



Provedor de Justiça



O RECRUTAMENTO DE TRABALHADOR PÚBLICO



Provedor de Justiça

O RECRUTAMENTO DE TRABALHADOR PÚBLICO

O presente estudo analisa as questões jurídicas suscitadas pelas queixas apresentadas ao Provedor de Justiça relativas ao concurso de recrutamento de trabalhador público. Apresenta ainda sugestões de articulado para um novo regime jurídico do concurso.



Autoria do Estudo: Ana Fernanda Neves

Título: O Recrutamento de Trabalhador Público

Edição: Provedor de Justiça – Divisão de Documentação

Design: Lages Design, Lda

Impressão: Realbase, Lda

Tiragem: 40 exemplares

Depósito legal: 362158/13

ISBN: 978-972-8879-10-5

Como contactar o Provedor de Justiça

Rua do Pau de Bandeira, 7-9

1249-088 Lisboa

Telefone: 213 92 66 00 – Fax: 213 96 12 43

provedor@provedor-jus.pt

<http://www.provedor-jus.pt>

ÍNDICE

NOTA DE APRESENTAÇÃO	7
INTRODUÇÃO	11
1. O RECRUTAMENTO DE TRABALHADOR PARA EMPREGO PÚBLICO	17
1.1. Os pressupostos do recrutamento	18
1.1.1. A regra da precedência do recrutamento interno	24
1.1.2. A precedência dos candidatos com relação jurídica de emprego público a termo	26
1.1.3. A mobilidade entre Administrações Públicas	28
Síntese 1.1.	33
1.2. Os requisitos para ser trabalhador público	35
1.2.1. A reserva de lei restritiva em matéria de requisitos para aceder a emprego público	35
1.2.2. Os requisitos de admissão ao concurso como requisitos de recrutamento	36
1.2.3. O carácter instrumental dos documentos relativos à prova dos requisitos de recrutamento	39
1.2.4. Os requisitos gerais de acesso a emprego público	40
1.2.4.1. O requisito da aptidão física e do perfil psíquico	40

1.2.4.2. A nacionalidade	44
1.2.4.3. A idade	46
1.2.4.4. Não inibição e não interdição para o exercício de funções públicas	53
1.2.4.5. As habilitações académicas	54
Síntese 1.2.	58

2. O CONCURSO COMO PROCEDIMENTO DE RECRUTAMENTO	59
2.1. Os fundamentos do concurso	60
2.1.1. O concurso como garantia do direito fundamental de acesso à função pública	60
2.1.2. O concurso como garantia da capacidade funcional da Administração	62
2.1.3. O concurso como garantia de democraticidade	64
2.2. Os princípios do concurso	65
2.2.1. O princípio da liberdade de acesso	65
2.2.2. O princípio da igualdade	68
2.2.3. O princípio do mérito	71
2.2.4. O desvalor jurídico decorrente da preterição dos princípios	73
2.3. A estrutura do concurso	74
2.3.1. As fases do procedimento de concurso	75
2.3.1.1. A fase da tomada da decisão de abertura do concurso	76
2.3.1.1.1. A definição do objeto do concurso	76
2.3.1.1.2. A constituição do júri: as exigências de especialidade e de imparcialidade	77
2.3.1.2. A fase da abertura do concurso	82
2.3.1.3. A fase de admissão e exclusão dos candidatos	84

2.3.1.4. A fase de seleção	87
2.3.1.4.1. Os métodos de seleção	87
2.3.1.4.1.1. A adequação dos métodos de seleção	87
2.3.1.4.1.2. A tipologia dos métodos de seleção	89
A) A prova de conhecimentos	89
B) A entrevista	93
C) A avaliação curricular	96
D) O exame psicológico de seleção	103
2.3.1.4.2. A audiência prévia dos candidatos	103
2.3.1.4.3. A fase da decisão	105
2.3.1.4.4. A fase integrativa da eficácia da decisão do concurso	107
2.4. A decisão de recrutamento: a moratória necessária entre a decisão do concurso e a constituição da relação jurídica de emprego público	110
2.5. As garantias administrativas	112
2.5.1. A garantia de acesso ao processo do concurso	112
2.5.2. As garantias administrativas impugnatórias	116
Síntese 2.	120

3. PROPOSTA DE REGIME JURÍDICO DO CONCURSO DE RECRUTAMENTO DE TRABALHADOR PÚBLICO

123

4. EXEMPLO DE AVISO DE ABERTURA

131



PRINCIPAIS ABREVIATURAS

Ac. – Acórdão

BEP – Bolsa de Emprego Público

BvR – *Verfassungsbeschwerde*

CA – Contencioso Administrativo

CEEP – Centro Europeu das Empresas Públicas

CES – Confederação Europeia de Sindicatos

CPA – Código do Procedimento Administrativo

CRP – Constituição da República Portuguesa

DRAPA – Direção Regional de Agricultura e Pescas do Algarve

GERAP – Empresa de Gestão Partilhada de Recursos da Administração Pública, E. P. E.

LVCR – Lei que define e regula os regimes de vinculação, de carreiras e de remunerações dos trabalhadores que exercem funções públicas

Q – Queixa

RCTFP – Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas

STA – Supremo Tribunal Administrativo

TC – Tribunal Constitucional

TCA – Tribunal Central Administrativo

TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

TJCE – Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

UNICE – União das Confederações Industriais e de Empregadores da Europa

NOTA DE APRESENTAÇÃO



O estudo que ora se publica sistematiza o pensamento que tem guiado a intervenção do Provedor de Justiça na apreciação e instrução das queixas em matéria de recrutamento de trabalhador público.

A acuidade do tema é demonstrada pelo número de queixas que, anualmente, chegam ao Provedor de Justiça e que visam o recrutamento de trabalhador(es) público(s). Estas queixas, motivadas por atuações da Administração que, muitas vezes, contrariam jurisprudência consolidada há já vários anos, indiciam a ausência de melhorias significativas na forma como os órgãos e serviços da Administração Pública asseguram a conformação e a tramitação destes procedimentos concursais, ao mesmo tempo que revelam menor atenção aos princípios que enformam o direito de acesso à função pública, ou seja, a um procedimento justo de seleção.

Na verdade, os problemas trazidos ao conhecimento do Provedor de Justiça repetem-se ano após ano e já foram identificados nos últimos relatórios à Assembleia da República. As questões de (i)legalidade mais frequentes já foram também aí agrupadas da seguinte forma:

- a) Exigência de requisitos de admissão a concurso que não se encontram previstos na lei, ignorando que as causas de exclusão de um concurso são apenas as que a lei estabelece e que a natureza taxativa das causas de exclusão dos candidatos deriva da integração do direito de acesso à função pública no catálogo constitucional dos direitos fundamentais (cf. Artigo 47.º n.º 2 da CRP);
- b) Exigência de documentos que não se destinam à prova de requisitos legais ou que violam o princípio da liberdade probatória em procedimento administrativo;
- c) Restrição dos candidatos a concurso através da exigência de uma concreta licenciatura, quando a lei apenas permite a exigência de um nível de habilitação académica e, quando indispensável e previsto no mapa de pessoal, de uma determinada área de formação;
- d) 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;
- e) 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;
- f) Inobservância da garantia da notificação pessoal e com as menções legais devidas.

Pretende-se com este estudo partilhar com os órgãos e serviços da Administração Pública e com o trabalhador público ou candidato a trabalhador público o olhar reflexivo e crítico deste órgão do Estado sobre

o direito, mas também sobre a realidade, do recrutamento de trabalhador público, a partir de uma postura construtiva, que almeja, nas palavras do Estatuto do Provedor de Justiça, «procurar...as soluções mais adequadas à tutela dos interesses legítimos dos cidadãos e ao aperfeiçoamento da ação administrativa».

Por outro lado, não se resistiu à tentação de deixar ao legislador sugestões, tendo em vista a aprovação futura de um novo regime jurídico do recrutamento de trabalhador público, mais simplificado e mais focado nos princípios e garantias que lhe são subjacentes. A terminar, não posso deixar de registar aqui uma nota de apreço e de agradecimento à autora deste estudo, Doutora Ana Neves, que, nesta data, termina, por sua vontade, a comissão de serviço como Assessora do Provedor de Justiça. Pelo seu trabalho, que não se resume ao estudo que agora se apresenta e cuja grande valia contribuiu ao longo de mais de doze anos para o prestígio deste órgão do Estado.

Lisboa, 30 de abril de 2013.

O Provedor de Justiça,
Alfredo José de Sousa





INTRODUÇÃO

O concurso é a forma comum de recrutamento de trabalhador para emprego público. O procedimento de recrutamento é mais amplo do que o do próprio concurso, que realiza a seleção do trabalhador a recrutar. O recrutamento depende de pressupostos que são anteriores ao concurso e que se devem manter após o seu termo. Trata-se, por um lado, de condições objetivas (de possibilidade) do recrutamento (**1.1.**). Por outro lado, trata-se de condições subjetivas, que respeitam aos requisitos que os candidatos devem reunir para serem trabalhadores públicos (**1.2.**). É o procedimento de recrutamento que nos ocupa, num primeiro momento (**1.**), na dupla vertente enunciada.

O direito de acesso à função pública é o direito a um procedimento justo de seleção e recrutamento¹, corporizado pelo e no concurso² (**2.**). A justeza deste procedimento tem duas vertentes essenciais:

1 Entres outros, Acórdão (Ac.) do Plenário do Tribunal Constitucional (TC) n.º 61/2004, de processo n.º 471/01, de 27.01, Ac. do Plenário do TC n.º 406/03, de 17.12, processo n.º 470/01, Ac. do Plenário do TC n.º 683/99, de 21.12, Ac. da 1.ª Secção do TC n.º 157/92, de 23.04, processo n.º 288/90, e Ac. do TC n.º 53/88, de 08.03, processo n.º 21/96 (disponíveis in www.tribunalconstitucional.pt; à mesma localização se refere a menção de outros acórdãos do mesmo tribunal).

2 «A regra constitucional do concurso consubstancia um verdadeiro *direito a um procedimento justo de recrutamento*» – J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4.ª edição revista, 2007, p. 661 (itálico no original).

- a) Decorre do conceito de concurso aplicado ao recrutamento de trabalhadores (2.1.), que envolve uma sequência lógica necessária (2.2.);
- b) Implica a organização e condução do concurso segundo princípios essenciais que decorrem do enunciado do artigo 47.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa (CRP), que consagra o «direito de acesso à função pública em condições de igualdade e liberdade, em regra por via do concurso». E, concomitantemente, a observância de garantias que constituem regras de atuação necessárias (2.3.).

A perspetiva de análise é prática, o que significa que o presente estudo e as questões tratadas são vistas a partir das queixas apresentadas ao Provedor de Justiça relativas ao concurso, das insuficiências normativas que dão a perceber e das soluções encontradas, tendo por referência a jurisprudência europeia e nacional, constitucional e administrativa, pertinentes.

A *Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público*, relativamente à realidade da função pública espanhola, destacou, no seu «Informe», de abril de 2005 – sem deixar de observar que «muitos procedimentos de seleção são rigorosos, são tramitados e concluídos por órgãos dotados da necessária especialização e imparcialidade, mediante provas razoáveis e com grau suficiente de transparência»³ –, a existência de «interferências clientelares e favoritismos de diverso tipo, que são percebidos de maneira muito crítica pela sociedade»⁴ e pelos próprios trabalhadores da Administração Pública.

3 Informe da *Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público*, p.89. http://www.seap.minhap.gob.es/dms/es/areas/funcion_publica/estatutobasico/estatuto_funcion_publica/proceso/parrafo/0/Informe-de-la-comision-de-expe.pdf (consulta última em 26.04.2013).

4 *Informe cit.*, p. 89.

Entre nós, atento apenas o teor das queixas que chegam ao Provedor de Justiça, é possível fazer, ressalvados os concursos de massas, um diagnóstico similar, no qual há que incluir também a falta da tecnicidade e de especialização da seleção. Ou seja: por um lado, os processos evidenciam, muitas vezes, a procura de afeiçoamento à situação particular de um candidato, em regra, com uma conexão funcional prévia com a entidade que recruta^{5 6 7}; por outro lado, a seleção não é realizada de modo a poder ser encontrado o candidato mais bem capacitado para a prestação de trabalho^{8 9}.

Não é demais lembrar que o respeito do direito de acesso ao emprego público é uma trave mestra do regime jurídico do emprego público e um dos *nós górdios* do Estado de Direito democrático. O concurso «participa na realização de uma promessa republicana...ao alimentar o reconhecimento do princípio da igualdade»; «institui uma distinção não discriminatória, puramente funcional, em benefício de todos e constitui portanto o exato inverso de um privilégio» (Pierre Rosanvallon)¹⁰. E, por outro lado, insere-se na premissa de que «o estabelecimento e consolidação de

5 É, por exemplo, o caso do processo R-4937/11 (recrutamento de dois técnicos superiores para o Departamento de Explosivos da PSP – Aviso [extrato] n.º 23451/2010, de 16.11) e do processo R-6232/10 (recrutamento pelo Município de São João da Madeira de assistente técnico para o exercício de funções na Divisão de Cultura e Turismo).

6 Seria importante (e revelador) quantificar o número de relações jurídicas de emprego público por tempo indeterminado que não resultaram no recrutamento de trabalhadores com essa prévia ligação funcional.

7 Sobre este problema dos concursos, ver Gaetano Zilio Grandi, «*Il concorso pubblico quale strumento ordinario di accesso alle pubbliche amministrazioni, tra regola costituzionale e prassi*», *Rivista italiana di diritto del lavoro*, Anno 2007, Volume 26, p. 273.

8 Sendo que a «qualidade e o sentido» da atividade administrativa e, portanto, a sua legitimidade, «confundem-se absolutamente com as pessoas selecionadas» – Pierre Rosanvallon, *La légitimité démocratique, Impartialité, réflexivité, proximité*, Éditions du Seuil, 2008, p. 95.

9 A seleção não é idónea para recrutar em função do *know-how* de cada atividade profissional. Com efeito, pergunta-se, as mais das vezes, sobre normas jurídicas ao invés de conhecimentos e capacidades para o exercício de uma profissão, mesmo quando esta tem uma dimensão essencialmente técnica.

10 Pierre Rosanvallon, *La légitimité démocratique, Impartialité, réflexivité, proximité*, cit., p. 96.

instituições democráticas exigem uma administração pública que respeite o direito, seja neutral e fiel [àquelas] instituições e *respeitosa das pessoas que serve*» (itálico nosso)¹¹.

Está, também, em causa a «*capacidade funcional e de prestação*» da Administração¹². A indissociabilidade entre o «desempenho organizacional» e a *construção de capacidade* dos serviços e organismos públicos e os trabalhadores recrutados exige um esforço de autocritica regular sobre a forma como são concebidos e executados os concursos assim como a sujeição a auditoria externa dessa avaliação (itálicos nossos)¹³.

A prática administrativa, que se arrima numa regulação normativa densa¹⁴, revela procedimentos organizados em termos que dificultam o

11 Cf. § 3 do preâmbulo da *Recommendation No. R (2000) 6*, of the Committee of Ministers to member states on the status of public officials in Europe (Adopted by the Committee of Ministers on 24 February 2000 at the 699th meeting of the Ministers' Deputies), do Conselho da Europa: «...*the establishment and consolidation of democratic institutions require a public administration that complies with the rule of law, is neutral and is loyal to the democratic institutions and is respectful of the people it serves*» (<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=340693&Site=CM> – (acesso último em 26.04.2013). No mesmo sentido, Ac. do Plenário do Tribunal Constitucional n.º 683/99, de 21.12, processo n.º 42/98.

12 Na expressão do Acórdão do TC n.º 683/99, citado.

13 Esta revisão (interna e externa) constante, regular, ordinária, sobre a legalidade e bondade dos recrutamentos feitos é uma preocupação constante no *civil service* inglês. Cf., por exemplo, *Annual Report 2006/2007 do Civil Service Commissioners*, p. 14, in <http://civilservicecommission.independent.gov.uk/publications/annual-reports/> (último acesso em 26.04.2013):

«*We encourage departments and agencies to review objectively the design and operation of their recruitment systems and controls against the requirements of the Recruitment Code. That assessment is then independently reviewed by our auditors, KPMG. The aim of the system is to encourage departments and agencies to put robust arrangements in place to ensure appointments are made in compliance with the Code. // Compliance monitoring requires departments and agencies to carry out at the end of each financial year (31 March) a self-assessment of risk related to their own internal controls and checks. They must provide a Certificate of Compliance, signed by the Permanent Secretary or Chief Executive, declaring whether or not their recruitment has complied with our Recruitment Code and if not whether any correcting action has been taken or is proposed*».

14 As possibilidades de «adulteração» concursal são potenciadas por uma regulação densa que fomenta a crença administrativa na possibilidade de criar obstáculos à participação e transparência dos procedimentos.

exercício do direito de igualdade e a obtenção de resultados fidedignos do ponto de vista do mérito¹⁵.

Tendo isto bem presente, destaca-se o facto de o Reino Unido ter substituído, em 1 de abril de 2009, o seu *Recruitment Code* pelos *Recruitment Principles*, procurando um texto centrado no essencial, mais eficaz e mais acessível¹⁶.

15 Sobre a necessidade de simplificação do discurso normativo, *cf., v.g.*, Amicie Maucour-Isabelle, «La simplification du droit: des réformes sans définition matérielle», *AJDA*, 14 février 2005, n.º 6/2005, pp. 306 e 307. O Conselho Constitucional francês reconhece a «inteligibilidade e a acessibilidade da lei» como um «objetivo de valor constitucional» (refere-se «...à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi...») e destaca que «l'égalité devant la loi énoncée par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et «la garantie des droits» requise par son article 16 pourraient ne pas être effectives si les citoyens ne disposaient pas d'une connaissance suffisante des normes qui leur sont applicables ...» ; *cf. décision* 1999-421 DC du 16 décembre 1999 (<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-959/1999/99-421-dc/decision-n-99-421-dc-du-16-decembre-1999.11851.html>) - (último acesso em 23.02.2013).

16 «*The Recruitment Principles were intended to be a more focused, high level and accessible document than the Recruitment Code. As such much of the detail in the previous Code was stripped away*» – *Annual Report and Accounts, Civil Service Commission, 2011-2012*, p. 15, in <http://civilservicecommission.independent.gov.uk/> (último acesso em 26.04.2013). Sobre o enquadramento constitucional destes, ver Capítulo 25, Parte I, Capítulo 1, 11, do *Constitutional Reform and Governance Act 2010*, in <http://civilservicecommission.independent.gov.uk/civil-service-recruitment/> (último acesso em 26.04.2013).



1. O RECRUTAMENTO DE TRABALHADOR PARA EMPREGO PÚBLICO

O recrutamento de trabalhador para emprego público envolve um procedimento que se inicia com a decisão relativa à verificação dos pressupostos legais de que depende e termina com a constituição da relação jurídica de emprego, mediante a celebração de contrato ou a prática de ato de nomeação ou designação em comissão de serviço. O concurso é o procedimento de seleção do trabalhador a recrutar, constituindo um subprocedimento do procedimento de recrutamento; inicia-se com a publicação do aviso de abertura e termina com o decurso do respetivo prazo de validade¹⁷.

¹⁷ A cessação do procedimento com fundamento em motivo de interesse público está sujeita ao regime geral de revogação dos atos válidos (artigo 140.º do CPA). O artigo 38.º, n.º 2, da Portaria n.º 83-A/2009, de 22.01, estabelece como limite temporal o da «notificação da lista de ordenação final dos candidatos, no âmbito da audiência dos interessados». No entanto, a possibilidade de revogação está dependente da «ponderação realizada pelo órgão administrativo entre o princípio da boa-fé e o princípio da prossecução do interesse público, que é o fundamento da regra da revogabilidade dos atos válidos, bem como... [d]a relação de prevalência que este estabeleceu entre os dois princípios» – António Lorena de Sêves, «Contencioso da Função Pública (Concursos)», *Seminário Permanente de Direito Constitucional e Administrativo*, Volume I, Associação Jurídica de Braga, Departamento Autónomo de Direito da Universidade do Minho, p. 62.

1.1.

OS PRESSUPOSTOS OBJETIVOS DO RECRUTAMENTO

O recrutamento de trabalhador pressupõe, no essencial, três condições: (i) a existência de posto de trabalho no mapa de pessoal com as características correspondentes; (ii) a necessidade atual ou previsível (no caso da constituição de reserva de recrutamento) de o ocupar; (iii) a inscrição e o cabimento orçamentais da despesa pública que implica.

O recrutamento está vinculado à existência de um posto de trabalho no mapa de pessoal, necessariamente vago se estiver em causa o recrutamento imediato de trabalhador. O concurso realizado por entidade empregadora pública exclusivamente para a constituição de reserva de recrutamento não está dispensado da previsão de um posto de trabalho. O mapa de pessoal tem carácter normativo, sendo, para além de um instrumento de planeamento e de controlo da despesa pública, uma garantia preventiva do não afeiçãoamento do concurso à situação particular de algum candidato¹⁸. A criação de um posto de trabalho em função do concurso (ainda que para a constituição de reserva de recrutamento) esvaziaria o mapa

18 Ac. da 1.^a Secção do CA do STA de 20.10.2011, processo n.º 0941/10

(«Os concursos devem ser fundados nos princípios da igualdade, transparência e imparcialidade o que só se consegue se os critérios de avaliação forem definidos antes de conhecidas as pessoas dos concorrentes e as suas candidaturas. Só desse modo é possível garantir que o Júri não introduz fatores de diferenciação e de valoração em função dos candidatos e das suas propostas, beneficiando uns em detrimento de outros e só desse modo é possível defender convenientemente o interesse público através de um tratamento igualitário, transparente e imparcial a todos os concorrentes.»)

e Ac. da 2.^a Subsecção do CA do STA de 04.12.2012, processo n.º 0198/12 («O princípio da transparência do procedimento exige assim que a Administração revele precisamente qual o lugar do quadro a prover, não podendo nesta matéria essencial subsistirem quaisquer dúvidas no espírito dos administrados, dos candidatos e do próprio júri do concurso»).

de pessoal como instrumento de racionalidade do recrutamento¹⁹ e como garantia de imparcialidade²⁰.

No caso de concurso realizado por entidade centralizada, este opera a constituição de reservas de recrutamento a partir das quais têm de ser satisfeitas as necessidades de trabalhadores de entidades públicas empregadoras. Quer a constituição daquelas reservas quer os pedidos formulados pelas entidades têm de ser suficientemente abrangentes para excluir a particularização de umas e outros, que inviabilizem, na prática, o objetivo da racionalização de recursos²¹. Tal significa que os concursos devem organizar a seleção atendendo à carreira e nível habilitacional correspondente; e só, excecionalmente, quando seja imprescindível (para o exercício da atividade do posto de trabalho), podem considerar área ou áreas de formação académica.

19 Sobre a evidência do perigo de parcialidade, é de nomear, a título de exemplo, o concurso realizado pelo Município de Chaves, aberto pelo Aviso n.º 3252/2010, de 12.02, referência A-10, para a constituição de reserva de recrutamento de um trabalhador para o posto de trabalho de técnico superior. O concurso aberto pelo município foi qualificado como destinado à constituição de reserva de recrutamento, mas teve por objeto as funções exercidas pelo trabalhador contratado a termo na respetiva Divisão de Recursos Humanos do Departamento de Administração Geral (processo R-3469/10).

De igual modo, o Município da Golegã abriu, pelo Aviso n.º 14367/2010, de 20.07, concurso para ocupação posto de trabalho de técnico superior, com duração indeterminada, «na área de atividade da Divisão Municipal de Obras, Urbanismo e Ambiente», com a exigência de licenciatura em Engenharia Eletrotécnica e de Computadores e o conteúdo funcional que no aviso especificou. Este posto de trabalho não existia no mapa de pessoal. As funções eram asseguradas por candidato com contrato de trabalho a termo com o município que ocupava o posto de trabalho identificado como «técnico superior – eletrotécnico» (processo R-132/11).

20 A violação da imparcialidade «ocorre sempre que sejam levados a cabo procedimentos que contenham o risco de propiciar atuações parciais» – Ac. da 1.ª Secção do CA do STA de 20.10.2011, processo n.º 0941/10.

21 O artigo 41.º, n.º 1, da Portaria n.º 83-A/2009, de 22.01, estabelece:

«Podem ser realizados procedimentos concursais para constituição de reservas de recrutamento em entidade centralizada sempre que se destinem a ocupar postos de trabalho previstos nos mapas de pessoal de mais do que um órgão ou serviço, qualquer que seja a carreira, geral ou especial, e ou categoria a que correspondam.»

O recrutamento está adstrito à caracterização do posto de trabalho, tal como feita no mapa de pessoal²², quanto à atividade cujo exercício envolve e quanto ao nível académico e, se for o caso, área de formação^{23 24}. Tal vinculação assegura a dimensão normativa assinalada ao mapa de pessoal²⁵. O procedimento de recrutamento aberto para preencher posto de trabalho que não existe ou não existe com as características com que foi publicitado desvia-se daquele que seria possível à face da lei, o que configura uma situação de desvio de procedimento²⁶. Pode ainda colocar-se um problema de igualdade de oportunidades e de liberdade de candidatura, na medida em que o afastamento do mapa de pessoal (assim

22 Tal não dispensa a consideração dos termos em que esta caracterização está feita no mapa de pessoal, isto é, a verificação da legalidade do teor do mapa de pessoal face às exigências legais (artigo 5.º da LVCR – Lei n.º 12-A/2008, de 27.02).

23 O mapa de pessoal indica ainda o «perfil de competências transversais» da carreira e/ou categoria correspondente quando esteja normativamente definido (artigo 5.º, n.º 1, alínea d), da LVCR).

24 O artigo 50.º, n.ºs 1 a 4, alínea a), da LVCR, estabelece que o recrutamento de trabalhadores se faz para ocupação de «todos ou de alguns postos de trabalho **previstos**, e não ocupados, **nos mapas de pessoal**» (negritos nossos), devendo a caracterização do posto de trabalho (atividade respetiva e, se for o caso, área de formação que postule) – feita no mapa de pessoal – ser levada ao aviso de abertura do concurso correspondente.

25 A abertura de concurso para posto de trabalho com características diferentes das estabelecidas para o mesmo no mapa de pessoal é um problema frequente. A título de exemplo, no concurso aberto pelo Município do Peso da Régua através do Aviso n.º 20559/2010, de 15.10, a área de recrutamento foi circunscrita aos indivíduos com licenciatura na área de sociologia, não existindo, no mapa de pessoal, postos de trabalho cuja atividade justificasse a circunscrição (processo R-2999/11).

No concurso aberto pelo Aviso n.º 18031/2011, de 13.09, referência G, o Município de Ourém exigiu a licenciatura com a designação «licenciatura em Psicologia», tendo excluído candidatos com a «Licenciatura em Psicologia Aplicada», a «Licenciatura em Ciências Psicológicas», a «Licenciatura em Psicologia Clínica» e a «Licenciatura em Psicologia Social e das Organizações»; no mapa de pessoal não existia um posto de trabalho cuja descrição da atividade o exigisse e previsse a exigência de licenciatura na área de psicologia (processo R-5690/11).

26 Cf. artigos 3.º, n.º 1, e 4.º do CPA e artigos 5.º, n.º 1, e 50.º da LVCR.

como, precedentemente, a elaboração deste contra os parâmetros legais referidos) tenha o efeito de limitar os candidatos ao procedimento²⁷.

No que se refere ao terceiro dos referidos pressupostos – o cabimento orçamental da despesa inerente ao recrutamento de trabalhador –, a decisão de recrutamento depende de «declaração de suficiência orçamental e de cativação das respetivas verbas»²⁸.

O cabimento do recrutamento está associado à orçamentação do posto de trabalho correspondente no mapa de pessoal e à atualização correspondente no orçamento anual de cada serviço²⁹. Com efeito:

«As alterações aos mapas de pessoal que impliquem um aumento de postos de trabalho carecem de autorização prévia fundamentada do membro do Governo de que dependa o órgão ou o serviço, **desde que devidamente comprovado o seu cabimento orçamental**, e do reconhecimento da sua sustentabilidade futura pelo membro do Governo responsável pela área das finanças...»³⁰ (negrito nosso).

Por outro lado, no regime de administração financeira do Estado, dispõe-se que, «[p]ara a assunção de compromissos, devem os serviços e organismos adotar um registo de cabimento prévio do qual **constem os**

27 Quando o mapa de pessoal, em matéria de habilitações, não prevê senão a exigência de um nível académico, o estabelecimento, pelo aviso de abertura do concurso, também de uma certa área de formação limita o universo dos candidatos possíveis, o que colide com a área de recrutamento legal e, sobretudo, com o exercício do direito de acesso a emprego público na vertente de liberdade de candidatura ou de acesso (artigo 47.º, n.º 2, da CRP).

28 Recorde-se que o Tribunal de Contas fiscaliza o «cabimento orçamental dos atos e contratos praticados ou celebrados pelas entidades referidas nas alíneas a), b) e c) do n.º 2 do artigo 2.º» da respetiva lei, o que faz «mediante a verificação da existência de declaração de suficiência orçamental e de cativação das respetivas verbas, emitida pela entidade fiscalizada» (artigo 5.º, n.º 4, da Lei n.º 98/97, de 26.08 – versão atualizada).

29 Tendo isto mesmo presente, os artigos 28.º, n.º 2, alínea c), 45.º, n.º 3, alínea c) e 46.º, n.º 2, alínea c), da Lei n.º 64-B/2011, de 30.12, estabelecem que a abertura de concurso depende da «demonstração de que os encargos com os recrutamentos em causa estão previstos nos orçamentos dos serviços a que respeitam».

30 Cf. artigo 5.º, n.º 4, da LVCR.

encargos prováveis»³¹ (negrito nosso) e que a «autorização de despesas fica sujeita à verificação dos seguintes requisitos: // a) Conformidade legal; // b) Regularidade financeira; // c) Economia, eficiência e eficácia»³², entendendo-se «[p]or conformidade legal ... a prévia existência de lei que autorize a despesa, dependendo a regularidade financeira da inscrição orçamental, correspondente cabimento e adequada classificação da despesa»³³.

No que se refere à necessidade do recrutamento, a aferição desta cabe ao dirigente máximo do serviço. No entanto, a necessidade só é configurável para efeitos da abertura de concurso depois de ter sido, por esta ordem, esgotada:

- a) A possibilidade de ocupar o posto de trabalho através de trabalhador em mobilidade especial³⁴;
- b) A possibilidade de recrutar através de «outros instrumentos de mobilidade» (*rectius*, mobilidade interna e cedência de interesse público);
- c) E a reserva de recrutamento constituída no âmbito de anterior procedimento de recrutamento ou de concurso destinado unicamente a esse efeito³⁵.

Trata-se de uma aplicação do artigo 22.º, n.º 1, alínea c), e n.º 3, do regime de administração financeira do Estado³⁶, de acordo com o qual

31 Cf. artigo 13.º do Decreto-Lei n.º 155/92, de 28.07.

32 Cf. artigo 22.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 155/92, de 28.07.

33 Cf. o n.º 2 do mesmo artigo 22.º.

34 Cf. artigo 33.º-A da Lei n.º 53/2006, de 07.12, artigo 28.º, n.º 2, alínea b), da Lei do Orçamento do Estado para 2012, artigos 59.º, n.º 3, alínea b), 60.º, n.º 2, alínea b), 62.º, n.º 3, alínea b), 66.º, n.º 2, alínea b), 67.º, n.º 3, alínea b), 68.º, n.º 3, alínea b), da Lei n.º 66-B/2012, de 31.12 (Lei do Orçamento do Estado para 2013), e artigo 10.º, n.º 2, alínea b), da Lei n.º 12-A/2010, de 30.06.

35 Cf. artigos 4.º e 40.º, n.ºs 1 e 2, da Portaria n.º 83-A/2009, de 22.01.

36 Decreto-Lei n.º 155/92, citado.

a autorização de despesa pública está sujeita à verificação do requisito da economia, eficiência e eficácia da despesa, isto é, «ter-se-á em vista a obtenção do máximo rendimento com o mínimo de dispêndio, tendo em conta a utilidade e prioridade da despesa e o acréscimo de produtividade daí decorrente»³⁷.

Sem a demonstração de que não é possível a utilização de qualquer uma das referidas vias para concretizar o recrutamento de trabalhador não é possível decidir validamente pela abertura de concurso.

A possibilidade de recrutar através de mobilidade especial exige que a entidade gestora da mobilidade especial verifique o essencial do recrutamento pretendido pela entidade pública que efetua a consulta³⁸ sob pena de os particularismos introduzidos pela última impedirem a colocação de trabalhador em mobilidade especial.

Acresce que a necessidade do recrutamento só é reconhecida se se compreender dentro dos limites quantitativos (de saldo negativo³⁹ ou redução

37 A recolocação de trabalhador em mobilidade especial e o recurso aos instrumentos de mobilidade geral significam uma evidente economia de recursos por dispensar a realização de uma despesa adicional (mais significativa no caso da recolocação de trabalhador em mobilidade especial, que mantém, na situação de inatividade, trabalhador parcialmente remunerado). Se, num contexto de normalidade financeira, se justifica, de acordo com estes parâmetros, que o concurso de recrutamento só seja equacionado depois de se promover o recrutamento através da mobilidade geral (que evita o aumento do número de trabalhadores e a despesa correspondente), por maioria de razão, numa situação de excecionalidade, justifica-se um comando legal impositivo dessa atuação.

