
LEGALIDADE E CONCURSOS PÚBLICOS POSTOS À PROVA: Desafios de direitos fundamentais nos testes de aptidão física (TAF) no Brasil

Andressa Santos de Almeida ¹; Pedro Germano dos Anjos²; Isaac Maynart Carvalho Moyses Souza³

1. Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC); Advogada. E-mail: andressa_almeida@live.com.

2. Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina –UFSC. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia –UFBA. Especialista em Direito Tributário pelo IBET/SP. Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC). Professor Assistente de Direito Constitucional e Tributário na Universidade Estadual de Santa Cruz–UESC - pganjos@uesc.br.

3. Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG); Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG); Pós-Graduado em Direito e Processo Penal pela Escola Paulista de Direito; Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC); e-mail: isaacmaynart.direito@gmail.com.

Recebido em: 28/05/2024 Aceito em: 15/06/2024

RESUMO: Envida um questionamento intrínseco a respeito das especificidades da aplicação dos testes de aptidão física (TAF), previsto como etapa de concursos públicos, com o fito de debater acerca das exigências desarrazoadas e ilegítimas que podem violar direitos dos candidatos. Para isso, o embasamento metodológico se lastreia em levantamento de referências bibliográficas, como livros, artigos científicos, publicações em periódicos e, principalmente, de pesquisa jurisprudencial e de notícias na internet. Trata-se de uma discussão relevante, uma vez que envolve os princípios que norteiam a Administração Pública, tão cara à efetivação dos direitos fundamentais. Considera inicialmente os elementos conceituais e os aspectos legais do concurso público. A seguir, analisa a aferição da aptidão física e seus requisitos diferenciados, bem como a correspondência da exigência do teste físico com as funções do cargo, além de outros questionamentos até a sua aplicação e aborda, ainda, a responsabilidade no campo jurídico. Conclui que diante de tal cenário, faz-se necessário regulamentar a aplicação dos testes físicos, de forma que assegure a segurança jurídica e a lisura dos concursos públicos, a fim de que a exigência desses testes não transgrida preceitos constitucionais.

Palavras-chave: Testes físicos; Legalidade; Dignidade Humana; Regulamentação.

INTRODUÇÃO

O concurso público é o meio técnico de natureza concorrencial que a Administração Pública dispõe para selecionar candidatos mais aptos para o provimento de cargos. Dessa forma, a Constituição Federal garante que sejam observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. O ordenamento jurídico também prevê a possibilidade de exigência de condições para acessibilidade aos cargos e empregos públicos, desde que tenham pertinência com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma da lei.

Destarte, uma das etapas eliminatórias possíveis em um concurso público é o teste físico, como condição de acessibilidade e de seleção dos candidatos que possuem uma capacidade física considerada mínima para atuar na profissão. No exemplo das carreiras policiais, incluem-se corrida, natação, flexão de braço, abdominal remador e impulsão horizontal.

Porém, a aplicação de tais testes não é isenta de problemas, desde o seu planejamento e previsão no edital (quando podem não guardar correspondência à atividade a ser desenvolvida no exercício do futuro cargo público), sua elaboração, até a aplicação aos candidatos selecionados (hipótese em que podem ser excessivamente rígidas, mal avaliadas, com exigências estapafúrdias), de tal modo que causam a morte de pessoas por exaustão ou condições clínicas preexistentes.

Ao analisar os desafios jurídicos associados à aplicação do teste de aptidão física (TAF) em concursos públicos, verifica-se que desde a etapa inicial de planejamento e previsão no edital até a sua aplicação é possível a ocorrência de problemas. Isso pode abranger vários dilemas, como a ocorrência de exigências excessivas, avaliação imprecisa e ausência da relação de pertinência com as atividades a serem desenvolvidas no cargo público, que limitam as oportunidades aos candidatos. A partir disso, surge o seguinte questionamento: como proceder para que haja maior segurança jurídica e conformidade do TAF com a legislação vigente, de forma a evitar a violação de direitos dos candidatos?

