir uma garantia ao indivíduo, possuem “uma densidade de autêntica norma jurídica e uma força determinante, positiva e negativa”<sup>170</sup>.

No caso, o princípio da igualdade encontra previsão nas constituições de ambos os países em questão, sendo que no tocante ao acesso à função pública este deve se dar em condições de igualdade. Esta consiste, basicamente em não ser proibido a ascender à função pública, podendo inscrever-se ou candidatar-se a concurso, desde que preenchidos os requisitos legais e regulamentares necessários para o exercício da função pública; não ser preterido na ordem classificatória/convocatória por quem se encontre avaliado em condições menos favoráveis.

Nestes termos, a dimensão negativa do princípio da igualdade no acesso à função pública veda qualquer forma de discriminação ou privilégios que não tenha legitimidade constitucional, proibindo todo tipo de favoritismo arbitrário, desconectado de fundamento plausível que afirme valores constitucionais.

Assim, ainda que o princípio da igualdade no direito de acesso não possua conteúdo significativo diferente do princípio da igualdade em geral, ele assume o papel de “elemento constitutivo do próprio direito”<sup>171</sup>.

Neste contexto, o concurso representa um instrumento apto a assegurar, em regra, o recrutamento e seleção dos melhores candidatos à função pública, servindo-se como garantia do referido princípio da igualdade e do direito de acesso, a fim de que se evite o arbítrio, assunto este que será retomado em momento oportuno, quando do estudo do concurso.

---

<sup>169</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26ª ed., *op. cit.*, p. 73-74.

<sup>170</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 1999. p. 1331.

<sup>171</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Vol. I. 4ª ed., Coimbra: Editora Coimbra, 2007.p. 660.

### 3 O CONCURSO COMO INSTRUMENTO DE ACESSO À FUNÇÃO PÚBLICA

#### 3.1 Das Formas de Recrutamento no Acesso à Função Pública

Como já mencionado, o Estado sempre precisou recrutar agentes para desenvolver as suas atividades, fosse na Idade Média, nas Cidades-Estado da Idade Antiga ou mesmo no atual Estado Moderno.

Para tanto, ao longo da história, o Estado necessitou desenvolver critérios para a escolha de tais agentes, ainda que inicialmente utilizasse critérios pessoais, objetivando principalmente afastar dos quadros da administração aqueles que representassem perigo ou inconveniência para o próprio detentor do poder, bem como afastar aqueles que comprometessem os objetivos políticos e as estratégias traçadas pelos mesmos ou implicassem no insucesso da atividade executada.

Várias foram as formas comuns de recrutamento e seleção de agentes para compor os quadros da Administração Pública, dentre elas destacam-se: o sorteio; a compra e venda; a sucessão hereditária; o arrendamento; a livre nomeação; a eleição; e o concurso público.

MARCELO CAETANO<sup>172</sup> destacou ainda a preparação profissional escolar e a observação em estágio, dentre as formas de recrutamento<sup>173</sup>. A primeira figura, ainda existente em Portugal, é utilizada como alternativa ao procedimento do concurso, atualmente por meio do *Curso de Estudos Avançados em Gestão Pública* - CEAGP<sup>174</sup>. Quanto à segunda figura, observação em estágio probatório, existe

---

<sup>172</sup> CAETANO, Marcelo. *Manual de direito administrativo*. Vol. II, 10ª ed., 6ª reimp., Coimbra: Editora Almedina, 1997, p. 661 e ss.

<sup>173</sup> No Brasil, nenhuma das destas formas de recrutamento mencionadas por Marcelo Caetano são permitidas na função pública, sendo que o estagiário nas dependências da Administração Pública não é encarado como um profissional, mas como um estudante em formação, de modo que o estágio é apenas uma extensão supervisionada do ato educativo escolar, ou seja, uma extensão escolar provisória, fazendo parte do projeto pedagógico do curso

<sup>174</sup> Cf. art. 39º da LTFP. Importa destacar que embora a utilização de diplomados pelo CEAGP, para integrar a carreira geral de técnico superior, não se configure como um recrutamento por meio de concurso, o recrutamento para a frequência do próprio curso se dá por meio de concurso, devendo seguir a regra atualmente disposta nos números 3 a 5 do art. 30º da LTFP, bem como da Portaria n.º 213/2009, de 24 de fevereiro. No que tange ao regulamento do CEAGP, cujo art. 39º, n.º 7 da LTFP remete à regulamentação por portaria do membro do Governo responsável pela área da Administração Pública, sobreveio em 20/12/2007 o importante Acórdão n.º 620/2007 do TC, que julgou, dentre outros, o questionamento quanto à inconstitucionalidade da norma que, do mesmo modo do mencionado art. 39º, n.º 7 da LTFP, possibilitava a fixação mediante portaria de critérios específicos ou excepcionais condicionantes do acesso dos cidadãos à função pública, cuja previsão legal atacada encontrava-se, à época, no n.º 8 do art. 58º da LCVR. Neste caso, o TC julgou constitucional a norma que remetia à portaria ao sustentar que a utilização dos diplomados pelo CEAGP “é um expediente alternativo à abertura de concurso de provimento” e a remissão de

previsão legal de sua utilização como um dos métodos de recrutamento facultativos, nos termos do art. 36º, nº 4 da LTFP.

### 3.1.1. Sorteio

Atenas é considerada o berço da democracia por ter estabelecido, inicialmente, que os assuntos públicos deveriam ser resolvidos pelo povo<sup>175</sup>, de modo que cada cidadão tinha direito a participar de debates públicos e de votar em tais matérias, fossem elas do âmbito do Poder Legislativo, como, por exemplo, voto para aprovação ou veto de lei; decisão de guerra ou paz; do Poder Executivo, para fazer cumprir as leis já aprovadas; ou Poder Judiciário que, apesar de ser exercido pelo Tribunal, tinha os delitos comuns julgados por juízes sorteados pelo povo, tratando-se de um tribunal popular.

O sorteio foi considerado na Antiguidade Grega o mecanismo mais democrático na escolha dos agentes do Estado, principalmente os de natureza política, sendo um critério de seleção baseado unicamente no acaso, que tinha a vantagem de poder escolher qualquer cidadão interessado para integrar os quadros da Administração Pública, de maneira verdadeiramente imparcial<sup>176</sup>.

Foi, assim, considerado como o critério mais democrático por gozar da vantagem de afastar o resultado aristocrático que trazia<sup>177</sup>, por exemplo, o mecanismo eletivo, uma vez que por meio da eleição somente os candidatos de famílias mais abastadas tinham reais chances de sucesso nas urnas.

Entretanto, o sorteio não se consagrou como uma boa forma de recrutamento ao longo da história justamente por se basear no acaso, pois tinha o forte inconveniente de não permitir avaliar previamente a capacidade do cidadão para o desempenho das atribuições, o que comumente gerava a situação de se ingressar

---

seus aspectos organizativos para regulamento administrativo não violam a reserva relativa do Parlamento, tendo em vista que a referida portaria não possui natureza de um regulamento independente, pois o regime de admissão ao curso salvaguarda a aplicação de critérios legais de sujeição aos princípios da igualdade e liberdade, reservando a admissão ao curso a utilização do procedimento concursal nos termos da própria LVCR, art. 6º, nº 4 a 7, o que restringe a disciplina material objeto da regulamentação sem violar os princípios relativos ao direito fundamental de acesso à função pública.

<sup>175</sup> VERNANT, Jean Pierre. *As Origens do Pensamento Grego*. Trad. Ísis Borges B. da Fonseca. Rio de Janeiro: Difel, 2002 p. 11.

<sup>176</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito administrativo*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 455/456.

<sup>177</sup> JONES, Arnold Hugh Martin. *Atenas e Esparta*. In *O mundo grego*. Coord. Hugh Lloyd-Jones, Tradução Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Zahar, 1965, p. 74/75.

nos quadros da Administração Pública pessoas sem qualquer formação, habilidade ou competência para o exercício da função pública.

Atualmente, encontram-se resquícios da Antiguidade Grega, por exemplo, nos Tribunais do Júri<sup>178</sup>, cujos componentes são recrutados por meio do sorteio. Mas de modo geral, tal mecanismo de recrutamento foi superado por outros mecanismos que possibilitem a análise das aptidões do interessado na função pública.

### **3.1.2. Venalidade e Hereditariedade**

Trata-se aqui de um mecanismo inicialmente utilizado na França e difundido durante o período monárquico, inclusive em Portugal<sup>179</sup> e, conseqüentemente, no Brasil<sup>180</sup>, tendo como um dos objetivos restringir o exercício da função pública aos mais abastados, de modo que o monarca concedia tais ofícios públicos por liberalidade, interesse pessoal ou mesmo arbitrariedade, privilegiando a nobreza ou famílias burguesas opulentas, como se fossem patrimônio particular do monarca.

Os então denominados *ofícios públicos* eram objeto de compra e venda. Podiam, inclusive, ser retransmitidos por venda, transmitidos sucessoriamente por herança, doados em favor de terceiro ou mesmo concedida serventia do ofício público mediante uma renda fixa em prol do titular, o que configurava o arrendamento. Era o denominado “*sistema da venalidade dos ofícios*”<sup>181</sup>.

Tal mecanismo de disposição da função pública era totalmente discriminatório, uma vez que não contava com qualquer razão que o justificasse,

<sup>178</sup> O Tribunal do Júri tem previsão tanto na Constituição do Brasil (art. 5º, inciso XXXVIII), quanto na Constituição de Portugal (art. 207º, n.º 1). No sistema jurídico português encontra-se o Decreto-Lei n.º 387-A/87, de 29 de dezembro, que dispõe sobre o regime de júri em processo penal. Tal norma estabelece as regras do sorteio de pré-seleção dos jurados (art. 9º) e regras de seleção de jurados (art. 11º). Já no sistema brasileiro as regras do sorteio do júri são retiradas do Código de Processo Penal (Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941), art. 432 e ss, com redação alterada pela Lei n.º 11.689, de 09 de junho de 2008.

<sup>179</sup> SILVA, Francisco Ribeiro. *Venalidade e hereditariedade dos ofícios públicos em Portugal nos séculos XVI e XVII. Alguns aspectos*. In Revista de História. Vol. 8. Porto: Centro de História da Universidade do Porto, 1988. p. 203-213.

<sup>180</sup> Observe-se que no Brasil, até bem pouco tempo atrás, os ofícios dos Tabelionatos ainda permaneciam com pessoal recrutado por nomeação sem concurso, contudo a partir da Resolução n. 80, de 09 de julho de 2009, do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, forçou-se o cumprimento da regra constitucional que exige o concurso. Observa-se também que a prática do *nepotismo*, que era comum e aceita no Brasil até pouco tempo atrás, passou a ser rechaçada após a edição da Resolução nº 07, de 18 de outubro de 2005 do CNJ, que expressamente vedou a prática da nomeação para cargos em comissão ou função gratificada de parentes, cônjuges e companheiros, a fim de se evitar resquícios da hereditariedade e moralizar a função pública.

<sup>181</sup> CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. 1986, *op. cit.*, p. 659/661.

além de evidenciar a usurpação do interesse público, tratando dos bens públicos como se privados fossem, permitindo a busca de qualquer interesse pessoal. Era um mecanismo de grande injustiça social, que não avaliava a capacidade intelectual ou administrativa do agente que iria exercer a função pública.

### **3.1.3. Livre Nomeação**

Não se trata aqui da nomeação como ato de provimento do cargo ou emprego público, que pode se dar por meio do ato unilateral de nomeação ou bilateral de contrato, mas trata-se aqui de um mecanismo propriamente de acesso à função pública.

A livre nomeação<sup>182</sup> é um dos mecanismos de acesso ainda muito utilizado no âmbito da Administração Pública de vários países e que tem suas bases unicamente no uso da discricionariedade e da autoridade<sup>183</sup>, consistindo na livre escolha de qualquer cidadão pela autoridade pública responsável, conferindo ao agente as atribuições para o desempenho de determinada função pública, passando então a ocupar um posto nos quadros da entidade.

Tal mecanismo de acesso pode se operar de maneira absoluta, quando não necessita da participação da autoridade de outro Poder para a escolha, ou de maneira relativa, quando tal participação se faz necessária.

Em geral, a livre nomeação é utilizada para o desempenho de funções que exijam confiança para o assessoramento, direção ou chefia. Por tanto, é comum que tenha a característica de gerar um vínculo precário. Assim, uma vez estrelecida a relação de confiança, da mesma maneira livre com que o agente foi nomeado, poderá ser livremente exonerado a qualquer momento, dependendo unicamente do juízo de conveniência e oportunidade da autoridade nomeante.

A crítica que se faz a este mecanismo basicamente diz respeito à excessiva discricionariedade<sup>184</sup> e pouca, ou até mesmo nenhuma, democraticidade, o que facilmente pode levar ao abuso do poder. Além disso, trata-se de um mecanismo

---

<sup>182</sup> Marcelo Caetano denomina a livre nomeação de “livre escolha”. CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. 1986, *Op. cit.*, p. 661.

<sup>183</sup> MAIA, Márcio Barbosa; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 4.

<sup>184</sup> Rita Tourinho critica este mecanismo de acesso à função pública, por considerar que este modo de escolha pode levar à arbitrariedade. TOURINHO, Rita. *O concurso público no ordenamento jurídico brasileiro*. Rio de Janeiro: Lunem Juris, 2008, p. 13.

que não necessita avaliar as capacidades do indivíduo, não há paridade de chances para o acesso à função pública e gera uma instabilidade<sup>185</sup> nos quadros da Administração Pública, que constantemente passa por trocas de pessoas, o que gera uma inconstância na prestação dos serviços.

No Brasil, este tipo de nomeação é possível para os cargos em comissão, conforme previsto no art. 37, V, da CRFB/88, os denominados cargos de direção, chefia e assessoramento.

Em Portugal, é possível a livre nomeação para os cargos de direção, gestão, coordenação e controle dos serviços e organismos públicos, os denominados cargos de direção<sup>186</sup>, o que equivale à livre nomeação. Contudo é interessante destacar que o provimento destes cargos não se dá por meio de nomeação e nem de contrato, mas sim em regime de comissão de serviço, considerado um terceiro gênero de regime<sup>187</sup>.

### **3.1.4. Eleição**

Ao longo da história verificam-se várias passagens de tempo em que a eleição foi utilizada como mecanismo de escolha de pessoas a compor a Administração Pública. Observa-se que o enfoque não é o da eleição para a escolha dos representantes políticos do povo, comumente existente nos dias atuais, mas sim para o recrutamento de agentes para atividades técnicas da Administração Pública.

---

<sup>185</sup> Visando evitar tal instabilidade nos quadros da Administração Pública brasileira foi que sobreveio a EC n. 19/98 ao inc. V, do art. 37, da CRFB/88, passando a exigir que seja criada lei que estabeleça limites às livres nomeações, sendo que para os cargos em comissão a lei deve prever condições e percentuais mínimos para seu preenchimento por servidores de carreira e somente pode se dar para atribuições de direção, chefia e assessoramento, já a nomeação para funções de confiança somente pode se dar para servidor que já ocupe cargo efetivo. Vide: MORAES, Alexandre. *Reforma administrativa - EC nº 19/98*. São Paulo: Atlas, 1998 e LOPES, Maurício Ribeiro. *Comentários à reforma administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 117

<sup>186</sup> Em Portugal, vide a Lei nº 2/2004, de 15 de Janeiro, tratando-se do estatuto do pessoal dirigente dos serviços e organismos da administração central, regional e local do Estado.

<sup>187</sup> Registra-se relevante lição de Paulo Veiga e Moura e de Cátia Arrimar, em que faz constar que a comissão de serviço era uma modalidade da nomeação, mas que a partir da Lei nº 12-A/2008 o regime de comissão de serviço passou a ser autonomizado, representando uma terceira modalidade de constituição da relação de emprego público, diferente do contrato e diferente da nomeação. MOURA, Paulo Veiga e; ARRIMAR, Cátia. *Os novos regimes de vinculação de carreiras e de remunerações dos trabalhadores da Administração Pública*. Op. cit., p. 52.

Passando pelo Império Romano<sup>188</sup>, pelo período feudal e pelo início da Revolução Francesa<sup>189</sup>, as eleições marcaram presença para tal finalidade. Trata-se de mecanismo em que os agentes a serviço da Administração são escolhidos pelo povo, de maneira direta ou indireta<sup>190</sup>, revelando um sistema altamente democrático.

Ocorre que tal mecanismo de recrutamento ainda se mostra desfavorável para o que se dispõe, tendo em vista que o sistema eleitoral possui em sua natureza traços que o tornam eminentemente político, tendo características que melhor se adequam às atividades de representação de interesses de maiorias e minorias, para mandatos de prazo determinado em que é dispensável a análise de requisitos técnicos, onde o que conta é a simpatia do indivíduo e o interesse do grupo a que representa.

Isso torna, via de regra, impróprio o mecanismo eleitoral para o recrutamento de trabalhadores em função pública, uma vez que para tanto é condição de mais alta relevância as qualificações profissionais do agente, suas habilidades individuais e capacidades técnicas, a perenidade da relação existente, sendo conveniente o menor envolvimento político partidário, por se tratar de um profissional que, independente da situação governista, deverá desenvolver suas atribuições com imparcialidade. Tudo isso faz com que seja o recrutamento por meio de sistema eleitoral veementemente criticado pela doutrina atual<sup>191</sup>.

### **3.1.5. Concurso**

Como um dos resultados da Revolução Francesa, sobreveio a abolição do arbitrário sistema de venalidade e hereditariedade dos ofícios públicos e a limitação das livres nomeações, tendo como importante conquista a real implantação da regra do concurso<sup>192</sup>, considerada uma das garantias do princípio da igualdade e do direito

<sup>188</sup> PEIXOTO, José Carlos de Matos. *Curso de direito romano*. Tomo I. Rio de Janeiro: Renovar, 1977. p. 33.

<sup>189</sup> MAIA, Márcio Barbosa; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Op. cit.*, p. 45

<sup>190</sup> Chama-se a atenção para o registro de que, apesar de mundialmente pouco utilizado, o recrutamento por meio eleitoral para agentes da Administração Pública de natureza diversa da representação democrática ainda se verifica em alguns lugares, tais como nos Estados Unidos da América, onde ainda se utiliza, por exemplo, para o recrutamento de certos Promotores e Juízes a eleição popular, dentre outros mecanismos existentes. Cf. TOURINHO. Rita. *O concurso público no ordenamento jurídico brasileiro*. *Op. cit.*, p. 09.

<sup>191</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito administrativo*. *Op. cit.*, p. 460. MAIA, Márcio Barbosa; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Op. cit.*, p. 4.

<sup>192</sup> Consoante as lições de Cretella Júnior, o concurso “se desenvolveu, na França, a partir de Napoleão, depois de renhidas lutas contra seus opositores, beneficiados por outros sistemas”.

de acesso à função pública, acarretando “a consequente redução da discricionariedade administrativa nos domínios do recrutamento e selecção de pessoal”<sup>193</sup>.

Atualmente, o concurso é tido como o melhor mecanismo de recrutamento e seleção para o acesso à função pública, pois além de ter a vantagem de afastar os incapazes para o exercício das atribuições, tem também o privilégio de afastar os interesses políticos dos detentores do poder em prol do interesse técnico dos que demonstrem possuir melhores habilidades profissionais; afastar o interesse pessoal da escolha dos apadrinhados em prol do interesse público dos mais capacitados com igualdade de oportunidade e tratamento; permitir a ascensão social de quem não tenha qualquer ligação sucessória com os titulares do poder, sendo um mecanismo democrático para o exercício da liberdade de profissão que premia o mérito do indivíduo.

Importante destacar que nenhum dos mecanismos de recrutamento e seleção para o acesso à função pública é perfeito. O concurso não garante que o melhor classificado seja futuramente o melhor profissional<sup>194</sup>. E a existência de falhas durante o procedimento da realização do concurso<sup>195</sup>, tais como vícios de edital; exigências desnecessárias ou excessivas; corrupção e mecanismos de burla ao concurso, dentre outras, podem aniquilar as vantagens desse mecanismo e, conseqüentemente, ferir o direito de acesso à função pública.

Além disso, há que se reconhecer que no Brasil a função pública tem atraído uma grande parcela da sociedade proveniente da classe média brasileira, que ganha cada vez mais espaço na Administração Pública e nela vem criando raízes profundas, tendo encontrado abrigo na enorme burocracia do Estado que cada vez emprega mais, ao contrário da Administração Pública Portuguesa que tende a reduzir cada vez mais seu quadro de pessoal.

---

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito administrativo*, 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 461.

<sup>193</sup> CANOTILHO, J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Vol. I, 4ª ed., Coimbra: Coimbra, 2007, p. 661.

<sup>194</sup> OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Servidores públicos*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 74.

<sup>195</sup> Além das falhas do procedimento concursal, Raquel Silveira aponta que, especialmente para o Brasil, a falta de regulamentação em várias esferas da federação dificulta o bom resultado dos concursos e ressalta que “há necessidade de regulamentação por lei específica do procedimento do concurso público, contendo a especificação dos princípios que lhe são aplicados; as regras gerais a serem observadas em todo o procedimento seletivo; a definição de critérios objetivos para elaboração das provas; a compatibilidade dos exames com a função a ser exercida; e os direitos e as obrigações da Administração e dos candidatos.” SILVEIRA, Raquel Dias da. *Profissionalização da função pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 70.