38 Isto é, os aspetos que são juridicamente relevantes para a ocupação do posto de trabalho (a carreira, a atividade do posto de trabalho em causa e o requisito habilitacional).

39 Cf., por exemplo, o disposto no artigo 23.º da Lei do Orçamento do Estado para 2010 (Lei n.º 3-B/2010, de 28.04):

«O recrutamento de trabalhadores sem relação jurídica de emprego público por tempo indeterminado previamente estabelecida pelos órgãos e serviços abrangidos pelo âmbito de aplicação do objetivo definido no artigo 3.º da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, para carreira geral ou especial e carreiras que ainda não tenham sido objeto de extinção, de revisão ou de decisão de subsistência deve observar a regra de recrutamento de um trabalhador por, pelo menos, duas saídas por aposentação, exoneração, demissão, despedimento ou outra forma de desvinculação».

de trabalhadores⁴⁰) que têm vindo a ser fixados pela lei, associados ao controlo da despesa pública⁴¹.

1.1.1. A REGRA DA PRECEDÊNCIA DO RECRUTAMENTO INTERNO

A lei estabelece uma precedência legal no recrutamento de trabalhador por tempo indeterminado, impondo que primeiro se recrute quem tenha uma relação jurídica de emprego por tempo indeterminado⁴². A regra constitui um instrumento de controlo do número de trabalhadores e da inerente despesa pública e um instrumento de gestão racional dos recursos humanos, decorrentes dos princípios da prossecução do interesse público e da boa administração⁴³, que exigem, *v.g.*, que a realização da despesa pública obedeça aos requisitos da «economia, eficiência e eficácia»⁴⁴.

Esta precedência significa que, em regra, a necessidade de recrutamento de trabalhador deve, primeiro, ser assegurada através de um «concurso interno», isto é, um concurso limitado aos trabalhadores com relação jurídica de emprego por tempo indeterminado, e que só depois de esgotadas as possibilidades de recrutar internamente⁴⁵, e certificada esta, se

40 Cf. artigos 57.º e segs. da Lei n.º 66-B/2012, de 31.12.

41 Daí a necessidade de decisão prévia dos membros do Governo responsáveis pelas finanças e pela Administração Pública quando o concurso possa envolver aumento de despesa (artigo 6.º, n.º 6, da LVCR).

42 «O recrutamento (...) para constituição de relações jurídicas de emprego público por tempo indeterminado (...) inicia-se sempre de entre trabalhadores com relação jurídica de emprego público por tempo indeterminado previamente estabelecida» (artigo 6.º, n.º 4, da LVCR).

43 Cf. artigos 266.º, n.º 1, e 267.º, n.º 2, da CRP.

44 Cf. artigo 22.º, n.º 1, alínea d), do Decreto-Lei n.º 155/92, de 28.07. O n.º 3 do artigo exige, recorde-se, que «[n]a autorização de despesas» se tenha «em vista a obtenção do máximo rendimento com o mínimo de dispêndio», assim como «a utilidade e prioridade da despesa e o acréscimo de produtividade daí decorrente».

45 A impossibilidade designadamente de ocupar o posto de trabalho através de um instrumento de mobilidade interna (artigo 28.º, n.º 2, alínea c), da Lei n.º 64-B/2011, de 30.12).

pode realizar um «concurso externo»⁴⁶, mediante «parecer favorável dos membros do Governo responsáveis pelas finanças e pela Administração Pública»⁴⁷.

Coloca-se a questão de saber se é possível abrir um «concurso misto», isto é, aberto simultaneamente a candidatos com relação jurídica de emprego por tempo indeterminado e a candidatos sem esta (quer com relação jurídica de emprego por tempo determinado ou determinável quer sem qualquer relação jurídica de emprego público anterior). O recrutamento de candidato sem relação jurídica de emprego por tempo indeterminado só pode acontecer quando exista «impossibilidade de ocupação» do posto de trabalho por trabalhador com relação jurídica de emprego por tempo indeterminado. A «impossibilidade» reporta-se ao recrutamento e este só acontece ou se concretiza pela constituição da relação jurídica de emprego⁴⁸.

Significa isto 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»⁴⁹, relativamente a qualquer procedimento de recrutamento, tenha este sido organizado a partir de um concurso interno ou a partir de um concurso externo.

A «impossibilidade» que releva – do ponto de vista dos fins que justificam a precedência do recrutamento interno – não é estática, momentânea, não se esgota aquando da tomada da decisão da abertura do concurso

46 Cf. também o artigo 39.º da Lei n.º 64-B/2011, de 30.12.

47 Cf. artigo 6.º, n.º 6, da LVCR.

48 Recorde-se que o procedimento de concurso ou seleção é parte do procedimento de recrutamento, mas este antecede-o e estende-se para além dele.

49 Segundo o termo utilizado no artigo 6.º, n.º 4, da LVCR.

nem sequer se resume a esta; pelo que tem também de ser confirmada no momento da efetivação do recrutamento⁵⁰.

A ordem pela qual se deve verificar o recrutamento é a ordem resultante do concurso⁵¹. Mas sendo o concurso um subprocedimento do recrutamento, para a efetivação deste releva a precedência decorrente da titularidade de uma relação jurídica de emprego por tempo indeterminado⁵².

1.1.2. A PRECEDÊNCIA DOS CANDIDATOS COM RELAÇÃO JURÍDICA DE EMPREGO PÚBLICO A TERMO

O Orçamento do Estado para 2012 e o Orçamento do Estado para 2013 introduziram a precedência no recrutamento dos candidatos com «relação jurídica de emprego público por tempo determinado ou determinável»⁵³. Esta precedência crê-se não ser compatível com o direito de igualdade no acesso aos empregos públicos (artigo 47.º, n.º 2, da CRP), por constituir um desvio à ordenação de mérito⁵⁴ – que é um elemento essencial da decisão concursal e estruturante do mencionado direito de igualdade –, sem que exista um valor constitucionalmente legítimo que o justifique⁵⁵.

50 A questão foi suscitada nos processos Q-3254/11 e Q-1046/13. Neste último, discutiu-se se ao trabalhador contratado por tempo indeterminado em período experimental se aplica a precedência legal. É duvidoso que assim seja. Pode, com efeito, invocar-se que, constituindo essa precedência um desvio à ordenação de mérito (*rectius* ao concurso), e, portanto, uma afetação do direito do candidato melhor ordenado a obter o emprego, terá de ser interpretada nos seus estritos termos. Acresce que apenas um trabalhador com relação jurídica de emprego público por tempo indeterminado estável constitui uma despesa pública certa e permanente.

51 O que sempre se imporia por força do princípio do mérito e não careceria de previsão legal.

52 O conceito de recrutamento do artigo 6.º da LVCR não é diferente do conceito de recrutamento do artigo 54.º, n.º 1, alínea d), da mesma lei.

53 Cf. artigo 38.º da Lei do Orçamento do Estado para 2012; e artigo 51.º, n.º 1, alínea c), da Lei do Orçamento do Estado para 2013.

54 O trabalhador com 9,5 valores prefere sobre o trabalhador, por hipótese, com 20 valores.

55 Antes olvida que tais trabalhadores são recrutados por avaliação curricular que, numa prática notória, privilegia ligações funcionais prévias, a qualquer título, a uma entidade pública.

Por outro lado, tal precedência faz com que o recrutamento para emprego público se passe a fazer generalizadamente por via da contratação a termo, o que não é compatível com o «acordo-CES, UNICE E CEEP relativo a contratos de trabalho a termo», aplicado pela Diretiva 1999/70/CE do Conselho de 28 de junho de 1999 respeitante ao acordo-quadro CES, UNICE e CEEP relativo a contratos de trabalho a termo, uma vez que, de acordo com os mesmos, «os contratos de trabalho de duração indeterminada constituem a forma comum da relação laboral»⁵⁶ e os Estados devem adotar medidas efetivas e dissuasivas da utilização abusiva da contratação a termo⁵⁷.

Acresce que a diretiva não legitima a redução do «alcance da norma constitucional segundo a qual o acesso aos empregos públicos se faz, em princípio, mediante concurso»⁵⁸.

No Acórdão n.º 683/99, citado, o Tribunal Constitucional não deixou de alertar para a «possibilidade de verdadeiras fraudes no acesso à função pública» associadas à celebração de contratos de trabalho a termo certo seguida da preferência dos respetivos trabalhadores face aos outros candidatos.

Também no Acórdão n.º 53/88, citado, o Tribunal Constitucional censurou a preferência dada, em sede de concurso, no provimento de lugares de escriturário, aos concorrentes com estágio válido ou que estivessem a estagiar em «serviços da mesma espécie da do lugar vago», preferência que «assentava, porém, numa "organização injusta", conducente à desigualdade dos concorrentes e à violação do princípio específico da igualdade de acesso à função pública», uma vez que a escolha para estágio era discricionária.

56 Cf. ponto 6 das «considerações gerais».

57 A falta de um procedimento fiável de recrutamento de trabalhador contratado a termo transforma a precedência assinalada e a conversão em medidas de incentivo ao recurso à contratação a termo.

58 Considerandos 42 e 43 das Conclusões do Advogado-Geral M. Poiães Maduro apresentadas em 20.09.2005, no processo C-53/04, Cristiano Marrosu, Gianluca Sardino c. Azienda Ospedaliera Ospedale San Martino di Genova e Cliniche Universitarie Convenzionate e no processo C-180/04, Andrea Vassallo c. Azienda Ospedaliera Ospedale San Martino di Genova e Cliniche Universitarie Convenzionate.

1.1.3. A MOBILIDADE ENTRE ADMINISTRAÇÕES PÚBLICAS

A mobilidade é um instrumento jurídico central no regime jurídico do emprego público e o concurso é a forma privilegiada de mobilidade. Por um lado, a habilitação a concurso não depende da inserção em certa carreira e/ou categoria⁵⁹, mas, apenas, em geral, do preenchimento dos requisitos para se ser trabalhador público⁶⁰; e os trabalhadores integrados na mesma carreira, a executar a mesma atividade no órgão ou serviço em causa, não se podem, por isso, candidatar a concurso para posto de trabalho idêntico.

Por outro lado, em regra, não é possível a consolidação da mobilidade não concorrencial, salvo, na versão originária da LVCR, na categoria no próprio serviço e, a partir da Lei do Orçamento do Estado para 2012, também quando se trate de «mobilidade na categoria que se opere entre dois órgãos ou serviços»⁶¹.

A mobilidade entre a Administração estadual e as Administrações autónomas regional e local, incluindo através de concurso, está limitada pela existência de prévio parecer do membro do Governo responsável pelas

59 Cf. artigo 52.º da LVCR:

«1 - Quando se trate de carreiras unicategoriais ou da categoria inferior de carreiras pluricategoriais, podem candidatar-se ao procedimento: // a) Trabalhadores integrados na mesma carreira, a cumprir ou a executar diferente atribuição, competência ou atividade, do órgão ou serviço em causa; // b) Trabalhadores integrados na mesma carreira, a cumprir ou a executar qualquer atribuição, competência ou atividade, de outro órgão ou serviço ou que se encontrem em situação de mobilidade especial; // c) Trabalhadores integrados em outras carreiras; // d) Sendo o caso, trabalhadores que exerçam os respetivos cargos em comissão de serviço ou que sejam sujeitos de outras relações jurídicas de emprego público por tempo determinado ou determinável e indivíduos sem relação jurídica de emprego público previamente estabelecida. // 2 - Na falta de lei especial em contrário, quando se trate de categorias superiores de carreiras pluricategoriais, podem candidatar-se ao procedimento, para além dos referidos no número anterior, trabalhadores integrados na mesma carreira, em diferente categoria, do órgão ou serviço em causa, que se encontrem a cumprir ou a executar idêntica atribuição, competência ou atividade.»

60 Cf. artigos 8.º, 51.º e 52.º da LVCR.

61 Cf. artigo 35.º, n.º 1, da Lei n.º 64-B/2011, de 30.12.

áreas das finanças e da Administração Pública⁶², o qual constitui um condicionamento ou restrição⁶³, legalmente autorizado, ao exercício do direito de igualdade no acesso a emprego público.

É o aumento de despesa pública que importa o recrutamento de um trabalhador exterior à Administração estadual, proveniente de outras Administrações, que justifica que, para efeitos de concurso, seja considerado candidato externo, mesmo quando tenha uma relação jurídica de emprego público por tempo indeterminado⁶⁴, pese embora, nos termos do artigo 243.º, n.º 2, da Constituição, seja «aplicável aos funcionários e agentes da Administração local o regime dos funcionários e agentes do Estado».

A restrição legal em causa explica-se, designadamente, pelo facto de as autarquias locais não estarem sujeitas às determinações, orientações ou diretrizes do Estado-Administração quanto às suas opções de despesa relativamente ao recrutamento e, sobretudo, ao número de trabalhadores a recrutar. Em particular, destaca-se que a permissão de recrutamento externo de trabalhadores para os municípios é do presidente da câmara

62 Cf. artigo 40.º da Lei n.º 55-A/2010, de 31.12 (Lei do Orçamento do Estado para 2011), artigo 20.º da Lei n.º 64-B/2011, de 30.12 (Lei do Orçamento do Estado para 2012) e artigo 68.º, n.º 3, alínea e), da Lei n.º 66-B/2012, de 31.12 (Lei do Orçamento do Estado para 2013).

63 Neste sentido, o Acórdão do TC n.º 613/2011, de 13.12.2011, processos n.ºs 188/11 e 189/11.

64 Cf. artigo 40.º («Trabalhadores de órgãos e serviços das administrações regionais e autárquicas») da Lei do Orçamento para 2011:

«1 – Com vista ao cumprimento dos princípios orientadores da gestão dos recursos humanos na Administração Pública está sujeita a parecer prévio, nos termos previstos nos n.ºs 6 e 7 do artigo 6.º da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, alterada pelas Leis n.ºs 64-A/2008, de 31 de Dezembro, e 3-B/2010, de 28 de Abril, com as necessárias adaptações, a mobilidade interna de trabalhadores de órgãos e serviços das administrações regionais e autárquicas para os restantes órgãos ou serviços aos quais é aplicável a Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, alterada pelas Leis n.ºs 64-A/2008, de 31 de Dezembro, e 3-B/2010, de 28 de Abril. // 2 – O disposto no número anterior é ainda aplicável ao recrutamento exclusivamente destinado a trabalhadores com prévia relação jurídica de emprego público por tempo indeterminado, a que se refere os n.ºs 4 e 5 do artigo 6.º da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, alterada pelas Leis n.ºs 64-A/2008, de 31 de Dezembro, e 3-B/2010, de 28 de Abril, quando se pretenda admitir a candidatura de trabalhadores de órgãos ou serviços das administrações regionais e autárquicas para os restantes órgãos ou serviços aos quais é aplicável a referida lei».

municipal⁶⁵. Neste quadro, a ausência de controlo sobre o número de efetivos nas autarquias locais juntamente com a subsequente mobilidade dos trabalhadores recrutados para o Estado-Administração pode converter-se numa forma de ultrapassar as limitações legais ao aumento de número de trabalhadores na Administração estadual e propiciar o aumento subsequente de trabalhadores autárquicos⁶⁶.

Pode contrapor-se, hoje, que os limites quantitativos ao recrutamento de trabalhadores autárquicos⁶⁷ tornou injustificada a restrição. Os efeitos de tais limitações, porém, só se projetam sobre o futuro, não atingindo os recrutamentos passados, e não dispensam o controlo do seu efetivo cumprimento ou da sua eficácia⁶⁸.

No caso dos trabalhadores das Regiões Autónomas, a não inclusão dos mesmos na área de recrutamento do concurso contende com os estatutos político-administrativos das regiões autónomas, que estabelecem a

65 Cf. artigos 2.º, n.º 2, alínea a), e 9.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 209/2009, de 03.09, e artigo 6.º, n.º 6, da LVCR.

66 Cf. *International Monetary Fund, Fiscal Affairs Department, Portugal, Rethinking the State – Selected Expenditure e Reform Options*, Gerd Schwartz, Paulo Lopes, Carlos Mulas Granados, Emily Sinnott, Mauricio Soto, and Platon Tinios, January 2013, IMF country Report No. 13/6, p. 23: «*reductions of employment in one part of the public sector (e.g., the central government) should not lead to an increase of employment in another part of the public sector (e.g., state-owned enterprises)*» – www.imf.org/external/pubs/ft/scr/2013/cr1306.pdf (consulta última em 30.04.2013).

67 Cf. artigo 10.º da Lei 12-A/2010, de 30.06 («Controlo do recrutamento de trabalhadores nas administrações regionais e autárquicas»); artigo 40.º («Trabalhadores de órgãos e serviços das administrações regionais e autárquicas») e artigo 43.º («Recrutamento de trabalhadores nas autarquias locais em situação de desequilíbrio financeiro estrutural ou de rutura financeira») da Lei do Orçamento do Estado para 2011; artigo 46.º («Controlo do recrutamento de trabalhadores nas autarquias locais») e artigo 48.º («Redução de trabalhadores nas autarquias locais») da Lei do Orçamento do Estado para 2012; e artigos 53.º («Trabalhadores de órgãos e serviços das administrações regionais e autárquicas»), 65.º («Redução de trabalhadores nas autarquias locais») e artigo 66.º («Controlo do recrutamento de trabalhadores nas autarquias locais») da Lei do Orçamento do Estado para 2013.

68 A limitação à mobilidade entre Administração local autárquica e Administração estadual tem sido e continua ser objeto de queixa ao Provedor de Justiça.

garantia de mobilidade dos respetivos trabalhadores para a Administração estadual⁶⁹. Sobre a mobilidade dos trabalhadores das Regiões Autónomas para a Administração estadual versou o Acórdão do TC n.º 525/2008, de 28.11. Este acórdão declarou a ilegalidade, com força obrigatória geral, por violação da «garantia de mobilidade dos funcionários entre as administrações regional e do Estado», consagrada no artigo 80.º do Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma da Madeira, das normas dos n.ºs 1 e 2 do artigo 13.º da Lei n.º 67-A/2007, de 31.12 (Orçamento do Estado para 2008), que suspendiam tal mobilidade.

A Lei do Orçamento do Estado para 2012 e a Lei do Orçamento do Estado para 2013⁷⁰ preveem a emissão de parecer do membro do Governo responsável pelas Finanças e pela Administração Pública favorável à possibilidade de recrutamento de trabalhadores das Regiões Autónomas.⁷¹

O sistemático não pedido de parecer (alicerçado na falta de previsão da obrigatoriedade da sua emissão) esvazia ou suprime a garantia de mobilidade enunciada.

A referida previsão só não conduz, eventualmente, ao resultado censurado pelo TC se, pelo menos, na sua aplicação:

- a) For solicitado sempre o parecer do membro do Governo responsável pelas finanças e pela Administração Pública;

69 Cf. artigo 80.º do Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma da Madeira e artigo 127.º, n.º 3, do Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma dos Açores.

70 Cf. artigo 40.º da Lei do Orçamento do Estado para 2011, artigo 20.º da Lei do Orçamento do Estado para 2012 e artigo 53.º, n.º 2, da Lei do Orçamento do Estado para 2013.

71 Neste sentido, o Acórdão do TC n.º 613/2011, de 13.12.2011, processos n.ºs 188/11 e 189/11.

- b) Este parecer fundamentar, em concreto e à luz do objetivo que a justifica, a restrição à área de recrutamento⁷²;
- c) Este parecer, devidamente identificado, for mencionado no aviso de abertura do concurso⁷³.

72 O artigo 6.º, n.º 4, da LVCR, estabelece que o «recrutamento para constituição de relações jurídicas de emprego público por tempo indeterminado nas modalidades previstas no n.º 1 do artigo 9.º inicia-se sempre de entre trabalhadores com relação jurídica de emprego público por tempo indeterminado previamente estabelecida».

73 Cf. artigo 6.º, n.º 7, da LVCR.

1.2. OS REQUISITOS PARA SER TRABALHADOR PÚBLICO

A par dos pressupostos objetivos do recrutamento, os trabalhadores devem reunir certas qualidades ou condições para serem parte numa relação jurídica de emprego público.

1.2.1. A RESERVA DE LEI RESTRITIVA EM MATÉRIA DE REQUISITOS PARA ACEDER AO EMPREGO PÚBLICO

A definição legal de requisitos para aceder aos empregos públicos «inscreve-se no quadro da possibilidade de restrições legais à liberdade de escolha de profissão, em nome do interesse colectivo ou capacidade dos indivíduos para um determinado desempenho funcional»⁷⁴. Quer como limites à liberdade de escolha do exercício de uma atividade profissional mediante uma relação de emprego público e, concomitantemente, ao exercício do direito de acesso a emprego público, quer como elemento essencial do regime do emprego ou função pública⁷⁵ inscrevem-se na reserva de lei parlamentar, respetivamente, em matéria de direitos, liberdades e garantias e das bases do regime da função pública (artigo 165.º,

74 Cf. ponto 1 das conclusões e ponto III, § 6, do Ac. da 2.ª Subsecção do CA do STA de 19.02.2003, processo n.º 041391.

75 Sobre este conceito, nesta sede, ver ponto B.b) do Acórdão n.º 683/99, citado:

«Certo é, porém, que, independentemente do exato recorte do conceito de “função pública” constitucionalmente consagrado, não pode o regime de acesso previsto no artigo 47º, n.º 2, da Constituição (com as suas notas de igualdade e liberdade e o princípio do concurso) deixar de *valer igualmente* para o acesso a tal lugar de trabalhador do Estado vinculado por contrato de trabalho sem termo. Tal trabalhador desempenharia uma atividade subordinada de trabalho, ao serviço da Administração, com um carácter tendencialmente permanente ou definitivo. E não se vê por que não hão-de valer para o acesso a tal posição, pelo menos com igual razão, as mesmas regras previstas na Constituição para o acesso à função pública em geral, sendo-lhe inteiramente aplicáveis os fundamentos que determinam a consagração constitucional destas regras» (itálicos no original).

n.º 1, alíneas b) e t), da CRP)⁷⁶. A previsão regulamentar da exclusão dos candidatos que não preenchem os requisitos legais para o exercício de funções públicas nada acrescenta, nem poderia, ao elenco de tais requisitos, isto é, não pode justificar a exclusão com base em motivos não decorrentes da lei⁷⁷.

1.2.2. OS REQUISITOS DE ADMISSÃO AO CONCURSO COMO REQUISITOS DE RECRUTAMENTO

Os requisitos de admissão ao concurso não valem por si – não existem requisitos para estar no concurso, cujo sentido se esgote na participação no procedimento. Têm um carácter instrumental face à constituição da relação jurídica de emprego, do ponto de vista do apuramento do preenchimento pelos interessados dos requisitos para exercerem uma

76 Na formulação do Ac. do 2.º Juízo do CA Tribunal Central Administrativo Sul de 25.06.2009, processo n.º 05060/09:

«1. A natureza taxativa das causas de exclusão dos candidatos deriva da integração do direito de acesso à função pública no catálogo constitucional dos direitos fundamentais – cfr. Art.º 47.º n.º 2 CRP - “Todos os cidadãos têm o direito de acesso à função pública, em condições de igualdade e liberdade, em regra por via de concurso. (...)”»,

Daí que, continua o Acórdão:

«6. Sendo matéria sujeita a *numerus clausus* sob forma legal *ex vi* artigos 18.º n.º 2 (reserva de lei restritiva) e 47.º n.º 2 CRP (direito de acesso à função pública), trata-se de vício [vício decorrente do desrespeito dos requisitos legais] cuja sanção integra o regime próprio dos atos nulos por ofensa do conteúdo essencial de um direito fundamental, expressamente previsto no artigo 133.º n.º 2 alínea d) do CPA, cabe declarar a sua nulidade».

No mesmo sentido, ver, designadamente, Ac. do 1.º Juízo Liquidatário do CA do TCA Sul de 11.10.2006, processo n.º 12917/03, Ac. da 2.ª Subsecção do CA do STA de 12.07.2005, processo n.º 0876/03.

77 Cf. ponto 8 do Ac. do Plenário do TC n.º 620/2007 de 20.12.2007, processo n.º 1130/2007 «O regulamento, para que se remete a concretização do disposto [no artigo 54.º, n.º 2, da LVCR] ... limitar-se-á a definir a tramitação do procedimento concursal, desempenhando uma função instrumental de mera ordenação das fases do concurso e de especificação dos seus elementos constitutivos».

atividade laboral na Administração Pública⁷⁸ 79. O trabalhador deve preencher os requisitos exigíveis aquando da constituição da relação jurídica de emprego⁸⁰ e não apenas durante o procedimento ou em certo momento deste. O momento decisivo para a verificação dos requisitos é, pois, o daquela constituição, em relação ao candidato ou candidatos selecionados⁸¹. Por outro lado, a decisão relativa à admissão a concurso contende com o exercício, na sua feição primeira, do direito de aceder a emprego público⁸², o direito de ser opositor ao concurso, nos termos da lei. Como tal, deve ser inteiramente segura, pelo que, sempre que não exista certeza quanto ao não preenchimento dos requisitos, a decisão deve ser de admissão ao procedimento. Devem, em sede de aplicação, ser interpretados restritivamente, atento o seu carácter restritivo, e serem prescritos por lei (artigo 18.º da CRP)⁸³.

78 Daí que tenham que ser verificados aquando da constituição da relação jurídica de emprego público.

79 No Ac. da 1.ª Secção do CA do TCA Norte de 10.12.2010, processo n.º 01415/04.0BEPRT, o Tribunal destacou que:

«Não pode ser excluído do concurso, o candidato que faça prova de ter requerido oportunamente certidão ou cópia dos documentos comprovativos dos requisitos de admissão e que a Administração não lhos entregou a tempo de se candidatar, pois não pode ser prejudicado por falta ou irregularidade que não lhe são imputáveis» (ponto 1 do sumário).

80 Parecer do Conselho Consultivo da PGR n.º 50/2005, de 19 de maio de 2005 (PGRP00002643 e PPA19052005005000) e Parecer n.º 53/64, de 17 de dezembro de 1964, GRP00004440 e PPA19641217005360 («Os requisitos legalmente exigidos para admissão a um concurso de provimento devem verificar-se tanto na data do encerramento desse concurso, como na data do provimento.»).

81 Pense-se, por exemplo, na cidadania no caso dos militares, dos magistrados e dos diplomatas.

82 Aldo M. Sandulli, *Il Procedimento Amministrativo*, Ristampa Inalterata, Milano – Dott. A. Giuffrè Editore – 1964, p. 169.

83 Lopes Navarro, *Funcionários Públicos*, Lisboa: Gráfica Portuguesa, 1940., pp. 30 e 31: «deve ter-se sempre presente que a exigência de condições para a admissão aos cargos públicos equivale, de certo modo, a uma diminuição da capacidade para o exercício dos direitos políticos, pelo que não admitem interpretação por analogia Não podem exigir-se outras condições que não sejam aquelas que a lei prescreve e não é lícito que estas sejam acrescentadas ou modificadas.»

A decisão quanto ao preenchimento dos requisitos, sendo preparatória da decisão final do procedimento e da decisão subsequente de contratar, tem autonomia jurídica, na medida em que define a situação jurídica do interessado face ao concurso e, mediatemente, quanto ao acesso ao emprego objeto do mesmo: da admissão resulta o reconhecimento do direito de participar na seleção enquanto refração do direito de acesso à função pública; da não admissão resulta a afetação daquele direito⁸⁴. Em qualquer dos casos, a verificação dos requisitos traduz-se na constatação, nalguns casos técnica (é o caso do exame médico), de certos dados de facto, fazendo-se o acertamento respetivo, sem valoração discricionária da situação dos candidatos⁸⁵. O ato de admissão tem um carácter declarativo e constitutivo: acerta o preenchimento pelos interessados dos requisitos pertinentes e, bem assim, a entrada da candidatura dentro do prazo⁸⁶; mas não se limita a reconhecer uma qualidade preexistente, confere uma nova e concreta qualidade, a de candidato ao emprego a concurso. A admissão ou rejeição da candidatura pode influenciar os resultados do concurso⁸⁷ e, como tal, afeta a validade da relação jurídica de emprego.

84 Aldo M. Sandulli, *Il Procedimento Amministrativo*, cit., p. 169.

85 Aldo M. Sandulli, *Il Procedimento Amministrativo*, cit., p. 168, e Alberto Palomar Olmeda, *Guía de Concursos y Licitaciones*, cit., pp. 110 e 130.

86 Jose M.^a Boquera Oliver, *La Selección de Contratistas, Procedimientos de selección y contrato*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963, p. 120.

87 Décision do Conseil d'État francês de 04.10.2000, n.º 201023 (<http://arianeinternet.conseil-etat.fr/>): «*Considérant que l'annulation du refus d'admission à concourir opposé à Mme XB... est susceptible d'avoir une influence sur les résultats du concours en cause; que, dès lors et par voie de conséquence, les conclusions de Mme XB... tendant à l'annulation des résultats du dit concours doivent être accueillies*».

1.2.3. O CARÁTER INSTRUMENTAL DOS DOCUMENTOS RELATIVOS À PROVA DOS REQUISITOS DE RECRUTAMENTO

A prova dos requisitos de recrutamento tem carácter instrumental. Os documentos dirigidos a essa prova não são eles próprios requisitos, pelo que não podem ser tratados como tais. Em matéria de prova, nos procedimentos administrativos rege o «princípio da liberdade dos meios probatórios, não excluídos por lei, plasmado no artigo 87.º, n.º 1 [parte final], do CPA»⁸⁸. De acordo com este princípio, a Administração não tem o poder de dispor ou dizer quanto aos meios de prova admissíveis ou admitidos; «um tal poder dispositivo não existe para quem dirige o procedimento administrativo»⁸⁹. É o não preenchimento dos requisitos que pode justificar a exclusão do concurso e não a não junção de um dado documento exigido pela Administração⁹⁰.

Entre os documentos que frequentemente são adotados pela Administração como causa de exclusão figuram o cartão de cidadão ou bilhete de identidade e o número de identificação fiscal. Nenhum destes releva relativamente a qualquer requisito (legal) de recrutamento. Acresce que, quanto ao primeiro, a Lei n.º 7/2007, de 05.02⁹¹, estabelece que é «interdita

88 Acórdão do Pleno da Secção do CA do STA de 09.11.2004, processo n.º 0248/03.

89 Entre outros, ver Ac. do Pleno da Secção do CA de 25.01.2005, processo n.º 0175/03, e Acórdão do Pleno da Secção do CA de 05.06.2008, processo n.º 0530/07. De forma expressiva, esclarece-se no sumário do Acórdão: «Os requisitos de inscrição como Técnicos Oficiais de Contas, nos termos do art.º 1 da Lei n.º 27/98, de 3.6, podem ser provados por quaisquer meios de prova admissíveis em Direito, não sendo juridicamente relevante o "Regulamento" emitido pela ATOC a estabelecer um determinado e único meio de prova». Para além do disposto no artigo 87.º, n.º 1, e 88.º, n.º 2, do CPA, o Tribunal não deixou de observar que não prevendo aquela lei «restrições ou meios de prova específicos de prova dos pressupostos que enuncia» não podia um regulamento estabelecer limitações aos meios de prova admissíveis.

90 Acresce ter presente que os documentos que podem relevar em sede de mérito são um ónus para o candidato e não causa de exclusão.

91 Esta lei «cria o cartão de cidadão e rege a sua emissão, substituição, utilização e cancelamento» (artigo 1.º).

a reprodução do cartão de cidadão em fotocópia ou qualquer outro meio sem consentimento do titular, salvo nos casos expressamente previstos na lei ou mediante decisão de autoridade judiciária»⁹².

No que se refere ao número de identificação fiscal, trata-se de «um número sequencial destinado exclusivamente ao tratamento de informação de índole fiscal e aduaneira», pelo que só em relação ao trabalhador recrutado, para reporte dos respetivos descontos na remuneração auferida, pode ser exigida a sua apresentação⁹³.

1.2.4. OS REQUISITOS GERAIS DE ACESSO A EMPREGO PÚBLICO

Os requisitos gerais são aqueles que são necessários para o exercício de qualquer emprego público, independentemente do tipo de vínculo e do regime jurídico que lhe é aplicável.

1.2.4.1. O REQUISITO DA APTIDÃO FÍSICA E DO PERFIL PSÍQUICO

O requisito reclama a «ausência de lesões ou enfermidades que impossibilitem o exercício das tarefas a que [o recrutamento e] o concurso se reporta ou que sejam suscetíveis de agravação em virtude do seu desempenho»⁹⁴ e o perfil psíquico «consubstancia-se na ausência de anomalias da personalidade e ou patologia de natureza neuropsiquiátrica que impossibilitem ou dificultem o exercício das tarefas a que se alude na conclusão anterior ou suscetíveis de agravação em virtude desse exercício»⁹⁵.