À vista disso, é essencial que haja correspondência entre o teste de aptidão física (TAF) com os princípios e normas legais, uma vez que pode resultar em uma série de violações de direitos, tais como discriminação por idade, gênero, condições físicas e sociais, infringindo, em última análise, princípios básicos de legalidade, impessoalidade, igualdade e eficiência no concurso público. Torna-se indispensável buscar maior regulação e controle da aplicação dos testes físicos por meio de uma revisão dos parâmetros de avaliação proporcionais às atividades do cargo e a exigência da transparência dos critérios avaliativos.

Assim, dentre os incontáveis prismas que esse assunto poderia ser explorado, coube a essa pesquisa ter como objetivo claro e preciso a análise da legalidade face à exigência e aplicação dos testes de aptidão física (TAF) em concursos públicos à luz dos desafios de direitos fundamentais.

Para tanto, se faz imprescindível investigar, como objetivos, compreender a temática dos concursos públicos, bem como a conformidade com os princípios que norteiam sua realização, expor a normativa que regula o teste de aptidão física, analisar a legalidade da imposição de critérios diferenciadores nos editais, investigar a pertinência de sua exigibilidade para além do cargo e das habilidades necessárias, relacionar a aplicabilidade das provas físicas em concursos públicos e outras especificidades relevantes acerca dessa matéria investigada.

A fim de alcançar os objetivos propostos, propõe-se uma pesquisa pura, explicativa quanto aos fins, com procedimento bibliográfico e abordagem qualitativa do problema, que por

sua vez, baseia-se no caráter subjetivo e interpretativo do material bibliográfico aqui empregado.

Dessa forma, o trabalho irá, inicialmente, contemplar uma abordagem geral acerca dos elementos conceituais e os aspectos legais do concurso público e dos testes de aptidão física, bem como a conformidade com os princípios que norteiam sua realização e, para melhor compreensão do assunto em pauta, serão abordados os direitos fundamentais e seus desafios nos testes físicos.

O passo seguinte objetiva adentrar no âmbito dos critérios diferenciadores nos editais e da pertinência de sua exigibilidade para além do cargo e das habilidades necessárias. A seguir, será demonstrada a aplicabilidade das provas físicas em concursos públicos e a análise de ocorrências associadas ao TAF encontradas por meio de pesquisa em bancos de dados de notícias e/ou processos judiciais. Ao final, será exposto de maneira sintetizada a hipótese de responsabilidade civil e administrativa dos envolvidos em caso de violação de direitos dos candidatos nas aplicações dos testes.

DISCUSSÃO E RESULTADOS

ANÁLISE PROPEDÊUTICA DOS CONCURSOS PÚBLICOS

Uma análise histórica se faz essencial para melhor compreensão da aplicação dos testes físicos nos concursos públicos. Assim, uma síntese desse instituto para atingir o referido contexto interpretativo torna-se imprescindível, haja vista que até chegar no modelo atual, diversos meios foram aplicados ao longo da história.

Cumprе destacar, sucintamente, que, ao que se percebe das lições de Machado Júnior (2020), desde a Antiguidade os governantes estavam em busca de métodos para seleção de indivíduos, assim foram utilizados os seguintes meios: o sorteio, em que cargos de natureza política eram sorteados; a compra e venda, que consistia na alienação, pelo Estado aos membros da sociedade, de empregos públicos a título oneroso; a herança, que havia o ingresso no cargo público por hereditariedade, em decorrência da compra e venda; o arrendamento, o qual ocorria a cessão dos cargos por prazo determinado e mediante pagamento; a nomeação, a qual o Governo indicava, por livre escolha, alguém para ocupar um cargo; a eleição, que tinha possibilidade do povo escolher os servidores para cargos administrativos; e, por fim, o critério do concurso público, prezando-se o critério do mérito.

Os concursos públicos firmaram-se como um símbolo de lisura na seleção pública, haja vista ter se constituído como um meio transparente de recrutamento de servidores públicos, minimizando, assim, contratações baseadas em interesses ilegítimos ou pessoais. Um instrumento que parece representar um sistema de mérito, com aparente embasamento em valores como isonomia (ou igualdade) e moralidade.