Esta atração brasileira pela função pública pode ser explicada por alguns fatores, sendo um deles o fato de o setor público pagar melhores salários do que os geralmente praticados em níveis profissionais similares da iniciativa privada. E ainda, o fato de grande parte dos cargos ou empregos públicos conferir benefícios indiretos, tais como plano de saúde, licenças especiais, previdência diferenciada etc. Soma-se a isso o fato de que o regime jurídico da função pública brasileira proporciona um maior grau de segurança no que tange à permanência no trabalho da iniciativa privada.

Sob este aspecto, um estudo da área de economia<sup>196</sup>, que buscou traçar o perfil dos candidatos de concursos no Brasil sob os aspectos socioeconômicos, concluiu, com base em dados empíricos, que os determinantes de sucesso no desempenho de candidatos estão relacionados com o nível de renda familiar, o tipo de educação, a região de origem e a idade. Revelou ainda o estudo que os candidatos com renda familiar de classe média, originários de regiões metropolitanas, que concluíram pelo menos o ensino fundamental, que cursaram o nível básico em escola particular e que façam parte da faixa etária jovem, são aqueles que possuem as maiores chances de sucesso no concurso.

Assim, os resultados das pesquisas trazem à tona o que já era esperado: a constatação da existência de um círculo vicioso de concentração de renda que fere vários princípios constitucionais, dentre eles o da igualdade e liberdade de acesso à função pública.

Entretanto, o próprio estudo também reconhece que se trata de um problema conjuntural<sup>197</sup>, em que se reflete de maneira danosa no concurso a situação socioeconômica do país, que demanda a realização de políticas públicas relacionadas às questões de distribuição de renda, acesso à cultura e ensino, qualidade da educação, inclusão social, dentre diversos outros fatores. Trata-se,

---

<sup>196</sup> CASTELAR, Ivan; VELOSO, Alexandre Weber Aragão; FERREIRA, Roberto Tatiwa e SOARES, ILTON. *Uma análise dos determinantes de desempenho em concurso público*. Economia Aplicada. 2010, Vol. 14, n. 1, pp. 81-98. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S1413-80502010000100006>. Acesso em: 09/08/ 2013.

<sup>197</sup> Na realidade, o problema socioeconômico enfrentado no Brasil atinge principalmente as camadas mais pobres em todas as dimensões sociais, seja na distribuição de renda, seja no acesso à educação, à cultura, ao emprego, à saúde, à segurança pública, aos sistemas de comunicação, de transporte, de abastecimento de água, de saneamento básico etc. Tudo isso marca diversos reflexos na estrutura social e na vida dos indivíduos, pois com uma alta taxa de analfabetismo funcional ou com elevado índice de formação escolar de baixa qualidade, dificilmente as classes sociais mais baixas conseguirão alçar uma boa colocação profissional, seja ela no setor público ou no setor privado.

assim, de um problema que repercute não só no âmbito do acesso à função pública, mas nas mais diversas áreas da existência humana, no acesso ao emprego em geral, no direito a uma boa qualidade de vida e em muitos outros campos.

Portanto, em que pese não existir uma fórmula perfeita para o recrutamento de agentes para o acesso à função pública e mesmo diante das diversas falhas que pode conter o recrutamento por meio do concurso, ainda assim continua sendo este o mecanismo considerado mais vantajoso e que mais se aproxima da justiça, tendo em vista ser o único que contempla simultaneamente os princípios da igualdade, imparcialidade, merecimento e eficiência, possibilitando um quadro de pessoal com preparo técnico necessário para o exercício das funções.

### 3.1.5.1. Alicerces constitucionais do concurso no Brasil

Durante o período que vai de 1530 a 1815, ou seja, logo após o período pré-colonial até sua elevação a Reino Unido, o Brasil figurava como colônia de Portugal, período este em que foram fixados de maneira indelével instituições e costumes do sistema lusitano<sup>198</sup>.

A administração colonial no Brasil apenas permitia a participação de cidadãos nas atividades de defesa territorial e de administração local. Entretanto, em diversos cargos as Ordenações Filipinas<sup>199</sup> condicionavam a investidura à prova de que o candidato fosse “homem fidalgo, de limpo sangue” ou de “boa linhagem”, “homens bons”<sup>200</sup>, claramente se referindo aos nobres, senhores de terras das classes econômicas superiores. Em tal período a função pública era tida como sinônimo de autoridade e nobreza.

---

<sup>198</sup> No Brasil colônia vigorava o sistema de Capitânicas Hereditárias como forma de administração do território do Império português, sendo que os responsáveis pela administração, exploração e colonização das áreas eram denominados donatários das capitânicas, tratando-se de uma escolha que era realizada por meio de uma relação claramente patrimonialista. Estes donatários, por sua vez, nomeavam livremente ouvidores e davam tabelionatos de notas ou judiciais, e o faziam de acordo com os seus interesses pessoais. Cf. MATHIAS, Herculano Gomes; GUERRA, Lauriston Gomes Pereira; e CARVALHO, Affonso Villela de. *História do Brasil*. Rio de Janeiro: Bloch Editores, 1976, p. 29.

<sup>199</sup> No Brasil colônia, a escolha dos agentes do Estado encontrava respaldo no Direito Português; portanto, o início da função pública no Brasil está relacionada com a função pública de Portugal, seguindo as regras das Ordenações Filipinas.

<sup>200</sup> FAORO, Raymundo. *Os donos do poder. Formação do patronato político brasileiro*. 3ª ed., 8ª reimpressão. São Paulo: Globo, 2008, p. 202.

A sociedade brasileira, naquela época, era marcada por uma administração colonial que evidenciava graves problemas de estagnação econômica e social, compatível com a estagnação vivenciada em Portugal, tendo como uma das principais causas o “*parasitismo em torno das funções públicas*”<sup>201</sup>, cujo acesso se dava por motivos patrimoniais e de interesses pessoais, relacionados ao sentido de “favor”, totalmente desvinculado da noção de merecimento, igualdade, trabalho e justiça social.

Após a ruptura do reino entre Brasil e Portugal, que ficou marcada pela proclamação da independência do Brasil e a fundação do Império Brasileiro, no comemorado dia 07 de setembro de 1822, sobreveio a primeira Constituição do Brasil, a denominada Constituição Política do Império do Brasil, outorgada em 1824. Ainda que tenha sido inspirada nos ideais iluministas franceses e no liberalismo europeu, só o foi aparentemente, posto que o Imperador não abriu mão de seu poder, estabelecendo na prática uma estrutura monárquica marcada pelo conservadorismo e repudiando os ideais republicanos consagrados na França<sup>202</sup>.

Assim, se por um lado a referida Constituição do Império assegurava a todos os cidadãos, em seu art. 179, n.14, a possibilidade de “*ser admitidos aos cargos públicos civis, políticos ou militares, sem distinção outra que não seus talentos e virtudes*”, por outro lado, adotava o modelo de gestão patrimonialista, de modo que o art. 102 da Carta Imperial determinava que a nomeação dos agentes públicos seria realizada pelo Imperador, sem estabelecer qualquer critério objetivo ou mecanismo para a admissão à função pública, permitindo que vigorasse ampla discricionariedade nas nomeações<sup>203</sup>.

O que importa destacar é que se tratava da primeira constituição brasileira e foi ela que introduziu o princípio da ampla acessibilidade à função pública entre as

<sup>201</sup> VIEIRA, Leonardo Carneiro Assumpção. *Op. cit.*, p.62.

<sup>202</sup> MERGULHÃO, Rossana Teresa Curioni; COUTINHO JUNIOR, Bazilio de Alvarenga; e MACHADO, Elton Fernando Rossini. *A Constituição Imperial de 1824: Uma breve análise dos aspectos sociais, políticos, econômicos jurídicos*. In: Revista Iberoamericana de Filosofia, Política y Humanidades, año 13, nº 26. Araucária. Segundo semestre de 2011. p. 104/105. Assim, os autores destacam entre as principais características da Constituição de 1824 a centralização do Poder como decorrência de um Estado unitário e o Poder Moderador como “chave” de toda a organização política do Estado, tolhendo a autonomia dos outros três poderes de acordo com a vontade do Imperador.

<sup>203</sup> Ainda assim, havia algumas exceções à ampla discricionariedade, mormente no que diz respeito ao ingresso de professores em escolas públicas. Destaca-se a edição do Decreto Imperial n. 440/184533, que estabeleceu o modo dos concursos às cadeiras de Primeiras Letras dos municípios, exigindo conhecimentos religiosos. Cf. MAIA, Márcio Barbosa; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Op. cit.*, p. 7.

normas de direitos fundamentais, bem como previu a origem do mérito dos agentes públicos quando admitiu como único requisito para o acesso à função pública os talentos e virtudes do indivíduo, sendo assim considerada a semente para o surgimento do concurso público<sup>204</sup>.

Todavia, com o fim do Império, que se deu com a proclamação da República, em 15 de novembro de 1889, a situação nesse tocante não sofreu grandes modificações, ainda que a Constituição da República, promulgada em 1891, tenha sido um pouco mais incisiva em certa medida, ao exigir que fossem estabelecidas por lei as condições para se auferir as capacidades especiais daqueles que viessem a aspirar por cargos públicos<sup>205</sup>.

Sob esse aspecto, repetiu-se na Constituição Republicana a mesma indefinição contida na redação da Constituição do Império, permitindo a procrastinação da instauração de mecanismos concretos capazes de tolher o poderio dos detentores do poder no provimento dos cargos públicos, mantendo a mesma cultura de sempre que ignorava os talentos e virtudes dos indivíduos investidos nos cargos.

Nesse período de república, mesmo com a abolição da escravatura, o declínio do coronelismo e assunção da burguesia, ainda assim o patrimonialismo e os favores continuaram a abalar os princípios da liberdade e igualdade, deixando o merecimento para um segundo plano. Contudo, vozes importantes começavam a clamar pela racionalização da Administração Pública segundo os ideais franceses<sup>206</sup>.

É nesse período que o direito administrativo começa a se instalar no Brasil, principalmente nas universidades de São Paulo e do Rio de Janeiro, com visível influência francesa, sendo a função pública objeto de estudo, conforme se observa na obra de VIVEIROS DE CASTRO<sup>207</sup>, que destacava a falta de preparo técnico do

---

<sup>204</sup> SOUSA, Alice Ribeiro de. *Processo administrativo do concurso público*. 1ª ed. Leme: Editora J. H. Mizuno, 2013. p. 33.

<sup>205</sup> Cf. art. 73 da Constituição da República, de 24 de fevereiro de 1891.

<sup>206</sup> Joaquim Nabuco, político abolicionista da época, ressaltava a necessidade de uma reforma da Administração Pública tendo como enfoque a eficiência no serviço público relacionando medidas de economia e também de aptidão, de promoção e de responsabilidade, que favorecessem às maiores garantias ao merecimento e ao trabalho dos agentes públicos. *Apud* VIEIRA, Leonardo Carneiro Assumpção. *Op. cit*, p. 72.

<sup>207</sup> Ao reivindicar em sua obra uma reforma administrativa, o autor orientava que esta deveria consistir na redução do quadro dos empregados ao estritamente indispensável; em se exigir a realização de prova de capacidade para as primeiras nomeações; em garantir o acesso mediante comissão de funcionários para o preenchimento de vagas, como a de promoções do Exército; na fixação de vencimentos dignos; e responsabilidade efetiva dos funcionários. Vide: CASTRO, Augusto Olímpio

funcionalismo público brasileiro da época e apontava a ausência de garantias de acesso como uma das causas do insucesso do Direito Administrativo no Brasil.

No entanto, até o fim do referido período, denominado República Velha, pouco avanço houve na Administração Pública do Brasil no que tange à modernização e ao acesso aos cargos públicos, pois além de a Constituição de 1891 não exigir a realização de concurso, também não introduziu nenhum critério objetivo que demandasse na prática a impessoalidade ou que favorecesse ao princípio da igualdade e do merecimento.

Somente a partir do governo de Getúlio Vargas é que se iniciaram os planos de reforma da Administração Pública, com a implantação da gestão mais burocrática em substituição ao modelo patrimonialista, bem como de mecanismos tendentes à profissionalização da função pública. Também durante a Era Vargas é que foi criado o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, sendo neste período que a legislação trabalhista encontrou espaço.

Assim, na Constituição do Estado Novo, promulgada em 1934, a função pública ganhou pela primeira vez um título próprio. E, além de trazer novamente a regra da ampla acessibilidade à função pública<sup>208</sup>, a Magna Carta inovou em seu art. 170, n. 2º, trazendo pela, também pela primeira vez nas constituições brasileiras, a expressão “concurso”<sup>209</sup>, ao estabelecer a exigência do exame de sanidade e de concurso de provas *ou* títulos para a *primeira investidura* na função pública<sup>210</sup>.

Importa registrar que a seguinte Constituição, outorgada em 1937, determinou em seu art. 67, alínea “a”, a criação do Departamento Administrativo do Serviço Público – DASP<sup>211</sup>, cuja principal missão era a de trazer a ética aos quadros da Administração Pública, democratizar o acesso à função pública por força do mérito

---

Viveiros de. *Tratado de ciencia da administração e direito administrativo*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1906. p. III/IV e p. 436.

<sup>208</sup> O art. 168 da Constituição Brasileira de 1934 estabelecia que “Os cargos públicos são acessíveis a todos os brasileiros, sem distinção de sexo ou estado civil, observadas as condições que a lei estatuir.”

<sup>209</sup> As constituições anteriores apenas tratavam o tema de forma genérica, referindo-se aos “talentos e virtudes”, sem, contudo, explicitar qual seria o instrumento para se auferir tais talentos e virtudes.

<sup>210</sup> Entretanto, a denominada Lei do Reajustamento – Lei n. 248/1936, elaborada para organizar os quadros e carreiras da Administração Pública a nível Federal, funcionou como uma válvula de escape, permitindo que a regra do concurso fosse facilmente burlada, ao criar a categoria de pessoal extranumerário a quem não se exigia concurso. Assim, o ranço do patrimonialismo e do clientelismo impedia que a regra do concurso público funcionasse efetivamente, sendo esta situação repetida nas demais constituições.

<sup>211</sup> Apesar de não ter atingido o resultado que almejava com sua missão, pelos mesmos motivos patrimonialistas, o DASP foi um órgão de grande importância no âmbito evolutivo da função pública, sendo responsável pela elaboração do primeiro Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis da União, Decreto-Lei n. 1.713/1939.

individual auferível por meio do concurso, bem como desenvolver outros mecanismos de profissionalização da função pública.

Por sua vez, a Constituição de 1946 além de não inovar no que tange à evolução do direito de acesso à função pública, ainda representou um retrocesso quando estabeleceu em seu art. 188, inc. II, a estabilização dos agentes investidos sem concurso<sup>212</sup>, bem como dos interinos e extranumerários<sup>213</sup>, abrindo margem ao ingresso de agentes sem concurso, além dos comissionados.

Sobreveio, então, a Constituição de 1967, trazendo um grande avanço em seu texto, ao estabelecer a exigência de prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressaltando os cargos em comissão de livre nomeação e exoneração<sup>214</sup>. Entretanto, o constituinte de 1969, na grande emenda nº 1, também conhecida como Constituição de 1969, deu nova redação ao dispositivo constitucional em questão, abrandando as exigências, fazendo constar que apenas a primeira investidura é que dependeria de prévia aprovação em concurso público, *ressalvados* os casos expressos em lei<sup>215</sup>.

Tal ressalva da EC nº 1/1969 ensejou questionamentos acerca do conteúdo e alcance do novo dispositivo que tratava do concurso público, tendo o STF, inicialmente, julgado improcedente a arguição de inconstitucionalidade<sup>216</sup>. Todavia, o STF logo mudou significativamente de posicionamento<sup>217</sup> e passou a restringir a interpretação da referida ressalva, a fim de se evitar que as leis dos mais diversos entes da federação criassem normas com ressalvas tão amplas que colocasse em xeque o denominado *merit system*<sup>218</sup>.

Por fim, a atual Constituição vigente, promulgada em 05 de outubro de 1988, foi a que mais avançou no tocante ao concurso. Primeiro, por ser considerada a mais democrática das constituições brasileiras, o que lhe conferiu a alcunha de Constituição Cidadã. Depois, por ser a mais detalhada das constituições, acabando,

<sup>212</sup> Cf. art. 188, inc. II, da Constituição Brasileira de 1946.

<sup>213</sup> Cf. art. 23 do ADCT da Constituição Brasileira de 1946.

<sup>214</sup> Cf. art. 95, parágrafos 1º e 2º da Constituição Brasileira de 1967.

<sup>215</sup> Cf. art. 97, §1º, da Emenda Constitucional nº 1 de 1969.

<sup>216</sup> Cf. Rp n.º 808, Rel. Min. Luiz Gallotti (RTJ 55/532) e Rp n.º 839, Rel. Min. Djaci Falcão (RTJ 60/12).

<sup>217</sup> Cf. Rp n.º 888, Rel. Min. Aliomar Baleeiro (RTJ67/324). Declarou-se a inconstitucionalidade do art. 121, inciso III, da Constituição do Estado de Mato Grosso, cujo dispositivo permitia o provimento, sem concurso, de cargos vagos, por 12 meses, caso não houvesse candidatos habilitados em concurso.

<sup>218</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *O princípio do concurso público na jurisprudência do STF: alguns aspectos*. In: Revista de informação legislativa, v.25, nº 100, p. 163-174, out./dez. de 1988, p. 166/167.

assim, por dificultar as ações, principalmente normativas, que tentassem desvirtuar os mandamentos constitucionais sobre a matéria.

Tal constituição passou a exigir, em seu art. 37, inc. I e II, o concurso público de provas ou de provas e títulos para o ingresso nos cargos e empregos públicos, abrindo exceção apenas para os casos de ingresso nos cargos em comissão ou nas funções de confiança<sup>219</sup>; nomeação dos membros dos Tribunais<sup>220</sup>; aproveitamento de ex-combatentes da segunda guerra mundial<sup>221</sup>; e servidores contratados por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público<sup>222</sup>.

As maiores inovações que a CRFB/88 trouxe ao direito de acesso à função pública foram as seguintes:

1) rompeu com o regime até então vigente, exigindo o concurso público não apenas para a primeira investidura, mas para qualquer investidura em cargo, seja em carreira ou em cargos isolado, bem como em emprego público;

2) impôs a realização de provas, ou provas e títulos, afastando a possibilidade de concurso apenas de título, visto que tal mecanismo dava ensejo à redução prática do princípios da impessoalidade e isonomia, diante da maior subjetividade na valoração dos títulos;

3) determinou que a natureza e o grau de complexidade das provas e dos títulos devem possuir compatibilidade com a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, consoante EC nº 19/98;

4) condicionou o prazo de validade do certame em dois anos, prorrogáveis por igual período;

5) determinou expressamente a observância obrigatória da ordem classificatória no concurso para nomeações; e

6) passou a exigir a reserva obrigatória de percentual de vagas no concurso a portadores de deficiência.

Enfim, a CRFB/88 conferiu ao concurso o status de instrumento promotor de ampla acessibilidade aos cargos e empregos públicos, com o objetivo de pôr fim às discriminações e privilégios infundados no provimento dos quadros públicos e de

<sup>219</sup> Os cargos em comissão e funções de confiança são de livre nomeação e exoneração. Cf. art. 37, inc. II e V, da CRFB/88.

<sup>220</sup> Cf. arts. 73, § 2º; 94; 101; 104, parágrafo único, inc. II; 107; 111, § 2º; 119, inc. II; 120, inc. III; e 123, da CRFB/88.

<sup>221</sup> Cf. art. 93, inc. I, do ADCT.

<sup>222</sup> Cf. art. 37, inc. IX, da CRFB/88.

extirpar o mal contido nas raízes patrimonialistas e clientelistas de característica histórica.

Entretanto, há que se registrar que com o passar dos anos verifica-se a crescente adoção de subterfúgios para burlar a regra do concurso, mas isso será melhor examinado mais a diante.

### 3.1.5.2 Alicerces constitucionais do concurso em Portugal

A Constituição Política da Monarquia Portuguesa, de 23 de setembro de 1822, primeiro texto constitucional de Portugal, tinha como um de seus objetivos pôr fim ao absolutismo e instalar uma monarquia constitucional. Apesar de sua breve vigência, foi de grande importância para a Democracia do país.

Tal constituição dispunha em seu art. 13º que *“os ofícios públicos não são propriedade de pessoa alguma”*, numa tentativa de por fim ao patrimonialismo que vigorava em torno da função pública.

Além disso, em seu art. 12º, a Constituição estabelecia que todos os portugueses podiam ser admitidos aos cargos públicos, sem outra distinção, que não fossem *“a dos seus talentos e das suas virtude”*, criando já na primeira Constituição a semente para o concurso, embora ainda sem muita efetividade, tendo em vista não ter criado mecanismos eficientes para tanto.

Essa Constituição veio, entretanto, a ser substituída pela Carta Constitucional da Monarquia Portuguesa, que foi outorgada em 29 de abril de 1826. Ela era um pouco mais clara que sua antecessora e estabelecia no §13º, do art. 145º o seguinte: *“todo o Cidadão pode ser admitido aos Cargos Públicos Civis, Políticos ou Militares, sem outra diferença, que não seja a dos seus talentos e virtudes”*. Entretanto, mantinha a mesma ineficácia da primeira Constituição.

Foi na Constituição Política da Monarquia Portuguesa de 04 de abril de 1838 que se tratou da competência da iniciativa para legislar sobre recrutamento<sup>223</sup>, mantendo a regra da admissão aos cargos públicos Civis, Políticos e Militares, sem outra diferença que não seja a dos seus talentos e virtudes<sup>224</sup>.

<sup>223</sup> Cf. art. 35º da Constituição Portuguesa de 1838.

<sup>224</sup> Cf. §13º, do art. 145º da Constituição Portuguesa de 1838.