A aptidão é aferida em face da atividade a que se destina o recrutamento. Significa, quer capacidade física e ausência de deficiência obstativa do

92 Cf. artigo 5.º, n.º 2.

93 Cf. artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 14/2013, de 28.01.

94 Parecer do Conselho Consultivo da PGR n.º 26/95, de 25.05.1995.

95 Ponto V do sumário do Parecer do Conselho Consultivo da PGR n.º 26/95, de 25.05.1995.

respetivo exercício, quer a posse de vacinação contra certas doenças contagiosas.

A «aparición e o desenvolvemento da sida colocaram o problema do carácter obrigatório do teste de despistagem»⁹⁶. Sobre o assunto, no Relatório VI, relativo à 101.^a Sessão da Conferência Internacional do Trabalho, Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho: Do compromisso à ação, 2012, escreve-se:

«O estigma e a discriminação no emprego e na profissão em razão do VIH assumem várias formas: negação do acesso ao emprego ou a profissões específicas [como, por exemplo, “emprego nas forças policiais e nas profissões médicas”], testes obrigatórios de VIH para o acesso ao emprego, discriminação nos termos e condições de emprego,...»⁹⁷.

O Tribunal de Justiça da União Europeia pronunciou-se no sentido da admissibilidade do «exame médico prévio à admissão», atento o facto de se destinar a «permitir à instituição interessada determinar se o agente ... preenche as condições de aptidão física ...»⁹⁸. No entanto, considerou que, «embora o exame médico de admissão sirva um interesse legítimo da instituição, esse interesse não justifica que se efectue um teste médico contra a vontade do interessado». No caso de este recusar dar o consentimento que seja considerado «necessário para avaliar a sua aptidão física para

96 Emmanuel Aubin, *Droit de la Fonction Publique*, Gualino éditeur, 2001, p. 67.

97 Cf. p. 34. O relatório está disponível em <http://www.cite.gov.pt/pt/acite/publicacoes.html> (consulta última em 26.04.2013).

98 No Ac. de 14.04.1995, A. c. Comissão, T-10/93, o Tribunal considerou que «a exigência de um exame médico prévio ao recrutamento de qualquer funcionário comunitário não é de modo algum contrária ao princípio fundamental do respeito da vida privada estipulado no artigo 8.º da convenção. Com efeito, por um lado, esse exame médico tem por finalidade permitir à instituição não proceder à nomeação de um candidato inapto para as funções previstas, ou recrutá-lo para funções compatíveis com o seu estado de saúde. Este objetivo é perfeitamente legítimo no âmbito de qualquer regime de funcionalismo público e corresponde tanto ao interesse das instituições como ao dos funcionários comunitários. Por outro lado, o Tribunal salienta que a exigência de um exame médico prévio ao recrutamento dos funcionários é um requisito comum à maior parte das ordens jurídicas dos Estados-membros» (considerando 50).

desempenhar as funções a que se candidatou, a instituição não pode ser obrigada a suportar o risco de o contratar»⁹⁹.

O Provedor de Justiça, pela Recomendação n.º 32/B/99, de 05.11.1999, salientou, designadamente, que a «lei ordinária não inclui nem a seropositividade VIH nem a SIDA no elenco de doenças de comunicação obrigatória para o exercício de quaisquer atividades profissionais», que «[r] eleva da apreciação médica avaliar se os indivíduos portadores do VIH dispõem ou não de robustez física psíquica necessária ao exercício das funções que exercem» e, bem assim, quando seja o caso, que «as análises para despistagem do VIH apenas sejam feitas com o consentimento informado e escrito do interessado»¹⁰⁰.

Na Recomendação n.º 7/B/2012, de 04.07.2012, relativamente à «imposição de exame de diagnóstico à infeção pelo VIH, vírus da hepatite B/C e sífilis, cujo resultado é tido como condição de exclusão da (...) candidatura» ao Curso de Oficiais de Polícia (ministrado pelo Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna), o Provedor de Justiça solicitou ao Ministro da Administração Interna a «formulação de regime legal» que proscruva «soluções normativas infundamentadas e já rejeitadas pela ordem jurídica no seu todo, não excluindo liminarmente o acesso a funções policiais de candidatos apenas pela seropositividade»¹⁰¹.

No «quadro da adoção de medidas promotoras da igualdade de oportunidades das pessoas afetadas por diversas formas de deficiência» e que, à partida, se encontram numa situação desfavorável, é reconhecida como legítima e necessária a adoção de medidas que fomentem a inserção profissional¹⁰². Entre essas medidas, inscrevem-se a reserva de alguns de

99 Ac. de 05.10.1994 – X contra a Comissão das Comunidades Europeias, C-404/92 P.

100 In <http://www.provedor-jus.pt/?action=5&idc=67&idi=2194> (10.01.2013).

101 Disponível in <http://www.provedor-jus.pt/?idc=67&idi=14871> (22.01.2013).

102 *Sentencia del Tribunal Constitucional* (espanhol) n.º 269/1994, de 3 de outubro de 1994, registo n.º 3170/1993, pp. 1 e 7 (<http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?-cod=19412> – (consulta última em 26.04.2013)).

entre um dado conjunto de empregos, no âmbito de procedimentos de recrutamento, ou a realização de procedimentos separados, tendo esta alternativa a vantagem de evitar situações de alegada abertura de concursos em termos que visem «defraudar as garantias que se pretendeu conferir às pessoas com deficiência»^{103 104 105}.

Cf., também, artigo 5.º («Adaptações razoáveis para as pessoas deficientes») da Diretiva 2000/78/CE do Conselho, de 27 de novembro de 2000, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional:

«Para garantir o respeito do princípio da igualdade de tratamento relativamente às pessoas deficientes, são previstas adaptações razoáveis. Isto quer dizer que a entidade patronal toma, para o efeito, as medidas adequadas, em função das necessidades numa situação concreta, para que uma pessoa deficiente tenha acesso a um emprego, o possa exercer ou nele progredir, ou para que lhe seja ministrada formação, exceto se essas medidas implicarem encargos desproporcionados para a entidade patronal. Os encargos não são considerados desproporcionados quando forem suficientemente compensados por medidas previstas pela política do Estado-Membro em causa em matéria de pessoas deficientes».

103 Neste sentido foi a posição adotada no Processo R-261/06.

104 No processo R-289/02, foram analisadas as queixas contra o Ministério da Educação por, face ao regime de concursos constante do Decreto-Lei n.º 18/88, de 21 de janeiro, ter adotado a posição de só consagrar quotas para emprego de deficientes, na aplicação do disposto no Decreto-Lei n.º 29/2001, de 3 de fevereiro, na primeira fase do concurso, não as contemplando na fase regional. Manifestou o Provedor de Justiça a posição de que a forma de provimento dos candidatos fora dos quadros não constituía obstáculo à aplicação do regime de quotas, uma vez que o Decreto-Lei n.º 29/2001 estabelecia de forma inequívoca a sua aplicação aos processos de seleção que se destinavam à contratação de docentes. A situação foi ultrapassada através da aprovação do novo regime de concursos para o pessoal docente, constante do Decreto-Lei n.º 35/2003, que previa a existência de apenas uma fase de concurso para o pessoal docente (ver *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República -2002*, p. 638). No Processo P-12/11, foi solicitada a melhor atenção para a aplicação do artigo 3.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 29/2001, de 03.02 (que estabelece o sistema de quotas de emprego para pessoas com deficiência, com um grau de incapacidade funcional igual ou superior a 60%, em todos os serviços e organismos da administração central, regional autónoma e local) no concurso nacional de colocação de docentes, na fase então designada por bolsa de recrutamento, tendo a Direção-Geral da Administração Escolar garantido que, estando em causa a colocação de um ou dois docentes, «o candidato com deficiência tem preferência em igualdade de classificação, a qual prevalece sobre qualquer outra preferência legal».

105 No processo Q-1448/12 – relativo ao concurso de recrutamento de três técnicos superiores, pela Direção Regional de Agricultura e Pescas do Algarve (DRAPA), na modalidade de contrato de trabalho em funções públicas por tempo indeterminado, em cujo aviso de abertura era expressamente garantida a reserva de um lugar para candidatos com deficiência, como prescrito no artigo 3.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 29/2001, de 03.02

Não se trata de valorar como mérito uma «condição do sujeito (a sua incapacidade física, psíquica ou sensorial) que não tem conexão com a aptidão para o desempenho do cargo», nem de dispensar a aferição da aptidão e idoneidade do candidato para o desempenho das funções¹⁰⁶, considerando o conjunto de tarefas do emprego em causa, assim como a compensação que permitem as adaptações técnicas e organizativas¹⁰⁷.

1.2.4.2. A NACIONALIDADE

A nacionalidade não é, em regra, um requisito para o exercício de funções públicas e, por isso, de recrutamento¹⁰⁸. Tal decorre da abertura

–, foi analisada a queixa de candidato, portador de deficiência com um grau de incapacidade de 80%, que «reunindo os requisitos legalmente prescritos e tendo obtido aprovação no método único de seleção» deveria «ter ficado ordenado dentro das vagas postas a concurso em lugar reservado a candidatos com deficiência» (<http://www.provedor-jus.pt/?action=5&idc=68&idi=15101-10-01-2013>).

106 Os «sujeitos abrangidos pela reserva não ficam desobrigados da prova da sua aptidão para o desempenho dos lugares e de mostrar a sua idoneidade para o desenvolvimento das funções que lhe são inerentes, assegurando assim a tutela da eficácia administrativa na gestão dos interesses gerais» – ponto II.1. da *Sentencia del Tribunal Constitucional* n.º 269/1994, citada (tradução própria a partir do original).

107 O Conselho de Estado francês anulou a decisão da comissão nacional de aptidão do Ministério da Educação que declarou a deficiência de pessoa interessada no pertinente concurso «incompatível [- por “excessiva dependência de toda a pessoa cega de assistente para tratar das questões de segurança”, “impossibilidade de tratar rapidamente os documentos escritos e perceber a atitude dos seus interlocutores” -] por princípio com as funções de adjunto principal [docente]”. O Conselho de Estado destacou que as questões de segurança não se colocam senão em parte relativamente ao conjunto de tarefas e que havia que atender que as «adaptações de qualquer natureza, tanto técnicas como organizacionais, expressamente previstas pelo decreto de 30 de Junho de 1998, permit[ia]m compensar o *handicap* ... [e] que o seu *handicap* não diminu[ia] em nada as suas capacidades de percepção das atitudes e de comunicação». CE 19 Novembro 2004, n.º 263547, in <http://www.conseil-etat.fr/fr/base-de-jurisprudence/> (consulta última em 30.04.2013).

108 Cf. artigo 8.º, alínea a), da LVCR («A constituição da relação jurídica de emprego público depende da reunião, pelo trabalhador, além de outros vínculos que a lei preveja, dos seguintes requisitos: // a) Nacionalidade portuguesa, quando não dispensada pela Constituição, convenção internacional ou lei especial; (...).») e a alínea a) do n.º 1 do artigo 29.º do Decreto-Lei n.º 204/98, de 11 de julho (diploma que «regula o

constitucional em matéria de equiparação de direitos e deveres entre cidadãos portugueses e estrangeiros. A Constituição, no artigo 15.º («Estrangeiros, apátridas e cidadãos europeus»), n.º 1, estabelece o princípio geral de equiparação entre estrangeiros e apátridas que se encontrem ou residam em Portugal e os cidadãos portugueses em matéria de direitos e deveres. Da equiparação excepciona, no n.º 2 do artigo 15.º, quatro situações: os «direitos políticos»; o «exercício das funções públicas que não tenham carácter predominantemente técnico»; «direitos e deveres reservados pela Constituição» e direitos reservados pela lei. Os n.ºs 3 a 5 do mesmo artigo da Constituição ressaltam das exceções do n.º 2 a possibilidade de atribuição, por lei e em condições de reciprocidade, a algumas categorias de estrangeiros residentes em Portugal, de alguns dos direitos reservados a cidadãos portugueses.

A questão da exigência da nacionalidade não se coloca relativamente aos cidadãos de outros Estados-Membros da União Europeia¹⁰⁹. Com efeito, no quadro das obrigações do Estado português na União Europeia e de acordo com as «disposições dos tratados que [a] regem e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respetivas competências, (...) aplicáveis na ordem interna» (artigo 8.º, n.º 4, da Constituição), não é possível excluir em geral dos empregos públicos nacionais¹¹⁰ os cidadãos de outros Estados-Membros. O princípio fundamental da livre circulação dos trabalhadores¹¹¹ é aplicável aos trabalhadores públicos. Apenas podem ser excecionados (mas não têm que o ser¹¹²) os empregos que envolvem

concurso como forma de recrutamento e seleção de pessoal para os quadros da Administração Pública, bem como os princípios e garantias gerais a que deve obedecer», revogado pela alínea ap) da LVCR), a qual dispõe constituir requisito geral de admissão a concurso e provimento em funções públicas a «nacionalidade portuguesa, salvo nos casos excecionados por lei especial ou convenção internacional».

109 E outros Estados que integram o Espaço Económico Europeu (artigo 28.º, *maxime*, n.º 2, do Acordo sobre o Espaço Económico Europeu, in JOCE n.º L, de 03.01.94).

110 Independentemente do tipo de vínculo laboral e do emprego corresponder a categoria de ingresso ou acesso.

111 Cf. artigo 45.º do TFUE.

112 Cf. «Comunicação da Comissão – Livre circulação de trabalhadores: realização integral de benefícios e potencial – COM/2002/0694 final».

uma participação, direta ou indireta, no exercício do poder público e cujas funções tenham por objeto a salvaguarda dos interesses gerais do Estado ou de outras coletividades públicas¹¹³. Esta delimitação, dos empregos da Administração Pública excluídos da aplicação do princípio, foi sendo apurada de forma estrita pela jurisprudência eurocomunitária desde os anos setenta^{114 115}.

O requisito da nacionalidade deve, pois, em face do exposto, ser enunciado nos seguintes termos na economia da disposição normativa relativa aos requisitos de recrutamento: «Constituem requisitos para ser trabalhador público: // a) Ter nacionalidade portuguesa, nos casos, de acordo com a Constituição, especificamente previstos na lei e permitidos pelo Direito da União»¹¹⁶.

1.2.4.3. A IDADE

A exigência de uma idade mínima para aceder aos empregos públicos articula-se com a duração da escolaridade obrigatória e com o nível habilitacional exigido para aceder a empregos públicos. Por outro lado, a idade, como requisito indispensável para o exercício de funções

113 Astrid Auer, Christoph Demmcke e Robert Polet, *La Fonction publique dans l'Europe des 15: Réalités et Perspectives*, Institut Européen d'Administration Publique, Maastricht, 1996, pp. 149 e 150.

114 Cf. Ac. do TJCE de 12.02.1974, Giovanni Maria Sotgiu c. Deutsche Bundespost, C-152/72.

115 A noção de empregos na Administração Pública, na economia do artigo 45.º, n.º 4, do TFUE é uma noção «inerente ao tratado, excluindo qualquer recurso às disposições nacionais», pois dada a diferente organização das funções públicas nacionais, a flutuação da interpretação do conceito de empregos na Administração Pública refletir-se-ia negativamente no princípio de que é exceção e, como tal, tem de ser interpretada nos seus estritos termos. Ver, designadamente, Astrid Auer, Christoph Demmcke e Robert Polet, *La Fonction publique dans l'Europe des 15*, cit., pp. 39 e 149, e Jose Manuel Gomez Muñoz, *Libre Circulación de Trabajadores en el Empleo Público. Adecuación Comunitaria del Ordenamiento Jurídico Español*, Colección Estudios, Conselho Económico y Social, 1996, pp. 187 e 188.

116 Cf. artigo 8.º da LVCR, para cuja alínea a) se propõe a redação supra.

públicas, associa-se à capacidade civil¹¹⁷. Nos termos da Convenção n.º 138 da Organização Internacional do Trabalho – relativa à idade mínima de admissão ao emprego, adotada pela Conferência Internacional do Trabalho em 26 de junho de 1973¹¹⁸ –, a «idade mínima geral de admissão ao emprego de trabalhadores abrangidos pelo regime jurídico do contrato individual é de 16 anos e, nas relações de emprego público, é de 18 anos».

Hoje não existe, em geral, um limite de idade máximo para aceder ao exercício de funções públicas¹¹⁹. Existem, porém, previsões normativas de uma idade máxima para o exercício de certas profissões ou são fixados limites de idade em recrutamentos concretos por entidades públicas no quadro do regime laboral privado.

A «igualdade de tratamento em matéria de emprego e de trabalho» veda a discriminação fundada na idade, que considerada em si contende com o direito fundamental ao respeito da dignidade humana. Constitui objetivo geral da União «combater a discriminação em razão do sexo, raça ou origem étnica, religião ou crença, deficiência, idade ou orientação sexual» (artigos 10.º e 19.º, n.º 1, do TFUE; e artigo 21.º da Carta dos

117 Ver, também, *Funcionários Públicos, cit.*, pp. 41 e 42.

118 Pela Resolução da Assembleia da República n.º 11/98, *Diário da República*, de 19 de março, foi aprovada, para ratificação, a Convenção n.º 138 da Organização Internacional do Trabalho, sobre a idade mínima de admissão ao emprego; pelo Decreto n.º 11/98, de 19 de março, foi ratificada; de acordo com o Aviso n.º 101/99, de 19.03, «o representante permanente de Portugal junto dos organismos internacionais em Genebra depositou, junto do diretor-geral da Organização Internacional do Trabalho, em 20 de Maio de 1998, o instrumento de ratificação da Convenção n.º 138 da Organização Internacional do Trabalho».

119 O artigo 4.º do Decreto com força de lei n.º 16 563, de 2 de março de 1929, estabelecia: «De futuro nenhum cidadão poderá ter primeira nomeação para lugar de acesso em qualquer repartição pública do Estado, corporações e corpos administrativos, de categoria ou vencimentos inferiores aos de chefe de repartição, com mais de 35 anos. Para os combatentes da grande guerra este limite poderá ampliar-se até aos 40 anos. // § único – São responsáveis por todas as importâncias abonadas a funcionários nomeados com transgressão deste artigo os chefes das repartições que processem a folha em que pela primeira vez figurar ou onde receber o primeiro vencimento, e as nomeações poderão ser anuladas a todo o tempo e a requerimento de qualquer cidadão.»

Ver, também, *Funcionários Públicos, cit.*, p. 43. Aquele diploma foi revogado pelo artigo 116.º, alínea a), da LVCR.

Direitos Fundamentais da União Europeia) e a não discriminação em razão da idade é reconhecida pelo TJUE como princípio geral do direito da União¹²⁰.

Diferentemente de outros fatores de discriminação, aqui «não existem características fixas que definam grupos de idade particulares» e a mesma acaba por assumir um caráter volátil e dinâmico. Por outro lado, como destaca Colm O’Cinneide, na publicação da Comissão Europeia *La discrimination fondée sur l’âge et le droit européen*:

algumas «distinções fundadas na idade encontram a sua origem em considerações racionais que não são incompatíveis com o reconhecimento da dignidade pessoal, (...) têm objetivos económicos e sociais atendíveis e (...) são muitas vezes pensados para atribuir vantagem ou proteger grupos de idade particulares»¹²¹.

A fixação legal de limites de idade máximos pode ser justificável, em concreto, por razões capacitárias (ligadas, por exemplo, à aptidão física necessária para o exercício da profissão¹²²) e de interesse coletivo (relativo, por exemplo, à política de emprego, do mercado de trabalho

120 Considerando 38 do Ac. de 13.09.2011, Reinhard Prigge, Michael Fromm, Volker Lambach c. Deutsche Lufthansa AG, C-447/09.

121 Cf. p. 5 da publicação citada, *Emploi affaires sociales, Droits fondamentaux et antidiscrimination, Commission européenne, Direction générale de l’emploi, des affaires sociales et de l’égalité des chances, Unité D3, Manuscrit terminé en avril 2005.*

122 Ac. do TJUE de 12.01.2010, C-229/08, Colin Wolf c. Stadt Frankfurt am Main.

ou da formação profissional¹²³¹²⁴) desde que o objetivo prosseguido seja legítimo¹²⁵ e, à luz deste, a exigência não seja desproporcionada.

A fixação em especial de uma idade limite está sujeita ao disposto na Diretiva 2000/78/CE do Conselho de 27 de novembro de 2000, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional¹²⁶. A Diretiva «é aplicável a todas as pessoas, tanto

123 Cf. artigo 6.º da Diretiva 2000/78/CE.

Ver, também, BvR 491/96 de 03.20.2001, § 31:

«It is compatible with the fundamental right of occupational freedom (Article 12.1 of the Basic Law) and with the general principle of equality before the law (Article 3.1 of the Basic Law) that licensed physicians aged 55 or over are, in principle, not newly admitted to the lists of physicians eligible to provide services under the statutory health-insurance scheme»; «The parliament could expect major savings from the non-admission to the statutory health-insurance, scheme of persons who will only provide services as physicians under the statutory health-insurance scheme for a relatively short period of time. To corroborate this expectation, parliament could rely on plausible assumptions.» http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs-20010320_1bvr049196en.html (último acesso em 26.4.2013).

124 Cf. Ac. do *Conseil d'Etat*, de 4 de outubro de 2000, processo n.º 200724. <http://www.legifrance.gouv.fr>.

125 Cf. considerando 60 do Ac. do TJUE de, C-286/12, Comissão Europeia contra a Hungria:

«Quanto ao caráter legítimo destes objetivos, há que recordar, em segundo lugar, que o Tribunal de Justiça já declarou que os objetivos que podem ser considerados “legítimos” na aceção do artigo 6.º, n.º 1, primeiro parágrafo, da Diretiva 2000/78 e, conseqüentemente, suscetíveis de justificar uma exceção ao princípio da proibição da discriminação com base na idade são objetivos de política social, como os relacionados com a política de emprego, do mercado de trabalho ou da formação profissional (v. acórdãos de 5 de março de 2009, *Age Concern England*, C-388/07, Colet., p. I-1569, n.º 46; de 18 de junho de 2009, *Hütter*, C-88/08, Colet., p. I-5325, n.º 41; e *Prigge e o.*, já referido, n.º 81)».

Assim, no considerando 62, o Tribunal referiu que:

«[q]uanto ao objetivo que visa o estabelecimento de uma estrutura de idades mais equilibrada que facilite o acesso dos jovens juristas às profissões de juiz, de procurador ou de notário, basta referir que o Tribunal de Justiça já teve ocasião de considerar que o objetivo de estabelecer uma estrutura de idades equilibrada entre jovens funcionários e funcionários mais velhos a fim de favorecer a contratação e a promoção dos jovens, otimizar a gestão do pessoal e, com isso, prevenir eventuais litígios sobre a aptidão do funcionário para exercer a sua atividade após uma certa idade, tendo em vista ao mesmo tempo oferecer um serviço de justiça de qualidade, pode constituir um objetivo legítimo de política de emprego e do mercado de trabalho (acórdão *Fuchs e Köhler*, já referido, n.º 50)».

126 Como exposto no considerando 11 do preâmbulo, a UE pondera que:

a «discriminação baseada na religião ou nas convicções, numa deficiência, na idade ou na orientação sexual pode comprometer a realização dos objetivos do Tratado CE, nomeadamente a promoção de um elevado nível de emprego e de proteção social, o aumento do nível e da qualidade de vida, a coesão económica e social, a solidariedade e a livre circulação das pessoas».

no setor público como no privado, incluindo os organismos públicos», no que diz respeito, designadamente, às condições de acesso ao emprego, «incluindo os critérios de seleção e as condições de contratação, seja qual for o ramo de atividade e a todos os níveis da hierarquia profissional» (artigo 3.º, n.º 1, alínea a)).

A proibição da discriminação, direta e indireta, enunciada no artigo 2.º, n.º 1, é concretizada pela definição, nos n.ºs 2 a 4 do mesmo artigo, dos «comportamentos considerados como discriminações»¹²⁷.

O estabelecimento de uma idade a partir da qual não é possível o recrutamento para dadas funções públicas constitui uma discriminação direta, pois é dado um tratamento menos favorável às pessoas cuja idade seja superior a esse limite face às demais pessoas com base nesse facto¹²⁸.

Noutros casos, a discriminação resulta de «uma disposição, critério ou prática aparentemente neutr[os]», mas que são suscetíveis de colocar numa situação de desvantagem «pessoas com uma determinada classe etária...comparativamente com outras pessoas»¹²⁹.

127 Considerandos 52 e 53 do Ac. de 13.09.2011, Reinhard Prigge, citado.

128 Considerando 42 Ac. de 13.09.2011, Reinhard Prigge, citado.

129 É o caso, por exemplo, da exigência de uma habilitação maioritariamente adquirida por indivíduos jovens. No Processo Q-2031/12, foi analisada queixa contra o Banco de Portugal, por no procedimento de recrutamento de técnicos superiores e técnico-administrativos, com a referência CI/2011/028, ter introduzido uma discriminação indireta em razão da idade, traduzida na admissão apenas dos candidatos com licenciatura concluída após 01.01.2008. No «processo de recrutamento de técnicos superiores e técnico-administrativos referenciado foram admitidos 18 trabalhadores com idade inferior a 30 anos» e foram admitidos dois trabalhadores com idade superior a 30 anos. Situações de discriminação direta, relativas à fixação de «idade máxima de contratação e promoção da igualdade no acesso ao emprego», foram analisadas nos processos R-3304/06, R-0026/08 e R-4706/09, promovidos relativamente a investigadores criminais da Polícia Judiciária, a assistentes e comissários de bordo, na TAP Portugal, e a motoristas e guarda-freios, na Carris, S.A (http://www.provedor-jus.pt/site/public/archive/doc/Anotacao_R3304_06.pdf).

As derrogações ao princípio da proibição da discriminação devem «ser objeto de interpretação estrita»¹³⁰. As derrogações decorrem, na economia da diretiva, do disposto:

- (1) No seu artigo 2.º, n.º 5, de acordo com o qual o princípio «não afeta as medidas previstas na legislação nacional que, numa sociedade democrática, sejam necessárias para efeitos de segurança pública, defesa da ordem e prevenção das infrações penais, proteção da saúde e proteção dos direitos e liberdades de terceiros»^{131 132};
- (2) No seu artigo 4.º, n.º 1, que estabelece que

«os Estados-Membros podem prever que uma diferença de tratamento baseada numa característica relacionada com qualquer dos motivos de discriminação referidos no artigo 1.º [da diretiva] não constituirá discriminação sempre que, em virtude da natureza da atividade profissional em causa ou do contexto da sua execução, essa característica constitua um requisito essencial e determinante para o exercício dessa atividade, na condição de o objetivo ser legítimo e o requisito proporcional»¹³³.

130 Considerandos 56 e 72 do Ac. de 13.09.2011, Reinhard Prigge, citado.

131 À luz desta disposição, o TJUE considerou que uma medida constante de convenção coletiva que «fixa em 60 anos o limite de idade a partir do qual os pilotos deixam de poder exercer as suas atividades profissionais, apesar de as regulamentações nacional e internacional fixarem essa idade em 65 anos, não é uma medida necessária à segurança pública e à proteção da saúde». Explica o TJUE, no considerando 55 do Ac. de 13.09.2011, Reinhard Prigge, Michael Fromm, Volker Lambach c. Deutsche Lufthansa AG, C-447/09, que:

«Ao adotar esta disposição, o legislador da União, em matéria de emprego e de trabalho, pretendeu evitar e arbitrar um conflito entre, por um lado, o princípio da igualdade de tratamento e, por outro, a necessidade de garantir a ordem, a segurança e a saúde públicas, a prevenção das infrações e a proteção dos direitos e liberdades individuais, indispensáveis ao funcionamento de uma sociedade democrática. Este mesmo legislador decidiu que, em certos casos enumerados no artigo 2.º, n.º 5, da Diretiva 2000/78, os princípios previstos por esta não se aplicam a medidas que contenham diferenças de tratamento com fundamento num dos motivos referidos no artigo 1.º da diretiva, desde que, contudo, tais medidas sejam “necessárias” à realização dos objetivos acima referidos».

132 Considerando 64 do Ac. de 13.09.2011, Reinhard Prigge, citado.

133 O TJUE considerou constituir objetivo legítimo o «objetivo que consiste em assegurar o caráter operacional e o bom funcionamento do serviço dos bombeiros profissionais» (considerando 44 do Ac. de 12.01.2010, C-229/08, Colin Wolf c. Stadt Frankfurt am Main).

«O Tribunal de Justiça decidiu que não é o motivo em que se baseia a diferença de tratamento, mas uma característica relacionada com esse motivo, que deve constituir uma exigência essencial e determinante»¹³⁴ (v.g., a aptidão física¹³⁵);

- (3) No artigo 6.º, n.º 1, § 1, que prevê que uma diferença de tratamento com base na idade não constitui discriminação se for objetiva e razoavelmente justificada, no direito nacional, por um objetivo legítimo (incluindo objetivos legítimos de política de emprego, do mercado de trabalho e de formação profissional, portanto, «objetivos de política social»)¹³⁶ e desde que os meios para realizar esse objetivo sejam apropriados e necessários.

134 Considerando 35 do Ac. de 12.01.2010, C-229/08, Colin Wolf, citado, considerando 66 do Ac. de 13.09.2011, Reinhard Prigge.

135 Assim, no Ac. de 12.01.2010, C-229/08, Colin Wolf, citado, relativamente a uma «disposição nacional que fixa em 30 anos a idade máxima de recrutamento de funcionários no âmbito de emprego dos bombeiros», o Tribunal explicou que se tratava de «verificar se a aptidão física é uma característica relacionada com a idade e se constitui um requisito essencial e determinante para a atividade profissional em causa ou para o seu exercício, desde que o objetivo prosseguido por essa legislação seja legítimo e que esse requisito seja proporcional» (considerando 36). E no Ac. de 13.09.2011, Reinhard Prigge, citado, afirmou:

«No que respeita aos pilotos de linha, é essencial que possuam, nomeadamente, capacidades físicas particulares, na medida em que nesta profissão as falhas físicas são suscetíveis de ter consequências importantes. É igualmente inegável que essas capacidades diminuam com a idade (v., neste sentido, relativamente à profissão de bombeiro, acórdão Wolf, já referido, n.º 41). Daqui resulta que o facto de possuir capacidades físicas particulares pode ser considerado um "requisito profissional essencial e determinante", na aceção do artigo 4.º, n.º 1, da Diretiva 2000/78, para o exercício da profissão de piloto de linha e que a posse de tais capacidades está ligada à idade.» (considerando 67).

136 Considerando 82 do Ac. de 13.09.2011, Reinhard Prigge, citado.

1.2.4.4. NÃO INIBIÇÃO E NÃO INTERDIÇÃO PARA O EXERCÍCIO DE FUNÇÕES PÚBLICAS

A inibição para o exercício de funções públicas ou a proibição de exercício de certas funções incorpora um juízo de idoneidade pessoal para esse exercício, restringindo, caso se verifique, a liberdade de escolha de profissão ou de género de trabalho. Como tal, circunscreve-se aos casos previstos na lei e não dispensa um juízo de proporcionalidade. É o caso do trabalhador público, que, a título de sanção acessória, por no exercício da correspondente atividade cometer crime punido com pena de prisão superior a três anos, é «proibido do exercício daquelas funções por um período de 2 a 5 anos quando o facto: // a) For praticado com flagrante e grave abuso da função ou com manifesta e grave violação dos deveres que lhe são inerentes; // b) Revelar indignidade no exercício do cargo; ou // c) Implicar a perda da confiança necessária ao exercício da função» (artigo 66.º do Código Penal).

Noutros casos, a impossibilidade respeita a certas funções, em particular, associada a um prévio sancionamento disciplinar expulsivo¹³⁷.

Nalguns casos ainda, a impossibilidade resulta de interdição judicial nos termos civilísticos, podendo confundir-se com a própria falta de aptidão física^{138 139}.

Algumas pessoas não podem exercer quaisquer funções públicas por força da condição em que se encontrem ou que nelas se verifica. É o caso

137 Cf., por exemplo, artigo 17.º, alíneas e) e f), do Decreto-Lei n.º 174/93, de 12.05 (Estatuto dos Guardas Prisionais) e artigo 11.º, n.º 4, do Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores Que Exercem Funções Públicas (Lei n.º 58/2008, de 09.09).

138 Lopes Navarro refere: «Entre as interdições, aquelas que têm como motivo a demência e a surdez-mudez confundem-se com a própria aptidão física» (p. 37).

«Entende-se geralmente que o prodígio pode exercer funções públicas ficando porém inibido de ter acesso a todos aqueles cargos para os quais a lei exija, como condição necessária, a ausência de interdição judicial, pois a verdade é que a prodigalidade é suscetível de dar origem a um autêntico regime de interdição judicial, embora as incapacidades que daí derivam sejam, por vezes, bastante reduzidas» – *Funcionários Públicos, cit.*, p. 37.

139 *Funcionários Públicos, cit.*, pp. 37 e 38.

dos aposentados, que não podem, em regra, exercer funções públicas remuneradas para qualquer serviço ou organismo da Administração Pública¹⁴⁰.