De maneira geral, concurso público é um procedimento administrativo que visa selecionar candidatos mais aptos para ocupar cargos públicos. Sendo assim, constitui uma sequência encadeada de atos administrativos, definindo, dessa forma, sua natureza jurídica como “de procedimento”. Portanto, dada a sua relevância e com o fito de garantir isonomia entre os participantes, o tema ganhou amparo constitucional. É nesse sentido a definição dada por Carvalho Filho (2023, p. 530), de que concurso público é o “procedimento administrativo que tem por fim aferir as aptidões pessoais e selecionar os melhores candidatos ao provimento de cargos e funções públicas”. Dessa forma, é considerado o meio mais idôneo para selecionar servidores públicos e pode ser de provas ou de provas e títulos.

Ademais, é importante destacar a diferença dos tipos de concursos públicos existentes, conforme mencionado: o de provas ou de provas e títulos. O primeiro, como regra, é destinado para atribuições de menor complexidade, ou seja, a natureza intelectual não é predominante. O segundo, além dos resultados das provas, também considera a pontuação atribuída aos títulos indicados no edital.

Para mais, o instituto do concurso público está intimamente relacionado em seu contexto evolutivo às particularidades das Constituições Brasileiras. A Constituição Federal de 1967 determinou que a nomeação para cargo público exigiria a aprovação prévia em concurso público, especificamente em seu artigo 95, § 1º, excetuando tal exigência para cargo em comissão. Tal processo foi facilitado pela Constituição de 1934, que tinha adotado o concurso público como meio de recrutamento do funcionalismo, mas só na Constituição de 1988 que houve, de fato, uma maior organização desse procedimento, sendo, dessa forma, regido por diversos princípios explícitos e implícitos.

A hipótese de provimento vertical ou por ascensão, que é quando um servidor passa a ocupar um cargo público com atribuições, responsabilidades e remuneração distintos do que ocupava anteriormente, deixou de ser admitida. A tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal sedimenta que é inconstitucional o aproveitamento de servidor aprovado em concurso público que pressupõe formação de nível médio para um cargo que é exigido nível superior. Nesse sentido, a Súmula Vinculante 43 do STF entende que “é inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público

destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido.”

A Constituição Federal de 1988 determina como obrigatória a realização de concursos públicos para a investidura em cargos ou emprego público, embora tenha feito a ressalva no que tange às nomeações para cargo em comissão, que são de livre nomeação e exoneração e independe de concurso público, conforme disposto em seu art. 37, II. Ainda, a norma maior também prevê outras exceções a tal exigência, a exemplo do contrato temporário que se dá por processo seletivo simplificado nos termos do art. 37, IX da CF, em que cada ente federativo possui atribuição para editar sua lei de criação do regime especial.

A realização do concurso público é regida, categoricamente, pelos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, conforme o art. 37, *caput*, da CF/88. Há também que se falar no princípio do livre acesso aos cargos públicos, previsto no art. 37, I e II da CF, que dispõe acerca da exigência de requisitos diferenciados de acesso quanto à natureza e exigibilidade da função.

Portanto, dada a alta carga principiológica aos concursos e que são aplicados diretamente à Administração Pública, será aludido, sucintamente, as principais orientações principiológicas referente ao tema do presente trabalho.

A ESSENCIALIDADE DOS PRINCÍPIOS NO CONTEXTO DO CONCURSO PÚBLICO

Os princípios podem ser expressos ou implícitos na ordem jurídica. De forma geral, segundo Espíndola (1999, p. 34), os princípios são entendidos como normas jurídicas “vinculantes, dotados de efetiva juridicidade, como quaisquer outros preceitos encontráveis na ordem jurídica; consideram as normas de direito como gênero, do qual os princípios e as regras são espécies jurídicas”.