Importa destacar que em 1845 foi criado em Portugal o Conselho de Estado e, em seguida, o Supremo Tribunal Administrativo, tendo sido inserida a disciplina de Direito Administrativo como disciplina autônoma nas universidades.

Aponta-se o ano de 1851 como o ano da regeneração de Portugal, onde se iniciou um período de grande desenvolvimento econômico e paz social. Foi neste ano que se criou um Ministério denominado de Obras Públicas, Comércio e Indústria, e se verificou o aumento do número de funcionários públicos. Consta desse período o desenvolvimento das comunicações e dos transportes, com caminhos de ferro e estradas. Além disso, foram criados serviços de caráter cultural e social, tais como a ampliação das redes escolares primárias, técnicas e de saúde e assistência social.

Trata-se de período que se esforçou por inserir as garantias individuais no Estado, como resultado da consolidação do liberalismo econômico e da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Assim, a Administração Pública passou a se ocupar de atividades de quase todos os setores econômicos e sociais, o que a tornou extremamente complexa, causando alterações no modelo de Estado e exigindo novos métodos de atuação mais eficazes, de modo que o modelo burocrático já não correspondia à realidade, frente à modelos de gestão mais dinâmicos e flexíveis. Começou-se a utilizar aos poucos o direito privado<sup>225</sup>, principalmente em relação aos contratos.

Entretanto, durante o período da Primeira República sobreveio a Constituição Portuguesa de 1911, que não trouxe avanços no que diz respeito ao concurso, apenas garantindo o exercício de todo o gênero de trabalho, ressalvadas as restrições legais, e conferindo a garantia do emprego aos empregados do Estado durante o serviço militar obrigatório. Durante este período foi criado o Ministério do Trabalho e Previdência Social, mais precisamente no ano de 1916.

Representando a concretização dos ideais de Salazar<sup>226</sup> e inaugurando o Estado Novo, com texto coordenado por Marcelo Caetano, sobreveio a Constituição

---

<sup>225</sup> PEREIRA DA SILVA, Vasco. *Para um contencioso administrativo dos particulares: esboço de uma teoria subjectivista do recurso directo de anulação*. Coimbra: Editora Coimbra, 1989, p. 45.

<sup>226</sup> António de Oliveira Salazar foi uma figura importante na história portuguesa, tendo sido o estadista que ficou por mais tempo no poder. Figurou como chefe de governo entre 1932 a 1968, na conhecida ditadura salazarista, tendo passado o governo para Marcelo Caetano por motivo de saúde, que por sua vez esteve no poder até 1974, quando sobreveio no 25 de abril de 1974 a Revolução dos Cravos que pôs fim à ditadura salazarista.

de 11 de abril de 1933<sup>227</sup>, que no título das garantias fundamentais ainda mantinha mais ou menos as redações constitucionais anteriores no que tange ao acesso à função pública, de modo a fazer constar no art. 5º, parágrafo único, que a *“igualdade perante a lei envolve o direito de ser provido nos cargos públicos conforme a capacidade ou serviços prestados...”*.

Foi somente após a Segunda República, já na Terceira República, portanto, após o 25 de abril de 1974<sup>228</sup>, que a Constituição da República Portuguesa de 1976 conferiu ao concurso *status* e reconhecimento constitucional, juntamente com a função pública, quando o art. 47º, ao tratar da “Liberdade de escolha de profissão e acesso à função pública”, estabeleceu no n.º 2 o direito de acesso à função pública a todos os cidadãos, em condições de igualdade e liberdade, em regra por via de concurso.

Todavia, há que se registrar uma brutal mudança nos rumos da função pública a partir do final dos anos 70, com orientações do governo para reduzir o tamanho da máquina estatal e para adoção de modelos de gestão mais comuns ao emprego privado. No dizer de PAULO OTERO, a tentativa de modernização da Administração Pública gerou uma verdadeira *“fúria privatizadora”*<sup>229</sup> da Administração Pública, o que por certo que provocou reflexos no direito de acesso à função pública, como será visto a diante.

### 3.2 Conceito e Fundamentos do Concurso

Concurso é um procedimento<sup>230</sup> administrativo especial<sup>231</sup>, composto por uma sequência de atos administrativos regidos por princípios e regras próprios, que visa

<sup>227</sup> A Constituição de 1933 vigorou durante o período conhecido como Estado Novo, Salazarismo ou ainda por alguns de Segunda República, título este que não era utilizado por Salazar.

<sup>228</sup> A famosa Revolução de 25 de abril de 1974, denominada Revolução dos Cravos, resultou de um movimento social liderado por movimentos militares, ocorrido na referida data, que pôs fim ao regime da ditadura do Estado Novo, iniciando-se aí a implantação do regime democrático.

<sup>229</sup> OTERO, Paulo. *Coordenadas jurídicas da privatização da administração pública*. 2000, *op. cit.*, p. 35.

<sup>230</sup> No dizer de Diógenes Gasparini, o concurso é um procedimento, isto é, *“um conjunto de atos administrativos interligados e realizáveis segundo certa cronologia previamente estabelecida”*, destinados ao provimento originário do cargo, empregos ou função pública por aqueles que melhor atendam ao interesse público. GASPARINI, Diógenes. *Concurso público: imposição constitucional e operacionalização*. In Concurso público e Constituição. Coord. MOTTA, Fabrício. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 23.

avaliar as capacidades, habilitações e adequação das demais características dos candidatos a dado cargo ou posto de trabalho da Administração Pública, selecionando os mais aptos ao serviço, a fim de possibilitar o recrutamento<sup>232</sup> do trabalhador mais qualificado<sup>233</sup>, indispensável à realização das atividades de interesse público.

Como bem observa ANA NEVES<sup>234</sup>, o concurso cumpre dupla função, a de “*tutela do direito subjectivo de acesso a emprego público*”, por um procedimento justo de seleção, e a de “*tutela dos interesses do empregador público*”, na disponibilização para admissão de trabalhador com as qualificações necessárias para a função.

No dizer de MARCELO CAETANO, o concurso “*caracteriza-se, pois, por facultar a ‘competição’ entre todos os que legitimamente aspirem a ocupar o lugar a prover*”<sup>235</sup>.

Para tanto, a Administração Pública deve se utilizar de procedimento baseado em critérios objetivos<sup>236</sup>, previamente definidos de maneira impessoal, que permitam a igualdade de oportunidades e de condições para todos os interessados que atendam aos requisitos da lei, estabelecidos de acordo com a natureza e complexidade da tarefa, sempre em busca do resultado que premie o mérito dos concorrentes mais aptos a fim de alcançar a moralidade administrativa, a profissionalização da função pública e a eficiência na prestação dos serviços públicos.

---

<sup>231</sup> Segundo Lorena de Sêves, o concurso se enquadra como “*um procedimento administrativo especial no qual se desenvolvem relações jurídicas procedimentais, que visam constituir a relação de emprego público ou assegurar o seu desenvolvimento*”. SÊVES, Antônio Lorena de. *Op. cit.*, p. 55.

<sup>232</sup> Ana Neves destaca ainda que “o procedimento de recrutamento é mais amplo do que o próprio concurso, que realiza a seleção do trabalhador a recrutar.” Cf. NEVES, Ana Fernanda. *O recrutamento de trabalhador público*. Lisboa: Provedor de Justiça, 2013, p. 11. Disponível em: <[www.provedor-jus.pt/.../O\\_Recrutamento\\_de\\_Trabalhador\\_Publico.pdf](http://www.provedor-jus.pt/.../O_Recrutamento_de_Trabalhador_Publico.pdf)> Acesso em: 10/09/2013.

<sup>233</sup> Como destaca Hely Lopes, “*pelo concurso afastam-se, pois, os ineptos e os apaniguados que costumam abarrotar as repartições, num espetáculo degradante de protecionismo e falta de escrúpulos de políticos que se alçam e se mantêm no poder leiloando cargos e empregos públicos*”. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 35ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 439.

<sup>234</sup> NEVES, Ana Fernanda. *Tratado de direito administrativo especial*. Vol. IV, 2010, *op. cit.*, p. 466/467.

<sup>235</sup> CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. 1986, *op. cit.*, p. 662.

<sup>236</sup> Vide - *Brasil*: Acórdão do STF, de 23.06.2010. Repercussão geral por questão de ordem no Agravo de Instrumento n. 758533/MG. Rel. Min. Gilmar Mendes. *Portugal*: Acórdão do STA, de 29 de novembro de 2012, Processo n. 01031/12, ponto I do Sumário.

Trata-se de um *procedimento obrigatório*<sup>237</sup>, sendo a regra geral para o recrutamento e seleção de trabalhador em função pública, ressalvadas as já mencionadas exceções legais<sup>238</sup>.

Hoje no Brasil a realização do concurso para cargos e empregos públicos efetivos se dá pelo método de seleção por *provas* ou de *provas e títulos*<sup>239</sup>, sendo a prova de conhecimento método obrigatório, o que torna impossível que o concurso se realize por meio de avaliação unicamente de títulos ou análise curricular, favorecendo, assim, a livre competição entre os concorrentes.

Há ainda no Brasil a possibilidade de divisão da prova em várias fases, podendo ser utilizados os métodos de seleção facultativos consistentes em prova oral, provas práticas (de digitação, por exemplo), prova de aptidões físicas, curso de formação, exame psicotécnico. Não existe uma norma contendo o rol dos métodos de seleção possíveis, estes devem fazer parte da lei de carreira do cargo posto a concurso, bem como deve ter expressa previsão no edital de abertura do certame.

Sendo o concurso, em Portugal, a *forma comum de recrutamento de trabalhador para o emprego público*<sup>240</sup>, nos termos da norma vigente<sup>241</sup>, observa-se que os métodos de seleção obrigatórios são: prova de conhecimento; avaliação psicológica; avaliação curricular; e entrevista de avaliação de competências<sup>242</sup>. Não obstante, há que se registrar que é possível a limitação do concurso ao uso do método de seleção por avaliação curricular nos procedimentos concursais para constituir vínculo de emprego público a termo.

<sup>237</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, 439.

<sup>238</sup> Bandeira de Mello registra que o que parece ser outra exceção à regra do concurso, o denominado *processo seletivo público*, para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público prevista no art. 198, §4º da CRFB/88, na admissão de agentes comunitários de saúde e agentes de combate a endemia, na realidade não é uma verdadeira exceção, posto que o referido processo seletivo público *“terá de apresentar características similares às de um concurso público, podendo apenas simplificá-lo naquilo que não interfira com a necessária publicidade, igualdade dos concorrentes e possibilidade de aferirem a lisura do certame. Será obrigatório, ainda, que as provas ou provas e títulos guardem relação com a natureza e a complexidade do emprego”*. MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 26ª ed., *op. cit.*, p. 277.

<sup>239</sup> Atualmente, no Brasil a prova de títulos serve apenas para definir a classificação dos candidatos no concurso. SANTOS, Fernanda Marinela de Souza. *Concursos públicos: acessibilidade e grandes polêmicas*. In: *Leituras Complementares de Direito Administrativo*. 2ª ed., (org.) Fernanda Marinela e Fabrício Bolzan. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 259.

<sup>240</sup> NEVES, Ana Fernanda. *O recrutamento de trabalhador público*. 2013, *op. cit.*, p. 11.

<sup>241</sup> Cf. art. 36º, n.º1, da LTFP.

<sup>242</sup> Impõe salientar que os métodos de seleção por avaliação curricular e entrevista são obrigatórios no recrutamento de candidatos que já estejam cumprindo ou executando a atribuição, a competência ou atividade que caracterize o posto de trabalho em causa, bem como no recrutamento de candidatos em situação de requalificação que, imediatamente antes, tenham desempenhado a referida atribuição, competência ou atividade, cf. art. 36º, n.º 2 da LTFP.

Além dos métodos obrigatórios de seleção, há os métodos de seleção facultativos ou complementares, tais como o estágio profissional, previsto no art. 36º, n.º 4º da LTFP, e os previstos na Portaria n.º 83-A/2009, de 23 de janeiro<sup>243</sup>, que regula a tramitação dos procedimentos concursais, quais sejam: entrevista profissional de seleção, avaliação de competências por portfólio, provas físicas, exames médicos, curso de formação específica<sup>244</sup>.

Nota-se claramente, portanto, a diferença entre os métodos de seleção utilizados no Brasil e em Portugal, pois ainda que ambos possuam a prova que avalia os conhecimentos como regra, em Portugal tal regra pode ser excetuada<sup>245</sup>.

Em ambos os países o concurso é tido como o instrumento que melhor representa o *merit system*<sup>246</sup>, pois propicia o tratamento igualitário a todos os interessados no ingresso, que podem concorrer em condições de igualdade, afastando favorecimentos ou perseguições pessoais, onde o objetivo é exclusivamente o de alcançar os melhores candidatos, para que sejam investidos na função pública de maneira perene, a fim de atender ao interesse público.

O concurso se presta a dar efetividade ao direito de acesso à função pública, tratando-se, pois, de um instrumento garantidor deste direito fundamental, com base constitucional, tanto no Brasil (art. 37,II, da CRFB/88) quanto em Portugal (art. 47º, n. 2, da CRP/76), tendo como principais fundamentos o direito à igualdade e à liberdade, pilares do Estado Democrático de Direito.

Nestes termos, o procedimento concursal é democrático, pois visa a recrutar candidatos dentro de uma larga base, com rigorosos e impessoais critérios, a fim de selecionar aqueles que possuam as melhores formações e demonstrem as melhores capacidades. Permite-se, assim, que membros dos mais diversos grupos sociais participem do certame livremente e em condições de igualdade.

<sup>243</sup> Observa-se que a Portaria n.º 83-A foi alterada pela Portaria n.º 145-A/2011, de 06 de abril.

<sup>244</sup> Vide art. 7º da Portaria n.º 83-A/2009.

<sup>245</sup> Interessantes os registros de Ana Neves que, ao elencar dentre as queixas que chegam ao Provedor de Justiça relacionados ao recrutamento, fez constar dentre as ilegalidades mais frequentes a de “favorecimento de candidatos com prévia relação jurídica de emprego público por tempo determinado ou determinável, na escolha dos métodos de seleção a aplicar a estes candidatos ou na sua concreta aplicação”. Vide NEVES, Ana Fernanda. *O recrutamento de trabalhador público. 2013, op. cit.*, p. 8. Ademais, há que se fazer constar também o que nos chama a atenção: a utilização, como regra, do método de seleção avaliação curricular para o recrutamento de trabalhador de vínculo a termo, caso em que é utilizado como único método, o que na realidade não possibilita a avaliação das capacidades do candidato, mas apenas avalia seu histórico profissional e habilitações acadêmicas superiores às legalmente exigidas.

<sup>246</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 24ª ed., *op. cit.*, p. 574.

Conseqüentemente, o concurso se revela com um meio eficaz para elevar o nível de preparação profissional do corpo administrativo e de se alcançar a almejada eficiência da Administração Pública, garantindo uma maior capacidade funcional da administração e conseqüentemente refletindo na prestação de serviços públicos de melhor qualidade<sup>247</sup>.

### 3.3 Princípios Específicos do Concurso

Além dos já consagrados princípios básicos da Administração Pública, de *observância permanente e obrigatória*<sup>248</sup>, tais como os princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência, o direito de acesso à função, que se materializa, em regra, por meio do concurso, é constitucionalmente regido por princípios e regras específicos para que, respeitados rigorosamente, garantam a efetividade deste direito fundamental.

A importância da observância dos princípios constitucionais se deve ao fato de serem eles a expressão da essência da Constituição, contemplando os valores políticos, econômicos, éticos e sociais vigentes, de modo que mesmo que a dinâmica social crie e recrie seus textos legais, a *natureza harmoniosa do sistema*<sup>249</sup> seja mantida.

Destacam-se como princípios com valores específicos ao concurso o princípio da acessibilidade, o princípio da igualdade, o princípio do merecimento, o princípio da persecução do interesse público e o princípio da profissionalização da função pública.

#### 3.3.1 O Princípio da Acessibilidade

O princípio da acessibilidade encontra-se constitucionalmente<sup>250</sup> estampado, tanto no art. 47º, n. 2, da CRP/76, quanto no art. 37, II, da CRFB/88, traduzindo-se como uma forte derivação do princípio democrático, cujas origens remontam ao já

<sup>247</sup> Sobre o concurso em Portugal é imprescindível destacar o Ac. n.º 683/1999 do TC, julgado em 21/12/1999, que traz importantíssimas reflexões acerca do concurso como garantia do direito de acesso à função pública.

<sup>248</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 35ª ed., op. cit., p. 77/78

<sup>249</sup> ROCHA, Carmén Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 23.

<sup>250</sup> A doutrina sinaliza o alto grau de relevância do concurso, destacando a importância conferida pelo art. 21º, n. 2, da DUDH, ao princípio da acessibilidade e igualdade. Cf. DALLARI, Adilson Abreu. *Regime constitucional dos servidores públicos*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 28.

mencionado tempo da antiguidade grega, em que os cidadãos participavam ativamente nas decisões sobre o destino das Cidades-Estado.

Nos Estados Democráticos de Direito, o povo não atua como mero sujeito passivo, mero destinatário do poder, mas, ao contrário, participa ativamente das decisões, elege seus representantes para a defesa de seus interesses. O povo é o legítimo titular do poder, podendo participar tanto nas decisões políticas quanto da composição dos quadros dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Assim, o concurso se revela como uma ferramenta democrática que garante que todos os indivíduos<sup>251</sup> que possuam as habilitações e capacidades necessárias, e que cumpram os requisitos estabelecidos em lei, possam participar livremente da concorrência pública que busca os mais aptos a ocuparem postos de trabalho nos quadros da Administração Pública<sup>252</sup>.

Oportunamente, frisa-se o ensinamento de BANDEIRA DE MELLO<sup>253</sup> que afirma que o concurso para acesso à função pública é exigível tanto para a admissão de pessoal da Administração Pública direta, quanto da indireta.

Em que pese não possuir o concurso conotação política, aliás, sequer pode ter qualquer conotação política, devendo respeitar a critérios objetivos previamente estabelecidos, impessoais, imparciais, meritórios e razoáveis, evitando-se, assim, a contratação de parentes e interessados políticos, ainda assim se revela como um instrumento democrático, uma vez que habilita qualquer do povo, que demonstre plenas condições, a compor, como peça, a máquina administrativa de seu Estado.

---

<sup>251</sup> Emprega-se o termo “indivíduo”, pois no Brasil, a partir da EC n. 19/98, alterou o art. 37, II da CRFB/88, ampliando-se a possibilidade de participação no concurso público para além do cidadão brasileiro, admitindo-se também o estrangeiro, na forma da lei. No dizer de Alexandre de Moraes, tal EC representou uma *“saudável alteração em nossa legislação constitucional, uma vez que esse acesso está englobado em uma previsão fundamental maior; a do inciso XIII do art. 5º da Constituição Federal, que consagra o direito fundamental de profissão, arte e ofício, aplicável tanto a brasileiros quanto a estrangeiros, não se justificando uma vedação absoluta do estrangeiro ao acesso aos cargos e empregos públicos”*. MORAES, Alexandre. *Direito constitucional administrativo*. Op. cit., p. 143. Entretanto, cumpre observar que se trata de norma constitucional de eficácia limitada, que ainda carece de regulamentação.

<sup>252</sup> Ressalvam-se as exceções de livre nomeação.

<sup>253</sup> O autor adentra na questão enumerando os motivos pelos quais também à Administração Pública Indireta é imposta a regra do concurso, até mesmo para as empresas estatais exploradoras de interesse econômico. Contudo, importa destacar que no Brasil, atualmente, a questão da obrigatoriedade do concurso para admissão de pessoal nas tais empresas estatais exploradoras de interesse econômico geram grande polêmica, principalmente pelo fato de o procedimento onerar a atividade e retirar a agilidade necessária às atividades econômicas, dificultando a livre concorrência de mercado. Registre-se que por não constituir objeto do presente trabalho, o que alargaria o tema, tocamos no assunto apenas para fins de conhecimento. Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Regime constitucional dos servidores da Administração Pública direta e Indireta*. 2ªed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 53.

Interessante ressaltar que até mesmo as exigências legais devem guardar respeito ao mencionado princípio quando do estabelecimento de normas restritivas do direito à participação do certame<sup>254</sup>. Como bem destaca ALICE RIBEIRO, “*não é dado ao legislador fixar ao seu deleite qualquer requisito limitador do ingresso no serviço público*”<sup>255</sup>. Destarte, ao legislador cumpre utilizar as balizas de isonomia e razoabilidade ao estabelecer critérios restritivos ao direito de acesso, e ao administrador cumprir a lei sem criar, nos editais que regem os concursos, restrições apartadas da lei<sup>256</sup>.

Observe-se que a proibição de se restringir o direito de acesso à função pública nos editais, portarias ou regulamentos internos, também decorre do princípio da legalidade, segundo o qual a lei é o fundamento da atividade administrativa, bem como o seu limite<sup>257</sup>.

Cabe registrar, ainda que pareça óbvio, que o princípio da acessibilidade não implica no direito à investidura em cargo ou emprego público, mas sim na garantia de se inscrever em um concurso, desde que possua os requisitos previamente exigidos; de participar de um procedimento de recrutamento e seleção justo; de não ser preterido por outro que tenha se classificado em situação inferior.

Portanto, o princípio da acessibilidade visa garantir, de forma livre e democrática, a participação isonômica de todos os indivíduos que pretendam se

---

<sup>254</sup> Retira-se assim, da jurisprudência brasileira o entendimento de que “*as restrições da lei a admissão ao concurso para provimento de cargos ou ao exercício de ofícios, decerto, não podem constituir obstáculo desarrazoado a aplicação dos princípios da acessibilidade de todos aos cargos públicos ou da liberdade para o exercício de ofício ou profissão*”. Ac. do STF – Tribunal Pleno - Parte da ementa da ADI n. 1040 MC/DF. MC na ADI. Rel. Min. Néri da Silveira. Julgamento: 09.03.1994.