É de notar que são passíveis de responsabilidade financeira reintegratória os «membros do Governo, gerentes, dirigentes ou membros dos órgãos de gestão administrativa e financeira ou equiparados e exatores dos serviços, organismos e outras entidades sujeitas à jurisdição do Tribunal de Contas, se forem estranhos ao facto, quando: // [p]or indicação ou nomeação sua, pessoa já desprovida de idoneidade moral, e como tal reconhecida, haja sido designada para o cargo em cujo exercício praticou o facto»¹⁴¹.

1.2.4.5. AS HABILITAÇÕES ACADÉMICAS

O recrutamento para emprego público, quanto ao requisito das habilitações, exige, em regra, a titularidade de um certo nível ou grau académico¹⁴². Quando a respetiva atividade o requeira, pode ser exigido adicionalmente que a habilitação se insira dentro de certa área de formação académica. A inserção do nível habilitacional em certa área é «imprescindível» quando a atividade do posto de trabalho não pode ser exercida sem a mesma, sendo indispensável e insubstituível¹⁴³. As áreas de formação

140 Cf. artigo 78.º do Estatuto da Aposentação (Decreto-Lei n.º 498/72, de 09.12, na versão resultante das alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 215/87, de 29.05, Decreto-Lei n.º 179/2005, de 02.11, e Decreto-Lei n.º 137/2010, de 28.12); e Parecer do Conselho Consultivo da PGR n.º 73/2007, de 25.11.2010 (*Diário da República*, 2.ª série, n.º 12, 18 de janeiro de 2011, pp. 3680 a 3693).

141 Cf. artigo 62.º, n.º 3, da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (Lei n.º 98/97, de 26.08, na versão que considera as suas várias alterações).

142 Cf. 50.º, n.º 3, artigo 51.º, n.º 1, 1.ª parte, conjugado com o artigo 44.º da LVCR e artigo 116.º, alínea ae), da mesma lei, que revogou o artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 233/94, de 15.09; e Claire Fargeot-Boll, «Concours: le droit européen fait évoluer les conditions de diplôme», *Service Public*, n.º 119, Mars, 2006, p. 6.

143 É, por exemplo, o caso da atividade jurídica que envolve necessariamente uma licenciatura em Direito; embora um licenciado em Direito possa exercer profissões não jurídicas.

estão normativamente fixadas¹⁴⁴. Os diferentes empregadores públicos não podem elaborar as suas próprias áreas de formação, criando os seus próprios parâmetros na identificação da oferta formativa¹⁴⁵. Não é possível, pois, a modelação das habilitações académicas no aviso de abertura.

As «disposições europeias obrigam os Estados-Membros a abrir o recrutamento aos titulares de diplomas europeus»¹⁴⁶, por aplicação do princípio da livre circulação de trabalhadores (artigo 45.º do TFUE). No essencial,

«[s]empre que um diploma de um certo nível der acesso a um emprego no sector público de [um] Estado-Membro ou a um procedimento de selecção para um emprego numa categoria particular, esse diploma deverá também dar acesso a um procedimento de selecção para emprego numa categoria equivalente do sector público do Estado-Membro de emprego. // Para definir categoria equivalente, deve ser tida em conta a natureza das funções a que essa categoria dá acesso (gestão, elaboração de políticas, implementação de políticas, etc.). A denominação exacta da categoria é irrelevante (...). // Em matéria de avaliação do verdadeiro conteúdo de uma formação, normalmente, quando é exigido um conteúdo académico – por exemplo, economia, ciências políticas, etc. – o objectivo básico é recrutar alguém com um conhecimento geral do domínio em questão, dotado de capacidade crítica, de adaptação a determinado ambiente, etc. Noutros termos, não é imprescindível uma identidade perfeita entre o conteúdo da formação recebida pelos candidatos e as tarefas que são chamados

O concurso de recrutamento está adstrito ao posto de trabalho definido no mapa de pessoal, que constitui o seu objeto, com as características que aí tem (*v.g.*, artigos 6.º, n.º 3, 1.ª parte, 50.º, n.º 3, da LVCR), sem prejuízo de dever ser considerada a própria legalidade dos termos em que é aí caracterizado.

144 As áreas de formação constam da Portaria n.º 256/2005, de 16.02, relativa à Classificação Nacional das Áreas de Educação e Formação – CNAEF. O quadro classificativo que contém ordena as múltiplas formações, permitindo reconduzi-las a quadro de referência. O seu objetivo é o de assegurar a comparação entre formações, para permitir elaborar estatísticas fiáveis com relevância internacional.

145 A elaboração do mapa de pessoal a partir deste referente facilita a subsunção delicada, concurso a concurso, de múltiplas licenciaturas a número limitado e abrangente de áreas de formação.

146 Claire Fargeot-Boll, *Concours: le droit européen fait évoluer les conditions de diplôme*, *cit.*, p. 6.

a executar. Desde que o diploma certifique a finalização da formação no tema exigido, a equivalência deve ser reconhecida»¹⁴⁷.

A recondução dos diferentes diplomas, obtidos não necessariamente no sistema de ensino nacional, aos níveis ou graus académicos deve fazer-se à luz do disposto na Portaria n.º 782/2009, de 23.07 (que «regula o Quadro Nacional de Qualificações e define os descritores para a caracterização dos níveis de qualificação nacionais») e na Portaria n.º 781/2009, de 23.07 («estabelece a estrutura e organização do Catálogo Nacional das Qualificações...»). Como se escreve no preâmbulo da primeira,

«[a] crescente mobilidade das pessoas, nomeadamente no espaço europeu, concorre para que, cada vez mais, estas obtenham as suas qualificações em diferentes países e circulem entre os diferentes mercados de trabalho nacionais. A mobilidade transnacional é facilitada pela comparabilidade das qualificações que é assegurada através do Quadro Nacional de Qualificações. No âmbito da União Europeia foi, entretanto, aprovada a Recomendação do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Abril de 2008, relativa à instituição do Quadro Europeu de Qualificações para a aprendizagem ao longo da vida¹⁴⁸, que tem por objetivo a criação de um quadro de referência comum que funcione como dispositivo de tradução entre os sistemas de qualificação dos Estados membros.»

«O Quadro Nacional de Qualificações estrutura-se em oito níveis de qualificação, definidos por um conjunto de descritores que especificam os resultados de aprendizagem correspondentes às qualificações dos diferentes níveis»¹⁴⁹.

147 Comunicação da COM(2002) 694 final, de 11.12.2002, Livre Circulação de trabalhadores – realização integral de benefícios e potencial, pp. 19 e segs. (relativas aos empregos na Administração Pública) – <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2002:0694:FIN:pt:PDF>.

148 JO, n.º C 111, de 6 de maio de 2008.

149 Cf. artigo 4.º, n.º 2. No Anexo II consta o quadro de «correspondência entre os níveis de educação e de formação e os níveis de qualificação».

Se estiver em causa uma profissão regulamentada, o princípio é o do reconhecimento para o acesso a essa profissão e para o seu exercício das qualificações profissionais adquiridas noutra ou em vários outros Estados-Membros¹⁵⁰. Uma profissão regulamentada é a

«atividade ou o conjunto de atividades profissionais em que o acesso, o exercício ou uma das modalidades de exercício se encontram directa ou indirectamente subordinados, nos termos de disposições legislativas, regulamentares ou administrativas, à posse de determinadas qualificações profissionais; constitui, nomeadamente, uma modalidade de exercício o uso de um título profissional limitado por disposições legislativas, regulamentares ou administrativas aos detentores de uma determinada qualificação profissional»¹⁵¹.

São consideradas profissões regulamentadas as profissões exercidas pelos membros das associações ou organizações referidas no anexo I à Directiva 2005/35/CE. Se as exigências habilitacionais não estiverem reunidas e a «experiência profissional não puder compensar a falta daquelas, a administração tem a obrigação de propor a escolha entre um estágio de adaptação ou uma prova de aptidão; estas consubstanciam as medidas de compensação»¹⁵².

150 Cf. artigos 1.º, 2.º, n.º 1, e 5.º da Directiva 2005/35/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho de 7 de setembro de 2005 relativa ao reconhecimento das qualificações profissionais.

151 Cf. artigo 3.º, n.º 1, alínea a), da Directiva 2005/35/CE.

152 Cf. Artigo 14.º da Directiva 2005/35/CE e Claire Fargeot-Boll, *Concours: le droit européen fait évoluer les conditions de diplôme*, cit., p. 6.

2. O CONCURSO COMO PROCEDIMENTO DE RECRUTAMENTO

O concurso é o procedimento concorrencial de seleção, mediante avaliação comparativa de entre vários interessados e por aplicação de critérios objetivos, de idoneidade pessoal e capacidade técnica¹⁵³, de trabalhador público¹⁵⁴. O sentido e fim do concurso conformam o exercício do poder de apreciação e/ou decisão do júri e da entidade pública que recruta, constituindo limites jurídicos essenciais do mesmo¹⁵⁵.

153 O procedimento tendente ao provimento de emprego público é considerado uma «manifestação típica» do procedimento concursal, porque, por um lado, trata-se de escolher entre vários candidatos (concorrência) e, por outro lado, porque essa escolha assenta, exclusivamente, em critérios objetivos, relativos, fundamentalmente, à idoneidade, desde logo técnica, dos candidatos. Ver Vincenzo Cerulli Irelli, *Corso di Diritto Amministrativo*, G. Giappichelli Editore, Torino, Ristampa aggiornata al 31 dicembre 2001, 2001, p. 516.

154 No caso dos funcionários da Administração Pública comunitária europeia, o objetivo é o de assegurar o recrutamento dos trabalhadores com «as mais altas qualidades de competência, rendimento e integridade» (artigo 27.º do Regulamento No 31 (CEE) 11 (CEE) pelo qual se estabelece o Estatuto dos funcionários e o regime aplicável aos outros agentes da Comunidade Económica Europeia e da Comunidade Europeia da Energia Atómica – versão consolidada em língua espanhola, de 14.07.2009 1962R0031 – ES – 14.07.2009 – 008.001 – 1).

155 Neste sentido, tornando patente a possibilidade ampla de controlo jurídico do concurso a partir do fim, ver Ac. do TFP de 17.11.2009, F-99/08, Rita Di Prospero c. Comissão das Comunidades Europeias, considerandos 28, 29, 32 e 35.

2.1.

OS FUNDAMENTOS DO CONCURSO

2.1.1. O CONCURSO COMO GARANTIA DO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À FUNÇÃO PÚBLICA

O concurso é um «instrumento funcional da realização do direito» de acesso à função pública¹⁵⁶, ou, noutra expressão, também de Gomes Canotilho, é «condicionador da [sua] autenticidade e efetividade»¹⁵⁷. O procedimento do concurso, porém, só cumpre esta função de garantia quando ele próprio é organizado no respeito daquele direito¹⁵⁸.

A norma do artigo 47.º, n.º 2, da CRP, como explica o Acórdão do TC n.º 893/99, «não consagra apenas uma concretização para o regime do acesso à função pública do princípio da igualdade enquanto regra de direito objectivo. O princípio de direito objectivo aparece aqui como integrando um direito subjectivo – um direito de igualdade»¹⁵⁹. E o Tribunal continua: «O importante significado deste direito subjectivo resulta claramente, não só da sua associação à liberdade de escolha de profissão, mas também de a Constituição da República o consagrar no capítulo relativo aos direitos,

156 «Todos têm o direito de acesso à função pública em condições de igualdade e liberdade, em regra, por via do concurso» (artigo 47.º, n.º 2, da CRP).

157 «Tópicos de um curso de mestrado sobre direitos fundamentais, procedimento, processo e organização», in *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. LXVI, 1990, Coimbra, pp. 171 e 172. Gomes Canotilho invoca o Ac. do Tribunal Constitucional n.º 53/88, para demonstrar a relevância do procedimento para a proteção do direito. O Tribunal censurou, recorde-se, a preferência dada, em sede de concurso, no provimento de lugares de escriturário, aos concorrentes com estágio válido ou que estivessem a estagiar em «serviços da mesma espécie da do lugar vago», preferência que «assentava, porém, numa "organização injusta", conducente à desigualdade dos concorrentes e à violação do princípio específico da igualdade de acesso à função pública», uma vez que a escolha para estágio era discricionária.

158 O procedimento deve «assegurar a ...efetividade ótima do direito» – *idem*, p. 170. O direito de acesso à função pública é um «direito intrinsecamente procedimental» e o procedimento deve ser adequado a proteger o direito.

159 Cf. alínea B.b) do Ac. de 21.12.1999, proferido em plenário no processo n.º 42/98.

liberdades e garantias *pessoais*» (*itálico no original*). Vincula, desta feita, o legislador, a Administração e os Tribunais a censurarem decisões que envolvam discriminações e restrições infundadas e desproporcionadas no acesso a emprego público (artigo 18.º da CRP).

O direito é enunciado no artigo 47.º, n.º 2, da CRP, citado, como um direito de acesso em condições de igualdade e como um direito de liberdade de acesso. O que significa que, mesmo nas modalidades não concursais, as escolhas respetivas devem ser fundadas em razões objetivas, *maxime* de capacidade/mérito, e deve ser assegurada a publicidade da disponibilidade dos respetivos empregos e, portanto, a possibilidade dos interessados se candidatarem.

Assim, por exemplo,

«[a]inda que se entenda que para o recrutamento de pessoal sujeito ao regime do contrato individual de trabalho se não justifica a realização de um *concurso público*, nem por isso se pode deixar de reconhecer que a seleção e o recrutamento desse pessoal deverá sempre ter lugar através de procedimentos administrativos que assegurem a referida *liberdade e igualdade de acesso*» (Acórdão n.º 406/2003¹⁶⁰, ponto 2.5., *itálico no original*, e Acórdão n.º 409/2007¹⁶¹, ponto 6.2).

O direito de acesso à função pública, à luz dos parâmetros enunciados, compreende, várias faculdades, de que se destaca: *i*) o direito de apresentação de candidatura¹⁶²; *ii*) o direito a não se ser excluído «por outros motivos que não seja a falta de requisitos adequados à função (*v.g.* idade, habilitações académicas e profissionais)»¹⁶³; *iii*) o direito de não ser discriminado nem sujeito a tratamento diferenciado com base em regras e

160 Acórdão do plenário de 17.09.2003, processo n.º 470/01, relator: Carlos Pamplona de Oliveira; in <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20030406.html>.

161 Acórdão da 2.ª Secção de 11.07.2007, processo n.º 306/07, relator: Mário Torres.

162 Jose M.ª Boquera Oliver, *La Selección de Contratistas, Procedimientos de selección y contrato*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963, p. 30.

163 Cf. Acórdão n.º 53/88, de 08.03.1988, relator: Vital Moreira, Acórdãos do TC, volume 11.º, 1988, p. 310.

critérios «impertinentes» ou irrelevantes; *iv*) o direito a não ser preterido, na seleção, senão por aplicação de critérios objetivos; *v*) o direito a condições de igualdade, na comparação com os demais candidatos, e, portanto, à igualdade de oportunidade na disputa dos respetivos empregos.

2.1.2. O CONCURSO COMO GARANTIA DA CAPACIDADE FUNCIONAL DA ADMINISTRAÇÃO

A perspetiva subjetiva remete-nos para a salvaguarda do interesse das pessoas que querem aceder a um emprego público. A ótica objetiva remete para a proteção dos interesses públicos a cargo do empregador público e da comunidade servida pelos trabalhadores públicos. A prossecução dos interesses públicos, corporizados nas atribuições da entidade pública empregadora, requer trabalhadores qualificados, selecionados, em concreto, segundo critérios objetivos, a partir de um conjunto significativo de indivíduos¹⁶⁴. Há também que salvaguardar os termos da contratação, no que respeita à prestação de trabalho, às condições desta¹⁶⁵ e ao respetivo custo do recrutamento¹⁶⁶, o que pode ser apurado no procedimento de concurso.

Neste sentido, a ideia de seleção está sempre presente no provimento dos empregos públicos, como destaca a *Corte di Cassazione* (italiana) na *Sentenza* n. 5369, de 04.04.2012. Com efeito, aí se explica – quanto à

164 A Administração deverá poder escolher de entre «muitas candidaturas e, por conseguinte, nas melhores condições» (Jose M.^a Boquera Oliver, *La Selección de Contratistas*, cit., p. 35). Ou seja, o recrutamento deve fazer-se «numa base tão alargada quanto possível» (considerando 38 do Ac. do TFP de 17.11.2009, F-99/08, Rita Di Prospero c. Comissão das Comunidades Europeias).

165 Por exemplo, quanto ao horário de trabalho, ao regime de disponibilidade, às concretas incompatibilidades.

166 Com relevância, ver artigo 55.º, n.º 1, da LVCR, que dispõe: «Quando esteja em causa posto de trabalho relativamente ao qual a modalidade da relação jurídica de emprego público seja o contrato, o posicionamento remuneratório do trabalhador recrutado numa das posições remuneratórias da categoria é objeto de negociação com a entidade empregadora ...».

declaração negocial relativa ao provimento de cargo dirigente, no quadro do emprego público privatizado – que a exigência legal¹⁶⁷ de a entidade empregadora pública ter em conta, «“ em relação à natureza e características dos objetivos prefixados, as atitudes e capacidades profissionais...” do dirigente e, “necessariamente, também (...) a cláusula geral de correção e boa-fé”, juntamente com os princípios da imparcialidade e da boa administração, ‘procedimentalizam’ o exercício do poder de provimento, tornando assim necessário proceder a **avaliação também comparativa**” dos interessados» (negrito nosso)^{168 169}.

167 O artigo 19.º (Incarichi di funzioni dirigenziali) do Decreto Legislativo 30 marzo 2001, n. 165 («Norme generali sull’ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche»):

«1. Per il conferimento di ciascun incarico di funzione dirigenziale e per il passaggio ad incarichi di funzioni dirigenziali diverse, si tiene conto della natura e delle caratteristiche dei programmi da realizzare, delle attitudini e della capacità professionale del singolo dirigente, anche in relazione ai risultati conseguiti in precedenza, applicando di norma il criterio della rotazione degli incarichi. Al conferimento degli incarichi e al passaggio ad incarichi diversi non si applica l’articolo 2103 del codice civile» – disponível em <http://www.teleconsul.it/leggiArticolo.aspx?id=230472&tip=ul> (consulta última em 02.12.2012).

168 No original:

«Al riguardo è stato osservato che le previsioni di cui al D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 19, laddove prevedono che per il conferimento di ciascun incarico di funzione dirigenziale si tiene conto, in relazione alla natura e alle caratteristiche degli obiettivi prefissati, delle attitudini e delle capacità professionali del singolo dirigente ... obbligano l’amministrazione datrice di lavoro al rispetto degli indicati criteri di massima e, necessariamente, anche per il tramite delle clausole generali di correttezza e buona fede, ‘procedimentalizzano’ l’esercizio del potere di conferimento degli incarichi, rendendo con ciò necessario procedere a valutazioni anche comparative» – disponível em <http://www.teleconsul.it/leggiArticolo.aspx?id=230472&tip=ul> (último acesso em 02.12.2012).

169 E, ainda, a mesma Sentença destaca:

«Questa Corte... ha affermato il principio secondo cui, in tema di impiego pubblico privatizzato, nell’ambito del quale anche gli atti di conferimento di incarichi dirigenziali rivestono la natura di determinazioni negoziali assunte dall’amministrazione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro, le norme contenute nel D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, art. 19, comma 1, obbligano l’amministrazione datrice di lavoro al rispetto dei criteri di massima in esse indicati, anche per il tramite delle clausole generali di correttezza e buona fede (artt. 1175 e 1375 cod. civ.), applicabili alla stregua dei principi di imparzialità e di buon andamento di cui all’art. 97 Cost.; tali norme **obbligano la P.A. a valutazioni anche comparative, all’adozione di adeguate forme di partecipazione ai processi decisionali e ad esternare le ragioni giustificatrici delle scelte; laddove, pertanto, l’amministrazione non abbia fornito nessun elemento circa i criteri e le motivazioni seguiti nella scelta dei dirigenti ritenuti maggiormente idonei agli incarichi da conferire, è configurabile inadempimento contrattuale, suscettibile di produrre danno risarcibile ...**» (negrito nosso).

2.1.3. O CONCURSO COMO GARANTIA DE DEMOCRATICIDADE

Os «...sistemas de recrutamento e procedimentos devem ser abertos e transparentes e as suas regras devem ser claras. Devem permitir que o melhor candidato seja escolhido para satisfazer as necessidades específicas do respetivo serviço ou organismo» (disposição 5 da *Recommendation No. R (2000) 6 of the Committee of Ministers to member states on the status of public officials in Europe*)¹⁷⁰. Este parâmetro é o único que permite o «estabelecimento e consolidação de instituições democráticas», a que se refere o preâmbulo da recomendação.

A «igualdade e liberdade no acesso à função pública» é «uma garantia que se prende, quer com a eficácia, quer com os próprios fundamentos da composição do corpo da função pública, e, portanto, da organização da Administração Pública, e que é condição da sua democraticidade» (Acórdão do TC n.º 683/99).

«Evita-se [– como esclarece o TC –], com tais regras de acesso à função pública, que esta seja influenciada na sua composição (e, por conseguinte, tendencialmente na sua atuação) por um grupo ou sector – político ou ideológico, económico ou social, religioso, etc. –, com quebra das suas condições de imparcialidade. Nesta dimensão, 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*» (itálico nosso).

170 No original: «5. Recruitment procedures // In respect of the principles referred to above, recruitment systems and procedures should be open and transparent, and their rules should be clear. They should allow the best candidate to be appointed to meet the specific needs of the department or organisation concerned.»

2.2.

OS PRINCÍPIOS DO CONCURSO

O concurso materializa o direito de acesso à função pública, que é, como tal, fundamentalmente, um direito a um procedimento justo de seleção¹⁷¹. A justeza do procedimento de concurso assenta, fundamentalmente, em três princípios^{172 173}: o princípio da liberdade de acesso, o princípio da igualdade e o princípio do mérito. Estes princípios fixam *standards* das disposições normativas do concurso¹⁷⁴, cuja aplicação tem de operar nos limites da axiologia normativa daqueles, assim como na aferição da validade das decisões concursais.

2.2.1. O PRINCÍPIO DA LIBERDADE DE ACESSO

O princípio da liberdade de acesso postula a possibilidade de candidatura e a não exclusão do concurso dos indivíduos interessados que preencham

171 O procedimento, para além das funções que, em geral, cumpre – função de racionalização e eficiência da atividade administrativa e função garantística (artigo 267.º, n.º 5, da CRP – Esteves de Oliveira, Pedro Gonçalves e Pacheco de Amorim, *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, 2.ª edição, Coimbra, 1997, pp. 34 a 36) –, associado ao direito de acesso a um concreto emprego ou cargo na Administração Pública é estruturante do respetivo exercício, surgindo aquele, na sua essência, como o direito a um procedimento justo de seleção (artigo 47.º, n.º 2, e artigo 266.º da CRP). Não confere, pois, o direito a ser provido num emprego público, nem «um direito substantivo a desempenhar funções determinadas (...), mas garante aos cidadãos uma situação jurídica de igualdade no acesso às funções públicas» – § 2 do ponto 4 da Sentencia do TC espanhol 293/1993, de 18.10.1993. Recurso de amparo 2854/1990, processo n.º 2854/1990, e n.º 33 do BverfG, 2 BvR 1436/02.

172 Que decorrem do enunciado do artigo 47.º, n.º 2, da CRP, mas também do artigo 266.º da CRP.

173 Corresponde à aplicação da ideia de que «[o]s princípios jurídicos, na qualidade de fontes de direito, são normas jurídicas fundamentais que resultam da aplicação do princípio da justiça a várias situações de interesse de natureza geral. (...) Pertencem ao direito positivo e não ao chamado "direito suprapositivo" ...» (J.J. Gomes Canotilho, «Princípios Entre a Sabedoria e a Aprendizagem», *Boletim da Faculdade de Direito da UC, ARS IVDICANDI, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, Volume I: «Filosofia, Teoria e Metodologia», 2008, p. 382).

174 Vittorio Italia, *Le Disposizioni di Principio Stabilite dal Legislatore*, Milano, Giuffrè Editore, 1970, p. 339.

os requisitos legais para o exercício de função pública em geral e/ou de um emprego público em particular¹⁷⁵. O princípio, em concreto, exige:

- a) Que não sejam estabelecidos, pelo legislador, requisitos legais infundados e/ou desproporcionados à luz das características do respetivo emprego;
- b) A publicidade ampla da abertura do concurso, de modo a poder ser conhecida pelo universo daqueles que se podem candidatar¹⁷⁶ e a sua conseqüente organização «numa base tão alargada quanto possível»¹⁷⁷;
- c) Que os prazos de apresentação de candidatura sejam razoáveis, isto é, suficientemente alargados para permitir a organização da respetiva candidatura^{178 179};

175 Cf. 2.2.1. do Ac. do TC n.º 53/88, de 11.03, processo n.º 21/86.

176 A publicidade é uma condição essencial da possibilidade de apresentação de candidatura e da própria igualdade de oportunidades. Ninguém que preencha os requisitos legais deve ser impedido de se candidatar a procedimento de recrutamento por falta ou insuficiente publicidade.

Na conferência nacional para a igualdade de oportunidades, o ministro da Função Pública francês assinou com o presidente da rede das escolas públicas carta relativa à «igualdade de *chances* no acesso à função pública». Nos termos desta, as escolas «comprometeram-se a informar os alunos dos liceus situados em zonas [socialmente] difíceis da existência de concursos e a prepará-los» *AJDA*, n.º 6, 14 février 2005, p. 294.

177 Considerando 38 do Ac. do TFP de 17.11.2009, F-99/08, Rita Di Prospero c. Comissão das Comunidades Europeias.

178 Como prazo restritivo da liberdade de candidatura pode mencionar-se o prazo de três dias úteis previsto no artigo 7.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 212/2009, de 03.09, diploma que «estabelece o regime aplicável à contratação de técnicos que asseguram o desenvolvimento das atividades de enriquecimento curricular (AEC) no 1.º ciclo do ensino básico nos agrupamentos de escolas da rede pública».

179 Na «Comunicação Interpretativa da Comissão sobre o direito comunitário aplicável à adjudicação de contratos não abrangidos, ou apenas parcialmente, pelas diretivas comunitárias relativas aos contratos públicos» (2006/C 179/02, JO de 01.08.2006) é explicado que entre as «condições de concorrência equitativas» se inclui a fixação de «prazos apropriados», isto é, os «prazos para a apresentação de manifestações de interesse ... deverão ser *suficientemente largos* para permitir às empresas [e indivíduos] de outros Estados-Membros [e desde logo do próprio Estado] fazerem uma avaliação fundamentada...» (itálico nosso).

- d) Que aos candidatos não seja imposta a escolha de uma candidatura de entre vários concursos a que se poderiam candidatar abertos por uma mesma entidade^{180 181};
- e) Que não seja, por regra, obrigatória a candidatura: a liberdade de candidatura tem a vertente negativa da não obrigatoriedade de apresentação a concurso, sem prejuízo da possibilidade excepcional de cominação de consequências desfavoráveis para a não oposição a concurso (como é o caso da não apresentação a concurso por parte de trabalhador colocado em situação de mobilidade especial¹⁸²).
- f) Que as exigências instrutórias ou probatórias da candidatura sejam (apenas) as (estritamente) necessárias, designadamente, atentos os aspetos (poucos) que relevam em sede de admissão;
- g) Que não seja excluído do concurso quem tenha qualificações académicas e/ou profissionais superiores às legalmente exigidas¹⁸³;
- h) Que não sejam fixados critérios de seleção ou de preferência injustificados e/ou desproporcionados, que, diminuindo significativamente as *chances* de alguns dos interessados, os afastem ou dissuadam da apresentação de candidatura¹⁸⁴;

180 Considerandos 38 e segs. do Ac. do TFP de 17.11.2009, F-99/08, Rita Di Prospero, citado.

181 No Aviso do concurso n.º 24646/2011, de recrutamento, pelo Instituto da Segurança Social, I.P., de inspetores superiores, consta, no ponto 6.1.: «Apenas serão admitidos ao presente procedimento as candidaturas que identifiquem exclusivamente uma das referências enunciadas no ponto 4».

182 Cf. artigos 29.º, n.ºs 5 e 6, e 39.º, n.º 2, alínea b), ii), da Lei n.º 53/2006, de 07.12, e alínea b) do n.º 5 do artigo 6.º da LVCR.

183 Considerando 44 do Ac. do TFP de 17.11.2009, F-99/08, Rita Di Prospero, citado; e considerandos 31 e segs. do Ac. do TPI de 28.03.1996, Muireann Noonan c. Comissão das Comunidades Europeias, T-60/92.

184 Designadamente, escolhendo fatores ou critérios de avaliação em função da situação dos que têm uma prévia ligação precária ou temporária ao serviço ou organismo público, *maxime daquele* que promove a abertura do concurso. O concurso não pode ser utilizado de forma desviada, por exemplo, para consolidar ou estabilizar relações de trabalho com títulos precários (por via, designadamente, da sobrevalorização de

2.2.2. O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O princípio da igualdade é um princípio «estruturante e informador» da ordem jurídica (artigo 13.º da CRP)¹⁸⁵ que surge, no artigo 47.º, n.º 2, da CRP, em relação ao acesso aos empregos públicos, como um «elemento constitutivo do próprio direito (direito de igualdade)»¹⁸⁶. São, por um lado, proibidas as discriminações fundadas em «fatores de discriminação ilegítimos» como os enunciados no artigo 13.º, os quais, reportadas a condições ou qualidades protegidas por direitos fundamentais (por exemplo, a liberdade religiosa) devem ser justificadas por referência aos mesmos^{187 188}. Por outro lado, o princípio postula a igualdade de condições ou de tra-

uma específica experiência profissional adquirida em serviço ou organismo público). A constituição dos vínculos transitórios ou precários não está dotada das mesmas garantias do ponto de vista da oportunidade de acesso em condições de igualdade aos empregos públicos e do ponto de vista do mérito, pelo carácter «rarefeito da seleção», assente numa avaliação documental ou na aplicação simplificada de outros métodos.

185 Desdobrando-se em várias dimensões, designadamente, «proíbe o arbítrio, proíbe a discriminação, e obriga à diferenciação» – ponto 1 do Ac. da 1.ª Secção do CA do TCA Norte. de 10.04.2008, processo n.º 00950/05.8BEPRT.

186 J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4.ª edição revista, Coimbra Editora, 2007, p. 660.

187 Considerandos 34 *BverfG*, 2 *BvR* 1436/02, citada. Por exemplo: é proibida, na admissão a emprego público, discriminação «diretamente ligada ao professar de certa religião», fundada em «razões que são incompatíveis com a liberdade de religião». «Tal não exclui deveres funcionais que contendam com a liberdade religiosa dos trabalhadores ou candidatos a um emprego público, ...» (considerando 39 da *BverfG*, 2 *BvR* 1436/02, citada). O Tribunal Constitucional alemão julgou procedente a queixa de candidata ao emprego de professora no Land de Baden-Württemberg, contra a decisão da *Stuttgart Higher School Authority* (confirmada pelos tribunais administrativos) que negou a sua pretensão de provimento como professora em período probatório de inglês em escolas do ensino básico e secundário, com fundamento na falta de adequação para o emprego, atento o facto de ter declarado a intenção de usar véu na escola e nas aulas. Considerou o Tribunal que «[d]efinir tal conduta como falta de aptidão para o emprego de professora em escola primária e secundária contende com o direito da queixosa à igualdade no acesso a todo o emprego público com base no artigo 33.º, n.º 2, da Lei fundamental juntamente com o direito fundamental à liberdade religiosa garantida pelo artigo 4, n.º 1, da Lei fundamental, sem a necessária e suficiente definição por lei».

188 J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4.ª edição revista, Coimbra Editora, 2007, p. 340.

tamento e a igualdade de oportunidades. Com esta última, contendem, nos termos assinalados, as condições relativas à participação no procedimento e a condução deste. A igualdade, seja a «igualdade perante a lei e na aplicação da lei», seja a «igualdade na lei», respectivamente, veda atuações e decisões que consubstanciem ou impliquem diferenças irrelevantes do ponto de vista da capacidade e da preparação necessárias para o exercício da concreta atividade laboral e, portanto e bem assim, as que sejam ditadas, não por razões objetivas, mas por situações «individualizadas e concretas»¹⁸⁹. Trata-se de garantir a «possibilidade de concorrer em pé de igualdade» e que o resultado do concurso não está «de antemão determinado»¹⁹⁰.

Abrange os fatores de discriminação considerados na Diretiva 2000/78/CE do Conselho, de 27 de novembro de 2000, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional e na Diretiva 2000/43/CE do Conselho, de 29 de junho de 2000, que aplica o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas, sem distinção de origem racial ou étnica.

Como afirma o Tribunal Central Administrativo, no Ac. proferido no processo n.º 2412, de 06.07.2000, ponto 3 do sumário: «Sempre que o ato administrativo discrimina violando um dos índices constitucionalmente enunciados, o ato é nulo, pois viola o conteúdo essencial de um direito fundamental (a igualdade)».

189 Alberto Palomar Olmeda, *Guía de Concursos y Licitaciones*, cit., p. 116; ponto 10 da STC n.º 185/1994, de 20.06.1994, registos n.ºs 1247/1992 e 1258/1992, p. 11; ponto II. 3 e 5, e ponto II.4 da STC n.º 27/1991, de 14.02.1991, registos n.ºs 1359/1986 e 2265.