O exercício da atividade administrativa pela Administração Pública é norteado por diversos postulados fundamentais. O princípio da supremacia do interesse público é basilar no Direito Administrativo. a partir de uma visão clássica¹, pode-se conceber que a supremacia do interesse público se trata de um princípio implícito no ordenamento jurídico brasileiro, que

¹ Para uma dimensão mais aprofundada dos debates sobre a supremacia do interesse público e as possíveis visões e críticas, recomenda-se a análise de Emerson Gabardo e Moura Rezende. Na obra, são postas as críticas ao que aqui chamamos de visão clássica da supremacia do interesse público, bem como é feita uma análise da indeterminabilidade do conteúdo desse conceito (Gabardo, Moura Rezende, 2017, p. 272-281).

norteia toda a lógica administrativa, em que o interesse público se sobrepõe à interesses meramente individuais, em benefício da coletividade.

Destarte, o princípio da legalidade é expressamente previsto na Constituição Federal e constitui a base jurídica para o Estado Democrático de Direito. Ademais, a própria norma maior prevê em seu artigo 5º, II que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Portanto, o princípio da legalidade expressa uma subordinação à lei ao estabelecer uma atuação conforme embasamento legal específico. Cumpre ainda destacar que tal princípio difere da atuação no direito privado, em que tudo que não está proibido está juridicamente permitido, ou seja, pode fazer tudo o que a lei não veda.

No que se refere o princípio da impessoalidade, esse pode ser resumido na ideia de que deve ser atendido o interesse público e não beneficiar e/ou prejudicar uma pessoa específica. Dessa forma, a atuação do agente público deve ser impessoal, objetivando a igualdade de tratamento aos administrados em idêntica situação jurídica, conforme aduz Bandeira de Mello (2023, p. 94):

[...] a Administração tem que tratar todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimetosas. Nem favoritismo nem perseguições são toleráveis. Simpatia ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie.

Portanto, há também o respeito ao princípio da isonomia em razão do direito de concorrer de forma igualitária, em sintonia com o interesse público. Assim, resguarda a finalidade pública de toda atuação administrativa, em detrimento de obtenção de benefício ou promoção pessoal dos agentes públicos.

O princípio da moralidade busca uma boa administração no exercício da função administrativa ao exigir uma moral administrativa em observância de valores éticos que devem estar presentes na conduta do administrador público, tais como a honestidade, boa-fé, probidade e licitude. Em que pese a alta carga subjetiva desse princípio, a sua inobservância resulta em ato nulo, não apenas inconveniente ou inoportuno. Trata-se de um princípio que é reconhecido expressamente no art. 37 da CF e também na Lei 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

No que concerne ao princípio da publicidade, esse relaciona-se com a transparência e visibilidade, de forma que os atos da Administração tenham ampla divulgação entre os administrados em prol de uma prestação de informações pela Administração Pública de forma plena e transparente. A Constituição Federal garantiu em seu art. 5º, XXXIII o direito à

informação, além de prever o uso do *habeas data*, remédio constitucional, em busca de solucionar violação desse direito.

Tal princípio não é absoluto e pode ser excepcionalizado, por exemplo, para resguardar a segurança nacional, a privacidade e intimidade. Em suma, pode ser exercido através do direito de petição, de certidões e divulgação de informações de interesse público. Quando negado o exercício de tais direitos ou veiculados incorretamente, enseja o uso de instrumentos constitucionais como o mandado de segurança e o *habeas data*.

Quanto ao princípio da eficiência, inserido pela Emenda Constitucional nº 19/98, está relacionado a produzir bem e com qualidade de forma menos custosa, ou seja, consiste na prestação de serviços de forma produtiva e econômica, mas que concretize as finalidades legais. Di Pietro (2021, p. 125) sintetiza tal princípio sob a seguinte perspectiva:

O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.

Ademais, há também os chamados princípios gerais da Administração Pública, tais como o da ampla defesa e do contraditório; da Autotutela; da Continuidade/permanência do serviço público e o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade. Entretanto, no presente trabalho, é necessário aludir os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, uma vez que estão relacionados à uma adequação entre meios e fins.