<sup>255</sup> SOUZA, Alice Ribeiro de. *Processo administrativo do concurso público*. Leme: J. H. Mizuno, 2013. p. 72.

<sup>256</sup> Neste sentido o STF já criou a Súmula n. 14, nos seguintes termos: “*Não é admissível, por ato administrativo, restringir, em razão da idade, inscrição em concurso para cargo público*”. Em seguida, o próprio STF confere significado mais amplo à referida súmula, passando a ser esta a orientação pretoriana: “*É admissível, por meio de decreto ou instruções, a fixação dos limites de idade na inscrição para provimento dos cargos públicos, segundo a forma e as condições estabelecidas em lei.*” Havendo assim, no dizer de Adilson Dallari uma readequação da súmula, sem que ela tenha perdido seu sentido originário, qual seja, de que nem os regulamentos administrativos e nem os atos administrativos podem fixar condições restritivas ao direito de acesso à função pública sem amparo de lei em sentido estrito. Cf. DALLARI, Adilson Abreu. *Regime constitucional dos servidores públicos*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 31.

<sup>257</sup> No Brasil o princípio da legalidade encontra sua previsão no art. 5º, inc. II, da CRFB/88, já em Portugal no art. 266º, n. 2 da CRP/76, que, embora tenham redações um pouco diferentes, resumem em seu conteúdo a ideia de que a atividade administrativa deve estar baseada numa relação de subordinação à lei, enquanto a atividade do particular de estar baseada na não contradição à lei.

candidatar ao posto de trabalho oferecidos a concurso, a fim de evitar que interesses parciais, políticos ou pessoais maculem o interesse público em questão.

### 3.3.2 O Princípio da Igualdade

A partir da máxima aristotélica, de que *“a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades”*, é que decorre que o princípio da igualdade serve tanto para nortear o legislador, que deve usar da razoabilidade para concretizar a *“a igualdade na lei”*, quanto para nortear o aplicador da lei, que deve observância ao princípio de modo a somente permitir as diferenciações que o consubstanciem, tratando-se da denominada *“igualdade perante a lei”*.

No que tange ao concurso, como bem dimensiona MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *“a própria existência de procedimentos concursais constitui uma manifestação do princípio da igualdade”*<sup>258</sup>, na medida em que na concorrência leve-se em conta a igualdade sob o aspecto da valoração e da comparação.

Desta sorte, o princípio da igualdade possui um amplo campo de atuação no concurso de acesso à função pública, norteador de cada regra, cada fase procedimental, cada ato da Administração Pública.

O princípio da igualdade visa assegurar tratamento justo aos indivíduos e limitar o poder Estatal, evitando privilégios, benefícios, prejuízos ou privações de direitos por motivos injustificados, tais como em razão de idade, sexo, raça, cor, credo, condição social, convicções etc.

Para isso, o princípio se insere no âmbito do concurso para assegurar que o seu desenvolvimento se dê em rigorosas *condições de igualdade*<sup>259</sup> para todos aqueles que pretendam se candidatar e que cumpram os requisitos legais, o que

<sup>258</sup> Ainda que o autor tenha feito a referência em artigo que trata dos princípios da contratação pública, neste ponto, como em vários outros, possui aspectos comuns aos princípios do procedimento concursal de acesso à função pública. BRITO, Miguel Nogueira de. *Os princípios jurídicos dos procedimentos concursais*. Op. cit., p. 7..

<sup>259</sup> Vide Acórdão do STF na ADI nº 2.364-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 01.08.2001, DJ de 14.12.2001: *“O respeito efetivo à exigência de prévia aprovação em concurso público qualifica-se, constitucionalmente, como paradigma de legitimação ético-jurídica da investidura de qualquer cidadão em cargos, funções ou empregos públicos, ressalvadas as hipóteses de nomeação para cargos em comissão (CF, art. 37, II). A razão subjacente ao postulado do concurso público traduz-se na necessidade essencial de o Estado conferir efetividade ao princípio constitucional de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, vedando-se, desse modo, a prática inaceitável de o Poder Público conceder privilégios a alguns ou de dispensar tratamento discriminatório e arbitrário a outros.”*

implica no estabelecimento de regras que contenham critérios claros, objetivos e razoáveis, e além disso, para exigir que todo o procedimento prime pela imparcialidade e neutralidade da composição do júri, sendo pautado pelo princípio da moralidade administrativa.

Todavia, não basta que o concurso se desenvolva em condições de igualdade para atender ao princípio da igualdade, também é imprescindível que o procedimento confira a todos os cidadãos *igualdade de oportunidade*. Logo, é vital para a lisura do procedimento que seja dada ampla publicidade do aviso de abertura do concurso, das exigências e requisitos do certame, do número de vagas, das fases das provas, do seu cronograma, dentre vários outros itens, a fim de garantir a todos que se possam interessar a chance de concorrerem ao ingressarem na função pública. Portanto, o princípio da igualdade também implica na necessidade de transparência e divulgação tempestiva das exigências e critérios do concurso.

Desta forma, a regra é o tratamento isonômico a todos os indivíduos, o que não significa tratamento idêntico a todos. É possível conferir tratamento diferenciado justamente para igualar aqueles que se encontrem em situações desiguais, desde que haja fundamento jurídico que o justifique<sup>260</sup>.

Note-se que é característico dos editais de concurso o estabelecimento de regras que, baseadas em leis, excluam a participação de muitos interessados em se candidatar ao certame, isso por força das exigências de determinados perfis profissionais, formações acadêmicas, habilitações e experiências. Certamente que isso configura uma distinção que diferencia e separa os interessados conferindo direitos aos que preenchem os requisitos e restringindo direitos aos que não os preenchem.

Tal característica não revela uma afronta ao princípio da igualdade, mas ao contrário, são legítimas as limitações ao direito de acesso à função pública estabelecidas por leis que restrinjam a participação de determinados tipos de candidatos ao concurso, desde que sejam objetivamente justificáveis por valores constitucionalmente relevantes, que se revelem proporcionais e razoáveis.

---

<sup>260</sup> No que tange ao tratamento diferenciado em concurso, Bandeira de Mello, já em 1987, sustentava o que até hoje é questão assente: “*É pacífica a jurisprudência no sentido de que não viola o princípio da igualdade, antes o atende, a fixação de requisitos estabelecidos em vista da garantia de capacitação dos postulantes a cargo público e de sua adequação à natureza da atividade, o que pode resultar em exclusão de candidatos por motivo de idade ou de sexo.*” Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Apontamentos sobre os agentes e órgãos públicos*. 1ª ed., 5ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 50.

Sob esta perspectiva, ADILSON DALLARI pontifica que somente são consideradas justificáveis as restrições legais “*indispensáveis para que a função possa ser bem exercida, o que não se confunde com a mera conveniência da administração, nem com preferências pessoais de quem quer que seja*”<sup>261</sup>.

Nesse tocante, BANDEIRA DE MELLO<sup>262</sup> enfrentou o espinhoso tema da consonância da discriminação com os interesses protegidos na Constituição, apontando os elementos necessários para que uma discriminação estabelecida por lei não viole o princípio da igualdade. Segundo o autor, a lei discriminatória deve apresentar simultaneamente quatro elementos, sendo eles ditos de modo resumido: 1) a distinção não pode gerar efeitos para um único indivíduo, seja para beneficiar, seja para prejudicar; 2) os indivíduos tratados de forma desigual devem possuir reais distinções entre si; 3) deve existir um liame subjetivo de correlação lógica entre os fatores de *discrimen* e a distinção de tratamento jurídico estabelecida pela norma; e 4) tal liame subjetivo de correlação lógica, no caso concreto, deve ter pertinência em relação aos interesses constitucionalmente protegidos.

Em outras palavras, é aceitável que, em virtude das peculiaridades de cada função pública sejam estabelecidas por lei certas exigências, cujos elementos caracterizam diferenciações entre os candidatos e que sejam restritivos do direito de acesso à função pública. Entretanto, para que o princípio da igualdade não seja lesado, o elemento usado para a diferenciação deve ser impessoal, possuir uma conexão lógica e razoável que justifique o tratamento diferenciado e deve ser compatível com o sistema normativo.

Disso decorre que apenas diante do caso concreto, ao analisar o conteúdo ocupacional de certo cargo ou emprego é que se pode concluir se determinada exigência contendo um requisito para participação no certame é constitucional, sendo de grande valia para tanto a aplicação do princípio da razoabilidade.

Observa-se que as restrições ao acesso à função pública podem ser relativas ao cargo ou emprego, mas também podem ser relativas à pessoa, quando diz respeito, por exemplo, à boa saúde física e mental, ao gozo dos direitos civis e políticos, dentre outras exigências.

---

<sup>261</sup> DALLARI, Adilson Abreu. *Regime constitucional dos servidores públicos*. 2ª ed., São Paulo: RT, 1992. p. 32.

<sup>262</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª ed., 21ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 41.

Além disso, impõe que se registre, também com fundamento no princípio da igualdade, que são admitidas não só a inclusão de certos candidatos no certame, mas também é concedido um caráter preferencial na concorrência. Trata-se das ações afirmativas que concedem a reserva de percentual de vagas para pessoas que, em tese, são consideradas em situação de hipossuficiência, como as pessoas com deficiência<sup>263</sup> e pessoas de determinada raça<sup>264</sup>, pessoas cujas condições físicas ou sociais revelam-se menos favorecidas<sup>265</sup>.

Tais ações afirmativas visam a extensão da igualdade de oportunidade a todos, a fim de alcançar a inserção social das camadas mais excluídas do meio social, do ambiente de trabalho e do sistema como um todo, para melhorar as condições de vida destas populações, fazendo valer o princípio da dignidade da pessoa humana, numa tentativa de colmatar graves problemas de base social.

De modo geral, tem-se que o princípio da igualdade deve servir como ponto de partida de todas as regras e mesmo de outros princípios concursais, sendo importante reforçar que o referido princípio deve servir como baliza tanto para o legislador, quanto para o aplicador da lei. Destarte, ao legislador cumpre utilizar as balizas de isonomia e razoabilidade ao estabelecer critérios restritivos do direito de acesso, e ao administrador cumprir a lei sem criar, nos editais que regem os concursos, restrições apartadas da lei.

### **3.3.3 O Princípio do Merecimento**

Como já mencionado anteriormente, com o despontar do Estado de Direito, cujos princípios se tornaram mais evidentes com o advento da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e da Declaração Universal dos Direitos do Homem, a análise da capacidade dos indivíduos interessados no acesso à função pública,

---

<sup>263</sup> No Brasil, o Estatuto do servidor público da União - Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, prevê em seu art. 5º, § 2º, a obrigatoriedade de se reservar 20% das vagas oferecidas em concurso às pessoas portadoras de deficiência, para cargos cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras.

<sup>264</sup> Vide no Brasil, em nível federal, a Lei nº 12.990, de 09 de junho de 2014, que dispõe sobre a obrigatoriedade de se reservar aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas em concurso público para provimento de cargos efetivos e empregos públicos.

<sup>265</sup> Em Portugal encontra-se em vigor o Decreto-Lei nº 29/2001, de 03 de Fevereiro, que estabelece o sistema de quotas de emprego para pessoas com deficiência em todos os concursos externos de ingresso na função pública, sendo a regra de 5% (cinco por cento) do total quando o número de lugares postos a concurso for superior a 10.

por meio da apuração de seus *talentos e virtudes*, tornou-se condição indispensável para a aferição do mérito e, conseqüentemente, efetivação do princípio da igualdade e da eficiência.

Segundo CARVALHO FILHO<sup>266</sup>, o concurso público é o instrumento que melhor representa o sistema de mérito, porque traduz um certame de que todos podem participar nas mesmas condições, permitindo que sejam escolhidos os melhores candidatos.

Por isso, o concurso foi eleito pelas constituições democráticas como o instrumento preferencialmente mais apto para auferir o mérito dos indivíduos, revelando-se como o mais democrático, isonômico, imparcial, impessoal, moralizador e eficaz dos meios de recrutamento, sendo capaz de reduzir drasticamente o número de relações de trabalho patrimonialistas e de conferir aos cidadãos concreta possibilidade de mobilidade social como resultado de seus talentos e esforços pessoais, avaliados num meio competitivo que seleciona os melhores.

Assim, o princípio do merecimento no concurso, configurando-se como decorrência do princípio da igualdade, relaciona-se com a ideia de distribuição justa<sup>267</sup> dos postos de trabalho, segundo critérios objetivos que levam em conta os conhecimentos e habilidades de cada indivíduo e os considera comparativamente dentro de determinado grupo de candidatos, destacando deste os melhores concorrentes em ordem classificatória de desempenho para conferir a oportunidade de acesso à função pública, a fim de cumprir a expectativa de eficiência da Administração Pública.

Nota-se ainda que o princípio do merecimento decorre também dos princípios da impessoalidade e eficiência, uma vez que afasta os privilégios individuais e preferências pessoais a este ou aquele candidato, mas oportuniza o provimento a quem melhor preencha os requisitos próprios da natureza do posto de trabalho ou cargo em questão, buscando alcançar o interesse coletivo.

Destarte, o princípio em estudo guarda estreita relação com o princípio da indisponibilidade do interesse público, considerado o fundamento da atual Administração Pública. Daí deriva o entendimento de que as estratégias do

---

<sup>266</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24ª ed., *op. cit.*, p. 573.

<sup>267</sup> Segundo Leonardo Vieira, no direito administrativo o merecimento se revela como o critério de organização social que serve como instrumento de igualdade e impessoalidade nos provimentos. VIEIRA, Leonardo Carneiro Assumpção. *Op. cit.*, p. 144.

procedimento concursal devem ser efetivamente adequadas para revelar os melhores profissionais<sup>268</sup>. Para tanto, torna-se imprescindível que os critérios de seleção exijam os conhecimentos e as habilitações necessárias e compatíveis com a natureza e complexidade do cargo ou emprego a que se pretende prover.

Deve-se ter em conta também que o princípio da publicidade aqui se faz presente, tendo em vista que para selecionar os melhores candidatos não basta que as provas e os requisitos exigidos para o cargo sejam adequados, mas também que seja dada a publicidade suficiente a alcançar todos os possíveis interessados, de modo que não só um pequeno grupo participe do certame, mas que seja dado conhecimento do concurso ao maior número de interessados, o que amplia a possibilidade de se alcançar os que sejam realmente melhores entre os melhores.

Desse modo, verifica-se que a introdução do mérito no acesso à função pública por meio do concurso se revelou como uma grande conquista da sociedade e um avanço na estrutura do Estado, pois além de garantir o direito de acesso à função pública, garante-se a impessoalidade e aumentam-se as possibilidades de se alcançar a tão almejada eficiência na Administração Pública.

### **3.3.4 O princípio da profissionalização da função pública**

Outro importante princípio relacionado ao concurso é o da profissionalização da função pública, princípio este que na verdade identifica o concurso como instrumento que tem dentre suas finalidades a profissionalização do corpo técnico da Administração Pública.

Como bem observa RAQUEL DIAS DA SILVEIRA, “a profissionalização corresponde ao tratamento neutro e isonômico do servidor, valorizando-o como ser humano que faz do serviço público a sua profissão”<sup>269</sup>. Trata-se, portanto, de princípio associado ao princípio do mérito, pois o ingresso meritocrático na função pública valoriza o trabalhador, assim como outros fatores também valorizam, tais

---

<sup>268</sup> Como gestor do interesse público, a Administração Pública, ao estabelecer critérios de seleção no procedimento concursal para selecionar o melhor candidato dentre os inscritos, deve utilizar as formas mais vantajosas para a administração, evitando perda de tempo e de dinheiro, sem que, contudo, viole o Estado Democrático de Direito. Nesse sentido: SOUSA, Éder. *Concurso público: doutrina e jurisprudência*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 33/34.

<sup>269</sup> SILVEIRA, Raquel Dias da. *Profissionalização da Função Pública*. *Op. cit.*, p. 67.

como a justa remuneração, as promoções dentro da carreira por merecimento e antiguidade, o direito às capacitações profissionais etc.

A referida autora entende que no Brasil a profissionalização da função pública é um dever do Estado, sendo também um direito subjetivo do agente público em relação de trabalho, encontrando fundamento em outros princípios além do merecimento, tais como o da impessoalidade, da eficiência, da cidadania, da dignidade da pessoa humana, tratando-se de dever explícito no § 2º do art. 39 da CRFB/88<sup>270</sup>.

Note-se que a profissionalização da função pública se inicia com a seleção dos mais bem preparados para exercer a função pública e se completa pela capacitação ao longo da carreira, sendo imprescindível que o Estado aprimore seus instrumentos de incentivo ao aperfeiçoamento por meio de institutos como a promoção, a avaliação de desempenho, cursos de capacitação, e outros.

Deste modo, o princípio da profissionalização da função pública no concurso público relaciona-se com o princípio do merecimento, traduzindo-se na valorização dos talentos e habilidades individuais por meio do sistema de mérito, que redundará na escolha dos candidatos mais bem preparados para exercer a função pública, sendo o concurso a porta de acesso à função pública indispensável para iniciar a profissionalização.

### **3. 4 Os Procedimentos do Concurso para o Acesso à Função Pública no Brasil e em Portugal**

Tanto no Brasil quanto em Portugal o procedimento do concurso se dá por uma série de atos praticados de forma sucessiva, tendentes obtenção da lista dos melhores candidatos selecionados.

#### **3.4.1 Fases do Concurso Público**

Para a realização do concurso no Brasil, como já mencionado, devem ser utilizados os mecanismos de seleção<sup>271</sup> de *provas* ou de *provas e títulos*, devendo ser considerada a natureza e complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista

---

<sup>270</sup> O mencionado dispositivo da CRFB/88 estabelece o dever dos entes federativos manterem escolas de governo para a formação e o aperfeiçoamento dos servidores públicos, bem como estabelece que a participação nos cursos seja um dos requisitos para promoção na carreira.

<sup>271</sup> Cf. inc. II, do art. 37, da CRFB/88.

em lei<sup>272</sup>, não sendo mais permitida a modalidade de concurso somente de títulos, como já mencionado.

Registre-se, todavia, que no concurso de provas e títulos, o título não pode servir de critério eliminatório do certame, mas somente como parâmetro classificatório, ou seja, o candidato não pode ser reprovado ou aprovado com base unicamente nos títulos apresentados, pois isto seria equivaler a prova unicamente de títulos, o que é proibido pela CRFB/88.

Ademais, a prova de título deve observar o princípio da proporcionalidade, a fim de que não sejam conferidas pontuações desproporcionais aos títulos, de modo a favorecer determinado tipo de candidato, o que feriria tanto o princípio da igualdade quanto o da impessoalidade.

Já em Portugal o procedimento do concurso utiliza-se dos já mencionados métodos de seleção descritos no art. 36 da LTFP, sendo eles prova de conhecimento, avaliação psicológica, avaliação curricular e entrevista de avaliação de competências.

Sem que nos adentremos nas especificidades de cada método de seleção, mas tratando do procedimento do concurso como um todo, passa-se análise das duas principais fases do concurso, que em ambos os países se divide basicamente em fase interna e fase externa.

### *1) Fase Interna*

Para que se realize um concurso no Brasil é necessário que antes de mais nada se façam presentes determinados elementos que justifiquem a necessidade de que seja instaurado o procedimento, bem como sua autorização frente à comprovação de sua possibilidade. Assim, a fase interna é aquela em que se tomam as decisões e providências necessárias para a abertura do concurso.

No âmbito da Administração Pública Federal vigora o Decreto nº 6.944, de 21 de agosto de 2009, que estabelece medidas organizacionais para o aprimoramento da Administração Pública Federal e acaba por dispor, em seus art. 10 a 19, sobre normas gerais relativas a concursos públicos, ainda que sem grandes aprofundamentos.

---

<sup>272</sup> Por decorrência da natureza e grau de complexidade das funções atribuídas ao cargo ou emprego público, estabelecidas em lei, é que se pode fixar no edital do certame o conteúdo a ser exigido para provas e títulos, de modo a aplicar-se o princípio da razoabilidade para que se exija no concurso apenas os conhecimentos necessários para o desempenho das funções a ele inerentes.

De qualquer forma, a mencionada norma estabelece os elementos necessários à realização de concurso público da Administração Pública Federal<sup>273</sup>, sendo um dos principais elementos a autorização pelo Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão, salvo algumas exceções<sup>274</sup>, competindo a este a avaliação da necessidade do provimento de cargos e da disponibilidade orçamentária e financeira tanto para a realização do certame quanto para os futuros provimentos.

Sob este aspecto convém destacar importante norma que compõe o sistema brasileiro de finanças públicas, a Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000, conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal<sup>275</sup> - LRF, norma esta que impõe responsabilidade aos gestores na condução das finanças públicas e que deve ser observada, impreterivelmente, antes de que seja autorizada a realização do concurso, posto tratar-se de ação que gera despesas com pessoal.

De acordo com a mencionada lei, qualquer ato que importe acréscimo de despesas com pessoal deve respeitar certos limites de despesas e certas condições<sup>276</sup> referentes à capacidade orçamentária.

Importa destacar que o ato administrativo que importe em aumento de despesas e que descumpram as regras e limites estabelecidos na LRF podem padecer de nulidade<sup>277</sup>, podendo gerar sanções fiscais à Administração Pública, além de sanções penais ao gestor.