190 Ac. n.º 53/88, de 08.03.1988, in Acórdãos do Tribunal Constitucional, 11.º volume (1988), p. 312.

«A igualdade no acesso à função pública não pode consistir em todos terem uma preferência em relação às vagas de determinado serviço mas sim na possibilidade de concorrer em pé de igualdade às vagas de todos os serviços para os quais se possuam os necessários requisitos»; «não existe nenhuma garantia de igualdade quando o provimento depende decisivamente de uma escolha discricionária do serviço, e não existe nenhum verdadeiro concurso quando o resultado está, na maior parte dos casos, de antemão determinado por efeito de uma “pré-nomeação” discricionária por parte do serviço cuja vaga a concurso se destina a preencher – *idem*, p. 314 – (...) é precisamente contra o poder de os serviços escolherem livremente o seu pessoal que se dirigem os princípios constitucionais da igualdade e do concurso no acesso à função pública» (*idem*, p. 315). O Tribunal declarou a «inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma do n.º 1 da alínea b), do artigo 113.º do Regulamento dos Serviços dos Registos e do Notariado, aprovado pelo Decreto Regulamentar n.º 55/80, de 8 de Outubro (que estabelece uma preferência no provimento das vagas de escriturário), enquanto componente do sistema normativo de acesso à função pública em que se insere». «O Tribunal considerou que, ao conferir preferência no preenchimento das vagas de escriturário aos candidatos, com estágio válido feito em serviços da mesma espécie da do lugar vago, que

A valoração, para efeitos de seleção, do prévio exercício de funções ou da experiência profissional constitui um dos domínios que propícia o tratamento desigualitário infundado dos candidatos, traduzido na consideração infundada e/ou desproporcionada da experiência adquirida num contexto institucional específico ou ao abrigo de um determinado vínculo laboral^{191 192}.

Do ponto de vista da igualdade, são ainda de postergar, no provimento de empregos públicos, critérios de preferência, ou mecanismos não concorrenciais, que beneficiem aqueles que tenham sido previamente

estivessem a estagiar ou tivessem estagiado na própria repartição onde a vaga existe», viola o princípio da igualdade, *idem*, pp. 303 e 317.

191 STC n.º 185/1994, de 20.06, registos n.º 1247/1992 e 1258/1992, p. 10, ponto 4, A), e p. 11, ponto 4, B); e ponto 5 de *Considerato in diritto [da] Sentenza* da Corte Costituzionale italiana n.º 373/2002, de 10.07.2002 (<http://www.giurcost.org/decisioni/2002/0373s-02.html> - 23.4.2013).

192 Em voto de vencido da STC n.º 185/1994, de 20.06.1994, números de registo 1247/1992 e 1258/1992 (p. 13), foi destacado que se, por um lado, pode admitir-se a valoração como mérito «do tempo de exercício precário» não o é em si quando desacompanhado da consideração da avaliação que mereceu tal exercício. Por outro lado, destacou que a mesma valoração é atribuída a quem beneficiou de um vínculo de trabalho constituído mais ou menos discricionariamente que «por si lhes atribui um posto de trabalho (ainda que precário) e a respetiva remuneração», pelo que «a valoração favorável de tal prévio exercício converte-se numa dupla vantagem relativamente aos demais candidatos que não puderam beneficiar desse vínculo prévio». Ver Ac. do TC n.º 620/2007, n.º II.3, processo n.º 1130/2007, de 20.12.2007.

escolhidos discricionariamente¹⁹³ ou que atendam relevantemente ao facto de terem um prévio vínculo funcional com entidade pública^{194 195}.

2.2.3. O PRINCÍPIO DO MÉRITO

O concurso é por natureza comparativo¹⁹⁶ e só a objetividade da comparação permite preservar a fidelidade e mérito desta¹⁹⁷. Falar de um princípio de mérito significa que uma das suas linhas diretrizes é a organização e a densificação da seleção em função da sua idoneidade para recrutar os candidatos mais capacitados para o exercício da atividade laboral a que respeite¹⁹⁸.

193 Ac. do TC n.º 53/88, citado.

194 Ac. do TC n.º 683/99, citado.

«A lesão do princípio da igualdade no acesso à função pública não é, aliás, justificada pelo argumento de que, tratando-se de pessoas que já trabalharam para o Estado, embora a termo, poderiam (ou, mesmo, deveriam) ser beneficiadas. // Na verdade, o problema está justamente em saber se a circunstância de um trabalhador ter estado a desempenhar funções ao abrigo de um contrato de trabalho a termo, embora por duração superior à legalmente permitida (e independentemente do modo de seleção para este contrato, que é, como se disse, irrelevante), é, por si só, bastante para permitir que tal trabalhador possa vir a ser automática e obrigatoriamente preferido a outros, com acesso a uma posição definitiva, de trabalhador por tempo indeterminado. // Em face dos interesses que fundamentam a consagração do princípio da igualdade no acesso à função pública – que, como se viu, transcendem os interesses do particular candidato – não pode considerar-se tal circunstância, só por si, bastante para fundamentar um privilégio na contratação pelo Estado».

195 A norma da alínea c) do n.º 1 do artigo 39.º da Lei n.º 64-B/2011, de 30.12, desconsidera, neste contexto, os fundamentos da jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre a conversão dos contratos de trabalho a termo e a jurisprudência do TJUE sobre a necessidade de medidas efetivas e dissuasivas da utilização imprópria deste tipo de contrato.

196 Considerando 44 do Ac. do TFP de 17.11.2009, F-99/08, Rita Di Prospero, citado.

197 Com efeito, a utilização de parâmetros subjetivos redundam numa escolha não concursal.

198 A «adequação entre o conteúdo dos processos selectivos e as funções ou tarefas a desenvolver» é enunciado como um princípio que rege os procedimentos de seleção – artigo 55.º, n.º 2, alínea e), da Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, citado.

Para tanto:

- a) O concurso deve assentar numa base alargada de recrutamento, que assegure a possibilidade de efetuar a melhor seleção¹⁹⁹;
- b) Os métodos e critérios de seleção devem ser objetivos, isto é, relativos às características do emprego em causa e aos deveres e obrigações associados à respetiva prestação de trabalho²⁰⁰ e, portanto, conformes «com o interesse do serviço»²⁰¹.

À luz deste princípio, justifica-se que, na seleção, seja privilegiada a adoção dos métodos de seleção da prova de conhecimentos e da avaliação psicológica^{202 203};

199 Na expressão da *Sentenza* n. 373 da Corte Costituzionale, de 23.07.2002, ponto 5 (*Considerato in diritto*):

«*il pubblico concorso in quanto metodo che offre le migliori garanzie di selezione dei più capaci è un meccanismo strumentale rispetto al canone di efficienza dell'amministrazione, il quale può dirsi pienamente rispettato qualora le selezioni non siano caratterizzate da arbitrarie forme di restrizione dei soggetti legittimati a parteciparvi; forme che possono considerarsi ragionevoli solo in presenza di particolari situazioni, che possano giustificarle per una migliore garanzia del buon andamento dell'amministrazione*» (*sentenza n. 194 del 2002*) – in <http://www.giurcost.org/decisioni/2002/0373s-02.html> (consulta última em 30.04.2013).

200 Assim, no Ac. do 1.º Juízo Liquidatário do TCA Sul de 05.03.2009, processo n.º 05174/00, o tribunal observou que a Administração «tem o dever de ponderar o complexo de tarefas e responsabilidades inerentes ao conteúdo funcional do lugar a prover, bem como os restantes requisitos para o exercício da função, não agindo no exercício de poderes discricionários».

201 «[C]ritérios em conformidade com o interesse do serviço», de acordo com o considerando 44 do Ac. do TFP de 17.11.2009, F-99/08, Rita Di Prospero.

202 De acordo com o artigo 61.º, n.º 6, da Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (espanhol):

[1] «*os sistemas selectivos de funcionarios de carrera serán los de oposición y concurso-oposición que deberán incluir, en todo caso, una o varias pruebas para determinar la capacidad de los aspirantes y establecer el orden de prelación. // Sólo en virtud de ley podrá aplicarse, con carácter excepcional, el sistema de concurso que consistirá únicamente en la valoración de méritos*» – <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-7788> – (consulta última em 25.01.2013).

203 Sob esta perspetiva é censurável, por exemplo, a não aplicação do exame psicológico de seleção e do método da prova de conhecimentos no concurso de recrutamento de técnicos superiores para o «desempenho de funções no Núcleo de Apoio Técnico do Departamento de Armas e Explosivos da Direção Nacional da Polícia de Segurança Pública», cuja ilegalidade foi destacada no Processo R-4937/11, relativamente ao concurso aberto pela PSP através do aviso n.º 23451/2010, de 16.11.2010, referência A.

- c) É necessário que o júri e entidades que intervêm na avaliação tenham preparação técnica bastante.

2.2.4. O DESVALOR JURÍDICO DA PRETERIÇÃO DOS PRINCÍPIOS

Nas situações «em que os princípios e respetivas concretizações são postergados»²⁰⁴ é afetado o direito fundamental de acesso à função pública e quando a afetação é grave, atingindo o conteúdo do direito, o desvalor jurídico que projeta é o da nulidade (artigo 133.º, n.º 2, alínea d), do CPA).

Situações há em que a violação de tais princípios significa a negação do próprio concurso, fazendo deste um simulacro (é o que acontece com os concursos dirigidos à estabilização de um prévio vínculo laboral, isto é, com um destinatário individualizado, ou destinados a favorecer um candidato certo²⁰⁵). Neste caso é como se a decisão concursal não resultasse de procedimento concursal, para efeitos da alínea f) do n.º 2 do artigo 133.º do CPA, que comina com a nulidade o ato que careça em absoluto de forma legal²⁰⁶, pois o procedimento é aqui a forma natural e/ou necessária do agir administrativo²⁰⁷.

204 Raquel Carvalho, «O procedimento concursal no acesso à função pública, reflexões de natureza constitucional», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Volume III, FDUL, Coimbra Editora, 2012, pp. 527 a 529.

205 Recorde-se que o concurso, por ser um procedimento concorrencial e comparativo, tem o seu resultado necessariamente em aberto.

206 Tenha-se presente que «um ato administrativo praticado sem procedimento [*rectius* resultante de uma ficção de procedimento] nos casos em que este, por lei ou por natureza, não está excluído – é um ato» que se subsume à alínea f) do n.º 2 do artigo 133.º do CPA - Esteves de Oliveira, Pedro Gonçalves e Pacheco de Amorim, *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, cit., p. 648.

207 A sua falta esvazia a própria possibilidade intrínseca do ato que deve informar produzir efeitos.

2.3.

A ESTRUTURA DO CONCURSO

O procedimento do concurso obedece a uma sequência lógica necessária. Esta sequência é determinada pelo seu fim e é convocada pela sua essência concorrencial e comparativa (trata-se de assegurar, na expressão inglesa, *a fair and open competition*).

A não determinação normativa da tramitação ou *iter* concursal não o torna juridicamente irrelevante. Por um lado, é a Administração que tem que evidenciar, «através de elementos objetivos suscetíveis de controlo», a realização de um concurso, isto é, que salvaguardou a possibilidade de candidatura dos interessados e «de que respeitou as garantias [legais] ... e que procedeu a um exame comparativo dos *dossiers*» e/ou dos candidatos²⁰⁸.

A tramitação do procedimento está sempre parametrizada pelos princípios jurídicos enunciados, que são a base da sua «lógica e correção jurídica»²⁰⁹. A adoção de trâmite ou formalidade, assim como o exercício da margem de apreciação e decisão inerente à avaliação, que os considere repercute-se sobre a validade do vínculo laboral, cuja constituição está adstrita à ordenação dos candidatos no procedimento²¹⁰.

Os sistemas de recrutamento de trabalhadores, por empregador público, segundo um estudo comparativo, publicado em 1996, reportado aos então quinze Estados-Membros agrupava-os em dois grandes grupos: aqueles em que os «procedimentos de recrutamento são formalizados» e aqueles

208 Considerando n.º 46 do Ac. do TPI (agora Tribunal Geral) de 11.11.2003, Marie-Claude Girardot c. Comissão das Comunidades Europeias, processo T-248/02.

209 Aldo M. Sandulli, *Il Procedimento Amministrativo*, cit., p. 92.

210 Aldo M. Sandulli, *Il Procedimento Amministrativo*, cit., pp. 85 a 94.

em que não existem «regulamentações específicas»²¹¹ ou «procedimentos formais de aplicação geral»²¹². Nestes, porém, não era menor o sentido da vinculação jurídica à organização de um procedimento concursal e aos princípios da igualdade e do mérito no acesso aos empregos públicos²¹³.

2.3.1. AS FASES DO PROCEDIMENTO DE CONCURSO

O procedimento do concurso compreende fases sucessivas, segundo uma lógica própria decorrente da sua natureza e finalidade, como destacado. A primeira fase é a da definição do respetivo quadro de referências; a segunda, formaliza o início do procedimento, que publicita, apelando à ampla participação dos interessados; a terceira fase tem a função de delimitar os candidatos a submeter à fase da seleção; a fase da seleção visa aferir, avaliando, a capacidade ou mérito relativo dos candidatos, ordenando-os entre si; a fase de decisão é consubstanciada pela própria ordenação dos candidatos, que é absorvida por subsequente ato homologatório²¹⁴, vinculativo da decisão ulterior de nomear, de contratar ou de designar em comissão de serviço²¹⁵.

211 Astrid Auer, Christoph Demmake e Robert Polet, *La Fonction publique dans l'Europe des 15 ...*, cit. p. 40.

212 Astrid Auer, Christoph Demmake e Robert Polet, *La Fonction publique dans l'Europe des 15 ...*, cit., p. 43.

213 Astrid Auer, Christoph Demmake e Robert Polet, *La Fonction publique dans l'Europe des 15 ...*, cit., pp. 39 a 50 e 153 e segs., e *Informe*, cit., p. 90.

214 Na hipótese de separação entre o órgão que seleciona e o órgão que recruta.

215 A fase da decisão formaliza a adoção pelo órgão competente para proceder ao recrutamento da classificação e ordenação dos candidatos, que é um pressuposto da constituição do vínculo laboral.

2.3.1.1. A FASE DA TOMADA DA DECISÃO DE ABERTURA DO CONCURSO

2.3.1.1.1. A DEFINIÇÃO DO OBJETO DO CONCURSO

O concurso é definido em momento prévio à sua abertura. A decisão de realizar um concurso respeita à fixação dos seus objecto, regras e critérios. Estes elementos são condensados no aviso de abertura do concurso²¹⁶. Sendo definidos e/ou densificados pelo júri, devem, então, ser publicados no aviso ou em simultâneo com o mesmo²¹⁷. Com efeito,

«tudo quanto possa contribuir para a selecção e graduação dos candidatos a um concurso de pessoal no contexto da Função Pública tem que estar **definido** e **publicitado** (divulgação atempada) num momento anterior ao conhecimento da identidade dos candidatos e, conseqüentemente, à abordagem dos seus currículos» (sublinhados e negritos no original)²¹⁸ ou processos de candidatura²¹⁹.»

Trata-se de garantir o seu não afeiçoamento à situação particular de algum ou alguns candidatos, isto é, a imparcialidade e, concomitantemente, a igualdade entre os candidatos²²⁰.

216 Que é, então, elaborado.

217 A primeira reunião do júri deve ser, pois, anterior à publicação do aviso de abertura do concurso. Só assim é possível evitar a aposição de uma data não real sobre a primeira ata.

218 Ac. da 1.ª Subsecção do CA do STA de 27.03.2003, processo n.º 01179/02, Ac. do 2.º Juízo do TCA Sul de 29.09.2011, processo n.º 03776/11, e Ac. da 1.ª Secção do CA do TCA Norte de 26.10.2012, processo n.º 02567/07.3BEPRT.

219 É de destacar que a exigência também se aplica à avaliação psicológica. Assim, o TCA Norte, no Ac. da 1.ª Secção do CA de 10.12.2010, processo n.º 01415/04.0BEPRT, destaca que:

«as técnicas psicológicas a seguir e os critérios objetivos de avaliação dos resultados devem ser previamente autorizados pelo júri do concurso, senão mesmo constar do aviso de abertura. Deixar à entidade avaliadora do exame psicológico a liberdade de fixação destes critérios constituiria um procedimento que objetivamente permitiria a manipulação dos resultados do concurso ou, pelo menos, aparentar essa hipótese de manipulação».

220 Cf., entre muitos outros, Ac. da 1.ª Subsecção do CA do STA de 25.01.2006, processo n.º 029420, Ac. do Pleno da Secção do STA de 23.05.2006, processo n.º 01328/03, Ac. do 1.º Juízo Liquidatário do TCA Sul de 01.06.2006, processo n.º 02290/99, Ac. do 1.º Juízo Liquidatário do TCA Sul de 24.05.2007, processo n.º 07352/03, Ac. da 2.ª Subsecção do CA do STA de 22.04.2009, processo n.º 0881/08, Ac. da 1.ª Subsecção do CA do STA de 14.05.2009, processo n.º 0318/09.

Esta mesma preocupação e a exigência de transparência postulam que a informação relativa aos procedimentos de recrutamento para emprego público esteja concentrada e disponível, em cada momento, em sítio na *Internet* de acesso livre²²¹.

2.3.1.1.2. A CONSTITUIÇÃO DO JÚRI: AS EXIGÊNCIAS DE ESPECIALIDADE E DE IMPARCIALIDADE

Atento o «papel crucial confiado ao júri do concurso, o legislador previu um determinado número de garantias, no que respeita tanto à sua constituição e composição como ao seu funcionamento»²²².

As verificações e as avaliações da seleção traduzem-se em decisões que ou produzem, por si, efeito jurídico na esfera jurídica dos candidatos²²³, ou conformam decisões relativas ao recrutamento²²⁴. A seleção deve, assim, ser assegurada por órgão que satisfaça as exigências da especialidade e da imparcialidade.

Em regra, a colegialidade de órgão depõe no sentido de uma melhor escolha, seja por, pelo debate que propicia, permitir melhor ponderá-la, seja por oferecer «maiores garantias de imparcialidade e independência»²²⁵.

221 Considere-se, a título de exemplo, o sítio na *Internet* de recrutamento para o *Civil Service* inglês – <https://jobsstatic.civilservice.gov.uk/csjobs.html/> (consulta última em 26.04.2013). Neste, estão disponíveis as seguintes funcionalidades:

«*To search for all Civil Service vacancies click on 'Civil Servants' below (please note you will need to log in first to view restricted content) – Civil Servants; e To search for Civil Service vacancies click on 'Public Job Search' below (please note that you will need to register and log in to apply for any vacancies)*» – *Public Job Search*».

222 Na formulação do considerando 39 do Ac. do Tribunal Geral (Secção dos recursos das decisões do Tribunal da Função Pública), de 14.12.2011, T-361/10 P, Comissão Europeia c. Dimitrios Pachtitis apoiado pela Autoridade Europeia para a Proteção de Dados.

223 É o caso das deliberações de exclusão na fase da delimitação dos candidatos que serão submetidos à seleção.

224 É o caso das deliberações de classificação e ordenação dos candidatos.

225 Luigi Galateria, *Gli Organi Collegiali Amministrativi*, La Struttura, Vol. I, Ristampa Inalterata, Milano, Giuffrè Editore, 1975, pp. 14 a 16.

Nesta medida, suscita reserva e é motivo de queixa²²⁶ a possibilidade de aplicação ainda que sob a responsabilidade do júri e de acordo com previsão legal do método da entrevista de avaliação de competências por «"técnico" "de gestão de recursos humanos, com formação adequada para o efeito", ou por outro técnico, "desde que previamente formado para a utilização desse método"»²²⁷.

Uma condição de possibilidade do mérito da seleção, à luz do fim a que se destina²²⁸, respeita à preparação dos membros do júri na área de conhecimento e/ou atuação a que a mesma respeita. Por outro lado, há que prevenir a não interferência de motivações alheias ao interesse funcional da seleção.

A tomada em consideração e ponderação dos interesses públicos e privados relevantes, à luz do fim legal a prosseguir, é, de resto, uma dimensão do princípio da imparcialidade – Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, *Direito Administrativo Geral, Tomo I, Introdução e princípios fundamentais*, 3.ª edição, 2008, p. 216.

226 Por constituir um juízo isolado e por não ser evidente a tecnicidade dos juízos formulados ou da formação adquirida para o efeito.

227 Nos termos do artigo 10.º, n.º 2, da Portaria n.º 83-A/2009, de 22.01, «[a] aplicação deste método de seleção é efetuada pelas entidades e com observância da seguinte ordem de prioridade: // a) Por entidade especializada pública; // b) Pela própria entidade empregadora pública que pretende efetuar o recrutamento, com recurso aos seus próprios técnicos que detenham habilitação académica e formação adequadas, quando, após consulta, por escrito, à entidade prevista na alínea anterior, fundamentadamente se revele inviável a aplicação do método por aquela entidade; // c) Por entidade especializada privada, conhecedora do contexto específico da Administração Pública, quando, após consulta, por escrito, à entidade prevista na alínea a), fundamentadamente se revele inviável a aplicação do método por aquela entidade, bem como pelos recursos próprios a que se refere a alínea anterior.»

Nas situações mais frequentes, e independentemente da demonstração da impossibilidade de aplicação por entidade pública especializada, o método é aplicado por um técnico da entidade que efetua o recrutamento.

No concurso aberto pelo aviso n.º 20582/2011, referência n.º 11/2011, de recrutamento de um assistente técnico pelo Município de Lagoa, apurou-se que o presidente da câmara municipal dirigiu, em 23.12.2011, ofício à GERAP – recebido em 28.12.2011 – pedindo a aplicação do método de seleção para o período «entre 26/dezembro e 06/janeiro 2012» e que, com base nesta impossibilidade material de concretização da aplicação do método por aquela entidade, fez aplicar o método por técnico no próprio município (processo Q-1328/12).

228 O concurso visa a seleção, de entre os candidatos no concurso, daquele que melhor possa exercer a atividade a contratar, correspondente ao emprego público em causa.

O júri deve ser composto por pessoas com preparação técnica e/ou profissional para avaliar, de forma objetiva, a capacidade ou o mérito dos candidatos; trata-se, também, de «salvaguardar o caráter exclusivamente técnico do juízo de qualquer risco de desvio em relação aos interesses de parte ou por qualquer forma diversos daqueles que são próprios do concurso, cujo objetivo não pode ser outro que a seleção dos melhores candidatos»^{229 230}.

A par da especialidade, e relacionada com esta, está, pois, a imparcialidade (artigo 266.º, n.º 2, da CRP e artigo 5.º do CPA). Nesta sede, relevam:

- a) As regras relativas à isenção dos seus membros, de acordo com as quais as relações que existem entre os membros do júri e os candidatos não devem fazer perigar a objetividade da avaliação (artigos 44.º e 48.º do CPA)²³¹.
- b) A qualidade funcional dos indivíduos que integram o júri, isto é, o tipo de função ou posicionamento inter ou intra-sujeivo em que se encontram na medida em que possa prejudicar o distanciamento postulado pelo juízo avaliativo. Assim, por exemplo, contende com a imparcialidade:

229 O Tribunal Constitucional italiano declarou inconstitucional, por violação do «princípio do bom andamento da ação da administração» norma jurídica relativa à composição de «comissão avaliadora», «na parte em que não prevê que a maioria dos membros da comissão avaliadora seja formada por pessoas dotadas de específicas competências técnicas relativamente às provas [ou métodos] do concurso» – *Sentenza* n.º 453/1990, de 26.09.1990 (<http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>) – (consulta última em 04.03.2013). Aquele princípio, lê-se ainda na sentença, impõe: «na composição das comissões, a presença de técnicos ou peritos – internos ou externos à administração, mas em todo o caso dotados de adequados títulos de estudo e profissionais relativamente à matéria objeto da prova – deve[ndo a exigência ser], se não absoluta, pelo menos prevalecte, de modo a garantir que a escolha final seja fundada sobre a aplicação de parâmetros neutrais e determinada somente pela avaliação das atitudes e da preparação dos candidatos» (*idem*; tradução própria).

230 Ver, também, Alberto Palomar Olmeda, *Guía de Concursos y Licitaciones*, cit., pp. 134 e 135.

231 Por exemplo, a determinação da composição do júri do concurso por dirigente de um serviço a que é candidata parente em linha reta.

- (i) A circunstância de algum membro do júri ter atestado os serviços prestados por candidato, não apenas descrevendo as funções exercidas, mas fazendo uma apreciação sobre o mérito ou valia desse exercício;
- (ii) A integração de júri de concurso para cargo dirigente do titular do órgão que designou em substituição o mesmo candidato²³²;
- (iii) A situação da avaliação de candidato por um júri designado por dirigente parente em linha reta daquele²³³;
- (iv) A situação em que «o Presidente e o Tesoureiro duma Junta de Freguesia, fazem parte do Júri num concurso externo de ingresso, para preenchimento de uma vaga para auxiliar administrativo, sendo o candidato classificado em 1º lugar o secretário dessa mesma Junta de Freguesia e, quando se verificam ainda relações de amizade»²³⁴;
- (v) Deve ainda ser considerado – para aferir da possibilidade de um determinado agente que exerce cargo político, sindical ou profissional integrar o júri – «qualquer elemento de possível incidência entre a atividade [que o potencial membro do júri] ... exerce e a atividade do ente que abre o concurso»²³⁵.

232 Ou ainda aquela em que o júri é integrado pelos superiores hierárquicos imediatos dos candidatos (em regra, com contratos temporários) que exercem funções no serviço a que se destina o recrutamento. Em nenhum caso, nos concursos objeto de queixa, tais candidatos deixarem de ser ordenados nos primeiros lugares (*cf.*, a título de exemplo, o concurso aberto pelo Município de Alcobaça, através do Aviso n.º 21474/2011, de 28.10, referência A).

233 No processo Q-6310/12, apurou-se que a Diretora do Agrupamento de Escolas de Santo Tirso abriu, em 15.11.2012, concurso de recrutamento de psicólogo e designou o respetivo júri tendo manifestado um mês antes, expressamente, que a sua filha tinha interesse no concurso e interesse no posto de trabalho em causa.

234 Acórdão do TCA Norte de 11.10.2007, processo n.º 00358/05.BEPNF.

235 O Conselho de Estado italiano censurou a «participação no concurso, na qualidade de Presidente, de uma pessoa que ocupava contemporaneamente dois cargos políticos num ente territorial, ambos incluídos na área de competência da *Azienda Sanitaria Unica Regionale Marche*», considerando que «dada a conexão territorial existente entre os

Para maior independência de juízo, justifica-se o recurso a entidades ou indivíduos exteriores ao serviço ou organismo que recruta e, por vezes, mesmo, não integrados em grupo de pessoal ou categoria profissional a que se destina o recrutamento. A exigência de que os membros do júri tenham categoria ou qualificação profissional superior prende-se, quer com a especialização, quer com a independência dos membros do júri.

Os membros suplentes devem preencher as mesmas exigências de especialidade e imparcialidade que os membros efetivos, pois a designação de suplentes destina-se a «permitir, em caso de impedimento dos membros titulares, a sua substituição, para que o júri possa concluir os seus trabalhos num prazo razoável, mantendo uma composição estável durante todas as provas...»²³⁶. «Uma coordenação do júri de modo a garantir a aplicação coerente dos critérios de avaliação é indispensável quando o júri reúne em diversas formações nas quais os membros suplentes substituem os titulares»²³⁷.

O ónus da prova de que o júri na sua composição obedece aos parâmetros da lei é da entidade que promove a sua abertura²³⁸.

entes interessados, não se podia excluir a “incidência [influência]” entre aquele que ocupa o cargo político (...) e a atividade do ente que abre o concurso» (tradução própria) – *Sentenza* de 18.01.2012, N. 00181/2012REG.PROV.COLL., N. 04884/2011 REG. RIC. http://www.giustizia-amministrativa.it/DocumentiGA/Consiglio%20di%20Stato/Sezione%203/2011/201104884/Provvedimenti/201200181_11.XML (consulta última em 03.05.2013).

236 Considerando 207 do Ac. do TPI de 12.03.2008, Giannini/Comissão, T-100/04, e considerando 40 do Ac. do TFP de 23.11.2010, Lars Bo Rasmussen/Comissão, T-50/98.

237 Considerando 208 do Ac. do TPI de 12.03.2008, Giannini/Comissão, T-100/04.

238 *Cf.*, *v.g.*, Ac. da 2.ª Subsecção do CA do STA de 27.01.2010, processo n.º 0978/09

(«Assim, não se demonstrando se era ou não possível constituir o júri com mais membros integrados na área funcional para a qual o concurso foi aberto, por força daquela regra do ónus da prova tem de valorar-se a dúvida processualmente a favor do Recorrente Contencioso, o que se reconduz a considerar processualmente demonstrado que não se verificava impossibilidade de integrar no júri outros elementos dessa área funcional.»)

e Ac. da 1.ª Secção do TCA Norte de 13.01.2011, 02258/05.0BEPRT

(«Cabia portanto à entidade demandada ... invocar, em tempo oportuno, e provar, que o júri do concurso tinha sido validamente constituído e, portanto, invocar, na defesa, e provar, que dele fazia parte pelo menos um professor catedrático da Universidade do Porto pertencente à área para que foi aberto o concurso.»).

A dupla garantia de imparcialidade e especialidade têm que a ter, sobretudo e em primeira linha, os candidatos. Há, pois, uma exigência, inafastável, de publicidade da qualidade dos membros do júri, que tem de ser indicada no aviso de abertura do concurso²³⁹.

2.3.1.2. A FASE DA ABERTURA DO CONCURSO

O concurso abre com a sua publicitação, através de aviso. Este dá a conhecê-lo e constitui um convite à apresentação de candidaturas.

No aviso devem constar os elementos necessários à participação no mesmo, relativos à apresentação de candidatura e à organização do procedimento. E deve constar, por outro lado, informação sobre o posto de trabalho ou emprego. Quanto aos primeiros, devem ser indicados os requisitos necessários para o exercício da atividade em causa, a data limite (e não apenas o prazo abstrato) para a apresentação das candidaturas²⁴⁰, a calendarização do procedimento e a sua duração previsível, o local onde o processo do concurso pode ser consultado ou o serviço e sujeitos junto de quem pode obter-se informação sobre o mesmo e, bem assim, os parâmetros de avaliação (por exemplo, tratando-se de um concurso que envolve a prestação de provas, deve ser prestada informação sobre a «natureza das provas e a sua cotação respetiva»²⁴¹). Quanto ao segundo, deve ser prestada informação sobre a atividade a cujo exercício se destina o recrutamento (caracterizada de forma suficientemente precisa²⁴²),

239 A «composição e identificação do júri» a que se refere a alínea s) do n.º 3 do artigo 19.º da Portaria n.º 83-A/2009, de 22.01, envolve, necessariamente, a identificação da área de formação e/ou experiência dos membros do júri.

240 Com efeito, as regras de contagem dos prazos prestam-se, por vezes, a equívocos e divergências, com prejuízo para a participação dos interessados no procedimento.

241 Considerando 41 do Ac. do Tribunal Geral da UE de 14.12.2011, Comissão Europeia/ Dimitrios Pachtitis, T-361/10 P.

242 Impõe-se registar que, muitas vezes, esta caracterização é feita de forma genérica ou parcial, o que impede a formação de uma vontade informada sobre a apresentação ou não apresentação de candidatura.

identificado o regime laboral aplicável à relação jurídica de emprego a constituir e a remuneração correspondente ou o intervalo de posições remuneratórias dentro do qual será possível a negociação respetiva.

Relativamente à Posição remuneratória passível de ser atribuída ao trabalhador, ela resulta da previsão e cabimento orçamental da respetiva despesa. O aviso de abertura deve informar com rigor sobre a remuneração ou sobre as possibilidades de remuneração. Trata-se de agir de acordo com os parâmetros da boa-fé e, bem assim, de prevenir a apresentação não informada de candidatos ao concurso que auferiram remuneração superior²⁴³.

Considere-se, a título de exemplo, o concurso de recrutamento de um assistente operacional pela Freguesia de Pedrógão Pequeno (Aviso n.º 10375/2012, de 01.08) e o facto de no n.º 4 do aviso não constar a realização de tarefas de limpezas, as quais foram, na seleção, indicadas como centrais na atividade do posto de trabalho objeto do concurso (Processo n.º 4694/12).

243 Trata-se, igualmente, de evitar o esvaziamento da precedência legal de recrutamento de trabalhador com relação jurídica de emprego por tempo indeterminado, pela apresentação surpresa depois do termo do concurso de cabimento orçamental que apenas permite um posicionamento remuneratório inferior ao que aquele já detém. Por esta via, muitos dos «concursos mistos» (abertos àquele tipo de candidatos e aos candidatos com situação diferente) revelaram-se verdadeiros concursos externos, com o aumento da despesa pública correspondente, a que a sua autorização prévia era suposto atalhar. Esta mesma situação foi identificada, designadamente, no processo R-1640/11. Neste processo, relativo ao concurso aberto para «preenchimento de dois postos de trabalho na carreira e categoria de técnico superior do mapa de pessoal dos serviços centrais – Instituto da Segurança Social, I. P., referência DRH/TS/131/2010», o ISS, I.P, informou, os interessados, no aviso de abertura, que o posicionamento remuneratório dos trabalhadores a recrutar seria o que resultasse da negociação com o Instituto da Segurança Social, I. P., após o termo do procedimento concursal (ponto 5 do aviso). Nessa data, tendo cabimentado a despesa correspondente pela primeira posição remuneratória, não dispunha de qualquer margem negocial. Esta informação foi apenas dada a conhecer após a decisão final do procedimento do concurso. A entidade pública empregadora, não estando obrigada a garantir o posicionamento remuneratório detido por candidato com prévia relação jurídica de emprego público (e a levar ao aviso de abertura a posição remuneratória a oferecer), deve agir de acordo com a confiança que a sua atuação suscita nos administrados (artigo 6.º, n.º 2, alínea a), do CPA) e atento o respetivo fim legal (artigo 6.º, n.º 2, alínea b), do CPA). A prestação de informação sobre a impossibilidade de negociação para além de determinada posição remuneratória, no aviso de abertura – para além de prevenir candidaturas de trabalhadores não interessados em remuneração inferior e a consequente utilização de recursos na sua análise – corresponde ao sentido da exigência da inclu-

2.3.1.3. A FASE DE ADMISSÃO E EXCLUSÃO DOS CANDIDATOS

Esta fase destina-se a delimitar os candidatos do concurso, aqueles que serão submetidos à seleção. A exclusão é obstativa do prosseguimento no concurso, impedindo os candidatos de demonstrar os seus méritos e/ou capacidade. Duas podem ser as causas de exclusão: *(i)* o não preenchimento dos requisitos legais de recrutamento; *(ii)* a não apresentação da candidatura dentro do prazo.

O concurso tem o «objetivo de otimização» do exercício do direito de acesso a emprego público, de permitir a todos os que reúnem «os requisitos legais a possibilidade de fazer valer os seus méritos para o desempenho do cargo»²⁴⁴. Só aqueles indivíduos em relação aos quais se possa dizer com segurança que não preenchem os requisitos fixados na lei é que podem ser excluídos. A prova dos requisitos de admissão pode ser feita na fase de delimitação dos candidatos e deve ser feita, relativamente ao candidato ou candidatos com que vai ser estabelecida a relação jurídica de emprego público, aquando da constituição desta.

O postulado de otimização do exercício do direito, assim como a ideia de «racionalidade e a maximização de eficiência dos procedimentos adoptados»²⁴⁵ (artigo 267.º, n.º 2, da CRP e artigo 10.º do CPA) impõem uma interpretação e aplicação das normas que favoreçam a participação dos interessados no concurso. De resto, não se deve perder de vista que as normas restritivas e condicionadoras do exercício de direitos fundamentais devem ser interpretadas de forma restritiva.

são no aviso de abertura do concurso de indicação sobre a posição remuneratória (previsível ou possível) para o posto de trabalho correspondente (artigo 19.º, n.º 3, alínea d), parte final, da Portaria n.º 83-A/2009, de 22.01).

244 Ac. da 1.ª Subsecção do CA do STA de 30.04.1998, processo n.º 041027.

245 Ac. da 1.ª Subsecção do CA do STA de 30.04.1998, processo n.º 041027. Neste Ac., o Tribunal decidiu, de acordo com os fundamentos destacados, que «se os termos do aviso de abertura deixarem subsistir a dúvida sobre o modo de contagem do prazo, deve optar-se pelo sentido mais favorável à apresentação de candidaturas (teoria do envio)».

Os documentos relativos à prova dos requisitos para o exercício de funções públicas devem ser analisados e valorados tendo presente: *i*) que a prova decisiva de tais requisitos apenas tem de ser feita aquando da constituição da relação jurídica de emprego; *ii*) a possibilidade de o júri/entidade que recruta poder obter essa prova, nalguns casos, junto do próprio serviço dos candidatos ou de outra entidade pública junto da qual possa ser dissipada dúvida existente²⁴⁶; *iii*) que «[n]ão pode ser excluído do concurso o candidato que faça prova de ter requerido oportunamente certidão ou cópia dos documentos comprovativos dos requisitos de admissão e que a Administração não lhes entregou a tempo de se candidatar, pois não pode ser prejudicado por falta ou irregularidade que não lhe são imputáveis»²⁴⁷.

A disponibilização (desde logo, na *Internet*) de formulários de candidatura é um instrumento de simplificação e de economia do tempo de análise dos processos de candidatura. O formulário contém a informação necessária para decidir sobre a admissão do candidato e, sendo o caso, determinar o seu posicionamento inicial em face do mesmo (por exemplo, saber se é um candidato com prévia relação jurídica de emprego público ou não; determinar os métodos de seleção a que será submetido). O formulário não é, porém, um requisito para o exercício de funções públicas

246 Sem prejuízo da relativização da regra, destaca-se a referência à circunstância de no Código de Procedimento Administrativo esloveno, resultante de alteração que teve em vista conseguir uma maior eficiência, a reunião de informação constante dos processos ou registos administrativos constituir um encargo ou incumbência das autoridades e não dos requerentes – Polona Kovač, «*The impact of the international principles, standards and praxis on (slovene) administrative procedure*», in *Revista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, Anno XVI, Numero 5/2006, p. 933.

No processo R-5351/10, relativo ao concurso aberto através do Aviso n.º 15308/2010, de 02.08, pela Câmara Municipal de Lagoa, para efeitos de determinação dos métodos de seleção cuja aplicação era devida a uma das candidatas, concluiu-se, *inter alia*, que se impunha ao júri «promover o aperfeiçoamento/esclarecimento do teor da declaração exibida por esta candidata, designadamente, junto do serviço onde ela exercia funções (cf. artigo 22.º, n.º 2, alínea d), da Portaria n.º 83-A/2009)».

247 Ac. da 1.ª Secção do CA do TCA Norte de 10.12.2012, processo n.º 01415/04.0BEPRT.

ou um requisito de recrutamento. A não utilização de um formulário não é, assim, causa de exclusão²⁴⁸.

A tarefa de verificação dos requisitos, dado o seu carácter certificativo e vinculado não demanda a intervenção de um júri ou comissão especializada, podendo ser assegurada por serviço de recursos humanos, ou, no essencial, remetida para a fase posterior a seleção, por ser inicialmente simplificada pela declaração de serem verdadeiros os factos constantes da candidatura²⁴⁹.

Em sede de admissão, coloca-se a questão de saber se é possível fazer depender a mesma do pagamento de quantia que atenda aos custos do recrutamento e sirva de garantia à participação efetiva dos candidatos no procedimento. O *Conseil Constitutionnel*²⁵⁰, em decisão de 1986, admitiu disposição legislativa nesse sentido, por o montante em causa não ter carácter excessivo e prever isenções para as pessoas sem emprego. O cuidado deve, de facto, ser grande, por a medida contender, como os deputados que suscitaram a questão salientaram, com o direito de todos fazerem valer as «suas virtudes e talentos» para aceder aos empregos públicos (artigo 47.º, n.º 2, da CRP). Crê-se, assim, que, para além, das exigências de previsão legal, do carácter comedido da quantia e de isenção dos indivíduos em situação de carência económica, dever-se-á ainda estar perante um concurso de massas, por só estes verdadeiramente terem uma

248 O artigo 24.º, n.º 4, do Decreto-Lei n.º 135/99, de 22.04 («estabelece medidas de modernização administrativa, designadamente sobre acolhimento e atendimento dos cidadãos em geral e dos agentes económicos em particular, comunicação administrativa, simplificação de procedimentos, audição dos utentes e sistema de informação para a gestão») dispõe que, «[s]alvo no caso dos atos judiciais e dos contratos a que se refere o n.º 2, não é permitida a *recusa de aceitação ou tratamento* de documentos de qualquer natureza com fundamento na *inadequação dos suportes* em que estão escritos, desde que não fique prejudicada a sua legibilidade» (itálicos nossos).

249 Alberto Palomar Olmeda, *Guía de Concursos y Licitaciones*, cit., p. 129.

250 Décision n.º 86-209 DC du 03 juillet 1986, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1986/86-209-dc/decision-n-86-209-dc-du-03-julillet-1986.8275.html> (consulta última em 30.04.2012).

expressão financeira relevante e suscitarem inúmeras candidaturas que nem sempre se concretizam em participação no procedimento.

2.3.1.4. A FASE DE SELEÇÃO

A seleção é a chave do sucesso do concurso atento o objetivo do recrutamento do melhor candidato. Trata-se de aferir do mérito dos candidatos e de os ordenar correspondentemente.

2.3.1.4.1. OS MÉTODOS DE SELEÇÃO

2.3.1.4.1.1. A ADEQUAÇÃO DOS MÉTODOS DE SELEÇÃO

A «melhoria da eficiência da Administração está condicionada, designadamente, pela qualidade dos indivíduos que lhe prestam serviço ou atividade, a qual é, por sua vez função dos métodos de recrutamento e seleção utilizados», lê-se no parágrafo 1 do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 171/82, de 10.05 (revogado)²⁵¹. Em 1969, Eduardo Sebastião Vaz de Oliveira registava como disfunção da função pública portuguesa, o «empirismo no recrutamento»²⁵². As afirmações mantêm atualidade. A eficácia da seleção depende da adequação dos métodos utilizados e da

251 Cf. § 1 do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 171/82, de 10.05 (diploma que «define os princípios gerais informadores do recrutamento e seleção de pessoal dos quadros dos serviços ou organismos da administração central e dos institutos públicos que revistam a natureza de serviços personalizados ou de fundos públicos»), revogado pelo Decreto-Lei n.º 44/84, de 10.02, também revogado (o qual definiu os princípios gerais enformadores do recrutamento e seleção de pessoal e do processo de concurso na função pública).

252 Eduardo Sebastião Vaz de Oliveira, «A Função Pública Portuguesa. Estatuto Novo ou Nova Política?», in *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 122, Centro de Estudos Fiscais da Direcção-Geral das Contribuições e Impostos, Ministério das Finanças, 1969, p. 71. Eduardo Sebastião Vaz de Oliveira refere ainda que a evolução posterior a 1835 foi no sentido da «estruturação de um sistema de acesso, em "casta fechada" - fechada aos homens e fechada às ideias -, a que o autodidatismo na preparação técnico-administrativa dos funcionários não emprestava sequer as condições mínimas de uma progressiva mentalização dos agentes administrativos» (*ibidem*, p. 76).

forma como são aplicados, adequação que constitui igualmente uma exigência de objetividade da seleção. Os métodos e critérios: *(i)* devem ser relevantes para aferir da capacidade para o exercício da atividade do posto de trabalho; *(ii)* a sua densificação em concreto deve fazer-se em função da sua «fiabilidade e validade...para verificar a capacidade dos candidatos» e, bem assim, propriedade «para avaliar as competências que fazem parte do perfil de idoneidade previamente definido»²⁵³.

Entre os problemas principais contam-se: *(i)* o do afastamento sistemático da avaliação psicológica; *(ii)* o da utilização privilegiada da avaliação curricular, centrada sobre um prévio contacto funcional com a Administração Pública; *(iii)* o da realização de provas de conhecimentos que apelam a conhecimentos descritivos, em detrimento da capacidade de aplicação²⁵⁴, assentes no conhecimento e/ou indicação de legislação para profissões com elevada dimensão técnica não jurídica; conhecimento legislativo e organizacional, ademais, muitas vezes centrado naquele que advém de uma prévia ligação funcional com a entidade pública que pretende recrutar trabalhador.

Na seleção do que se trata é de apurar a capacidade para o exercício de uma atividade laboral. A capacidade é, por um lado, uma capacidade geral ou de base e, por outro, uma capacidade específica. Assim, por exemplo, o processo de seleção para o quadro permanente das instituições europeias compreende, numa primeira fase, provas de escolha múltipla de raciocínio verbal e, por vezes, numérico, seguidas de avaliação de conhecimentos relativos à União Europeia e, por vezes, de conhecimentos específicos; depois, segue-se uma prova escrita, de aferição da capacidade

253 *Informe cit.*, p. 91.

254 *Informe cit.*, p. 96.

de aplicação dos conhecimentos técnicos necessários para o exercício das funções, e, por último, uma prova oral^{255 256}.

2.3.1.4.1.2. A TIPOLOGIA DOS MÉTODOS DE SELEÇÃO

A) A prova de conhecimentos

A prova de conhecimentos deve versar sobre os conhecimentos (académicos e/ou profissionais) cuja aplicação importa para o exercício da atividade a que se destina o recrutamento²⁵⁷. O que não permite senão o questionamento residual sobre matérias que tenham apenas uma relevância geral para aquele exercício e exclui que o conhecimento da lei seja, para as profissões não jurídicas, erigido a objeto central de tais provas, assim como que à especificação das respetivas normas seja atribuído, na grelha de correção, peso determinante²⁵⁸.

Efetuada as provas de conhecimentos deve a Administração tornar disponível, de imediato, a grelha de correção²⁵⁹ de forma a excluir qualquer

255 Cf., *v.g.*, http://europa.eu/epso/apply/sample_test/index_en.htm#chapter1.

256 Com o mesmo tipo de preocupações e similar organização, ver, sobre o recrutamento no Reino Unido, <http://www.civilservice.gov.uk/networks/ges/assistant/recruitment-process> (último acesso em 26.04.2013).

257 Sobre a consideração da existência de erro manifesto de interpretação na prova de conhecimentos com perguntas não relacionadas com o conteúdo funcional do lugar a prover, ver Ac. da 1.ª Secção de 10.03.2011, processo n.º 0184/11. O STA rejeitou recurso de revista excecional, não deixando de observar que a «decisão recorrida se mostra justificada e plausível».

258 Por exemplo, no processo R-1752/11, relativo ao concurso de recrutamento de dois técnicos superiores (não juristas) pelo Município de Aveiro para o Departamento de Cultura e Turismo, aberto em 19.02.2010, pelo aviso n.º 3641/2010, o júri atribuiu à indicação das normas jurídicas nas respostas, às sete perguntas colocadas, 1/2 da cotação, quanto a três, 2/3 (66,6%), em relação a duas e 1/3 da cotação (33,3%) às outras duas. Acresce que nem o enunciado da prova nem qualquer outro documento contemporâneo da prova referem a necessidade de indicação das normas legais da legislação objeto de consulta.

259 O padrão de resposta por cada pergunta e os critérios da respetiva avaliação.

dúvida sobre a objetividade das opções efetuadas²⁶⁰. Na realização das provas escritas, «deve ser garantido o anonimato para efeitos de correção»²⁶¹.

O princípio da igualdade postula que «as provas tenham lugar nas mesmas condições para todos os candidatos e, no caso das provas escritas, a necessidade prática de comparar os trabalhos dos candidatos impõe que as provas sejam as mesmas para todos». Assim, em regra, a data das provas deve ser a mesma para todos os candidatos²⁶².

A existência de motivos atendíveis, correspondentes ao exercício de direitos ou respeitantes à proteção de certos bens jurídicos, deve ser considerada na marcação da data²⁶³. Tal pressupõe que, em regra, o júri tenha sido informado oportunamente²⁶⁴.

O princípio enunciado não afasta a realização posterior de prova de conhecimentos para alguns candidatos em face de situações objetivamente diferentes, que o justifiquem. Nesta perspetiva, o Tribunal de Justiça da União Europeia considerou que a realização de provas escritas em 12.03.1999 para cinco candidatos ilegalmente excluídos de um concurso (como acertado, judicialmente, quanto a um deles) quando os demais candidatos (inicialmente admitidos) realizaram tais provas em 23.10.1998 não violava o princípio da igualdade e, em particular, a sua jurisprudência,

260 É recorrente a atuação contrária. A título de exemplo, no concurso aberto através do Aviso n.º 3023/2011, pelo Município de Vila Nova de Famalicão, o júri só elaborou «a correção-tipo da prova escrita de conhecimentos» depois de solicitada por uma das candidatas, correção que passou a figurar no anexo à ata n.º 8, de 25.01.2012, prova cuja aplicação tivera lugar em 02.06.2011.

261 Cf. artigo 9.º, n.º 7, da Portaria n.º 83-A/2009, de 27.02.

262 Conclusão 1 e considerandos 13 e 14 do Ac. do TJCE de 27.10.1979, processo C-130/75, Vivien Prais c. Conselho das Comunidades europeias, e considerandos 35 e 36 do Ac. do TPI de 16.10.1990, T-132/89, Vincenzo Gallone c. Conselho das Comunidades Europeias.

263 Por exemplo, há que considerar as convicções religiosas de um candidato, que, de acordo com a respetiva prática oficial, o impeçam de se apresentar no dia das provas.

264 Conclusão 1 e considerandos 17 a 19 do Ac. do TJCE de 27.10.1979, Vivien Prais, citado.

que postula, em regra, a realização num mesmo dia da mesma prova escrita de conhecimento para os candidatos de um concurso. Com efeito, o Tribunal: *(i)* notou que a situação dos candidatos de ambas as provas era diferente, destacando o facto de os primeiros, por força de decisão ilegal, não terem tido a possibilidade de realizar as primeiras provas²⁶⁵; *(ii)* considerou não proceder a invocação de que do conhecimento daquelas lhes advinha uma qualquer vantagem, sujeitos que estão a uma prova sobre as mesmas temáticas mas com perguntas distintas^{266 267}. O Tribunal igualmente considerou que a realização de uma «segunda série de provas escritas se revelou ser o melhor meio de reintegrar da melhor forma a esfera jurídica dos interessados, respeitando devidamente os princípios da segurança jurídica e da boa administração»²⁶⁸. Note-se que: *(i)* a sujeição do candidato a uma outra prova de conhecimentos não implica colocar em causa a estabilidade da decisão concursal relativa aos demais candidatos; *(ii)* trata-se de encontrar uma solução atenta a correção jurídica que se impõe para a sua situação²⁶⁹, isto é, de rever, dentro dos parâmetros concursais, a decisão de exclusão, praticada quanto ao mesmo, por falta de comparência à prova, com os trâmites subsequentes.

A convocatória para a prova de conhecimentos deve ser efetuada de acordo com as exigências próprias da notificação – enquanto comunicação individual dirigida à esfera jurídica pessoal de cada um dos candidatos (o que a comunicação por *e-mail* possibilita em relação à generalidade dos candidatos, independentemente do seu número) – com as informações

265 Cf. considerandos 28 e 33 do Ac. do TPI de 23.01.2003, T-53/00, Serena Angioli c. Commission des Communautés européennes.

266 Considerandos 34 e 25 do Ac. do TPI de 23.01.2003, Angioli, citado.

267 Também o STA, no Ac. da 2.^a Subsecção do CA de 22.07.2008, processo n.º 0307/08, destacou: «A prova de conhecimentos a que tem de ser submetido o candidato que inicialmente tinha sido excluído não tem de ser idêntica àquela a que foram submetidos os candidatos que não foram inicialmente excluídos do concurso».

268 Cf. parte final do considerando 32 do Ac. do TPI citado de 23.01.2003.

269 Considerando 33 do Ac. do TJCE de 14.07.1983, processo n.º 144/82, Armelle Detti c. Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias.

bastantes que permitam a comparência e a realização da prova em igualdade de condições^{270 271}.

A possibilidade de comparência à prova de conhecimentos e a efetiva oportunidade de a realizar de forma preparada²⁷² pressupõe que os candidatos sejam convocados com a antecedência suficiente. Como prazo razoável deve aqui considerar-se o prazo geral para a Administração levar ao conhecimento dos interessados as suas decisões, que é o prazo de oito dias úteis fixado no artigo 69.º do CPA. Um prazo mais curto só é aceitável caso o júri tenha levado ao conhecimento atempado dos candidatos a calendarização dos atos do concurso e esta venha, de facto, a ser cumprida²⁷³.

270 Os concursos objeto de queixa ao Provedor de Justiça revelam prática contrária. Ilustrativo desta é o caso do concurso aberto através do Aviso n.º 3023/2011, pelo Município de Vila Nova de Famalicão. O júri convocou os candidatos para prova de conhecimento a aplicar em 02.06.2011 através do Aviso n.º 10372/2011, de 06.05, dizendo apenas «que se encontra[va] afixada no placard do átrio de entrada da Divisão Municipal de Recursos Humanos d[a] autarquia e disponível na sua página eletrónica (www.cm-vnfamalicao.pt), a convocatória para a realização da prova escrita de conhecimentos com a indicação da hora, data e local para a sua realização» (processo R-5673/11).

271 No «concurso de promoção, para acesso à categoria de assessor da carreira de apoio geral – técnico superior da Segurança Social, do quadro de pessoal em regime de contrato individual de trabalho do ISS, I.P.», aberto em 29.02.2008, pelo ISS, I.P., foi notificado, entre outros que não se encontravam em exercício de funções no instituto, trabalhador em situação de mobilidade na Câmara Municipal de Arganil. Este, no requerimento de candidatura, pediu para «ser informado da data da prova escrita de conhecimentos», uma vez que «se encontra[va] ... em Comissão Extraordinária de Serviço na Câmara Municipal de Arganil». Sobre o assunto, não lhe foi prestada informação, designadamente, sobre os meios pelos quais poderia vir a conhecer a data, hora e local da prova de conhecimentos. O «aviso relativo à realização da Prova Escrita de Conhecimentos foi afixado nos locais de estilo e publicitado na Intranet», em 24.06.2008, tendo a prova lugar em 28.06.2008, da qual o candidato só veio a saber já depois desta ter tido lugar, na sequência de pedido de informação que formulou (sobre esta situação, cf. processo R-4210/09).

272 E, portanto, com utilidade para a Administração e para os candidatos.

273 A prática conhecida – nos termos da qual os candidatos chegam a ser convocados com 24 horas de antecedência e desconhecem, em regra, a calendarização do concurso – é contrária ao princípio da igualdade de oportunidades. O artigo 32.º da Portaria n.º 83-A/2009, de 22.01, estabelece, por um lado, que os candidatos admitidos são convocados no prazo de cinco dias úteis após a admissão para a realização dos métodos. A convocatória não significa aplicação dos métodos. Por outro lado, como resulta do n.º

B) A entrevista

A entrevista tem por objetivo aferir da idoneidade do perfil pessoal e da motivação do candidato para o emprego público em causa. Não se confunde com a prova de conhecimentos nem com a avaliação do percurso profissional do candidato. Tratando-se de uma entrevista profissional, o facto de assentar numa «relação interpessoal» não significa que possa «ficar dependente de meros critérios pessoais desligados de qualquer objetividade»²⁷⁴. A objetividade na aplicação do método implica:

- (1) A predefinição do objeto da entrevista, isto é, dos temas ou assuntos sobre que versará;
- (2) A fixação prévia dos parâmetros e critérios de apreciação e valoração;
- (3) A publicidade da própria entrevista²⁷⁵;
- (4) A fundamentação das respetivas deliberações.

Particular destaque merece a garantia da fundamentação. Trata-se da principal garantia do método da entrevista profissional de seleção, atento o carácter subjetivo inerente à sua aplicação.

A garantia da fundamentação dos atos administrativos confere a quem seja afetado o direito de ser inteirado das razões que os explicam. A fundamentação importa a «obrigação de enunciar expressamente os motivos de facto e de direito que determinaram o seu agente» (Acórdão do TC n.º 266/87²⁷⁶ e artigo 125.º, n.º 1, do CPA).

2 do artigo, no prazo de cinco dias só se pode iniciar a aplicação dos métodos que não exijam a presença dos candidatos.

274 Ac. da 1.ª Subsecção do CA do STA de 16.12.2009, processo n.º 0882/09 (ponto II do Sumário).

275 O Provedor de Justiça emitiu recomendação no sentido de o método da entrevista profissional de seleção ser realizada com publicidade (*Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República – 2001*, pp.456 e 457).

276 Cf. ponto III.B.1 do Acórdão do Plenário de 08.07.1987, processo n.º 78/86:

«A fundamentação assume papel de especial importância na apreciação da legalidade dos atos administrativos praticados no exercício de poderes discricionários, sem embargo da sua

Na entrevista profissional de seleção, os «fundamentos de direito»²⁷⁷ – para além das normas jurídicas que enquadram a aplicação do método – correspondem aos parâmetros (gerais) de avaliação, isto é, ao objeto e fatores de avaliação fixados para a mesma. Os fundamentos de facto reportam-se à demonstração da sua aplicação, à indicação dos aspetos negativos e dos aspetos positivos na prestação do candidato²⁷⁸. Por outro lado, reporta-se à explicação do juízo comparativo entre candidatos, atenta a noção e estrutura do concurso^{279 280}.

Com a revisão constitucional de 1997, o artigo 268.º, n.º 3, da CRP passou a impor que a fundamentação dos atos administrativos que afetem

importância no domínio dos poderes vinculados. // Como escreveu Marcello Caetano (*ob. cit.*, p. 435), “a fundamentação exerce no ato resultante do exercício de poderes vinculados o mesmo papel que na sentença: mostra como os factos provados justificam a aplicação de certa norma e a dedução de determinada conclusão, esclarecendo o objeto do ato. // Mas, se o poder exercido é discricionário, tem ainda maior importância, pois vem revelar as razões que levaram o órgão a escolher uma solução, em vez de outra, de entre as que lhes estavam facultadas.”.

277 Recorde-se que o artigo 125.º, n.º 1, do CPA, estabelece: «A fundamentação deve ser expressa, através de sucinta exposição dos *fundamentos de facto e de direito* da decisão, podendo consistir em mera declaração de concordância com os fundamentos de anteriores pareceres, informações ou propostas, que constituirão neste caso parte integrante do respetivo ato» (itálicos nossos).

278 Ac. do 2.º Juízo do TCA Sul de 29.09.2011, processo n.º 03776/11 (Há que fazer o registo das razões das classificações parciais atribuídas em cada fator e a «análise crítica das diferenças de pontuação atribuídas aos vários candidatos»).

279 Que enunciar os parâmetros da avaliação não chega resulta do próprio artigo 13.º, n.º 2, da Portaria n.º 83-A/2008, de 22.01, uma vez que estabelece que a ficha de cada entrevista deve conter: (i) o resumo dos temas abordados; (ii) os parâmetros de avaliação; (iii) a classificação obtida em cada um deles; (iv) e a devida fundamentação desta (classificação). Esta norma, à indicação dos temas (perguntas), parâmetros de avaliação e classificação obtida em cada parâmetro, acrescenta a necessidade de fundamentação da classificação.

280 Observa-se ainda que as dificuldades práticas de registo do teor das afirmações dos candidatos (para além de não serem suficientemente relevantes, atenta desde logo a composição coletiva do júri) não procedem, porque do que se trata é de registar, após cada entrevista, os aspetos concretos que explicam a subsunção feita aos intervalos valorativos.

direitos ou interesses legalmente protegidos, para além de expressa, seja também «acessível»²⁸¹.

A fundamentação não «pode ser genérica e abstrata»; não pode assentar em formulações tipo, «aplicáveis a todo um conjunto de candidatos»²⁸², pois a subsunção aos parâmetros de avaliação envolve a indicação dos motivos de facto cuja indicação é postulada pela fundamentação nos termos do artigo 125.º, n.º 1, do CPA.

A lei distingue a «entrevista de avaliação de competências» da «entrevista profissional de seleção». A primeira «visa obter, através de uma relação interpessoal, informações sobre *comportamentos profissionais* diretamente relacionados com as competências consideradas essenciais para o exercício da função», devendo «permitir uma *análise estruturada da experiência*, qualificações e motivações profissionais, através de *descrições comportamentais* ocorridas em situações reais e vivenciadas pelo candidato»²⁸³. A segunda, na expressão da lei, «visa avaliar, de forma objetiva e sistemática, a *experiência profissional e aspetos comportamentais* evidenciados durante a interação estabelecida entre o entrevistador e o entrevistado, nomeadamente os relacionados com a capacidade de comunicação e de relacionamento interpessoal» (itálicos nossos).

A primeira é aplicada por técnico com formação específica para a sua aplicação²⁸⁴, ao invés da segunda que é aplicada pelo júri.

Quanto à sua metodologia, a lei dispõe que a «entrevista de avaliação de competências» se baseia «num guião de entrevista composto por

281 Cf. Acórdão da 2.ª Secção do TC n.º 383/2005/T. Const.-Processo n.º 9/2005, publicado no *Diário da República*, 2.ª série, n.º 199, de 17.10.2005, p. 14801.

282 Ac. da 1.ª Subsecção do CA do STA de 16.12.2009, processo n.º 0882/09 (ponto II do Sumário); e Ac. da 1.ª Secção do TCA Norte de 26.10.2012, processo n.º 02567/07.3BEPRT (o Tribunal considerou não estar fundamentada «a atribuição a um mesmo fator / critério [“capacidade de resolução de problemas”] de pontuações diversas [14,677 e 13,333 valores] com base em motivação escrita idêntica...»).

283 Cf. artigo 12.º, n.ºs 1 e 2, da Portaria n.º 83-A/2009, de 22.01.

284 Cf. artigo 12.º, n.º 3, da Portaria n.º 83-A/2009, de 22.01.

um conjunto de questões diretamente relacionadas com o perfil de competências previamente definido», o qual «deve estar associado a uma grelha de avaliação individual que traduza a presença ou a ausência dos comportamentos em análise». Este enunciado propicia a prática incorreta (artigo 125.º, n.º 1, do CPA) de não ajustar qualquer fundamentação ao preenchimento, naqueles termos, de tal grelha.

Tirando estes dois aspetos, na prática, a distinção não é sempre visível do ponto de vista dos objetivos e do seu objeto.

C) A Avaliação curricular

A avaliação curricular é o método que afere da qualificação a partir do seu passado profissional fazendo uma avaliação dos candidatos mediada pelo currículo e/ou outros documentos que a registem.

Dado que não permite por si a prova da capacidade e/ou adequação dos candidatos, em Espanha, a *Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público* reserva-lhe um papel excepcional²⁸⁵ e/ou complementar: não pode ser utilizado como único método e a sua valoração concursal não pode por si mesma determinar o resultado do concurso²⁸⁶. A avaliação curricular é, na LVCR, o método de seleção regra aplicável aos candidatos com relação jurídica de emprego público por tempo indeterminado quando o recrutamento se destine à constituição de relação jurídica com

285 Cf. artigo 61.º, n.º 6, *Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*:

«Los sistemas selectivos de funcionarios de carrera serán los de oposición y concurso-oposición que deberán incluir, en todo caso, una o varias pruebas para determinar la capacidad de los aspirantes y establecer el orden de prelación // Sólo en virtud de Ley podrá aplicarse, con carácter excepcional, el sistema de concurso que consistirá únicamente en la valoración de méritos.» (http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l7-2007_t4.html#a61; <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-7788> – (último acesso em 23.02.2013).

286 Cf. artigo 61.º, n.º 3, *Ley 7/2007*: «Los procesos selectivos que incluyan, además de las preceptivas pruebas de capacidad, la valoración de méritos de los aspirantes sólo podrán otorgar a dicha valoración una puntuación proporcionada que no determinará, en ningún caso, por sí misma el resultado del proceso selectivo» (*idem*).

idêntica duração para o exercício de uma mesma atividade; e é igualmente aplicada ao recrutamento de trabalhador por tempo determinado²⁸⁷.

A aplicação dos fatores de avaliação (habilitações académicas, experiência profissional, formação profissional e avaliação de desempenho) fixados, embora sem carácter exaustivo, na lei, tende a favorecer situações funcionais públicas prévias de candidatos individualizados, diminuindo em muito as oportunidades dos demais²⁸⁸.

No que se refere à **experiência profissional**, destaca-se o seguinte:

- (1) A experiência profissional que deve ser considerada é toda a que seja relevante para o exercício da atividade objeto do concurso. Tal significa que deve ser contabilizado o tipo, a natureza e a qualidade da experiência profissional e não o contexto institucional onde foi adquirida²⁸⁹. O reconhecimento da experiência profissional, quer seja adquirida no setor público ou no setor privado, e independentemente da natureza jurídica do vínculo laboral, constitui, de resto, um imperativo do Direito da UE associado ao princípio da livre circulação dos trabalhadores²⁹⁰.

287 Cf. artigo 39.º, n.º 2, da LVCR.

288 A situação não só é recorrente como não se podem noticiar casos em que o princípio da igualdade de oportunidades tenha ficado verdadeiramente assegurado.

289 No concurso de recrutamento de dois técnicos superiores para o Departamento de Armas e Explosivos da PSP, aberto pelo Aviso n.º 23451/2010, de 16.11.2010, referência A, foi valorado o contexto institucional da aquisição da experiência (processo R-4937/11).

290 Jacques Ziller, *Free Movement of European Union Citizens and Employment in the Public Sector Current Issues and State of Play Part I – General Report Report for the European Commission*, p. 70 («No difference should be made according to the Member State where a given condition has been fulfilled – such as the acquisition of professional qualification, professional experience, seniority and the like»). Ver, igualmente, Astrid Auer, Christoph Demmake e Robert Polet, *La Fonction publique dans l'Europe des 15*, cit., p. 150; o objetivo é o da alteração dos regimes jurídicos nacionais de modo a permitir o «desenvolvimento de carreira transfronteiriça» (p. 39).