Uma vez autorizada a realização do concurso, a primeira providência a ser adotada é a de formar uma comissão organizadora do certame, procedendo, por meio de ampla publicidade, a nomeação dos membros que irão compô-la.

---

<sup>273</sup> No âmbito dos demais unidades da federação, diga-se Estados, Municípios e Distrito Federal, as regras que norteiam o procedimento do concurso devem ser elaboradas por cada ente, muitas vezes utilizando como modelo o mencionado decreto federal.

<sup>274</sup> As exceções dizem respeito às carreiras que compõem a Advocacia-Geral da União, de Defensor Público da União, de Diplomata e de Policial Federal, cujos atos de autorização da realização do concurso competirão aos seus dirigentes. Entretanto, ainda assim será necessária a manifestação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão para que confirme a existência de disponibilidade orçamentária para cobrir as despesas com o futuro provimento dos cargos. (cf. §§ 2º e 4º do art. 10 do Decreto nº 6.944, de 21 de agosto de 2009).

<sup>275</sup> Trata-se de Lei Complementar de âmbito nacional, e não apenas federal, ou seja, norma de aplicabilidade em todas as esferas da federação, e não apenas da União, que impõe limites à geração de despesas com pessoal, seguridade social, dívidas e mobiliários, dentre outras.

<sup>276</sup> Condiciona-se a criação de novas despesas com pessoal à apresentação de estimativa de impacto orçamentário-financeiro, bem como à apresentação de declaração, pelo ordenador de despesa do ente, de compatibilidade com a lei orçamentária anula, bem como com a lei de diretrizes orçamentárias e com o plano plurianual, cf. art. 16 da LC nº 101/2000.

<sup>277</sup> Vide art. 21 da LRF.

Apesar da aparente simplicidade do ato, a presente etapa é de crucial importância para o êxito do concurso, tendo em vista que os membros que compõem a comissão são os principais responsáveis por zelar pela lisura do procedimento, tanto por parte de seus próprios atos quanto por parte do ato de possíveis intervenientes do certame, uma vez que a eles também compete a fiscalização e o acompanhamento de todo o seu decurso, ainda que a execução do concurso seja realizada de maneira indireta por meio de contratação de instituição organizadora para esta finalidade.

Em que pese inexistir disposição normativa tratando do assunto, a escolha da composição da comissão é um ato discricionária do dirigente da entidade responsável pelo concurso, de modo que a doutrina entende que os membros que integram a comissão organizadora devem ser destacados dentre os agentes públicos que compõem os quadros permanentes da Administração, preferencialmente ocupante de cargo de mesma ou superior hierarquia das vagas postas à competição<sup>278</sup>.

Impõe frisar que os atos praticados na fase interna do concurso que se revelem irregulares e lesivos ao patrimônio público, que gerem despesas ou obrigações em desacordo com o disposto na LRF são considerados não autorizados, nulos, sendo passíveis de controle pelos órgãos de controle, principalmente pelos Tribunais de Contas e unidades de controle interno.

Todavia, a fase interna do concurso, como o próprio nome diz, ocorre de maneira interna, fechada, ou seja, de publicidade mínima, consistente basicamente nas publicações de portarias com a composição da comissão organizadora do certame e dos extratos de contratação de eventual instituição executora do concurso.

Tal forma “sigilosa” se dá por conta da necessidade de segurança dos candidatos e da Administração, tendo em vista que as principais decisões adotadas farão parte do edital de abertura do certame, como número de vagas, conteúdo programático das provas, regras do concurso, etc.<sup>279</sup>

---

<sup>278</sup> BRUNO, Rinaldo Moreira. *Servidor público: doutrina e jurisprudência*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006, p. 87.

<sup>279</sup> Vide: ANDRADA, Antônio Carlos Doorgal de (Conselheiro/Diretor da RTCEMG). *Concursos públicos na jurisprudência do Tribunal de Contas*. In Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Edição especial. Ano XXVIII, biênio 2009/2010, p. 152.

Assim, embora não seja dado publicidade da maior parte dos atos e decisões adotados na fase interna do concurso, estes devem ser registrados em processo e disponibilizados aos órgãos de controle interno<sup>280</sup> e pelo controle externo pelos Tribunais de Contas<sup>281</sup> antes que se dê início a próxima fase.

Desse modo, na fase interna não há disponibilidade de documentos ao público, nem outras formas de controle dos atos, fora os já mencionados, sendo que todos os esforços dessa fase congregam para a elaboração do Edital de Abertura do certame, este sim, de publicidade ampla e plenamente impugnável por qualquer interessado.

Em Portugal há o planejamento<sup>282</sup> dos órgãos e serviços para cada exercício orçamental, refletindo em seus respectivos mapas de pessoal que contém o número de postos de trabalho necessário para o desenvolvimento das atividades. Caso do mapa de pessoal decorra a necessidade do aumento de postos de trabalho é imprescindível prévia autorização do membro do Governo de que dependa o órgão ou serviço, de disponibilidade orçamentária e do reconhecimento de sustentabilidade futura pelo membro do Governo responsável pelas finanças, para que seja possível promover o recrutamento dos trabalhadores necessários a preencher os postos de trabalho previstos.

Do mesmo modo que no sistema brasileiro, em Portugal, uma vez autorizado o recrutamento por meio de concurso, é instaurado o procedimento de modo equivalente ao do Brasil, ou seja, iniciando-se pela fase interna que compreende a constituição do júri, nos moldes do art. 37º, n. 1, a, da LTFP.

Como já referido, em Portugal o concurso se dá primordialmente de forma interna, sendo restrito aos trabalhadores detentores de um vínculo de emprego público por tempo indeterminado. No entanto, caso se entenda que os postos de trabalho poderão não ser preenchidos por estes trabalhadores, por questões de celeridade pode ser autorizada a abertura de concurso externo, sempre se observando as normas que fixam as prioridades no recrutamento<sup>283</sup>.

---

<sup>280</sup> Os órgãos de controle interno do Poder Executivo geralmente são intitulados de Controladorias Gerais ou Auditorias Gerais, e chefiam as unidades setoriais de controle interno. Tais órgãos trabalham em conjunto com o controle externo, cf. art. 74 da CRFB/88.

<sup>281</sup> O Tribunal de Contas da União – TCU, é o órgão de controle externo da União com previsão constitucional. Vide art. 70 a 75 da CRFB/88.

<sup>282</sup> Cf. art. 28º, 29º e 30º da LTFP.

<sup>283</sup> Cf. n. 4 do art. 30º da LTFP.

## II) Fase Externa

A fase externa do concurso tem início a partir da publicação do seu edital de abertura, tendo fim na homologação do resultado final do mesmo. É considerada como a fase aberta do concurso.

Impõe destacar que o edital do concurso possui especial importância, tendo em vista que ele é o documento que confere publicidade, estabelece suas regras e especifica o conteúdo posto à concorrência, os cargos, as remunerações, as atribuições, as exigências, etc. De maneira usual costuma-se dizer que o edital é a “lei” do concurso, pois é ele que o disciplina, sendo regido pelo princípio da vinculação, o que o torna um ato administrativo de natureza normativa<sup>284</sup>.

Na sequência, abre-se prazo para as inscrições, onde a inscrição “é a manifestação de vontade do candidato no sentido de participar da competição”<sup>285</sup>. Tal ato de vontade gera para o candidato mera expectativa de direito à realização do certame, tendo em vista que por razões de conveniência da administração pública o concurso pode ser abortado, gerando o direito apenas à devolução dos valores pagos a título de inscrição.

Para a realização da inscrição no concurso há a obrigatoriedade do recolhimento de uma taxa, considerada por alguns como tributo e por outros como mera receita pública<sup>286</sup>, cujo valor deve corresponder à proporção necessária para fazer face aos gastos para a realização do concurso. Tal valor é calculado empiricamente, levando-se em conta a experiência dos gastos em concursos anteriores, as probabilidades de números de inscritos frente à realidade dos cargos postos a concurso, o nível de formação exigido, o valor da remuneração do cargo

<sup>284</sup> SOUSA, Alice Ribeiro. 2003, *op. cit.*, p. 100.

<sup>285</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. 24ª ed., 2011, *op. cit.*, p. 579.

<sup>286</sup> Os que consideram a taxa de inscrição em concurso público como tributo sustentam que ela se caracteriza como taxa de serviço ou como preço. Nesse sentido vide: TRF 1ª Região. Ação civil pública n. 27.661. Rel. Juiz Federal Wilson Alves de Souza. Publicação: DJ em 23/09/2004. Os que defendem posicionamento contrário, de que não é tributo, alegam que o valor não se destina pelo exercício do poder de polícia ou pela utilização de serviços públicos específicos e divisíveis prestado ao contribuinte, mas sim para cobrir os gastos do certame. Nesse sentido vide: Acórdão do STJ, 6ª Turma. RMS nº 13.858/MG. Rel. Min. Hamilton Carvalhido. Julgado em 21/08/2003. A questão torna-se tormentosa quando se questiona se a arrecadação da referida taxa pode ocorrer diretamente pela instituição contratada para executar o certame. Os órgãos de controle externo são unânimes ao considerar a taxa, independente da natureza tributária ou não, como receita pública, o que força que o valor seja recolhido pelos cofres públicos. Vide Enunciado 214 da Súmula de jurisprudências do TCU. Cf. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 1.317/2008. TCU - Plenário, TC-014.674/2004-1. Rel. Min. Aroldo Cedraz. Publicado no DOU em 08/07/2008. Entretanto, a jurisprudência não é pacífica quanto a este ponto, ora pendendo a julgar que a taxa tem natureza de receita própria do ente contratante, ora seguindo o entendimento dos Tribunais de Contas, sujeita às regras de gerenciamento dos recursos públicos.

em questão e provável público alvo, dentre outros critérios que se utilizem de razoabilidade e proporcionalidade para a fixação do valor da taxa.

Os valores cobrados a título de taxa de inscrição não podem ser exorbitantes<sup>287</sup>, sob pena de cerceamento do direito de acesso à função pública. Por isso também, e com fundamento no princípio da igualdade<sup>288</sup>, os editais de abertura de concursos devem prever as hipóteses de isenção da taxa de inscrição aos hipossuficientes, a fim de possibilitar a mais ampla concorrência possível e o livre acesso, em condições de igualdade, afirmando os direitos em questão. Todavia, é importante que o sistema normativo de cada ente da federação preveja os casos de isenção da taxa, estabelecendo critérios objetivos para que se possa classificar dado candidato como hipossuficiente.

As provas do concurso podem ser divididas em fases, de acordo com a grau de complexidade da natureza do cargo, onde, geralmente, a primeira fase é constituída de prova de múltipla escolha, podendo haver uma segunda fase de prova dissertativa, terceira fase de prova oral, podendo ainda haver outras fases de prova física, composta de testes de resistência, e de prova psicológica, composta de exames psicotécnicos.

Há quem considere a etapa de títulos também como uma fase do concurso, sendo considerado por parte da doutrina uma importante etapa que leva em conta o esforço extra do candidato por capacitações, fase esta que deve possuir expressa previsão no edital de abertura do concurso, mas que somente poderá ter caráter classificatório, nunca eliminatório.

O resultado da correção das provas e o resultado de cada fase do concurso deve ser divulgado em meios de ampla circulação, dando-se a máxima transparência e publicidade possíveis. Após tais divulgações são concedidos prazos razoáveis, com previsão previamente estabelecida no edital, para que os candidatos interponham recurso contra os resultados.

---

<sup>287</sup> A proporcionalidade do valor cobrado a título de taxa de inscrição pode ser passível de controle, tanto interno quanto externo, mormente quando os altos valores arrecadados se mostrem em muito superiores aos gastos para a realização do concurso.

<sup>288</sup> Interessante o julgado em que se afastou a inconstitucionalidade formal do vício de iniciativa normativa (que seria do chefe do Poder Executivo do Estado do Espírito Santo) da lei estadual que estabeleceu isenção do pagamento de taxa de inscrição no concurso público. Na fundamentação do julgado verifica-se a clara ponderação dos valores envolvidos, tendo preponderado o princípio da igualdade constante no objetivo da norma em questão. Cf. STF. Tribunal Pleno. ADI n.º 2.672-1/ES. Rel. Min. Ellen Gracie. Julgado em 22/06/2006.

Após o julgamento administrativo<sup>289</sup> de todos os recursos, é divulgado o resultado final do concurso e na sequência sobrevém sua homologação.

Uma vez homologado o certame e tendo o candidato inscrito sido aprovado dentro do número de vagas disponibilizadas, este passa a ter direito subjetivo à nomeação<sup>290</sup> dentro do prazo de validade do concurso.

Registre-se que o prazo de validade do concurso deve ser estabelecido no edital de abertura, sendo contado a partir da homologação. No que tange à duração, a CRFB/88 estabelece que o prazo de validade do concurso será de até dois anos, podendo ser prorrogado, uma única vez, por igual período<sup>291</sup>.

### **3.4.2 Formas Usuais de Burla à Regra do Concurso Público**

Os principais problemas enfrentados pelos concursos públicos, tanto no Brasil quanto em Portugal, são os abusos, sejam eles cometido por parte da Administração Pública ou por parte do próprio candidato.

É sabido que o resultado final do concurso deve ser a seleção dos mais capacitados, e não a escolha dos que atendem aos interesses pessoais dos gestores, dos detentores do poder ou mesmo dos membros da comissão executora do procedimento. Entretanto, não raras vezes não é o que ocorre.

<sup>289</sup> Os candidatos podem optar por propor demandas judiciais para resolver as lides relativas ao concurso, para estes casos a homologação do certame pode ter seus efeitos alterados por força de ordem judicial. Observa-se que as demandas judiciais, dos recursos administrativos, somente podem exercer o controle do mérito do procedimento atinente aos aspectos de legalidade, não podendo exercer o controle sobre os critérios adotados pela banca examinadora do concurso, somente o podendo fazer diante de casos de flagrante ilegalidade ou inconstitucionalidade. Neste sentido: STF. RE Nº 632853. Repercussão Geral. Tribunal Pleno. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgamento em 06.10.2011.

<sup>290</sup> Até bem pouco tempo atrás tinha-se o firme entendimento jurisprudencial de que o candidato aprovado dentro do número de vagas disponibilizados no edital do concurso tinha mera expectativa de direito à nomeação, de modo que a Administração Pública somente era obrigada à contratação ou nomeação quando não fosse respeitada a ordem de classificação. Contudo, recentemente a jurisprudência deu um grande salto evolutivo no sentido de admitir que o candidato nestas condições possui direito subjetivo à nomeação. Neste sentido é o acórdão do STF: *“Recurso Extraordinário. Repercussão Geral. Concurso público. Previsão de vagas em edital. Direito à nomeação dos candidatos aprovados. I. Direito à nomeação. Candidato aprovado dentro do número de vagas previstas no edital. Dentro do prazo de validade do concurso, a Administração poderá escolher o momento no qual se realizará a nomeação, mas não poderá dispor sobre a própria nomeação, a qual, de acordo com o edital, passa a constituir um direito do concursando aprovado e, dessa forma, um dever imposto ao poder público. Uma vez publicado o edital do concurso com número específico de vagas, o ato da Administração que declara os candidatos aprovados no certame cria um ‘dever de nomeação’ para a própria Administração e, portanto, um ‘direito à nomeação’ titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas.(...)”*. (STF. RE nº 598.099. Tribunal Pleno. Rel. Min. Gilmar Mendes, Julgado: 10.08.2011).

<sup>291</sup> Art. 37, III, da CRFB/88.

Ademais, são cometidas inúmeras fraudes nos concursos por candidatos, no Brasil até mesmo por meio de quadrilhas especializadas, que encontram os mais variados meios para fraudar o resultado das provas, favorecendo o ingresso de pessoas despreparadas e sem índole moral para compor os quadros administrativos.

A burla às finalidades do concurso podem ocorrer por motivos eleitoreiros, como por exemplo a abertura de concurso para um grande número de cargos às vésperas do período eleitoral quando o gestor será candidato à reeleição<sup>292</sup>; por motivos financeiros, beneficiando a própria Administração sem a real intenção de proceder às nomeações, bem como beneficiando inúmeras empresas relacionadas à execução de concursos, a cursos preparatórios e a publicação de materiais para estudos preparatórios para concursos; por motivações pessoais, quando o candidato se utiliza de meios fraudulentos para obter a tão almejada aprovação no concurso; dentre diversas outras motivações.

Existem, no Brasil, outros mecanismos que burlam a regra do concurso, tais como as contratações temporárias sem base constitucional, ou seja, aquelas contratações que não visam a atender situação excepcional de motivada urgência, servindo na realidade para facilitar o ingresso de determinadas pessoas nos quadros da Administração Pública, havendo inclusive casos de sucessivas prorrogações destes contratos, em completo desacordo com a lei.

Há que se atentar para os inúmeros expedientes que frustram o concurso público, sendo os principais deles a publicidade ineficiente dos editais do concurso, com prazos exíguos de divulgação, inscrições e recursos; os editais que não preveem hipóteses de isenção de taxa; os editais sem previsão de reserva de percentual de vagas para pessoas com deficiência; os editais que não preveem número razoável de vagas, utilizando de forma abusiva os cadastros de reservas, o que na prática se verifica sequências de concursos com vultosos número de candidatos inscritos e que findo o prazo de validade acabam por não resultar em nomeações; a contratação viciada de empresas executoras de certames que possuem baixas capacidades técnicas, a fim de beneficiá-las financeiramente, dentre outros.

---

<sup>292</sup> Para que se evite esse tipo de burla com fins eleitoreiros não ocorram no Brasil é que o art. 73, inc. V, da Lei Federal n. 9.504/97 (Código Eleitoral), proíbe que os agentes públicos nomeiem, contratem ou de qualquer forma admitam servidor público, na circunscrição do pleito, nos três meses que o antecedem e até a posse dos eleitos, sob pena de nulidade de pleno direito do ato, ressalvada a nomeação dos aprovados em concursos públicos homologados até o início daquele prazo.

Portanto, não basta que haja a previsão constitucional do concurso público para que se cumpra o direito de acesso à função pública, é necessário que existam mecanismos legais eficientes que dificultem os abusos e fraudes existentes.

### **3.4.3 Formas de Proteção ao Direito de Acesso à Função Pública**

É necessário que existam formas de proteção à regra constitucional de obrigatoriedade do concurso público, de modo que se estabeleçam medidas preventivas e repressivas que garantam a sua plena eficácia.

As formas de proteção preventiva devem iniciar com o acompanhamento pela sociedade e pelos já mencionados órgãos de controle internos e externos que fiscalizam o procedimento administrativo desde a formação da comissão, até a escolha da entidade executora do certame, especialmente nos casos de dispensa de licitação, devendo haver critérios técnicos e profissionais objetivos para avaliá-la.

Cumpre também ao Ministério Público<sup>293</sup> do Brasil o papel de atuar preventivamente neste sentido, uma vez que a ele incumbe, dentre outras, a defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais, cabendo por exemplo verificar se no conteúdo dos editais dos concursos existe algum dispositivo que comprometa o procedimento, se nele há favorecimento de certa pessoa ou grupo determinado de pessoas, se atende a necessária publicidade e transparência, ou se existe algum dispositivo que fruste a finalidade que almeja o concurso.

Existem os instrumentos judiciais que servem tanto ao Ministério Público, por meio das Ações Cíveis Públicas, quanto aos próprios candidatos interessados na lisura do certame, por Mandado de Segurança ou Medidas Cautelares, a fim de que faça valer o direito constitucionalmente assegurado de acesso à função pública.

Em Portugal alguns dos problemas mais comuns relacionados ao concurso foram elencados e tratados por ANA NEVES<sup>294</sup>, os quais também podem representar burla ao concurso, em que se destacam: exigência de requisitos de admissão a concurso que não se encontram previstos em lei; exigência de documentos que não se destinam à prova de requisitos legais ou que violam o

---

<sup>293</sup> A previsão constitucional do Ministério Público encontra espaço no art. 127, estabelecendo-a como instituição essencial à função jurisdicional do Estado e incumbindo-lhe “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

<sup>294</sup> Vide estudo da autora que sistematiza o pensamento do Provedor de Justiça na apreciação e instrução das inúmeras queixas relacionadas ao recrutamento de trabalhador público. NEVES, Ana Fernanda. *O recrutamento de trabalhador público*. 2013, *op. cit.*, p. 8.

princípio da liberdade probatória em procedimento administrativo; favorecimento de candidatos com prévia relação jurídica de emprego público por tempo determinado ou determinável, quanto à escolha do método de seleção; utilização de critérios de seleção vagos, ilegais ou sem fundamento e de critérios de desempate da classificação que fazem apelo a circunstâncias em absoluto irrelevantes; inobservância da garantia da notificação pessoal e com as menções legais devidas.

Destarte, convém salientar o importante papel desenvolvido pelo Provedor de Justiça em Portugal, órgão cuja independência é constitucionalmente prevista<sup>295</sup>, atuante na defesa dos cidadãos por ações ou omissões dos poderes públicos, tendo, dentre outros poderes, o de procurar “as *soluções mais adequadas à tutela dos interesses legítimos dos cidadãos e ao aperfeiçoamento da ação administrativa*”<sup>296</sup>.

Além dessa forma de tutela, há sempre a possibilidade de o cidadão impugnar os atos praticados pela administração pública no procedimento concursal perante à jurisdição administrativa, desde que demonstre legitimidade, sendo esta aferível pela titularidade de um direito ou interesse legalmente protegido ou pela titularidade de um interesse direto e pessoal<sup>297</sup>, conforme art. 9.º, n.º 1, 40.º, 55.º e 68.º do CPTA.