- (2) A graduação dessa valoração não pode ser niveladora de experiências de valia objetivamente distinta²⁹¹ nem adotar intervalos avaliativos acentuados que diferenciam desproporcionadamente períodos de experiência muito próximos²⁹².
- (3) Não se pode igualmente desconsiderar experiências de igual valia às que tenham sido prévia e abstratamente configuradas²⁹³.
- (4) A não consideração de experiência objetivamente relevante e a consideração de experiência irrelevante pode inquinar as deliberações respetivas do júri por erro nos pressupostos de facto²⁹⁴

291 Cf. Ac. da 1.ª Secção do CA do TCA Norte de 10.04.2008, processo n.º 00950/05.8BEPRT: «Ora, tendo presente tudo isto, cremos que a fixação da pontuação do *item* FP e do *subitem* FC, nos termos fixados no aviso n.º 588/2002, não respeita devidamente as exigências dos princípios da igualdade e da proporcionalidade, na medida em que classifica de modo igual situações materialmente desiguais, não permitindo dar a devida relevância às diferenças de classificação de curso existentes entre os diversos candidatos, e permitindo a existência de saltos classificativos verdadeiramente desproporcionados. As classificações de curso constituem resultados que devem ser respeitados, e que são materialmente diferenciadores das situações dos candidatos, de modo que a maneira de classificar em questão, mediante escalões estanques, acaba por tratar de forma semelhante, sem justificação, situações materialmente diferentes, e por ferir a justa medida que se impõe na diferenciação dos candidatos.»

292 No concurso de recrutamento de dois técnicos superiores para o Departamento de Armas e Explosivos da PSP, aberto pelo Aviso n.º 23451/2010, de 16.11.2010, referência A (processo R-4937/11), o júri atribuiu 14 valores aos candidatos com três anos e um dia de experiência e zero valores aos candidatos com 3 anos de experiência.

293 Cf., *v.g.*, Ac. do TFP de 17.11.2009, F-99/08, Rita Di Prospero c. Comissão das Comunidades Europeias, considerandos 22 e 23.

294 Ac. do TCA Norte de 06.06.2007, processo n.º 00643/01-Porto:

«II – Na sequência do aviso de abertura do concurso, dos métodos de seleção ali definidos e da autovinculação efetuada pelo júri, em termos de densificação dos fatores de seleção e avaliação dos candidatos, expressa na ata inicial, aquele deve classificar a “experiência profissional específica” dos candidatos segundo juízos de mera realidade e não de valor, exercendo, nessa subsequente tarefa, poderes destituídos de uma qualquer margem de discricionariedade. // – Ocorre vício de violação de lei (erro sobre os pressupostos) quando o júri de um concurso para o cargo de Diretor de um Lar de Idosos considera no fator “experiência profissional específica» (EPE), relativamente a um dos candidatos, as funções de “Coordenador do Serviço de Fiscalização de Ação Social” quando esta aludida experiência profissional daquela área não poderia ter sido valorada visto não contender com o exercício de uma atividade específica conexas com “resposta social no domínio da população idosa” exigida em termos concursais”».

É, porém, discutível o juízo sobre o erro no caso, uma vez que a experiência profissional específica não pode ser uma prévia experiência no cargo ou em cargo idêntico.

e consubstanciar violação do princípio da imparcialidade, de acordo com o qual, «no exercício da sua margem de livre decisão, a administração tem que tomar em consideração e ponderar todos os interesses públicos e privados relevantes para a decisão e só estes»²⁹⁵.

- (5) No que se refere à prova «dos elementos relevantes para a apreciação do mérito», a sua exigência ou dispensa deve resultar do aviso de abertura do concurso, dado poder influenciar o resultado do concurso²⁹⁶.

A aquisição de novas «aptidões e competências» por parte dos trabalhadores está assinalada como um instrumento de melhoria do desempenho dos serviços e organismos públicos. Neste contexto, é advogada a chamada «formação qualificante», que se pretende traduzida em melhor empregabilidade ou em melhor desempenho profissional. Mais do que a quantidade, é enfatizada a necessidade de ajustamento dos conteúdos formativos à prestação do trabalho, numa perspetiva imediata ou de médio prazo, e a necessidade de dinamização da «autonomia e das competências» dos trabalhadores, assente, como tal, num prévio diagnóstico das necessidades formativas do trabalhador à luz dos interesses do empregador; de igual modo é referido que há que promover uma formação que considere a necessidade inafastável «de trabalhar num contexto europeu»²⁹⁷.

Ver, também, Ac. do TCA Norte de 17.05. 2007, processo n.º 00709/01-Coimbra, ponto III do sumário.

295 Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, *Direito Administrativo Geral, Tomo I, Introdução e princípios fundamentais*, 1.ª edição, 2004, p. 210; e 3.ª edição, 2008, p. 216.

296 Cf. Ac. da 1.ª Subsecção do CA do STA de 06.10.2011 do STA, processo n.º 0190/11.

297 Neste sentido, quanto à função pública na Alemanha, cf. <http://www.oecd.org/> e <http://www.bmi.bund.de> e http://www.bmi.bund.de/EN/VeroeffDokumente/veroeffdokumente_node.html?gtp=441368_unnamed%253D2 (consulta última em 26.04.2013).

Na falta do referido diagnóstico, atentas as desigualdades de acesso à formação²⁹⁸, a ausência da avaliação desta e de um efetivo controle sobre a sua relevância para o exercício funcional e, por vezes, a própria dificuldade em afirmar a ausência dessa conexão, impõe-se um cuidado particular na valoração da formação profissional em sede de avaliação curricular.

A **avaliação do desempenho** é o instrumento pelo qual se afere e valora o exercício funcional dos trabalhadores públicos. Inscrevem-se no âmbito subjetivo do respetivo regime jurídico todos os que são parte numa relação jurídica de emprego público²⁹⁹. A avaliação do desempenho é um fator a considerar na avaliação curricular quando o candidato disponha dessa avaliação e quando para o posto de trabalho objeto do concurso releve especificamente essa avaliação, o que acontece quando se reporta a atividade similar³⁰⁰; pelo que não pode ser considerada quando respeite a atividade diferente³⁰¹.

Os candidatos a um concurso que não são trabalhadores públicos não têm avaliação de desempenho³⁰². Como tal, esta não constitui para os mesmos um fator que possa ser considerado na avaliação curricular³⁰³.

298 Acresce que, em relação aos candidatos sem qualquer ligação funcional prévia com a Administração Pública, existe dificuldade de acesso (seja por a divulgação não se fazer junto dos mesmos seja por não contarem com o custeio da mesma) à formação dirigida aos trabalhadores públicos.

299 Cf. artigo 2.º, n.º 4, alíneas b) e c), da Lei n.º 66-B/2007, de 28.12.

300 Interessa conhecer qual a avaliação que mereceu no passado o desempenho do trabalhador no exercício das funções.

301 A alínea d) do n.º 2 do artigo 11.º da Portaria n.º 83-A/2009, de 22.01, releva a avaliação do desempenho **apenas** quando o «candidato cumpriu ou executou atribuição, competência ou atividade idênticas às do posto de trabalho a ocupar».

302 A avaliação curricular não pode ser aplicada, de resto, a quem não tem uma relação jurídica de emprego por tempo indeterminado quando se trate de recrutar trabalhador por tempo indeterminado.

303 A atuação contrária acontece, porém, repetidas vezes. Foi o caso, por exemplo, dos concursos abertos pelos avisos n.ºs 15066/2011 e 15067/2011, ambos de 29.07, relativos ao recrutamento para o Centro Novas Oportunidades da Escola Secundária de Amarante, respetivamente, de três técnicos superiores e de um técnico de diagnóstico e encaminhamento para o mesmo Centro - processos R-3779/11 e R-3800/11.

Valorar aos candidatos um fator que não podem, absolutamente, preencher, por legal e materialmente não poderem ter avaliação de desempenho, é avaliar uma ficção jurídica, **uma não realidade**, é desconsiderar a impossibilidade jurídica que a decisão comporta, relevante, como tal, nos termos do artigo 133.º, n.º 2, alínea c), do CPA³⁰⁴. É também atuar de forma contrária à boa-fé (artigo 6.º-A, n.º 1, e n.º 2, alínea b), do CPA), porque – sabendo-se que o candidato não pode ter avaliação de desempenho – valoriza-se aquilo que não pode, absolutamente, ter, colocando-o, sempre e inevitavelmente, em posição de irremediável desigualdade.

Também aos candidatos que, por motivo que não lhe seja imputável, não tenham avaliação de desempenho não pode ser considerada esta falta. A atribuição de qualquer valoração (tendencialmente, zero valores ou a valoração mínima de dez valores) será sempre injusta, distorcendo para menos ou para mais o posicionamento relativo dos candidatos no fator³⁰⁵.

Quanto à ponderação das habilitações académicas em sede de avaliação curricular, como seria redundante valorar a mera titularidade das habilitações legais exigidas, uma vez que constitui um requisito de recrutamento, tal ponderação passa por considerar a titularidade de habilitações académicas de grau superior ou a titularidade de outras do mesmo grau.

Mais delicada é a questão de saber se pode ser adotado como critério de avaliação a nota final de curso. O Tribunal Central Administrativo Sul, no Acórdão do 1.º Juízo Liquidatário de 17.06.2004, processo n.º 10711/01,

304 Que comina com a nulidade os atos com objeto material ou juridicamente impossível.

305 A contabilização ou a atribuição de um valor à falta de avaliação é uma atuação incorreta detetada inúmeras vezes. Pode indicar-se, a título de exemplo, os 13 concursos da Administração Regional de Saúde do Centro para o recrutamento de técnicos superiores (área de serviço social), abertos pelo aviso n.º 6408/2010, de 29.03 (processos R-1060/11 e R-6228/10). Para melhor compreensão do que está em causa, considere-se a seguinte fórmula de avaliação: $AC = (2*20 + 13+6*6+0) / 10 = 8,9$; e a mesma fórmula corrigida, isto é, que integra a falta de avaliação de desempenho: $AC = (2*20 + 13+6*6) / 9 = 9,8$.

julgou ilegal a decisão que, quanto ao fator «habilitação académica de base», adotou este critério. Disse que

«não tem acolhimento legal, violando, não só a alínea a), do n.º 2, do artigo 22.º, do DL n.º 204/98³⁰⁶, onde se pondera a titularidade do grau académico, como também a garantia de um critério objetivo de avaliação, estabelecida na alínea c), do n.º 2, do artigo 5.º, do referido diploma» (que determina «[a] aplicação de métodos e critérios objetivos de avaliação»)³⁰⁷.

A adoção deste critério não é de aceitar quando o júri tenha deixado de considerar a titularidade de grau académico de nível superior ou de mais do que um grau académico e justificar o critério pela invocação de que é «melhor indicador do nível de competências adquirido»³⁰⁸, uma vez que as habilitações académicas não dizem por si das competências dos indivíduos e apenas podem indiciar quanto aos conhecimentos ou aptidões dos candidatos.

306 A alínea a) do n.º 2 do artigo 22.º do Decreto-Lei n.º 204/98, de 11.07, revogado pela LVCR, estabelecia: «Na avaliação curricular são obrigatoriamente considerados e ponderados, de acordo com as exigências da função: // “A habilitação académica de base, onde se pondera a titularidade de grau académico ou a sua equiparação legalmente reconhecida”».

O artigo 11.º, n.º 1, alínea a), da Portaria n.º 83-A/2009, de 22.01, dispõe: «Na avaliação curricular são considerados e ponderados os elementos de maior relevância para o posto de trabalho a ocupar, entre os quais obrigatoriamente os seguintes: // a) A habilitação académica ou nível de qualificação certificado pelas entidades competentes».

307 No que se refere ao artigo 5.º, n.º 2, alínea c), do Decreto-Lei n.º 204/98, de 11.07, estabelecia: «Para respeito dos princípios referidos no número anterior [os princípios de liberdade de candidatura, de igualdade de condições e de igualdade de oportunidades para todos os candidatos], são garantidos: // (...) // c) A aplicação de métodos e critérios objetivos de avaliação».

Também o preâmbulo da Portaria n.º 83-A/2009, de 22.01, lembra que as soluções que nela se adotam são informadas pelos «princípios constitucionais e legais da liberdade de candidatura, da igualdade de condições e da igualdade de oportunidade para todos os candidatos».

308 Foi desta forma que o Presidente da Câmara de Torres Vedras justificou a opção do júri no concurso de recrutamento de técnico superior a termo certo aberto pelo aviso n.º 2832/2012, de 21.02 (processo Q-1930/12).

D) O exame psicológico de seleção

O exame psicológico visa aferir, pela aplicação de «técnicas de natureza psicológica»³⁰⁹, da possibilidade de exercício do emprego e/ou adequação do candidato para o mesmo do ponto de vista das aptidões, características de personalidade e competências comportamentais. Um dos pressupostos da sua legalidade é a «cientificidade e objetividade dos critérios adotados», que devem «ser conhecidos, de forma clara e precisa, antes do exame»^{310 311}. Atenta a sua responsabilidade por todas as operações do concurso, «as técnicas psicológicas a seguir e os critérios objetivos de avaliação dos resultados devem ser previamente autorizados pelo júri do concurso, senão mesmo constar do aviso de abertura. Deixar à entidade avaliadora do exame psicológico a liberdade de fixação destes critérios constituiria um procedimento que objetivamente permitiria a manipulação dos resultados do concurso ou, pelo menos, aparentar essa hipótese de manipulação»³¹².

2.3.1.4.2. A AUDIÊNCIA PRÉVIA DOS CANDIDATOS

A audiência prévia tem como funções principais a de permitir ao decisor administrativo refletir sobre a sua própria decisão, corrigindo-a se for o caso e a de possibilitar ao interessado aferir desta mesma correção pugnando pela mesma de forma preventiva. Trata-se, pois, de uma formalidade essencial, dotada de uma dimensão substantiva, ancilar da legalidade

309 Cf. artigo 10.º, n.º 1, da Portaria n.º 83-A/2009, de 22.01.

310 Ac. da 1.ª Secção do CA do TCA Norte de 10.12.2010, processo n.º 01415/04.0BEPRT.

311 E, no Acórdão da 2.ª Subsecção do CA do STA de 22.07.2008, processo n.º 0307/08, o Supremo Tribunal Administrativo sublinhou:

«Inclui-se nos poderes dos tribunais administrativos a apreciação da atuação da Administração baseada em conhecimentos técnicos, pois a observância das regras técnicas adequadas insere-se no seu dever de atuar em sintonia com pressupostos de facto adequados, e não na conveniência ou na oportunidade da sua atuação e só estas últimas são excluídas dos seus poderes» (artigo 3.º, n.º 1, do CPTA).

312 Ac. da 1.ª Secção do TCA Norte de 10.12.2010, processo n.º 01415/04.0BEPRT.

do concurso e, sobretudo, de garantia dos direitos e interesses legalmente protegidos do particular.

Os candidatos submetidos aos métodos de seleção devem ser notificados do projeto de decisão, «nos termos do Código do Procedimento Administrativo» (artigo 36.º, n.º 1, da Portaria n.º 83-A/2009, de 22.01), isto é, do sentido provável da decisão e dos «elementos necessários para que ... fiquem a conhecer todos os aspectos relevantes para a decisão» (artigos 100.º e 101.º, n.º 2).

«Os “aspectos relevantes para a decisão” que a Administração tenciona tomar têm de ser indicados com clareza sob pena de a formalidade essencial da audiência do interessado não se verificar: por isso a posição da Administração tem de ser fundamentada”, “dar a conhecer as razões da Administração”»³¹³.

No concurso, quanto à avaliação e ordenação dos candidatos, a forma comum, ágil, de as fundamentar, é a de fornecer aos candidatos as atas do concurso (que registam as respetivas deliberações e a sua motivação) e os documentos relativos à aplicação dos métodos de seleção (para os quais aquelas devem expressamente remeter³¹⁴).

313 Neste sentido, Diogo Freitas do Amaral e outros, *Código do Procedimento Administrativo Anotado*, 3.ª edição, Almedina, 1999, respetivamente, pp. 192 e 189.

314 Ac. da 1.ª Subsecção do CA do STA de 28.04.1994, processo n.º 032352:

«Não são juridicamente atendíveis umas folhas avulsas, constantes do processo instrutor, onde o júri assinalou os valores atribuídos à avaliação curricular e à prova teórica dos candidatos e a média final, uma vez que da ata não consta qualquer remissão expressa para tais folhas, sendo igualmente irrelevante o facto de a recorrente, por ser pessoa da casa, no dizer da entidade recorrida, poder ter tido acesso a essas folhas».

2.3.1.4.3. A FASE DA DECISÃO

A decisão do concurso é constituída pelo ato homologatório da lista de classificação final³¹⁵, o que reflete a separação entre o órgão que seleciona e o órgão que, tendo o poder para recrutar, chama a si a decisão avaliativa³¹⁶.

O concurso tem por objetivo a seleção de um indivíduo para o recrutamento atual ou futuro de trabalhador. A decisão do concurso não dispensa, no entanto, a verificação subsequente das condições para a concretização do recrutamento e a aplicação das preferências legais que se imponham. Acresce ter presente que os atos interlocutórios de exclusão dos candidatos na fase de admissão ou no curso da aplicação dos métodos de seleção têm um carácter definitivo do concurso em relação aos candidatos que visem.

A lista de classificação final apresenta os resultados obtidos pelos candidatos, que ordena, fundando-se no procedimento do concurso e na fundamentação interlocutória e final aduzida pelo júri para justificar as respetivas deliberações. A explicação destas, especialmente necessária quando envolvam juízos valorativos, é dissuasora da falta de cuidado, desvio e abuso de poder e é essencial para a sua impugnação administrativa e judicial³¹⁷.

A homologação da lista de classificação final confere o direito à nomeação ou à contratação para os postos de trabalho objeto do concurso e para

315 Diversamente, o artigo 38.º, n.º 1, da Portaria n.º 83-A/2009, de 22.01, estabelece que «o procedimento concursal cessa com a ocupação dos postos de trabalho constantes da publicitação», afirmação que parece confundir seleção e recrutamento.

316 O ato mediante o qual faz seu o juízo e a decisão da «comissão examinadora» é, segundo Aldo M. Sandulli, «um mero instrumento técnico subsidiário da atividade, que, no explicitamento da sua função, o órgão da administração ativa desenvolve» – *II Procedimento Amministrativo, cit.*, p. 171. Salientando também esta distinção, cf. Alberto Palomar Olmeda, *Guía de Concursos y Licitaciones, cit.*, p. 112.

317 Polona Kovač, *The impact of the international principles, standards and praxis on (slovene) administrative procedure, cit.*, p. 928.

postos idênticos cuja necessidade de ocupação, entretanto, se verifique³¹⁸. A proteção da posição jurídica de vantagem adveniente do concurso – do ponto de vista da sujeição ao regime da revogabilidade dos atos válidos, da proteção da confiança e da tutela da boa-fé – não se resume ao reconhecimento daquele direito. Lorena de Sèves explica-o bem:

«São os diversos atos (endoprocedimentais) externos que asseguram uma posição jurídica substantiva aos candidatos admitidos, classificados e ouvidos – que antes disso não a tinham – definindo as suas situações jurídicas. A sua posição jurídica subjetiva é diretamente tutelada pela lei, enquanto exercício do direito fundamental de acesso à função pública».

E o autor acrescenta:

«Deve, por isso, entender-se que esses atos correspondem, pelo menos, ao que a lei designa como atos constitutivos de interesses legalmente protegidos – sempre irrevogáveis com fundamento em inconveniência para o interesse público (salva as exceções do n.º 2 do art. 140.º do CPA). Ao estabelecer esta regra o legislador já realizou a ponderação entre o princípio da prossecução do interesse público e o princípio da proteção da confiança. // A *ratio* do alargamento da irrevogabilidade a estes atos parece residir na necessidade racional e económica de “forçar” a Administração a decidir bem, ponderada e responsabilmente, à primeira vez, sem lhe permitir acolher-se na flexibilidade e variabilidade (permanente) da apreciação do interesse público»³¹⁹.

Mesmo que se queira relativizar a relação de vinculatividade administrativa, a verdade é que qualquer disposição administrativa sobre o próprio concurso obriga, em sede de fundamentação, à exibição da ponderação feita dos referidos princípios e da prevalência, se for o caso, do interesse público, concretamente densificado³²⁰.

318 Cf. Ac. do TCA Sul de 21.11.2002, processo n.º 11107/02. O reconhecimento do direito decorre, quer do artigo 47.º, n.º 2, da CRP, quer do princípio da proteção da confiança.

319 *Contencioso da Função Pública (Concursos)*, cit., p. 69.

320 Freitas do Amaral (com a colaboração de Pedro Machete e Lino Torgal), *Curso de Direito Administrativo*, Volume II, 2011, pp. 483 a 486.

2.3.1.4.4. A FASE INTEGRATIVA DA EFICÁCIA DA DECISÃO DO CONCURSO

A fase integrativa da eficácia é a fase de comunicação da decisão do concurso. Opera através da notificação, que é um ato jurídico autónomo face ao ato notificado; é o ato de comunicação intencional («não incidental ou reflexa»), individual ou personalizada e formalizada (no processo) da decisão do concurso, que exterioriza, desencadeando os respetivos efeitos jurídicos sobre a esfera jurídica daqueles a que se destina ou em relação aos quais produz efeitos jurídicos diretos³²¹ – artigo 268.º, n.º 3, 1.ª parte, da CRP, artigo 132.º, n.º 1, do CPA e artigo 18.º, n.º 2, da Recomendação CM/REC(2007)7 do Comité de Ministros do Conselho da Europa aos Estados-Membros sobre boa administração³²². Só em casos excecionais (de impraticabilidade absoluta, por impossibilidade de determinar a morada do candidato ou pelo número muito elevado de candidatos), a notificação nestes termos pode ser substituída por uma forma de publicidade (geral).

Na medida em que equipara a notificação a formas gerais de publicidade, permite a sua utilização indistinta³²³ e não atende ao carácter receptício da notificação³²⁴, o regime de concurso vigente viola o direito à notificação

321 J. M. Sérvulo Correia, «Inexistência e insuficiência de notificação do ato administrativo», in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano, No Centenário do Seu Nascimento*, Volume I, FDUL, 2006, pp. 584 a 589.

322 Recomendação adotada pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa em 20 de junho de 2007 na 999bis reunião (disponível in https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1155877&Site=CM&BackColorInter_net=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383).

323 Cf. artigo 30.º, n.º 3, da Portaria n.º 83-A/2009, de 22.01:

«A notificação dos candidatos é efetuada por uma das seguintes formas: // a) *E-mail* com recibo de entrega da notificação; // b) Ofício registado; // c) Notificação pessoal; // d) Aviso publicado na 2.ª série do Diário da República informando da afixação em local visível e público das instalações da entidade empregadora pública e da disponibilização na sua página eletrónica.»

Cf., também, artigo 36.º, n.º 5, do mesmo diploma.

324 Entre as funções da notificação está «a de criação de certeza da cognoscibilidade do ato administrativo pelo seu destinatário. O valor da segurança – um dos valores supremos da Ordem Jurídica – impõe a existência de uma forma objetiva de conferir certeza legal à cognoscibilidade do ato por aquele a quem o seu conteúdo afetou».

consagrado desde logo no artigo 268.º, n.º 3, da CRP³²⁵. De notar que as comunicações por correio eletrónico, possíveis em geral, diminuem em muito as situações de impraticabilidade de notificação nos concursos de massa^{326 327}.

A eficácia da decisão pode ser diversa em relação aos diferentes candidatos, dependendo da data da notificação.

À falta da notificação equipara-se a «insuficiência absoluta» da mesma. A ausência de notificação de atos interlocutórios pode produzir a ineficácia de atos subsequentes, entre os quais, a decisão conclusiva do concurso³²⁸.

Dado o efeito que tem sobre a eficácia do ato notificado, a notificação constitui, para além de um dever jurídico, um ónus para a Administração.

«[N]a medida em que é à Administração que incumbe tomar as medidas necessárias à constituição de tal situação de certeza legal da cognoscibilidade do ato notificado, ...[é] sobre aquela que incide o ónus da prova do cumprimento de tal dever» (J. M. Sérvulo Correia, «Inexistência e insuficiência de notificação do ato administrativo», *cit.*, p. 595 – **negrito nosso**).

Nesta medida, como continua o mesmo autor, «uma conduta administrativa não corresponde aos parâmetros jurídicos próprios da notificação quando não se ajustar ao carácter receptício do ato administrativo notificando. (...) Como observa Pierre Moor, à notificação preside o princípio da receção...» (*idem*, p. 588).

E Pedro Gonçalves, citado no Ac. n.º 383/2005/T. Const., *cit.*, refere: «O direito à notificação do ato administrativo não é apenas o direito de aceder a uma informação que é posta à disposição do interessado, que a pode procurar, mas o **direito à receção** do ato na esfera da perceptibilidade normal do destinatário» (**negrito nosso**).

325 Neste sentido, por todos, Ac. n.º 383/2005/T. Const., *loc. cit.*, p. 14803.

326 De resto, importa ter presente que o artigo 26.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 135/99, de 22.04, estabelece que «[a] correspondência transmitida por via eletrónica tem o mesmo valor da trocada em suporte de papel, devendo ser-lhe conferida, pela Administração e pelos particulares, idêntico tratamento».

327 No processo R-1146/12 (Município de Loures), uma das candidatas ao concurso queixou-se de não ter sido notificada para comparecer ao exame psicológico de seleção. O recibo da notificação efetuada por *e-mail* não indicava a receção pelo servidor de destino do mesmo *e-mail*.

328 J.M. Sérvulo Correia, *Inexistência e insuficiência de notificação do ato administrativo*, *cit.*, pp. 594, 595, 605 e 606.

Para além do sentido da decisão, isto é, da classificação e ordenamento dos (de todos os) candidatos, a notificação deve conter o autor do ato homologatório, a data deste, os fundamentos da classificação e ordenação e a indicação dos meios de impugnação administrativa e prazos respetivos³²⁹. Em particular, quanto a estes últimos³²⁹, considerando o dever de colaboração da Administração com os particulares (artigo 7.º do CPA) e a previsão, no ponto A. 2 do Apêndice à Recomendação n.º R (81) 7 do Comité de Ministros do Conselho da Europa aos Estados-Membros sobre medidas que facilitem o acesso à justiça, da prestação de informação às pessoas sobre as formas, prazos e procedimento para reagirem contra a decisão, justifica-se, pois, o esclarecimento concreto cabal dos candidatos³³⁰.

Neste domínio, entre as deficiências mais frequentes figuram a não inclusão na notificação da fundamentação da lista de classificação e ordenação³³¹; a não indicação dos meios de reação administrativa e/ou judiciais que podem ser utilizados, «por quem, como e até quando»^{332 333}, assim como a sua indicação incorreta (*v.g.*, a menção da possibilidade de

329 Cf. artigo 60.º do CPTA e artigo 68.º do CPA; e J.M. Sérvulo Correia, *Inexistência e insuficiência de notificação do ato administrativo*, *cit.*, p. 591. Sérvulo Correia refere-se à «especificação dos meios de defesa e do prazo para reagir» como «elementos essenciais» da notificação, defendendo que quando seja tão incompleta a caracterização de certo ato e a enunciação de tais elementos, a notificação está ferida de «insuficiência absoluta» impeditiva da sua eficácia – «Inexistência e insuficiência de notificação do ato administrativo», *cit.*, p. 694. Releva também o juízo sobre a praticabilidade ou exigibilidade, aferidas em concreto, do particular requerer informação complementar.

Esteves de Oliveira, Pedro Gonçalves e Pacheco de Amorim advertem para as consequências jurídicas da identificação errónea, na notificação, do órgão competente para apreciar a impugnação, de que se destaca a abertura de novo prazo de impugnação – *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, *cit.*, pp. 356 e 357.

330 In <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=599788&SecMode=1&DocId=671776&Usage=2>

331 Seja no próprio texto da notificação seja em anexos para que remeta.

332 Polona Kovač, *The impact of the international principles, standards and praxis on (slovene) administrative procedure*, *cit.*, p. 937.

333 Nos termos do artigo 68.º, n.º 1, alínea c), do CPA, da notificação deve constar o «órgão competente para apreciar a impugnação do ato e o prazo para este efeito, no caso de

recurso, seja hierárquico, seja tutelar, quando o mesmo não é possível à face da lei, atentas as relações intersubjetivas em causa e a falta de previsão legal, nos casos em que da mesma esta depende). A falta da Administração não pode, em regra, ser oponível aos candidatos, seja por força do princípio da boa-fé, seja por força da função de defesa da notificação³³⁴.

2.4.

A DECISÃO DE RECRUTAMENTO: A MORATÓRIA NECESSÁRIA ENTRE A DECISÃO DO CONCURSO E A CONSTITUIÇÃO DA RELAÇÃO JURÍDICA DE EMPREGO PÚBLICO

No domínio da contratação pública, foi identificada como uma deficiência a «inexistência de um prazo que permita interpor um recurso eficaz entre o momento da decisão de adjudicação e o da celebração do contrato em causa», por se ter presente que essa inexistência conduzia a que as entidades adjudicantes, pretendendo «tornar irreversíveis as consequências da decisão de adjudicação contestada», procediam «rapidamente à assinatura do contrato». «A fim de obviar a esta deficiência, que constitui um obstáculo sério a uma tutela jurisdicional efetiva» dos candidatos preteridos, a Diretiva 2007/66/CE – do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de dezembro de 2007 que altera as Diretivas 89/665/CEE e 92/13/CEE do Conselho no que diz respeito à melhoria da eficácia do recurso em matéria de adjudicação de contratos públicos – impôs, por um lado, a previsão de «um prazo suspensivo mínimo, durante o qual a celebração

o ato não ser suscetível de recurso contencioso», pelo que a notificação em referência não pode deixar de cumprir também esta disposição.

334 Ac. da 1.ª Subsecção do CA do STA de 14.05.2009, processo n.º 0318/09.

do contrato em questão fique suspensa»³³⁵ e, por outro lado, a previsão de «um prazo suspensivo mínimo autónomo que não termine antes de a instância de recurso ter tomado uma decisão sobre o pedido», na hipótese de «interposição de um recurso pouco antes do termo do prazo suspensivo mínimo» referido³³⁶.

No recrutamento de trabalhador público, há igualmente que evitar, em idênticos termos, a «corrida ao contrato» ou, em geral, à constituição da relação jurídica de emprego.

Esta não deve poder ter lugar antes de decorrido um prazo mínimo contado da data em que foi dada a conhecer aos candidatos a decisão final do procedimento relativa ao candidato ou candidatos com os quais a entidade pública celebrará contrato ou a cuja nomeação ou designação em comissão de serviço procederá. Assim, a Administração não há de poder executar a sua decisão de recrutamento sem que todos os candidatos no procedimento dela sejam notificados e tenham a possibilidade de reagir à mesma³³⁷.

É aqui razoável considerar o período de decisão da impugnação administrativa que tenha sido deduzida ou de decisão judicial que se pronuncie sobre o decretamento de providência cautelar interposta.

335 Considerando 4 do preâmbulo.

336 Considerando 12 do preâmbulo.

337 Polona Kovač, *The impact of the international principles, standards and praxis on (slovene) administrative procedure*, cit., p. 937.

2.5.

AS GARANTIAS ADMINISTRATIVAS

Consideram-se aqui as garantias dos candidatos relativas à tramitação do procedimento do concurso assim como as garantias impugnatórias administrativas das decisões nele proferidas.

2.5.1. A GARANTIA DE ACESSO AO PROCESSO DO CONCURSO

Os candidatos num concurso têm o direito de acesso ao respetivo processo, no exercício do direito à informação procedimental, independentemente da fase em que o concurso se encontrar^{338 339}. Depois de terminado, o acesso ao processo é alargado a todos os que o queiram conhecer, nos termos gerais do direito de acesso aos arquivos e registos administrativos³⁴⁰.

O processo do concurso inclui os documentos preparatórios da abertura do concurso, isto é, os documentos que o definem, prévios à publicação do respetivo aviso³⁴¹.

Parte essencial dos documentos concursais são as atas do júri. Como qualquer ato de órgão colegial, as suas deliberações externam-se oralmente. «Daí que a sua redução a escrito seja da maior importância para a estabilidade e firmeza da deliberação, dando-lhe um suporte histórico-

338 Cf. artigo 268.º, n.º 1, da CRP e artigos 61.º a 63.º do CPA.

339 Assim como os titulares de um interesse legítimo relativamente ao mesmo (artigo 64.º do CPA).

340 Cf. artigo 268.º, n.º 2, da CRP, artigo 65.º do CPA e Lei n.º 46/2006, de 24.08.

341 No Processo n.º 1640/11, um dos candidatos requereu, sem êxito, «cópias do Despacho n.º 1398/2009, de 20 de outubro, do Secretário de Estado da Administração Pública, do Despacho n.º 27/09, de 6 de novembro, do Ministro de Estado e das Finanças e da deliberação de 4 de agosto de 2010, do Conselho Diretivo do Instituto de Segurança Social, I.P., referidos no Aviso de abertura do procedimento concursal n.º 19783/2010, publicado no *Diário da República*, 2.ª série, de 07.10.2010».