Nesse ponto é interessante destacar que o Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 02 de outubro, norma que trouxe a recente reforma do Direito Processual Administrativo, alterou a redação do art. 99º do CPTA passando a conferir ao concurso de pessoal, ao procedimento e realização de provas e também aos procedimentos de recrutamento, em que tiverem mais de 50 partes, o tratamento especial urgente concedido para certos tipos de litígios de massa<sup>298</sup>.

Ademais, importa destacar mesmo que de forma superficial, que o cidadão português ainda goza da proteção conferida pelo direito da União Europeia, Muito embora o texto do art. 48, n.º 4, do Tratado de Roma<sup>299</sup> pareça ter excluído os trabalhadores em função pública do âmbito de aplicação material do princípio da

---

<sup>295</sup> Vide art. 23º da CRP/76.

<sup>296</sup> Cf. art. 21º, n.º 1, ‘c’, da Lei n.º 09/1991, de 09 de abril – Estatuto do Provedor de Justiça.

<sup>297</sup> Vide NEVES, Ana Fernanda. *Contencioso da função pública – Parte I*. 2011, *op. cit.*, p. 272.

<sup>298</sup> O procedimento urgente dos contenciosos de massa visa garantir celeridade e uniformidade das decisões que envolvem um grande número de litigantes, compreendendo as ações relativas à prática ou omissão de atos administrativos, sendo processado em apensado pelo mesmo tribunal.

<sup>299</sup> Atual Art. 45º, n. 4 do TFUE.

livre circulação dos trabalhadores, não é esta a jurisprudência da Corte Comunitária<sup>300</sup>.

Sobre o tema pronuncia-se ANA NEVES, sustentando que “o direito da União Europeia projeta-se sobre a disciplina do emprego público por via do princípio da livre circulação de trabalhadores”<sup>301</sup>, previsto no art. art. 45 do TFUE. Além disso, verifica-se que, por força do princípio da cooperação leal<sup>302</sup>, os Estados-Membros da UE, comprometem-se a respeitarem-se entre si, bem como a cooperarem para o cumprimento das missões do Tratado, aí incluindo o respeito, pela Administração Pública dos Estados-Membros, do princípio da livre circulação de trabalhadores em relação de trabalho em função pública<sup>303</sup>.

Importa destacar que o princípio da livre circulação de trabalhadores proíbe a discriminação em razão da nacionalidade no acesso aos empregos públicos, independentemente da natureza do vínculo, com exceção àqueles que “envolvam o exercício o exercício ordinário e predominante de poderes de autoridade pública e que contendem com interesses vitais do Estado ou das coletividades locais”<sup>304</sup>.

---

<sup>300</sup> Vide GAUDEMET, Yves. *Droit administratif*. 19ème éd., 2010, *op. cit.*, p. 412.

<sup>301</sup> NEVES, Ana Fernanda. *O posto de trabalho e a mobilidade concorrencial como instrumentos jurídicos de tutela dos direitos do trabalhador público*. In *Que direito(s)?*: Atas das I Jornadas de direito do emprego público. Braga: STFPSN, 2012, p. 20.

<sup>302</sup> Previsto no art. 4º, n 3, do TUE: “3. *Em virtude do princípio da cooperação leal, a União e os Estados-Membros respeitam-se e assistem-se mutuamente no cumprimento das missões decorrentes dos Tratados.*”

<sup>303</sup> Vide Considerando n. 53 do Ac. do TJUE, de 08/09/2011, *Francisco Javier Rosado Santana c. Consejería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía*, proc. C-177/10.

<sup>304</sup> Nesse sentido destacam-se o considerando 76 do Ac. do TJUE (Grande Secção) de 01/12/2011, *Comissão Europeia c. Reino dos Países-Baixos*, proc. C-157/09; o Ac. do TJUE (Grande Secção) de 24/05/2011, *Comissão Europeia c. República helénica*, proc. C-61/08, cf. referenciado por NEVES, Ana Fernanda. *O posto de trabalho e a mobilidade... concorrencial como instrumentos jurídicos de tutela dos direitos do trabalhador público*. 2012, *op. cit.*, p. 20.

#### 4 O CONCURSO INTERNO E O DIREITO DE ACESSO À FUNÇÃO PÚBLICA

Como mencionado anteriormente, no dizer de MARCELLO CAETANO<sup>305</sup> o agente público inicialmente diferenciava-se dos demais trabalhadores do setor privado em virtude de abraçar a função pública como modo de vida, numa profissão que tinha como uma de suas características a tradição de devoção.

Entretanto, com a evolução do Estado, da função pública e do Direito Administrativo, o agente público saiu daquela condição de mero objeto de poder, passando a figurar como sujeito de direito, cujos direitos como funcionário e cidadão passaram a ser valorizados. Nessa linha evolutiva a função pública se aproximou muito da relação de trabalho do setor privado, de modo que as características de gestão de recursos humanos se tornaram muito próximas.

A profissionalização da função pública passou a ser um importante traço nessa relação da função pública, correspondendo ao tratamento neutro e isonômico do agente público, valorizando-o como ser humano que presta serviços públicos de maneira profissional, o que implica numa gama de direitos, tais como remuneração justa pelo trabalho prestado; sindicalização; greve; acesso à função pública por meio de sistemas que avaliem o mérito dos candidatos; carreira; capacitação; promoção por mérito, dentre outros direitos.

Quando o legislador, na Constituição Brasileira de 1934, passou a exigir o concurso como meio de provimento inicial na carreira, permitindo, portanto, o provimento derivado por concurso interno como mecanismo de ascensão para cargos mais elevados organizados em carreira, a ideia inicial era a de valorizar o servidor tanto no seu ingresso, por critérios de mérito, quanto em permitir seu crescimento por meio de uma escala hierarquizada e também alçada pelo mérito.

Este entendimento permaneceu quando entrou em vigor a atual Constituição do Brasil, sendo que somente após alguns incisivos questionamentos ao judiciário é que o posicionamento do STF foi modificado no sentido de se

---

<sup>305</sup> CAETANO, Marcello. *Princípios fundamentais de direito administrativo*. 1996, *op. cit.*, p. 286.

interpretar a Constituição Brasileira em sentido contrário ao provimento derivado de cargos ou empregos públicos brasileiros<sup>306</sup>.

Portugal, entretanto, possui regramentos que não só possibilitam a ascensão funcional por meio do concurso interno como ainda coloca este tipo de concurso como a regra geral dos concursos.

Neste ponto, torna-se imprescindível um maior detalhamento de certas distinções conceituais decorrentes das características próprias do regime jurídico da função pública do Brasil e de Portugal, para que se torne compreensível o que virá a seguir.

#### 4.1 Distinções Conceituais

Apesar de toda a evolução do direito público, no Brasil a relação Estado-agente continua sendo considerada sob o prisma do modelo clássico<sup>307</sup>, ou seja, o Estado figura como representante do interesse do povo e os agentes como o instrumental para a realização desse interesse numa relação proveniente de um ato unilateral, resultando na figura denominada de servidor e não de trabalhador<sup>308</sup>, ainda que na realidade desempenhe suas atividades numa relação com as mesmas características de uma relação de trabalho.

Entretanto, diante das necessidades da sociedade atual e por força do processo de mutação que atravessa o próprio direito público, verifica-se, de maneira mais patente em Portugal, uma tendência cada vez maior de abandono deste modelo clássico de regime jurídico da função pública para a adoção de um modelo moderno de contratualização da relação de trabalho em função pública mais próximo ao direito laboral privado.

Note-se que em Portugal a própria Constituição denomina o elemento desta relação de *Trabalhador da Administração Pública*<sup>309</sup>, e a norma infraconstitucional adota, via de regra, o contrato de trabalho como instrumento bilateral de formação

---

<sup>306</sup> Vide a Súmula 685 do STF: “É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido.”

<sup>307</sup> FERNANDES, Francisco Liberal. *Autonomia colectiva dos trabalhadores da administração: crise do modelo clássico de emprego público*. Coimbra: Editora Coimbra, 1995, p. 78 e ss.

<sup>308</sup> Nesse sentido vide emblemática decisão do STF na ADI nº 492-1 (Tribunal Pleno. Rel. Min. Carlos Veloso), onde se distingue o servidor público daquele que trabalha para empresa privada, chamando a estes de trabalhadores.

<sup>309</sup> Cf. art. 269 da CRFB/88.

desta relação jurídica, enquanto a Constituição do Brasil adota a denominação de *servidor público*<sup>310</sup>, utilizando como regra geral o ato de nomeação<sup>311</sup> para a formação deste vínculo.

Nestes termos, convém ressaltar que como um dos principais objetivos na adoção de técnicas próprias da gestão privada pela Administração Pública é a remoção/alteração de boa parte das regras que tornam a organização dos recursos humanos rígida e complexa, com o intuito de obter maior eficiência, as normas do regime jurídico da função pública portuguesa tendem a ser mais flexíveis e menos garantistas que as brasileiras.

Disso deriva a necessidade de se destacar algumas importantes distinções conceituais decorrentes do tratamento diferenciado conferido por cada um dos Estados aos seus agentes, sobretudo pela adoção de técnicas notadamente diversas. Assim, passa-se às distinções.

#### **4.1.1 Organização dos Recursos Humanos**

Primeiramente, revela-se interessante contrastar o tratamento conferido aos quadros organizativos dos recursos humanos de ambas administrações, uma vez que é comumente denominado no Brasil de *quadro funcional* e em Portugal *mapa de pessoal*<sup>312</sup>.

É patente que tanto um quanto o outro servem como um espelho do quantitativo de agentes públicos da Administração Pública, devendo funcionar como um instrumento de organização a nortear o gestor em várias finalidades, como a eliminação de excesso de contingente, remanejamento de agentes, necessidade de novos recrutamentos, adequação remuneratória, servindo, portanto, como importante instrumento para o planejamento e gestão dos recursos humanos da Administração.

Todavia, somente em Portugal se verifica que essa funcionalidade possui efetiva aplicabilidade prática. Neste país a lei determina que o *mapa de pessoal*

---

<sup>310</sup> Cf. arts. 37, 38 e toda a Secção II do Capítulo da Administração Pública.

<sup>311</sup> Registre-se a exceção relativa aos servidores de ente governamental de direito privado, os comumente denominados empregados públicos, cujo vínculo se formaliza por meio do contrato de trabalho de regime Celetista.

<sup>312</sup> Sobre a previsão legal dos mapas de pessoal vide o art. 29º da LTFP.

deve ser elaborado anualmente, podendo importar em alteração da organização de órgãos ou serviços. Desta forma, caso implique na redução de postos de trabalho resultará na extinção dos mesmos e na colocação do trabalhador em situação de requalificação profissional, mas caso implique no aumento de postos de trabalho poderá resultar na abertura de um novo processo de recrutamento<sup>313</sup>.

No Brasil, de modo geral, infelizmente, não existe lei que exija tal nível de organização da Administração Pública. É claro que para iniciar um recrutamento é necessário que haja um planejamento que contemple a necessidade de se aumentar a quantidade de trabalhadores e o orçamento disponível para fazer face às despesas decorrentes do ingresso, mas inexistente lei que imponha tal forma organizatória na estrutura dos quadros funcionais como a dos mapas de pessoal português, o que torna o campo nebuloso, relegado aos saberes discricionários do administrador, tendo consequências de quadros totalmente desorganizados, com excesso de pessoas em setores que não necessitam tanto e ausência de trabalhadores em órgãos ou departamentos que necessitam de número expressivo de profissionais permanentemente, como por exemplo nos serviços de fiscalização de todos os tipos, de educação, de segurança e de saúde pública.

#### **4.1.2 Cargo e Posto de Trabalho**

Além da mencionada distinção relativa à organização dos recursos humanos, verifica-se que no Brasil inexistente a flexibilidade existente na norma Portuguesa no que tange à criação, transformação e extinção de postos de trabalho<sup>314</sup>, e muito menos no que tange à mobilidade, tendo em vista que no Brasil o conteúdo do cargo

---

<sup>313</sup> De acordo com o n. 5 do art. 29º da LTFP, para a abertura de um procedimento de concurso será necessário que a alteração do mapa de pessoal que implique em aumento de postos de trabalho possua autorização fundamentada do membro do Governo de que dependa o órgão ou o serviço e comprovação de cabimento orçamentário e de sua sustentabilidade futura com reconhecimento do membro do Governo responsável pela área das finanças. Exceção a esta regra é no caso de a alteração do mapa implicar em direito de regresso de trabalhador (cf. n. 6 do art. 29º da LTFP)

<sup>314</sup> A CRFB/88 exige que a criação, transformação e extinção de cargos no Brasil se dê por meio de lei ordinária, não sendo admitido nem mesmo ao Presidente da República e demais chefes do Poder Executivo regulamentarem a questão, mas tão somente que proponham a lei às Casas Legislativas. Neste sentido, vide: STF, RE 577.025-DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, em acórdão que julgou ilegal a criação de cargos por decreto do Governador, exigindo Lei Ordinária do Poder Legislativo. Registra-se, por oportuno, que em razão da EC nº 32/2001 passou-se a admitir que o chefe do Poder Executivo promova a extinção de cargos público por meio de decreto, mas somente nos casos de cargos que já estejam vagos, permanecendo portanto a regra geral de criação, transformação e extinção de cargos por meio de lei.

é considerado um núcleo duro, cujas atribuições não podem sofrer alterações de conteúdo, somente por meio de lei. E ainda, há a estabilidade no cargo, de modo que uma vez preenchida uma “vaga”<sup>315</sup> por determinado servidor público investido em um cargo, este jamais poderá ser substituído por outro servidor público enquanto durar a relação de trabalho do seu ocupante e muito menos poderá ter seu cargo extinto por decisão administrativa do gestor público<sup>316</sup>.

Sob este aspecto mostra-se relevante a análise e ponderações acerca do cargo, que no Brasil se revela como o elemento básico da função pública<sup>317</sup>, e do posto de trabalho, que o é em Portugal. A classificação dos cargos é que determina o sistema remuneratório, os requisitos para o recrutamento e seleção, as necessidades de capacitação, o regime de promoções e progressões. É com base na classificação dos cargos que se elaboram os orçamentos e se organiza o quadro de pessoal.

As ideias de organização racional, economia e eficiência formam as bases da classificação de cargos<sup>318</sup>. Na Administração Pública do Brasil o cargo é avaliado no seu agrupamento em classes e níveis, o que no dizer de BEATRIZ WAHRLICH<sup>319</sup> nada mais é do que a consubstanciação dos princípios básicos da divisão do trabalho, quais sejam, o princípio da divisão do trabalho de acordo com a diferenciação entre espécie ou natureza de trabalho e o princípio da divisão do

<sup>315</sup> É por meio do *provimento* que o cargo vago passa a ser ocupado. Assim, o provimento é definido como o ato administrativo pelo qual se designa o “*preenchimento de um cargo público*”, configurando-se, pois, o cargo como sendo um lugar vago dos quadros da Administração que precisa ser preenchido. Cf. CAMAROSSANO, Márcio. *Provimento de cargos públicos no direito brasileiro*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1984. p. 24.

<sup>316</sup> O art. 169 da CRFB/88 prevê a possibilidade de exoneração dos servidores públicos não estáveis, no caso de as despesas com pessoal atingirem patamares considerados excessivos, superando os limites estabelecidos pela LRF. No caso de ser declarada por lei a extinção ou desnecessidade do cargo público, os servidores públicos estáveis que os ocupavam não poderão ser exonerados, devendo ser postos em disponibilidade mediante remuneração proporcional ao tempo de serviço, podendo então ser aproveitados em outro cargo com mesmas atribuições e remuneração (cf. art. 30 e art. 37, §3º da Lei nº 8.112/1990).

<sup>317</sup> VIEIRA, Astério Dardeau. *Administração de Pessoal. I. A classificação dos cargos como elemento básico*. In Revista do Serviço Público. Rio de Janeiro: Conselho Federal do Serviço Público Civil, V. 2, n.º 2, p. 5-6, maio 1938.

<sup>318</sup> A classificação de cargos, tal como hoje a entendemos, tem suas origens mais remotas no taylorismo, muito embora o Código de Funcionários da Prússia, em 1794, e as reformas do serviço civil da Grã-Bretanha, da França e dos Estados Unidos, na segunda metade do séc. XIX, já evidenciassem preocupação em diferenciar variadas funções públicas, preocupação essa que pode ser considerada precursora da classificação de cargos. WAHRLICH, Beatriz M. de Souza. *Classificação de cargos e implantação do sistema do mérito: a lei do reajustamento de 1936, suas origens, conteúdo e primeiras repercussões*. In: Revista de Administração Pública. V. 10, n. 3, p. 7-46. Rio de Janeiro: julho/setembro de 1976. p. 30.

<sup>319</sup> WAHRLICH, Beatriz M. de Souza. *Op. cit.* p. 20.

trabalho de acordo com a gradação por autoridade e responsabilidade, estudados por Taylor, Fayol, Mooney, Gulick e Urwick.

De acordo com a autora, do primeiro princípio decorre o conceito de *cargo e classes*, do segundo princípio a composição de *séries de classes*, de modo que a aplicação conjunta de ambos os princípios resulta na “*inclusão das classes e séries em níveis gerais de dificuldade e complexidade*”<sup>320</sup>. Assim, a classificação de cargos por atribuições e responsabilidades substancializa a aplicação da ideia de organização racional na gestão dos recursos humanos.

Quanto ao *posto de trabalho*, ANA NEVES o define como um dos pilares ou bases do regime jurídico atual do emprego público português. Segundo a autora, o posto de trabalho “*é um instrumento jurídico de organização dos empregos públicos e é um pressuposto de vários atos jurídico do empregador na relação laboral pública*”<sup>321</sup>.

Em que pese a figura brasileira do *cargo público* pareça semelhante à figura portuguesa do *posto de trabalho*, visto que ambas servem como unidade de organização funcional da Administração Pública a ser ocupada por *agentes públicos em relação de trabalho*, verifica-se que na realidade guardam diferenças essenciais que merecem ser mencionadas.

Enquanto o *cargo público*<sup>322</sup> é tido como o lugar criado por lei, em número certo, remuneração legalmente estabelecida, dotado de funções específicas, ou seja, possui a previa dotação de tarefas que o define, sendo escalonado em classes e níveis, em regra, dentro de uma carreira, o *posto de trabalho* não é criado por lei, mas sim por decisão administrativa<sup>323</sup>, não se encontra estabelecido dentro de uma carreira, mas sim dentro do mapa de pessoal, que o caracteriza em função da atribuição, competência ou atividade que o seu ocupante se destina a cumprir ou a

---

<sup>320</sup> WAHRLICH, Beatriz M. de Souza. *Op. cit.* p. 28.

<sup>321</sup> NEVES, Ana Fernanda. *O posto de trabalho e a mobilidade concorrencial como instrumentos jurídicos de tutela dos direitos do trabalhador público*. 2012, *op. cit.*, p. 13.

<sup>322</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Regime constitucional dos servidores da administração direta e indireta*. 2ª ed. rev. atual. ampli., 5ª triagem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 28/29. Embora a obra seja antiga, o conceito de *cargo público* continua sendo o mesmo até os dias atuais, sendo repetido nas mais variadas obras de Direito Administrativo do Brasil, tendo em vista ser decorrente da soma das disposições constitucionais previstas no inciso X do art. 48 e no *caput* do art. 39. Entretanto, é de se observar que a regra de criação por lei encontra exceção apenas para a criação de cargos do Legislativo e fixação dos respectivos vencimentos, que se fazem por meio de Resolução do Senado (art. 52, XIII, da CRFB/88) ou da Câmara (art. 51, IV, da CRFB/88), sendo que a extinção dos seus cargos se dá da mesma forma.

<sup>323</sup> Vide n.º 5 do art. 29º da LTFP que estabelece as balizas legais para o aumento do número de postos de trabalho.

executar; do cargo, da carreira ou da categoria que corresponda; da área de formação acadêmica ou profissional de que o ocupante deva ser titular, quando imprescindível; e do perfil de competência transversais da respectiva carreira ou categoria<sup>324</sup>.

Não é demais lembrar que em Portugal a expressão *cargo público* não possui o mesmo sentido que possui no Brasil, traduzindo-se em cargo eletivo de natureza política<sup>325</sup>. Todavia, é de se destacar que o termo *cargo*, utilizado isoladamente em Portugal, diz respeito aos postos de trabalho cujo vínculo de emprego público constitui-se por comissão de serviço, não inseridos em carreiras, tratando-se dos cargos dirigentes<sup>326</sup>.

O *posto de trabalho* português, por sua vez, ainda que possua a natureza de unidade de organização dos recursos humanos, cuja caracterização se dê em função das atribuições, competências ou atividades que o seu ocupante deverá executar<sup>327</sup>, não possui a mesma estrutura restrita que possui o *cargo público* brasileiro, isso por que a figura do *posto de trabalho* muito se aproxima daquela existente no direito laboral comum, que é facilmente moldável de acordo com a necessidade do serviço, tanto em relação ao posicionamento remuneratório quanto às atribuições, competências e até mesmo certos aspectos do regime jurídico.

Enquanto a unidade de organização do trabalho brasileira se revela inflexível, com cargos públicos<sup>328</sup> previamente detalhados e delimitados por lei, a mesma unidade em Portugal possui maleabilidade tal que torna possível, por meio de alterações do mapa de pessoal, modificar as atribuições de determinado posto de trabalho de acordo com a necessidade do serviço, de modo que onde antes era necessário um profissional de uma determinada carreira, de categoria superior, com dado conteúdo funcional, com certa qualificação profissional, para exercer suas

---

<sup>324</sup> A caracterização dos postos de trabalho encontra-se elencada no art.29º, n. 2, da LTFP.

<sup>325</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada. Vol. I. 4ª ed., Coimbra: Editora Coimbra, 2007, p. 658.

<sup>326</sup> Vide art. 9º, n.º 1, alínea 'a' da LTFP.

<sup>327</sup> Cf. art. 29º, n.º 2, alínea 'a', da LTFP.

<sup>328</sup> É importante frisar que enquanto no Brasil o agente público é investido no cargo, que em si condensa a vaga a ser provida e as atribuições, responsabilidade, competências e demais características previstas em lei, de modo que dele não mais pode se desgarrar, ao menos que seja provido em novo cargo mediante recrutamento por concurso público, em Portugal o agente público não é investido em cargo, mas apenas contratado para ocupar um lugar com determinadas características funcionais compatíveis com certo cargo, carreira ou categoria a que foi recrutado, e que admite sucessivas contratações através de mecanismo de mobilidade concorrencial, que para tanto se utiliza, em regra, do concurso interno.

atribuições, no próximo exercício orçamental pode-se decidir que já não é mais necessária essa carreira para aquele posto de trabalho, passando a exigir profissional de características funcionais diversas.

Destarte, verifica-se que ao invés do serviço ter de ser mensurado, planejado e adequado com base nos cargos já criados que possui, como geralmente se verifica no Brasil, ocorre justamente o contrário em Portugal, ou seja, o serviço é planejado de modo que os postos de trabalho sejam ocupados de acordo com as necessidades do serviço previamente planejado. Assim, em havendo redução de postos de trabalho no mapa de pessoal, torna-se possível a cessação da relação jurídica dos agentes excedentes, que são colocados em situação de requalificação, ou então, em havendo aumento de postos de trabalho, pode ser promovido o recrutamento para o preenchimento dos postos de trabalho.

Estas considerações guardam grande pertinência com o tema em estudo, tendo em vista que o recrutamento é estruturado em função da descrição dos cargos públicos ou postos de trabalho dispostos no quadro ou mapa de pessoal, dependendo de concurso para tanto.

#### **4.1.3 Carreira**

A *carreira* é usualmente definida no Brasil como “o conjunto de classes funcionais em que seus integrantes vão percorrendo os diversos patamares de que se constitui a progressão funcional”<sup>329</sup>, sendo que as *classes* que formam a carreira são compostas de cargos que possuem atribuições afins. Observa-se, no entanto, que nem todo cargo representa uma classe que compõe uma carreira, pois existem os cargos isolados, ou seja, aqueles que não permitem um percurso progressivo do agente dentro de uma carreira.

Entende-se que a carreira reuni e escalona as classes de mesma natureza de trabalho, escalonando-as de acordo com o nível de complexidade e grau de responsabilidade, formando, assim, uma escala natural que possibilita a ascensão profissional do agente público ao longo de sua vida funcional.

Em Portugal a *carreira* era vista de maneira muito semelhante à definição brasileira, na medida em que se traduzia na ideia de conjunto de funções de mesma natureza com possibilidade de progressão funcional. Deste modo,

---

<sup>329</sup> CARVALHO FILHO. José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 24ª ed., *op. cit.*, p. 556.

CANOTILHO/VITAL MOREIRA, quando tratam do princípio da liberdade de candidatura, ressaltam que o mencionado princípio, além de se referir expressamente a um direito subjetivo pessoal de igualdade e liberdade no acesso à função pública, refere-se também, ainda que implicitamente, ao direito de ser mantido nas funções, bem como ao direito às “*promoções dentro da carreira*”<sup>330</sup>.

Retiram-se importantes lições da palestra proferida em julho de 1998, por LORENA DE SÈVES, em que salientou que o legislador português sempre escolheu para o sistema da função pública o regime de carreira<sup>331</sup>. No desenvolver de suas ideias o palestrante, além de apontar a *carreira profissional* como um “*traço distintivo do sistema*” na relação jurídica administrativa<sup>332</sup>, fez questão de destacar que na busca por conformação política é necessário que o legislador pondere os fins perseguidos pelo procedimento do concurso, quais sejam, “*o poder de auto-organização da Administração Pública e a carreira profissional do funcionário*.”<sup>333</sup>

Daí nota-se que a carreira, na função pública, possuía especial relevância, sendo considerada um dos fins perseguidos pelo concurso, tendo em vista permitir a elevação do agente em seu percurso funcional, trazendo ao serviço público a eficiência almejada por meio da profissionalização do trabalhador.

Entretanto, como um dos reflexos da dita evolução da função pública portuguesa, sobreveio com a LVCR uma desconstrução da ideia de carreira, desconstrução esta que foi mantida na LTFP, assunto que será tratado a diante.

#### **4.1.4 Concurso e Concurso Público**

Além das já mencionadas distinções, convém destacar também uma distinção terminológica relacionada ao acesso à função pública, que diz respeito à expressão utilizada pelas constituições de ambos os países para denominar o instrumento de recrutamento de pessoal, pois enquanto em Portugal o art. 47º, n. 2, da CRP/76 utiliza a expressão **concurso** para designar o procedimento de recrutamento, no Brasil a terminologia adotada é **concurso público**, nos termos do art. 37, II, da CRFB/88.

---

<sup>330</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada. 2007, *op. cit.*, p. 675.

<sup>331</sup> SÈVES, António Lorena de. *Contencioso da função pública (concursos)*. *Op. cit.*, p. 48.

<sup>332</sup> SÈVES, António Lorena de. *Contencioso da função pública (concursos)*. *Op. cit.*, p. 50.

<sup>333</sup> SÈVES, António Lorena de. *Contencioso da função pública (concursos)*. *Op. cit.*, p. 52.

Diante da ausência da adjetivação do concurso em Portugal, poderia se chegar à conclusão de que somente no Brasil é obrigatório o concurso público, não o sendo em Portugal. Todavia, impõe que se destaque as lições de RIGOLIN, parafraseando MÁRCIO CAMMAROSANO, de que o rótulo, o *nomem juris*, que se dá a determinada realidade não o define juridicamente e nem altera a sua substância, pois “os problemas da dogmática não se resolvem pela taxinomia”<sup>334</sup>.

Como é sabido, o concurso, independentemente da adjetivação que receba, tem a finalidade de selecionar os candidatos que apresentem as melhores habilidades e talentos para desempenhar as atribuições do cargo ou emprego, concorrendo em igualdade de condições e de oportunidade.

Sendo o concurso um instrumento que garante ao indivíduo o exercício do direito de acesso à função pública, tratando-se este de um direito de caráter pessoal, *expressão do direito ao trabalho e da liberdade de escolha de profissão*<sup>335</sup>, tendo também como fundamento servir como garantia da capacidade funcional da Administração Pública, bem como da democraticidade, conclui-se que os seus próprios fundamentos tornam público o concurso, independentemente do emprego do ter “concurso” ou “concurso público”.<sup>336</sup>

Contudo, por força das mencionadas distinções terminológicas, somadas às peculiaridades existentes na gestão de seus recursos humanos, às diferenças estatutárias dos regimes jurídicos e à diversidade vivenciada num contexto socioeconômico de ambos os países, são conferidos distintos contornos ao acesso à função pública, principalmente no que tange aos aspectos do concurso interno.

## 4.2 Concurso Interno e a Regra Constitucional Brasileira do Concurso Público

Com o advento da Constituição de 1988 sobrevieram novos estatutos da função pública, tanto de âmbito federal quanto estadual e municipal, estes geralmente reproduzindo o federal, sendo que o novo regime jurídico de âmbito federal, art. 8º da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, trouxe em sua redação original um rol taxativo contendo as seguintes formas de provimento de cargos

<sup>334</sup> CAMMAROSANO, Márcio. *Apud* RIGOLIN, Ivan Barbosa. *O servidor público nas reformas constitucionais*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2003, p. 31.

<sup>335</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. *Op. cit.*, 2007.p. 675.

<sup>336</sup> Vide o mencionado Ac. n.º 683/1999 do TC.

públicos: nomeação; promoção; ascensão; transferência; readaptação; reversão; aproveitamento; reintegração; e recondução.

Tendo em vista que o provimento é denominação dada ao “*ato de designação de alguém para titularizar cargo público*”<sup>337</sup>, e considerando-se que o provimento originário é aquele que não guarda qualquer relação com eventual vínculo com cargo público anterior, conclui-se que a única forma de provimento originário é por meio da *nomeação*<sup>338</sup>.

Nesses termos, o denominado *provimento derivado* corresponde ao provimento cuja relação decorra de situação relacionada a vínculo anterior com cargo público, do qual destacam-se dois tipos, o provimento derivado horizontal e o provimento derivado vertical.

O primeiro tipo de provimento derivado, ou seja, o horizontal, é aquele que não implica nem em elevação funcional, tão-pouco em rebaixamento. Trata-se do provimento por *readaptação*, considerada uma forma de transferência cujo objetivo é o de prover o servidor, que sofreu algum tipo de limitação em suas capacidades físicas ou mentais, comprovada por inspeção médica, em cargo mais compatível<sup>339</sup>.

Já o provimento derivado vertical é aquele em que o agente é erigido a cargo de nível mais elevado, com maiores responsabilidades e conseqüentemente maiores níveis remuneratórios. As hipóteses deste tipo de provimento seriam a promoção e a *ascensão*<sup>340</sup>. Observe-se que a *transferência* encontra-se arrolada no elenco das formas de provimento derivado, contudo, tal como a *ascensão*, ambas foram extirpadas do ordenamento jurídico, conforme se verificará mais a diante<sup>341</sup>.

---

<sup>337</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. 26ª ed., 2009, *op. cit.*, p. 304.

<sup>338</sup> Importante lembrar que é necessário para se completar a relação jurídica, entre agente e Estado, que a nomeação seja sucedida da *posse*, que consiste no ato de aceitação do cargo pelo candidato nomeado, de modo que é somente com a posse que ocorre a *investidura* do agente.

<sup>339</sup> A readaptação exige os cuidados necessários, com tratamento regulamentar, a fim de coibir abuso de poder e protecionismo, o que configura desvio de finalidade. RIGOLIN, Ivan Barbosa. *Comentários ao regime único dos servidores públicos civis*. 5ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 38.

<sup>340</sup> Na *promoção* há uma forma de progressão do servidor que sai de seu cargo e passa a ocupar cargo situado em classe mais elevada, enquanto que na *ascensão*, também denominada de acesso, a progressão se dá pela elevação do servidor a cargo situado na classe mais elevada de uma carreira para cargo da classe inicial de carreira diversa ou de carreira tida como complementar da anterior. Já a *transferência* consiste na passagem do servidor de seu cargo efetivo para outro de mesma denominação, mas em quadro funcional diverso. Neste sentido: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 24ª ed., *op. cit.*, p. 564.

<sup>341</sup> Por força da jurisprudência do STF, que se passa a analisar, sobreveio a Lei Federal n. 9.527, de 10 de dezembro de 1997, que revogou expressamente os incisos III e IV do art. 8º, da Lei nº 8.112/90, de modo a excluir a *ascensão* e a *transferência* do rol das formas de provimento.

A promoção é considerada uma forma de provimento por derivação vertical, pois o agente é erigido a cargo de nível mais elevado, com maiores responsabilidades e maiores remunerações.

Diante da mencionada previsão legal que arrola as formas de provimento, começou-se a admitir o concurso interno como instrumento de recrutamento e seleção para o provimento sob forma de ascensão<sup>342</sup>, bem como a admitir a transferência.

Todavia, os governos de alguns estados brasileiros, inconformados com a possibilidade de provimento por ascensão ou transferência, diante da redação do inc. II do art. 37 da CRFB/88, que até os dias atuais permanece com o mesmo teor neste tocante, estabelecendo que *“a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos [...]”*, ingressaram com medidas judiciais questionando sua constitucionalidade.

Diante disso o Tribunal Pleno do STF prolatou no dia 05/10/1990 a primeira decisão de que se tem notícia, em sede de liminar, no bojo da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade, ADI nº 368 MC/ES, decidindo por unanimidade deferir a liminar e suspender, até julgamento final da ação, a vigência do art. 6º da Lei nº 4.379, de 07 de junho de 1990 do Estado do Espírito Santo.

Resumidamente, a mencionada lei transformava os cargos de Assistente Judiciário e de Oficial Judiciário, cuja escolaridade exigida era de nível médio, em Técnico Judiciário, Padrão QE-1, cuja escolaridade exigida era de nível superior. Além disso, transformava os cargos de Auxiliar Administrativo e Auxiliar de Administração, de escolaridade de nível fundamental, em Técnico Judiciário, Padrão QE-3, cuja escolaridade exigida era a de nível médio, de modo que os ocupantes de cargos de nível fundamental e médio foram automaticamente enquadrados em cargos de nível médio e superior, respectivamente, sem a realização de concurso público, ou qualquer outro tipo de concurso, e sem a observância da escolaridade exigida para o provimento dos cargos.

Desse modo, o egrégio STF entendeu que, mediante a transformação, ocorreu na realidade uma ascensão funcional para cargos mais elevados. E, além disso, a ascensão se deu em cargos isolados que não eram integrados em qualquer carreira, restando, portanto, violado o inc. II, do art. 37, da CRFB/88, que exige para

---

<sup>342</sup> Noticia-se que nessa época até mesmo o STF utilizava o provimento derivado por ascensão nos seus próprios quadros de pessoal dos setores administrativos.

a investidura em cargos ou empregos públicos a prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos.

A partir daí foram deflagradas inúmeras ações atacando a constitucionalidade de estatutos, leis de carreiras e até mesmo de constituições estaduais que admitiam a ascensão e a transferência como forma de provimento de cargos ou empregos públicos<sup>343</sup>, de modo que acabou por resultar no banimento da ascensão funcional e no fim da possibilidade do concurso interno.

É certo que a intenção do constituinte, ao suprimir da norma a expressão “*primeira investidura*”<sup>344</sup> e manter o termo concurso “*público*”, foi a de imprimir moralidade à Administração Pública, a fim de cumprir os princípios da competitividade, da impessoalidade e da igualdade e de evitar o que de fato ocorria com a busca de cargos de pouca notoriedade, cujas exigências de conhecimentos eram mínimas, onde o concurso possuía baixos índices de concorrência, ou seja, de cargos de fácil ingresso, “*como mero trampolim para, por mecanismos internos e muitas vezes escusos, se atingir a cargos mais especializados*”<sup>345</sup>.

Assim, o SFT entendeu, como até hoje entende, que a supressão da mencionada expressão do texto constitucional visa a coibir abusos na utilização do instituto do provimento derivado mediante a ascensão e a transferência, passando a bani-las do sistema jurídico, proibindo toda e qualquer forma de provimento que privilegie determinado grupo de pessoas no processo de recrutamento, no caso os servidores públicos, em detrimento do cidadão em geral.

Sobre o *concurso interno*, CARVALHO FILHO o define como “*o processo seletivo realizado exclusivamente dentro do âmbito de pessoas administrativas ou*

<sup>343</sup> Nesse sentido: STF: ADI nº 245/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, Publicado no DJ em 13/11/1992 (inconstitucionalidade da Lei de carreira única da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro); ADI nº 231/RJ, Rel. Min. Moreira Alves (inconstitucionalidade do ADCT do Estado do Rio de Janeiro – arts. 77 e 80); ADI nº 837, Rel. Min. Moreira Alves, Publicação no DJ em 25/06/1999 (inconstitucionalidade do inc. III, do art. 8º e das expressões ascensão ou acesso no parágrafo único do art. 10 da Lei nº 8.112/90; ADI nº 3.582/PI, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Publicação no DJ em 16/08/2007; ADI nº 3.030/AP, Rel. Min. Carlos Velloso, Publicação no DJ em 18/03/2005 (inconstitucionalidade do inc. I do art. 48 da Constituição do Estado do Amapá); ADI nº 1.345/ES, Rel. Min. Ellen Gracie, Publicado no DJ em 25/04/2003 (inconstitucionalidade dos arts. 8º, II, 49 e seu parágrafo único e 63, III, da Lei Complementar nº 46/94, do Estado do Espírito Santo); RE nº 602.264/DF, Rel. Min. Ricardo Lewnadowski, Publicação no DJ em 31/05/2013.

<sup>344</sup> A Constituição anterior à de 1988, mantinha em sua redação a expressão “*primeira investidura*” (Cf. artigo 97, § 1º, da Constituição de 1967 original e com a Emenda Constitucional nº 1/1969), que passou a ser adotada a partir da Constituição de 1934, conforme já mencionado no capítulo anterior.

<sup>345</sup> Secção de texto extraída do relatório do Ministro Moreira Alves, Relator da ADI n.º 231-RJ, STF, Pleno, DJ 13/11/1992, p. 20848.

*órgãos públicos*.<sup>346</sup> Desse modo, o concurso interno é aquele em que a concorrência se dá apenas entre aqueles que já são titulares de cargos escalonados em carreira, integrantes do quadro de pessoal do Estado, o que é considerado pela doutrina e jurisprudência brasileira como um impedimento ao amplo acesso de brasileiros que cumpriam os requisitos legais exigíveis ao cargo<sup>347</sup>.

Desse modo, a mobilidade do denominado servidor público brasileiro é muito restrita, permitindo apenas a movimentação do servidor dentro dos próprios quadros da Administração ou, no máximo, provisoriamente para outros quadros, mediante cessão. Todavia, nessas movimentações o agente permanece ocupando o mesmo cargo em que foi investido quando da posse, sem novo provimento. Desse modo, a movimentação entre cargos, é muito rara, sendo admissível nos já mencionados casos de *readaptação*, em decorrência da necessidade de adequar o servidor em nova atividade (sem elevação funcional) compatível com sua capacitação física ou mental; *reintegração*, que ocorre por força de ordem judicial de retorno para o cargo que ocupava; e o de *recondução*, que configura o retorno ao cargo do servidor estável por inabilitação em estágio probatório em outro.

Logo, é de se questionar se o direito de acesso à função pública no Brasil atende verdadeiramente a todos os seus princípios constitutivos, uma vez que apesar de selecionar candidatos por critérios de mérito, em condições de igualdade, num base alargada, não fornece mecanismos internos para a profissionalização do agente por instrumentos de concorrência interna que promovam a ascensão profissional.

### 4.3 A Regra Constitucional Portuguesa do Concurso Interno

Em Portugal a regra do recrutamento, como já explanado, é a do concurso interno estabelecida pelo art. 30º, n.º 3, da LTFP, que determina que o recrutamento dos trabalhadores deve ser realizado por meio de procedimento concursal restrito aos trabalhadores detentores de um vínculo de emprego público por tempo indeterminado.

---

<sup>346</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 24ª ed., *op. cit.*, p. 578.

<sup>347</sup> Carmen Lúcia destaca que quando era permitido o concurso interno passavam-se muitos anos sem que certos cargos fossem objeto de concurso público, pois eram objeto de seleções internas restritas a quem já era integrante da Administração Pública, o que não abria a possibilidade de que pessoas estranhas à Administração viessem a ingressar nos seus quadros. ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*. 1999, *op. cit.*, p. 203.

Tal regra é vista como favorecedora da gestão dos recursos humanos, permitindo que o quadro de pessoal permaneça mais enxuto, apenas com o número de trabalhadores realmente necessários à Administração Pública, garantindo assim, a moralidade, eficiência e economia na gestão pública.

A referida norma, entretanto, estabelece uma regra de precedência para o procedimento que se destina a recrutar, de modo que com a impossibilidade de ocupação de postos de trabalho por trabalhadores detentores de um vínculo de emprego público por tempo indeterminado, atendidos certos requisitos de autorização<sup>348</sup>, é que se pode recrutar trabalhadores com vínculo de emprego público a termo ou sem vínculo de emprego público.

Frisa-se que somente em casos excepcionais, desde que devidamente fundamentados e autorizados pelos membros do Governo responsáveis pela área das finanças e da Administração Pública, pode ser realizado um procedimento concursal aberto tanto aos trabalhadores com vínculo de emprego público quanto às pessoas que não possuem vínculo algum com a administração fora dos casos previstos nos n.º 3 e 4 do art. 30º da LTFP<sup>349</sup>.

Sob este aspecto, é relevante registrar a questão levantada por ANA NEVES, quanto aos orçamentos do Estado português para 2012 e também para 2013, que inseriram uma regra de precedência no recrutamento dos candidatos com relação jurídica de emprego público por tempo determinado ou determinável, o que foi considerado pela autora como uma precedência incompatível com o direito à igualdade no acesso à função pública, *“por constituir um desvio à ordenação de mérito que é um elemento essencial da decisão concursal e estruturante do mencionado direito de igualdade - , sem que exista um valor legítimo que o justifique”*, ainda mais em se considerando que o tais trabalhadores são recrutados por avaliação curricular, o que a autora lembra se tratar de uma prática que *“privilegia ligações funcionais prévias, a qualquer título, a uma entidade pública”*<sup>350</sup>.

---

<sup>348</sup> Cf. art. 30º, n. 4, da LTFP.

<sup>349</sup> Da análise das normas mencionadas de precedência do recrutamento interno Ana Neves conclui, e bem, que “o controlo do princípio segundo o qual não se pode recrutar um trabalhador sem relação jurídica de emprego público por tempo indeterminado sem previamente se ter apurado a impossibilidade de se recrutar um trabalhador com relação jurídica de emprego público indeterminado se tem de verificar «sempre», relativamente a qualquer procedimento de recrutamento, tenha este sido organizado a partir de um concurso interno ou a partir de um concurso externo”. Cf. NEVES, Ana Fernanda. *O recrutamento de trabalhador público*. 2013, *op. cit.*, p. 25.

<sup>350</sup> Cf. NEVES, Ana Fernanda. *O recrutamento de trabalhador público*. 2013, *op. cit.*, p. 26.