-documental em matéria de prova»^{342 343}. «De cada reunião será lavrada ata, que conterà um resumo de tudo o que nela tiver ocorrido, indicando, designadamente, a data e o local da reunião, os membros presentes, os assuntos apreciados, as deliberações tomadas e a forma e o resultado das respetivas votações» (artigo 27.º, n.º 1, do CPA). As deliberações do júri, como de qualquer órgão colegial «só podem adquirir eficácia depois de aprovadas as respetivas atas ou depois de assinadas as minutas ...» (artigo 27.º, n.º 4, do CPA); «só a deliberação do colégio reduzida a ata goza de eficácia jurídica»³⁴⁴; «o que dela consta faz prova plena das deliberações tomadas ...»³⁴⁵; equiparando-se «praticamente a sua falta, em termos de resultados jurídicos, à **falta do próprio ato**»³⁴⁶ (negrito no original). A relevância jurídica de elaboração de ata que documente as reuniões e deliberações do júri nos concursos para pessoal dirigente nem sempre

342 Mário Esteves de Oliveira, Pedro Costa Gonçalves e J. Pacheco de Amorim, *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, cit., p. 183; e Ac. do 1.º Juízo Liquidatário do TCA SUL de 05.03.2009, processo n.º 05174/00.

343 Ver, com relevância, também o Acórdão do Pleno do STA de 3 de maio de 2007, processo n.º 029420, na qual se lê:

«I - Quando os recorrentes pretendem sindicar o resultado da avaliação de provas escritas (em exames ou em concursos), uma vez que não dispõem das respetivas fotocópias, a Administração deve juntá-las aos autos, na resposta ou no processo instrutor. // II - Se não o fizer, dizendo que não as encontra, só a si se pode atribuir a culpa do facto. (...) IV - Nessas circunstâncias, se o recorrente não tem outro meio de provar o erro sobre os pressupostos de facto invocado (traduzido em erro de correção das respetivas provas), pode dizer-se que a Administração o colocou objetivamente em situação de impossibilidade absoluta de exercer o seu direito à prova. // Razão que é bastante para a inversão do ónus de prova, ao abrigo do artigo 344º, nº2, do CPC. // (...) // VI - A proibição de inversão em virtude da existência dos recorridos particulares significaria uma postergação dos direitos dos recorrentes à apreciação da legalidade do ato e uma violação do seu direito de acesso à justiça e à tutela jurisdicional efetiva e plena, patente nos arts. 20º e 268º, nº4, da CRP, uma vez que dessa maneira ficariam impedidos de provar o erro de correção das provas e, assim, sem possibilidade de sindicarem e obterem a anulação do ato de classificação do júri, por causa de uma circunstância (desaparecimento das provas) a que de todo são estranhos».

344 Mário Esteves de Oliveira, Pedro Costa Gonçalves e J. Pacheco de Amorim, *Código do Procedimento Administrativo*, cit., p. 184.

345 Mário Esteves de Oliveira e Pedro Costa Gonçalves e J. Pacheco de Amorim, *Código do Procedimento Administrativo*, cit., p. 184.

346 Mário Esteves de Oliveira, Pedro Costa Gonçalves e J. Pacheco de Amorim, *Código do Procedimento Administrativo*, cit., p. 184.

é devidamente considerada, o que se traduz, por exemplo, na falta de registo ou no registo insuficiente das reuniões e deliberações relativas aos métodos de seleção³⁴⁷.

No processo do concurso, não há, em princípio, documentos sujeitos a segredo, nem limites específicos ao exercício dos direitos enunciados, para além dos que a Constituição e a lei admitem³⁴⁸.

No que se refere à avaliação psicológica, este método de seleção não coloca, em regra, nenhum problema específico. Como se explica no Acórdão do 2.º Juízo do CA do TCA Sul de 17.01.2008, processo n.º 03341/07,

«o direito à informação apenas pode sofrer as restrições previstas na lei, estabelecendo o artigo 62º, nº 1 do CPA que não é permitido o acesso a documentos classificados ou que revelem segredo comercial ou industrial ou segredo relativo à propriedade literária, artística ou científica. Ora [notou o Tribunal que], no caso ... não resulta[va] da informação do Gabinete de Psicologia que os

347 O paroxismo da ilegalidade revelou-se no R-2945/11, relativo ao concurso de recrutamento do Diretor do Departamento de Gestão Administrativa Recursos Humanos e Financeira da Câmara Municipal de Moura, aberto pelo aviso n.º 24588/2010, de 26.11, no qual o júri não elaborou qualquer ata das suas reuniões e deliberações; sem que existisse qualquer evidência de que a seleção tenha obedecido a qualquer metodologia de comparação.

348 A questão do acesso ao processo do concurso de pessoal foi amplamente analisada pelo Tribunal Constitucional. De forma sugestiva, o Tribunal, no Ac. n.º 176/92, de 07.05.1992, processo n.º 214/90, afirmou:

«...é totalmente inaceitável a consideração de que os elementos respeitantes a essa parte das atas são de natureza estritamente pessoal e, como tais, não podem ser conhecidos do concorrente-recorrente. Essa parte das atas não contém quaisquer dados respeitantes à intimidade pessoal dos outros concorrentes, encerra antes a avaliação do seu mérito habilitacional e profissional, através da aplicação a eles dos fatores ou critérios gerais de apreciação, cujo conhecimento por parte do concorrente-recorrente pode surgir, em boa parte dos casos, como necessário para a descoberta de eventuais ilegalidades, erros ou omissões na decisão administrativa que o afetou».

O Ac. da 1.ª Secção do TC n.º 394/93, de 16.03.1993, processo n.º 188/92, declarou: «a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma do nº 4 do artigo 9º do Decreto-Lei nº 498/88, de 30 de Dezembro, na medida em que restringe o acesso dos interessados, em caso de recurso, à parte das atas em que se definam os fatores de apreciação aplicáveis a todos os candidatos e, bem assim àquela em que são diretamente apreciados, por violação das normas conjugadas dos nºs 1 e 2 do artigo 268º da Constituição da República Portuguesa».

documentos estejam sujeitos a segredo estabelecido por qualquer disposição legal, antes se referindo a práticas e exigências de uma empresa que (na falta de disposição legal, repita-se) não podem sobrepor-se ao direito à informação com a amplitude estabelecida pelos preceitos citados do CPA. (...)».

O conhecimento dos documentos do concurso é essencial para o controlo da legalidade das decisões concursais. É o caso das provas de conhecimentos e da respetiva correção, cujo não fornecimento – quando coloca o autor na impossibilidade de «exercer o seu direito à prova» relativamente a invocado «erro de correção» – é de molde a inverter o ónus da prova, sob pena de, de outro modo, ficar prejudicada a respetiva tutela jurisdicional efetiva³⁴⁹.

Para além da dimensão garantística assinalada, a disponibilidade dos documentos concursais serve também o interesse público da transparência e mérito do recrutamento.

O regime aplicável ao exercício dos direitos de acesso à informação e aos arquivos e registos administrativos é também tendencialmente aplicável à emissão de declarações funcionais para efeitos de apresentação a concurso. Com efeito, uma declaração de vínculo funcional e relativa ao tempo de serviço pode não ser mais do que o resumo ou transcrição de documentos que constam do processo individual do trabalhador, reconduzindo-se, ou ao conceito de certificado, ou ao conceito de certidão^{350 351}.

349 Ac. do Pleno do STA de 03.05.2007, processo n.º 29 420.

350 «O certificado é o ato administrativo pelo qual um órgão administrativo exprime o conhecimento oficial de um facto por si praticado ou do qual teve perceção direta. A certidão é o conhecimento oficial de um facto através da reprodução integral ou resumida de um documento que se encontra nos seus arquivos» (Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, *Direito Administrativo Geral*, Tomo III, 1.ª edição, 2007, p. 101).

351 No processo R-1296/11, discutiu-se a exigência de pagamento, pela PSP, de 15 euros pela emissão de declarações funcionais para efeitos de participação dos seus trabalhadores em concursos externos.

O exercício do direito à informação procedimental é, muitas vezes, resultante do deficiente cumprimento pela Administração do dever de notificação das decisões concursais, no que se refere à transmissão do «texto integral» das mesmas³⁵², incluindo a respetiva fundamentação³⁵³. Nestes casos, em que a necessidade do exercício do direito é imputável à falta da Administração, a cobrança de qualquer valor não deixa de surgir como abusiva.

2.5.2. AS GARANTIAS ADMINISTRATIVAS IMPUGNATÓRIAS

As garantias impugnatórias permitem obter a revisão das decisões concursais e, eventualmente, do posicionamento concursal. A separação entre o órgão que seleciona e o órgão que recruta e a especialidade e independência do primeiro, vincula tendencialmente o segundo à ordenação de mérito resultante da seleção. Em sede de impugnação, o que está em causa, em regra, é a invalidade da decisão do concurso, com a subsequente repetição da seleção se for o caso; a modificação da decisão só é configurável na hipótese de erro de cálculo ou material que possa ser corrigido sem interferência na decisão de mérito.

A notificação deve dar a conhecer as garantias administrativas que caibam das decisões concursais (artigo 18.º, n.º 2, da Recomendação CM/Rec(2007)7 do Comité de Ministros aos Estados-Membros sobre boa administração³⁵⁴, artigo 268.º, n.ºs 3 e 4, da CRP e artigo 68.º, n.º 1, alínea c), do CPA³⁵⁵). A notificação deficiente ou errada – por exemplo, quanto à

352 Conforme artigo 68.º, n.º 1, alínea a), do CPA.

353 Nos termos do artigo 123.º, n.º 1, alínea d), do CPA. A fundamentação deve ser «expressa e acessível» (artigo 268.º, n.º 3, 2.ª parte, da CRP), como destaca o Ac. n.º 383/2005/T. Const., *loc. cit.*, p. 14801.

354 De acordo com esta disposição, quer a notificação das disposições individuais quer a sua publicação, quando não seja possível aquela, devem conter os meios de reação e os prazos para a sua utilização.

355 Importa, de resto, dar amplamente a conhecer, desde logo através da *Internet*, os procedimentos impugnatórios. Veja-se o exemplo do serviço público britânico, in <http://>

existência e/ou tipo de recurso – corre por conta do órgão administrativo autor da decisão³⁵⁶.

As garantias administrativas impugnatórias são as gerais, isto é, a reclamação, o recurso hierárquico, próprio ou impróprio, e o recurso tutelar.

A reclamação é uma garantia inafastável de qualquer decisão administrativa concursal, nos termos do artigo 161.º do CPA, que estabelece que se pode reclamar «de qualquer ato administrativo, salvo disposição legal em contrário».

O regime jurídico do concurso atual (como os anteriores³⁵⁷) garante o recurso hierárquico impróprio da decisão de exclusão de candidatos pelo júri. Trata-se de recurso hierárquico impróprio porque o júri é um órgão administrativo *ad hoc* soberano, não sujeito às ordens ou instruções de qualquer outro órgão administrativo, conferindo a lei ao órgão *ad quem* poder de supervisão para efeitos de controlo da legalidade da decisão de exclusão (artigo 176.º, n.º 1, do CPA³⁵⁸).

Do ato homologatório da lista de classificação final cabe recurso hierárquico ou tutelar de acordo com o posicionamento organizacional do órgão administrativo com competência para a prática daquele ato. O artigo 22.º da Recomendação CM/Rec (2007)7 do Comité de Ministros do Conselho da Europa aos Estados-Membros sobre boa administração

www.civilservice.gov.uk/networks/ges/assistant/recruitment-process (último acesso em 26.04.2013): «*Information about how to make a complaint should you feel your application to the Assistant Economist Fast Stream has not been treated in accordance the Civil Service Commission's Recruitment Principles: // Complaints procedure*». De notar que, pela informação prestada, é assumido o compromisso de análise em certo prazo e segundo certos termos dos motivos de impugnação.

356 Cf. artigo 60.º, n.º 4, do CPTA conciliado com o artigo 28.º, n.º 68.º, n.º 1, alínea c), do CPA e Ac. da 1.ª Subsecção do CA do STA de 14.05.2009, processo n.º 0318/09.

357 Cf. artigo 39.º, n.º 1, da Portaria n.º 83-A/2009, de 22.01: «Da exclusão do candidato do procedimento concursal pode ser interposto recurso hierárquico ou tutelar».

358 «Considera-se impróprio o recurso hierárquico interposto para um órgão que exerça poder de supervisão sobre outro órgão da mesma pessoa coletiva, fora do âmbito da hierarquia administrativa».

estabelece, no artigo 22.º, n.º 2: «Recursos administrativos, prévios à tutela judicial, devem, em princípio, ser possíveis. Em certos casos podem ser obrigatórios»³⁵⁹. Quer o recurso seja obrigatório ou facultativo suspende-se o prazo para a impugnação contenciosa e para ser intentada ação administrativa especial de condenação à prática de ato administrativo³⁶⁰.

A utilidade das garantias administrativas é dupla: *i*) permite aos particulares – sem perder o prazo para intentar ação administrativa especial de impugnação ou de condenação à prática de ato – obter a análise da legalidade do concurso do ponto de vista da tutela dos seus direitos e interesses legalmente protegidos; *ii*) permite à Administração rever a legalidade do concurso na perspetiva da concretização juridicamente estável do recrutamento.

O órgão *ad quem* não está adstrito «aos fundamentos (ou interesses) invocados pelo recorrente», o que constitui «um corolário, nesta sede, do princípio do inquisitório afirmado no artigo 56.º do Código do Procedimento Administrativo»³⁶¹. A prática administrativa conhecida do Provedor de Justiça é, porém, outra, limitando-se, as mais das vezes, o órgão *ad quem* a pronunciar-se nos limites das alegações de recurso, mesmo que outros vícios se ofereçam evidentes do ponto de vista da legalidade do concurso.

Aos Centros de Arbitragem administrativos «podem ser atribuídas funções de conciliação, mediação ou consulta no âmbito de procedimentos de impugnação administrativa», nos termos do disposto no artigo 187.º, n.º 3, do CPTA. Estas funções, entre outras, podem ter a virtualidade de assegurar uma maior eficácia às garantias administrativas³⁶².

359 No original: «*Administrative appeals, prior to a judicial review, shall, in principle, be possible. They may, in certain cases, be compulsory. (...)*».

360 Cf. artigo 59.º, n.º 4, e artigo 69.º, n.º 3, do CPTA.

361 Esteves de Oliveira, Pedro Gonçalves e Pacheco de Amorim, *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, cit., p. 794.

362 Deixando, pois, de as usar apenas para sustentar as suas próprias decisões.

Nos termos da disposição V da Resolução (77) 31 do Comité de Ministros do Conselho da Europa³⁶³, sobre a proteção do indivíduo face aos atos da administração: «*Lorsqu'un acte administratif qui est communiqué par écrit, porte atteinte aux droits, libertés ou intérêts de l'intéressé, il indique les recours normaux dont il peut faire l'objet, ainsi que le délai imparti pour en faire usage*».

A prestação desta informação é um instrumento importante da eficácia das garantias administrativas e judiciais. Inscrevendo-se o ato ou atuação passíveis de contestação na esfera da Administração e correspondendo os mesmos ao cumprimento de uma função, não existe motivo para que não se inteire o particular sobre aquelas garantias na situação concreta.

363 Res(77)31F sur la protection de l'individu au regard des actes de l'administration, adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 28 septembre 1977, lors de la 275e réunion des Délégués des Ministres, disponível em <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=669697&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383>

- 1.6. A notificação das decisões concursais deve ser pessoal. Só em casos de impossibilidade absoluta desta podem adotar-se formas gerais de publicidade.
2. É a Administração que tem de evidenciar, mediante elementos objetivos, passíveis de controlo, que salvaguardou a possibilidade de candidatura dos interessados, que respeitou as garantias legais e que procedeu a um exame efetivamente comparativo dos candidatos.
3. A decisão do concurso confere aos candidatos em lugares elegíveis o direito à nomeação ou à contratação para os postos de trabalho levados ao concurso e para postos idênticos cuja necessidade de ocupação se verifique durante o prazo de validade do concurso.
4. Em sede de garantias administrativas:
 - 4.1. Os candidatos têm amplo acesso ao processo, de acordo com o regime jurídico do direito à informação procedimental.
 - 4.1.1. O exercício do direito à informação procedimental suspende o prazo de impugnação administrativa.
 - 4.2. As decisões concursais podem ser impugnadas administrativamente nos termos gerais.
 - 4.3. A Administração deve informar os candidatos sobre o órgão administrativo competente para o qual podem interpor recurso, seja este obrigatório ou facultativo, e o respetivo prazo; sendo o caso, deve indicar a possibilidade desde logo de recurso à via judicial nos termos da lei do processo que especificará.



3. PROPOSTA DE REGIME JURÍDICO DO CONCURSO DE RECRUTAMENTO DE TRABALHADOR PÚBLICO

Do que antecede resulta, não só a necessidade de aperfeiçoamento da ação administrativa, mas também a de um novo regime jurídico do concurso de recrutamento do trabalhador público.

A Portaria n.º 83-A/2009, de 22.01, tem uma densidade regulativa excessiva, que tem obstado, dificultado e/ou restringido, o exercício do direito de igualdade de acesso aos empregos.

Por outro lado, aquela define conceitos e precisa a linguagem que utiliza, o que se revela contraproducente, por, para além da questão de propriedade jurídica que suscita, ser usado pela Administração como pretexto para estreitar o âmbito da proteção das normas.

Ambos os problemas depõem contra os «princípios da segurança jurídica e da proteção dos particulares» que exigem que as normas jurídicas «sejam formuladas de forma inequívoca que permita aos interessados

conhecer os seus direitos e deveres de forma clara e precisa e aos órgãos jurisdicionais... assegurar o seu respeito»³⁶⁴.

Acresce que os problemas de legalidade detetados nos concursos são muitas vezes problemas gerais de não observância das garantias procedimentais mínimas previstas no Código do Procedimento Administrativo (artigo 2.º, n.ºs 5 a 7, do CPA).

A proposta de articulado que se apresenta tem três preocupações principais: *(i)* a de procurar a simplicidade normativa como instrumento de proteção do direito de liberdade e igualdade no acesso ao emprego público; *(ii)* a de focar o regime do concurso nos seus princípios e garantias essenciais; *(iii)* a de lembrar que ao concurso, como procedimento administrativo, são aplicáveis os princípios e garantias essenciais do CPA.

O articulado que se segue pode corporizar-se num diploma autónomo, em correspondência com a remissão do artigo 54.º, n.º 2, da Lei n.º 12-A/2008, de 27.02. Pode, no entanto, em alternativa que favorece a economia normativa, ser inserido nesta lei. Simultaneamente, justifica-se a supressão do atual artigo 54.º, n.º 1³⁶⁵, da LVCR: *i)* por ser evidente que, para além do projeto de listas de admissão e exclusão e de listas relativas à ordenação de mérito dos candidatos, não há lugar para listas provisó-

364 Sumário do Ac. do TJCE de 21.06.1988, processo n.º 257/86, Comissão das Comunidades Europeias c. República Italiana.

365 Artigo 54.º - Tramitação do procedimento concursal:

«1 – O procedimento concursal é simplificado e urgente, obedecendo aos seguintes princípios: // a) O júri do procedimento é composto por trabalhadores da entidade empregadora pública, de outro órgão ou serviço e, quando a área de formação exigida revele a sua conveniência, de entidades privadas; // b) Inexistência de atos ou de listas preparatórias da ordenação final dos candidatos; // c) A ordenação final dos candidatos é unitária, ainda que lhes tenham sido aplicados métodos de seleção diferentes; // d) O recrutamento efetua-se pela ordem decrescente da ordenação final dos candidatos colocados em situação de mobilidade especial e, esgotados estes, dos restantes candidatos. // 2 – A tramitação do procedimento concursal, incluindo a do destinado a constituir reservas de recrutamento em cada órgão ou serviço ou em entidade centralizada, é regulamentada por portaria do membro do Governo responsável pela área da Administração Pública ou, tratando-se de carreira especial relativamente à qual aquela tramitação se revele desadequada, por portaria deste membro do Governo e daquele cujo âmbito de competência abranja órgão ou serviço em cujo mapa de pessoal se contenha a previsão da carreira.»

rias; *ii*) por o enunciado quanto à composição do júri aparecer repetido noutra sede; *iii*) e por ser inerente à própria ideia de concurso o respeito da ordenação de mérito.

Justifica-se, bem assim, a supressão do n.º 2 do artigo 54.º da LVCR, quanto às carreiras gerais, por remeter para regulamento uma estrita regulamentação do regime que se crê, pelas razões expostas, excessiva.

REGIME DO CONCURSO DE RECRUTAMENTO DE TRABALHADOR EM FUNÇÕES PÚBLICAS³⁶⁶

1.º Objeto

O presente diploma define o regime do concurso de recrutamento de trabalhador em funções públicas.

2.º Âmbito de aplicação

1 – O presente diploma aplica-se ao recrutamento de trabalhadores em funções públicas incluídos no âmbito da aplicação da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de fevereiro.

2 – Os regimes jurídicos especiais de recrutamento observam os princípios e as garantias previstos neste diploma.

3.º Princípios

Constituem princípios do concurso os princípios da liberdade de candidatura, da igualdade e do mérito, sem prejuízo da aplicação dos princípios gerais de direito administrativo.

4.º Garantias

As garantias do procedimento de concurso são, designadamente, as seguintes:

³⁶⁶ Utiliza-se, apenas por coerência com a LVCR, a expressão trabalhador em funções públicas, ao invés de trabalhador público.

- | | |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <ul style="list-style-type: none"> a) A garantia da ampla e adequada publicidade; b) A garantia da predeterminação das regras e critérios; c) A garantia da adoção de métodos e critérios de avaliação objetivos; d) A garantia da fundamentação das decisões concursais; e) A garantia da notificação pessoal; f) A garantia do acesso à informação e do amplo acesso ao processo em qualquer uma das suas fases. | <ul style="list-style-type: none"> a) impossibilidade de recrutamento de trabalhador em mobilidade especial; b) impossibilidade de recrutamento de trabalhador por mobilidade interna e cedência de interesse público, devidamente publicitadas; c) não existência de candidato aprovado que integre reserva de recrutamento resultante de anterior concurso. <p>3 – A reserva de recrutamento é válida pelo período de dois anos contados da data da homologação da lista de classificação do concurso.</p> |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

5.º

Pressupostos da abertura do concurso

1 – A abertura de concurso pressupõe a existência de posto de trabalho no mapa de pessoal, a necessidade atual ou previsível de o ocupar e a existência de declaração de suficiência orçamental e de cativação das respetivas verbas.

2 – Só pode ser aberto concurso mediante a demonstração cumulativa da:

6.º

Júri

1 – O órgão com competência para autorizar a abertura de concurso designa o júri de entre trabalhadores da Administração Pública, maioritariamente externos ao mapa de pessoal que integra o posto de trabalho objeto do concurso.

2 – Os três membros efetivos e os três membros suplentes do júri devem ter formação e, ou, experiência na área funcional do posto de tra-

balho e estar inseridos em carreira ou deter categoria de grau de complexidade pelo menos igual à correspondente ao posto de trabalho.

3 – O júri é responsável por todas as operações do concurso, incluindo quando, na aplicação dos métodos de seleção, intervenha entidade especializada pública ou, quando fundamentadamente se torne inviável, privada.

4 – No mesmo dia da abertura do concurso, deve ser publicitada a ata concretizadora do sistema de avaliação dos candidatos.

Marcha do procedimento

7.º

Publicidade

1 – A abertura do concurso e as decisões concursais são publicitadas, em regime de livre acesso, no sítio na *Internet* da Bolsa de Emprego Público e da entidade que organiza o concurso.

2 – O aviso de abertura do concurso e todas as decisões concursais subsequentes mantêm-se naqueles locais até ao termo do decurso do

prazo de um ano sobre a data de homologação da lista de classificação final.

3 – O aviso de abertura do concurso e, sem prejuízo do disposto no artigo 4.º, alínea e), a respetiva decisão são publicados no *Diário da República*.

8.º

Conteúdo da publicidade

O aviso de abertura do concurso publicita:

- a) A caracterização precisa do posto de trabalho;
- b) Os requisitos legais de recrutamento;
- c) A data certa em que termina o prazo de entrega, ou expedição, das candidaturas;
- d) As regras e calendarização do procedimento;
- e) O sistema de avaliação e/ou o *link* onde este se encontra, integralmente, disponível na data da abertura do concurso;
- f) A remuneração prevista para o posto de trabalho ou o

intervalo de posições remuneratórias dentro do qual a negociação da posição remuneratória terá lugar.

9.º

Admissão ao concurso

1 – São excluídos do concurso apenas os candidatos que não preenchem os requisitos legais de recrutamento e os candidatos cuja candidatura não seja apresentada no prazo fixado.

2 – Os requisitos de admissão provam-se nos termos gerais.

3 – Os candidatos a excluir, para efeitos de audiência prévia, e os candidatos excluídos são notificados pessoalmente nos termos gerais.

10.º

Seleção

1 – A seleção deve ser adequada às exigências funcionais do posto de trabalho.

2 – Constituem métodos de seleção obrigatórios a prova de conhecimentos e a avaliação psicológica.

3 – A prova de conhecimentos, que pode compreender mais do que uma fase, incide sobre a capacidade dos candidatos para aplicar os conhecimentos técnicos necessários para o exercício da atividade do posto de trabalho.

4 – A avaliação psicológica visa avaliar, através de testes e técnicas adequadas, as características comportamentais e competências cognitivas e de memória dos candidatos necessárias para o exercício da atividade do posto de trabalho.

5 – Constituem métodos de seleção complementares, designadamente:

- a) A avaliação curricular, que atende a todo o percurso profissional funcionalmente relevante;
- b) A entrevista, que incide sobre o perfil pessoal dos candidatos.

6 – Os candidatos são convocados individualmente para a aplicação dos métodos, nos termos gerais.

7 – Após a aplicação dos métodos de seleção, os candidatos são notificados pessoalmente para efeito de audiência prévia, nos termos gerais.

11.º Decisão

A lista de ordenação final é homologada pelo órgão competente e notificada aos candidatos, nos termos gerais, sem prejuízo da publicação exigida pelo artigo 7.º do presente diploma.

As garantias

12.º Garantias procedimentais

1. Os candidatos têm amplo acesso ao processo, de acordo com o regime jurídico do direito à informação procedimental.

2. As decisões concursais podem ser impugnadas administrativamente nos termos gerais.

3. O exercício do direito à informação procedimental suspende o prazo das impugnações administrativas.

13.º Moratória

A relação jurídica de emprego público não pode ser constituída antes de decidida impugnação administrativa que tenha sido deduzida ou de decisão judicial que se pronuncie sobre o decretamento de providência cautelar interposta.



4. EXEMPLO DE AVISO DE ABERTURA

AVISO N.º (...)

1 – Na sequência da decisão de 5 de março de 2013, do Diretor-Geral X (...), disponível no seguinte endereço da *Internet* (...) encontra-se aberto concurso tendo em vista a ocupação de um posto de trabalho de técnico superior, constante do mapa de pessoal da Direção-Geral X, mediante a celebração de contrato de trabalho em funções públicas por tempo indeterminado.

2 – **Posto de trabalho:** o posto de trabalho, na Direção de Serviços de Competitividade Empresarial,

envolve o exercício de funções da carreira técnica superior, tal como descritas no Anexo à Lei n.º 12-A/2008, de 27 de fevereiro (LVCR) e no mapa de pessoal de 2013.

3 – **Remuneração:** a remuneração será definida por acordo, após o termo do procedimento, entre as posições remuneratórias 3.ª e 6.º, de acordo com o disposto no artigo 55.º da LVCR, no Anexo I ao Decreto Regulamentar n.º 14/2008, de 31 de julho, e nos limites da orçamentação da respetiva despesa (ver decisão de 5.3.2013, supra).

4 – **Local de trabalho:** é determinado por acordo com referência aos locais onde se encontram instalados os serviços da Direcção-Geral X³⁶⁷.

5 – **Requisitos de admissão:**
5.1. – Os candidatos devem reunir, até ao termo do prazo de entrega das candidaturas, os requisitos gerais necessários para o exercício de funções públicas, enunciados no artigo 8.º da LVCR; **5.2.** – Devem ser trabalhadores da Administração Pública com relação jurídica de emprego público por tempo indeterminado³⁶⁸; **5.3.** – Não podem ser admitidos ao concurso os trabalhadores que, não se encontrando em mobilidade, ocupem postos de trabalho da Direcção-Geral X idênticos ao posto de trabalho objeto do concurso³⁶⁹.

6 – **Nível habilitacional e área de formação:** Os candidatos devem possuir licenciatura, na área de economia³⁷⁰.

7 – **Prazo de candidatura:** O prazo para a apresentação termina no dia 20.03.2013³⁷¹.

8 – **Forma e local de apresentação da candidatura:** **8.1.** – a candidatura pode ser apresentada em suporte de papel ou eletrónico; **8.2.** – o requerimento de candidatura deve identificar o concurso e a situação do candidato face aos requisitos de recrutamento; **8.3.** – A candidatura em suporte de papel pode ser entregue pessoalmente na (...) ou através de correio registado, com aviso de receção, para o seguinte endereço (...),sendo relevante a data do respetivo registo; **8.4.** – A apresentação da candidatura por via eletrónica deve ser efetuada para o seguinte endereço (...).

9 – **Apresentação de documentos:**
9.1. – O candidato deve apresentar, juntamente com o requerimento de candidatura: *i*) fotocópia do certificado das habilitações académicas ou outro documento idóneo, legalmente reconhecido; *ii*) caso não o tenha feito no requerimento de

367 Aplicação do artigo 116.º do RCTFP.

368 Cf. artigo 6.º, n.º 4, da LVCR.

369 Cf. artigo 52.º, n.º 1, alínea c), *a contrario*, da LVCR.

370 Cf. código 314 da Portaria n.º 256/2005, de 16.03.

371 A indicação do termo exato do prazo afasta qualquer incerteza, quer para os candidatos, quer para o júri.

candidatura, deve apresentar documento em que especifica a sua situação relativamente a cada um dos requisitos de admissão; **9.2.** – A não apresentação dos documentos referidos em i) e ii) são causa de exclusão dos candidatos; **9.3.** – O júri pode conceder um prazo suplementar razoável para a apresentação dos documentos exigidos quando a sua não apresentação atempada se fique a dever a causas não imputáveis ao candidato.

10 – Notificação e publicidade:
10.1. – A notificação das deliberações concursais será efetuada por *e-mail*. Os candidatos devem indicar o seu endereço eletrónico, ou, não dispondo deste, a morada para qual deve ser efetuada a notificação. **10.2.** – Sem prejuízo desta notificação, a informação relativa ao concurso será disponibilizada no sítio da *Internet* ...

11 – Métodos de seleção: **11.1.** – São métodos de seleção no presente concurso a prova de conhecimentos, a avaliação psicológica e a entrevista profissional de seleção; **11.2.** – A classificação final será obtida numa escala de zero a 20 valo-

res e mediante a seguinte fórmula: CF: 0.5 PC + 0.4 AP + 0.1 EPS; **11.3.** – A densificação da fórmula avaliativa encontra-se disponível, nesta data, no seguinte sítio da *Internet* ... **11.4.** – A prova de conhecimentos será escrita e prática; **11.4.1.** – a prova terá a duração de duas horas; **11.4.2.** – Constitui bibliografia necessária a seguinte... **11.5.** – Avaliação psicológica: (...) **11.6.** – Entrevista profissional de seleção (...).

12 – Ordenação final dos candidatos: Em caso de igualdade de valoração, serão adotados os critérios de ordenação preferencial estabelecidos na lei.

13 – Júri: **13.1.** – Presidente – Alberto (...), Diretor do Departamento de Economia Internacional; Carla (...), técnica superior economista; Daniel (...), Diretor do Departamento de Recursos Humanos; **13.2.** – São vogais suplentes (...); **13.3.** – O presidente é substituído pela 1.^a vogal efetiva, nas suas faltas e impedimentos.

14 – Acesso à informação: **14.1.** – Os candidatos podem aceder às atas do júri e outras informações relativas ao concurso no seguinte sítio da *Internet*... **14.2.** – É, em qual-

quer caso, garantido aos candidatos o acesso à informação concursal nos termos do disposto nos artigos 61.º a 63.º do Código do Procedimento Administrativo.

15 – **Prazo de validade:** O concurso é válido pelo período de dois anos contado da data da publicação do ato homologatório da lista de classificação final.

16 – **Menção a que se refere o despacho conjunto n.º 373/2000, de 1 de março,** publicado no *Diário*

da República, 2.ª série, de 31 de março de 2000:

«Em cumprimento da alínea h) do artigo 9.º da Constituição, a Administração Pública, enquanto entidade empregadora promove ativamente uma política de igualdade de oportunidades entre homens e mulheres no acesso ao emprego e na progressão profissional, providenciando escrupulosamente no sentido de evitar toda e qualquer forma de discriminação.»





Provedor de Justiça

Rua do Pau de Bandeira, 7-9 | 1249-088 Lisboa

Telefone: 213 92 66 00 | Fax: 213 96 12 43

<http://www.provedor-jus.pt> | provedor@provedor-jus.pt