#### 4.4 Sistema de Dogmas x Sistema de Privilégios

Como se nota da jurisprudência brasileira, uma vez banida a ascensão, juntamente foi banido do sistema brasileiro o *concurso interno* para qualquer tipo de provimento derivado de cargo ou emprego público no Brasil, restando a possibilidade desse tipo de concurso apenas para promoções dentro do mesmo cargo, o que na realidade se trata de forma de progressão horizontal, ou seja, sem que haja provimento em novo cargo.

Note-se que a organização em carreira e a promoção encontra previsão constitucional no art. 39, §2º da CRFB/88, que exige da União, dos Estados e do Distrito Federal a manutenção de escolas de governo para a formação e aperfeiçoamento dos servidores públicos, constituindo um dos requisitos para a promoção na carreira a participação em seus cursos.

Ademais, a CRFB/88 faz expressa referência à carreira e à promoção da Magistratura (art. 93, incisos II e IV; art. 105, parágrafo único, inc. I; art. 111-A, §2º, inc. I); do Ministério Público (art.129, 41º); da Advocacia Geral da União (art. 131,§2º); dos Procuradores do Estado (art. 132); e da Defensoria Pública (art. 134, §4º).

A impossibilidade de ascensão por meio de concurso interno é considerada uma questão pacificada pelo STF<sup>351</sup>, que já decidiu reiteradamente neste sentido.

Contudo, há que se dar atenção ao teor do voto discordante do Ministro do STF Marco Aurélio, no emblemático acórdão sobre o tema, constante da ADI nº 231/RJ, em que questiona “*até que ponto interfere na ascensão o fato de a Carta de 1988, ao contrário da anterior, não repetir a expressão “primeira investidura”?*”

O referido Ministro registra que o fato de se temer a ocorrência de “*desvio de finalidade*”, tais como os acontecimentos condenáveis ocorridos no passado, relativo aos apadrinhamentos e clientelismos no acesso à função pública, não justifica a repulsa ao instituto da ascensão funcional, pois é ela que justifica a existência de carreira na função pública e é também ela um instrumento de profissionalização.

---

<sup>351</sup> O STF afasta até mesmo situações em que servidores públicos tenham vantagens em relação a terceiros na competição para o ingresso em cargos públicos, como por exemplo quando edital do concurso confere pontuação superior ao título de pós graduação ao candidato que possua tempo de serviço público, considerando tal vantagem desarrazoada. Vide acórdão do STF, no RE nº (Agr. Reg.) 205.535-RS, 2ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio. Julgamento: 22.05.1998. Publicação: DJ de 27.05/1998.

O que se nota no Brasil, portanto, é o apego a determinados princípios, como o da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, ou da igualdade de acesso à função pública por concurso público, sem o aprofundamento necessária na ponderação de valores no que tange ao seu alcance ou a sua interpretação. Desta forma, a Administração Pública Brasileira, à luz do primeiro princípio mencionado, mantém a integralidade da função pública da Administração Pública direta, autárquias e fundações, com relações jurídicas de vínculos unilaterais, sem qualquer sinalização de avanços rumo ao direito privado, bem como, em relação ao segundo princípio, permanece arraigada à ideia de impossibilidade de ascensão profissional do servidor por meio de concurso interno.

Em situação oposta, encontra-se em Portugal um sistema jurídico que confere, aos trabalhadores com vínculo de emprego público por tempo indeterminado (e, depois, aqueles com vínculo por tempo determinado ou determinável, ou ainda sem vínculo) a preferência no recrutamento e seleção, em nome da economicidade e da maior liberdade na gestão dos recursos humanos da Administração Pública.

Esse sistema, como já mencionado, embora confira certa flexibilidade e leveza à Administração Pública, que enfrentando tempos difíceis recorre a mecanismos de gestão originários do direito privado, com relações jurídicas de emprego público de vínculos predominantemente bilaterais e com a utilização do concurso interno como regra preferencial no acesso à função pública, acaba por extrapolar os limites dessa liberdade, de modo que em certas situações, acaba por conferir privilégios nas regras de acesso a função pública, apartados de fundamento razoável que o justifique, quando, *v.g.*, é inserido no sistema jurídico norma de precedência a empregados por tempo determinado/determinável, incompatível com o princípio da igualdade no acesso à função pública.

## 5 CONCLUSÃO

No que tange à “função pública”, é muito clara a diferença entre os sistemas jurídicos do Brasil e de Portugal. De um lado Portugal, que se encontra num período de redescobertas, de avanços rumo ao direito privado, avanços estes mais amadurecidos, voltando o olhar a sua natureza pública. De outro lado o Brasil, com sua função pública arraigada nos clássicos modelos de gestão pública, apega a princípios de maneira quase que cega, inflexível e sem admitir qualquer restrição nesse tocante.

Melhor interpretação do sistema constitucional brasileiro, relativo ao direito de acesso à função pública, seria a que admitisse o concurso interno para certas situações, tais como o provimento de cargos de classes intermediárias e finais de carreira, ou ainda pra a ascensão funcional, pela qual o servidor pretende sair de cargo de classe final de uma carreira para outro da classe inicial de carreira superior ou complementar, isso em circunstâncias especiais, como aquela em que a carreira superior é complementar à inferior.

O direito de acesso à função pública deve se revelar por meio de duas vertentes, uma relacionada ao ingresso por meio do concurso público e outra relacionada à mobilidade interna com ascensão na carreira, e ambas se traduzem em profissionalização da função pública. Porém, no Brasil a última parece não ser respeitada.

Quanto a Portugal, nota-se que as características do regime jurídico português trouxe avanços com a aproximação com o direito privado e a flexibilização na gestão dos recursos humanos (mapa de pessoal flexível, fim da estabilidade), entretanto trouxe a possibilidade de problemas relacionados com a deslocação de trabalhadores e diminuição do número de trabalhadores em relação de emprego público, de modo que se tornou necessária a utilização de mecanismos de gestão que permitissem a organização do pessoal de forma interna e mais competitiva dentro do quadro de austeridade orçamentária, frente ao cenário de crise que vem atravessando o país.

É comum notar no setor privado uma maior flexibilidade no enfrentamento dos desafios trazidos pela globalização, no que diz respeito aos problemas de ajuste no mercado de trabalho, com criação de novos empregos e extinção de outros, como relações de trabalho de característica mais precária, de duração mais curta,

caracterizando o que se denomina de “erosão da relação laboral padrão” e “flexibilidade numérica do mercado de trabalho”.

É certo que o país vem atravessando um momento de crise, o que requer medidas de reforma e austeridade, com a racionalização da força de trabalho e de redução de gastos com pessoal, entretanto o trabalhador necessita de políticas institucionais mais estáveis que proporcionem maior segurança na relação jurídica estabelecida entre o agente e o Estado e que respeitem os direitos fundamentais, mormente no que tange ao direito de acesso à função pública.

Neste sentido, quanto menor a segurança no emprego (fim da estabilidade), mais flexível deve ser a gestão dos recursos humanos a fim de permitir a mobilidade do trabalhador, bem como sua segurança social para compensar, conferindo-se assim uma segurança indireta.

Contudo, o sistema normativo vigente não pode ser tão fechado que torne praticamente impossível o ingresso dos cidadãos, ou somente possível quando ninguém mais dos quadros da administração se interessarem pelo posto de trabalho ofertado, o que revela violação ao direito de acesso à função pública e, a nosso ver, mereceria uma revisão na regra geral do concurso interno a fim de que ela passasse a possibilitar um maior número de recrutamento aberto ou externo, de maneira a possibilitar que uma base mais alargada pudesse concorrer e que fosse dado maiores chances reais a premiar os méritos individuais dos cidadãos em condições mais próximas de igualdade.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICA

- AMARAL, Diogo Freitas. *Curso de direito Administrativo*. vol. I, 3ª ed. 5ª Reimpressão da edição de 2006. Coimbra: Editora Almedina, 2010.
- ANDRADA, Antônio Carlos Doorgal de (Conselheiro/Diretor da RTCEMG); e outros. *Concursos públicos na jurisprudência do Tribunal de Contas*. In Concursos Públicos. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Edição especial. Ano XXVIII, biênio 2009/2010. Disponível em: <revista.tce.mg.gov.br/>.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Declaração Universal dos Direitos do Homem*. In Pólis: Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado, Vol. II. Lisboa: Editora Verbo, 1984.
- ARANHA, Márcio Iorio. *Interpretação constitucional e as garantias institucionais dos direitos fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2000.
- BACHOFF, Otto, WOLFF, Hans J., STOBBER, Rolf. *Direito Administrativo*. Vol. I. Tradução do original de 1987 por António F. de Sousa. Lisboa: Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.
- BERCOVICI, Gilberto. *Carl Schmitt e a Constituição de Weimar: breves considerações*. In Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais. Diretor: Paulo Bonavides. Belo Horizonte: Editora Del Rey, nº 2. julho/dezembro de 2003, p. 363-372.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10ª ed., rev. e atual. 9ª tiragem. São Paulo: Editora Malheiros, 2000.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2004.
- BRITO, Miguel Nogueira de. *Os princípios jurídicos dos procedimentos concursais*. Disponível em: <<http://icjp.pt/sites/default/files/media/1024-2234.pdf>>
- BRUNO, Rinaldo Moreira. *Servidor público: doutrina e jurisprudência*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006.
- CAMAROSSANO, Márcio. *Provimento de cargos públicos no direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984.
- CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. Vol. II. 10ª ed., 3ª reimpressão. Coimbra: Editora Almedina, 1986.
- CAETANO, Marcello. *Princípios fundamentais de Direito Administrativo*. Reimpressão da edição brasileira de 1977. Coimbra: Editora Almedina, 1996.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. Vol. I. 4ª ed., Coimbra: Editora Coimbra, 2007.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3ª ed., Coimbra: Editora Almedina, 1999.
- CASSESE, Sabino. *Le Basi Costituzionali*. In: *Trattato di Diritto Amministrativo*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2000.
- CASSESE, Sabino e PELLEW, Jill. *Il sistema del mérito nel reclutamento della burocrazia comme problema storico*. In *Rivista Trimestrale di diritto publico*. Roma, nº 3, 1987.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 24ª ed., rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.
- CARVALHO, Raquel. *O procedimento concursal no acesso à função pública: reflexões de natureza constitucional*. In *Estudos em homenagem ao Professor Jorge Miranda*. Vol. 3. Coimbra: Editora Coimbra, 2012, pp. 515 a 530.
- CASTELAR, Ivan; VELOSO, Alexandre Weber Aragão; FERREIRA, Roberto Tatiwa e SOARES, ILTON. *Uma análise dos determinantes de desempenho em concurso público*. *Economia Aplicada*. 2010, Vol. 14, n. 1, pp. 81-98. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S1413-80502010000100006>>.
- CASTRO, Augusto Olímpio Viveiros de. *Tratado de sciencia da administração e direito administrativo*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1906.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito administrativo*. 18ª ed., Rio de Janeiro: Editora Malheiros, 2003.
- CRETELLA JÚNIO, José. *Comentários à Constituição de 1988*. vol. 4. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 1991.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Dicionário de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1980.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do estado*, 16ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 1991.
- DALLARI, Adilson Abreu. *Princípio da isonomia e concursos públicos*. In: *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador: IDPB, nº 6, abr/mai/jun, 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>.
- DALLARI, Adilson Abreu. *Regime constitucional dos servidores públicos*. 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 8ª ed., São Paulo: Editora Atlas, 2011.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella e outros. *Servidores públicos na Constituição de 1988*. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *O Direito Administrativo brasileiro sob influência dos sistemas de base romanística e da Common Law*. In Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público – IBDP. n° 8, Nov / Dez - 2006 e Jan – 2007. Disponível na internet em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/redae-8-novembro-2006-maria%20sylvia.pdf>>.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2006.
- DUARTE, Maria Luísa. *União Europeia: estática e dinâmica da ordem jurídica eurocomunitária*. Coimbra: Editora Almedina, 2011.
- ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da administração pública*. Coimbra: Editora Almedina, 1996.
- FAORO, Raymundo. *Os donos do poder. Formação do patronato político brasileiro*. 3ª ed., 8ª reimpressão. São Paulo: Editora Globo, 2008.
- FERNANDES, Francisco Liberal. *Autonomia colectiva dos trabalhadores da administração: crise do modelo clássico de emprego público*. Coimbra: Editora Coimbra, 1995
- FILHO, Romeu Felipe. *Profissionalização da função pública: a experiência brasileira. Ética na Administração Pública. 2003*. In: FORTINI, Cristina (Coord.) *Servidor Público: Estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo Almeida Dutra*. 2ª ed., rev. e atual. Belo horizonte: Editora Fórum, 2014.
- FREITAS, Lourenço Vilhena de. *O contencioso sobre a execução do Contrato de Trabalho em Funções Públicas no Anteprojecto da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas*. Disponível em: <[http://www.icjp.pt/sites/default/files/papers/contencioso\\_da\\_execucao\\_dos\\_contratos\\_no\\_anteprojecto\\_da\\_lei\\_geral\\_do\\_trabalho\\_em\\_funcoes\\_publicas.pdf](http://www.icjp.pt/sites/default/files/papers/contencioso_da_execucao_dos_contratos_no_anteprojecto_da_lei_geral_do_trabalho_em_funcoes_publicas.pdf)>
- GASPARINI, Diógenes. *Concurso público: imposição constitucional e operacionalização*. In Concurso público e Constituição. Coord. MOTTA, Fabrício. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.
- GAUDEMET, Yvex. *Manual de droit administratif*, 19ª ed., Paris: L.G.D.J – Lextenso éditions, 2010.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 10ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.
- JONES, Arnold Hugh Martin. *Atenas e Esparta*. In O mundo grego. Coord. Hugh Lloyd-Jones, Tradução Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 1965.
- LIMA, Rogério Medeiros Garcia de. *O direito administrativo e o poder judiciário*. 2ª ed., Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2002.

- LOPES, Maurício Ribeiro. *Comentários à reforma administrativa*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.
- MAIA, Márcio Barbosa; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.
- MARQUES, José Dias. *História do direito português*. Lisboa: Editora Associação Acadêmica da Faculdade de Direito, 1953.
- MATHIAS, Herculano Gomes; GUERRA, Lauryston Gomes Pereira; e CARVALHO, Affonso Villela de. *História do Brasil*. Rio de Janeiro: Bloch Editores, 1976.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 35ª ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2009.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª ed., 21ª tiragem. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Regime constitucional dos servidores da Administração Pública direta e Indireta*. 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Apontamentos sobre os agentes e órgãos públicos*. 1ª ed., 5ª tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.
- MELO, Martinho Nobre de. *O Estado dos funcionários: Estatuto legal*. Lisboa: Editora Ferin, 1914.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *O princípio do concurso público na jurisprudência do STF: alguns aspectos*. In: Revista de informação legislativa, v.25, nº 100, p. 163-174, out./dez. de 1988.
- MERGULHÃO, Rossana Teresa Curioni; COUTINHO JUNIOR, Bazilio de Alvarenga; e MACHADO, Elton Fernando Rossini. *A Constituição Imperial de 1824: Uma breve análise dos aspectos sociais, políticos, econômicos jurídicos*. In: Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades, año 13, nº 26. Araucária. Segundo semestre de 2011.
- MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição portuguesa anotada*. Tomo I. Coimbra: Editora Coimbra, 2010.
- MIRANDA, Jorge. *A Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Constituição*. Vol. 1º. Lisboa: Editora Petrony, 1977.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 24ª ed., São Paulo: Editora Atlas, 2009.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional administrativo*. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

- MORAES, Alexandre. *Reforma administrativa - EC nº 19/98*. São Paulo: Editora Atlas, 1998.
- MOTTA, Fabrício. *Direitos fundamentais e concurso público*. In: Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte: Edição Especial, ano – XXVIII: biênio 2009/2010. (pp. 68-85). Disponível em: <<http://200.195.70.14/Revista/Revista/RetornaRevista/401>>.
- NEVES, Ana Fernanda. *O recrutamento de trabalhador público*. Lisboa: Provedor de Justiça, 2013. Disponível em: <[www.provedor-jus.pt/.../O\\_Recrutamento\\_de\\_Trabalhador\\_Publico.pdf](http://www.provedor-jus.pt/.../O_Recrutamento_de_Trabalhador_Publico.pdf)>
- NEVES, Ana Fernanda. *O posto de trabalho e a mobilidade concorrencial como instrumentos jurídicos de tutela dos direitos do trabalhador público*. In Que direito(s)?: Atas das I Jornadas de direito do emprego público. Braga: Sindicato dos Trabalhadores em Funções Públicas e Sociais do Norte, 2012, p. 11-33.
- NEVES, Ana Fernanda. *Tratado de direito administrativo*. Vol. IV, Coord. Paulo Otero e Pedro Gonçalves. Coimbra: Editora Almedina, 2010.
- NEVES, Ana Fernanda. *Os desassossegos de regime da função pública*. In: Revista da Faculdade de Direito de Lisboa, Vol. XLI, n.º 1, 2000.
- NEVES, Ana Fernanda. *Relação Jurídica de emprego público. Movimentos fractais, diferença e repetição*. Coimbra: Editora Coimbra, 1999.
- OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Servidores públicos*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- OTERO, Paulo. *Coordenadas jurídicas da privatização da Administração Pública: conferência*. In: *Os caminhos da privatização da Administração Pública*. Coimbra: Editora Coimbra, 2000.
- OTERO, Paulo. *Declaração Universal dos Direitos do Homem e Constituição: a inconstitucionalidade de normas constitucionais?* In O Direito. Ano 122. Jul/Dez, 1990.
- PEIXOTO, José Carlos de Matos. *Curso de direito romano*. Tomo I. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1977.
- PEREIRA DA SILVA, Vasco. *Breve crónica de uma reforma anunciada*. In Caderno de Justiça Administrativa. nº 1. Jan/Fev de 1997.
- PEREIRA DA SILVA, Vasco. *O contencioso administrativo no divã da psicanálise: ensaio sobre as acções no novo processo administrativo*. 2ª ed. atual., Coimbra: Editora Almedina, 2009.
- PEREIRA DA SILVA, Vasco. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Editora Almedina, 1996.
- PEREIRA DA SILVA, Vasco. *Para um contencioso administrativo dos particulares: esboço de uma teoria subjectivista do recurso directo de anulação*. Coimbra: Editora Coimbra, 1989.

- RAMALHO, Maria do Rosário Palma; BRITO, Pedro Madeira de. *Contrato de trabalho na Administração Pública: anotação ao regime jurídico aprovado pela Lei n.º 23/2004, de 22 de junho*. 2.ª ed., Coimbra: Editora Almedina, 2005.
- RIGOLIN, Ivan Barbosa. *Comentários ao regime único dos servidores públicos civis*. 5ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2007.
- ROCHA, Carmén Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.
- ROCHA, Carmén Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1994.
- SANDEL, Michael J. *O liberalismo e os limites da justiça*. 2ª ed., Tradução de Carlos E. Pacheco do Amaral. Lisboa: Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.
- SANTOS, Fernanda Marinela de Souza. *Concursos públicos: acessibilidade e grandes polémicas*. In: *Leituras Complementares de Direito Administrativo*. 2ª ed., (org.) Fernanda Marinela e Fabrício Bolzan. Salvador: Editora JusPodivm, 2010.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3.ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2003.
- SÈVES, António Lorena de. *Contencioso da função pública (concursos)*. In: *Seminário permanente de direito constitucional e administrativo*. Vol. I. Associação Jurídica de Braga, 1998.
- SILVA, Francisco Ribeiro. *Venalidade e hereditariedade dos ofícios públicos em Portugal nos séculos XVI e XVII. Alguns aspectos*. In *Revista de História*. Vol. 8. Porto: Centro de História da Universidade do Porto, 1988.
- SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 26ª ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2006.
- SILVEIRA, Raquel Dias da. *Profissionalização da função pública*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.
- SOUSA, Alice Ribeiro de. *Processo administrativo do concurso público*. 1ª ed. Leme: Editora J. H. Mizuno editora, 2013.
- SOUSA, Éder. *Concurso público: doutrina e jurisprudência*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2000.
- TOURINHO, Rita. *O concurso público no ordenamento jurídico brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Lunem Juris, 2008.
- VEIGA E MOURA, Paulo; e ARRIMA, Cátia. *Os novos regimes de vinculação, de carreiras e de remunerações dos trabalhadores da Administração Pública: comentários à Lei n.º 12-A/2008, de 27 de fevereiro*. 2ª ed., Coimbra: Editora Coimbra, 2010.

- VEIGA E MOURA, Paulo. *A privatização da função pública*. Coimbra: Editora Coimbra, 2004.
- VERNANT, Jean Pierre. *As Origens do Pensamento Grego*. Trad. Ísis Borges B. da Fonseca. Rio de Janeiro: Editora Difel, 2002.
- VIANA, Cláudia. *Contrato de trabalho em funções públicas: privatização e publicização da relação jurídica de emprego público. 1: Estudos em homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia*. Vol. II. Coimbra: Editora Coimbra, 2010.
- VIEIRA, Leonardo Carneiro Assumpção. *Merecimento na administração pública*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.
- WAHRLICH, Beatriz M. de Souza. *Classificação de cargos e implantação do sistema do mérito: a lei do reajustamento de 1936, suas origens, conteúdo e primeiras repercussões*. In: *Revista de Administração Pública*. V. 10, n. 3, p. 7-46. Rio de Janeiro: julho/setembro de 1976.
- ZILLER, Jacques. *Égalité et mérite: l'accès à la fonction publique dans les États de la Communauté Européenne*. Bruxelles: Bruylant, 1988.