O princípio da razoabilidade pode ser conceituado, de acordo com Carvalho Filho (2023, p. 35), como “a qualidade do que é razoável, ou seja, aquilo que se situa dentro de limites aceitáveis ainda que os juízos de valor que provocaram a conduta possam dispor-se de forma um pouco diversa”. Já o princípio da proporcionalidade, também pelo viés de Carvalho Filho (2023, p. 37), “é exatamente o de conter os atos, decisões e condutas de agentes públicos que ultrapassem os limites adequados, com vistas ao objetivo colimado pela Administração”. Isto posto, tais postulados constituem instrumentos de controle dos atos estatais.

Pode-se concluir que, por meio dos princípios, busca-se evitar abusos por intermédio de uma atuação do agente público, com a utilização de medidas que sejam proporcionais e adequadas em relação aos motivos que ensejaram a prática do ato, dentro dos parâmetros da sociedade e dos fins almejados pela Administração Pública. Portanto, quando da realização do concurso público, deve ser observado diversos postulados fundamentais para que se concretize um instrumento justo de acesso aos cargos e empregos públicos.

NORMATIVAS QUE REGULAM O TESTE DE APTIDÃO FÍSICA

O teste de aptidão física (TAF) é previsto como forma de avaliar a capacidade física mínima do candidato para o desempenho da função. Nessa etapa, são avaliados aspectos como força, resistência (cardiorrespiratória e muscular), flexibilidade, impulsão e outros, através de um conjunto de exercícios físicos que visam averiguar o desempenho de um indivíduo. Dessa forma, está presente, geralmente, em editais destinados à atuação em área de segurança e militar, em que algumas qualidades físicas são exigidas.

Historicamente, possui raízes nas forças armadas e de segurança, em que a força física era um critério essencial. Dessa forma, com o tempo, houve maior formalização da aptidão física como etapa dos concursos públicos, em busca de critérios mais precisos para uma avaliação justa dos candidatos. Entretanto, atualmente ainda é notório possíveis violações aos princípios dos direitos fundamentais, o que leva ao debate acerca da necessidade de regulamentação dos critérios de avaliação.

Destarte, há pouco aparato legal para a regulamentação da aplicação dos testes de aptidão física. Entretanto, para exigência e aplicação da prova de capacidade física, é necessária previsão em lei que criou o cargo e previsão em edital do concurso, remetendo-se aos princípios da legalidade e da vinculação ao edital. É o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. TESTE DE APTIDÃO FÍSICA. PREVISÃO EM LEI E NO EDITAL DO CERTAME. EXIGÊNCIA. LEGITIMIDADE. 1. Conforme estabelecido pelo Plenário do STJ, "aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça" (Enunciado Administrativo n. 2). **2. É legítima a submissão do candidato a teste de aptidão física, em concurso público, quando a realização do exame está prevista em lei e no edital do certame.** 3. Caso em que há previsão em lei estadual e em edital a amparar a realização do referido teste para o cargo almejado pelo agravante. 4. Agravo interno desprovido. (STJ - AgInt no RMS: 44559 MA XXXXX/XXXXX-7, Relator: Ministro GURGEL DE FÁRIA, Data de Julgamento: 04/12/2018, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 05/02/2019) (grifo nosso)

Ademais, também é necessária uma compatibilidade com a exigência e as atribuições do cargo. Dessa forma, o artigo 37 da Constituição Federal de 1988 estabelece que “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei”.

Logo, não há viabilidade de aplicação por meio diverso da lei e deve ser respeitada a natureza do cargo, ou seja, não seria razoável a sua exigência para cargos de natureza administrativa. É nesse sentido o entendimento jurisprudencial:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO – MATÉRIA LEGAL. O recurso extraordinário não é meio próprio a alcançar-se exame de controvérsia equacionada sob o ângulo estritamente legal. CONCURSO PÚBLICO – PROVA DE ESFORÇO FÍSICO [...] No âmbito da polícia, ao contrário do que ocorre com o agente em si, **não se tem como constitucional a exigência de prova física para a habilitação ao cargo de escrivão, cuja natureza é estritamente escriturária, muito embora de nível elevado**”. (RE nº 511588 AgR/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 10/05/2011, DJ 08/06/2011) (grifo nosso)

CONCURSO PÚBLICO – PROVA DE ESFORÇO FÍSICO. Caso a caso, há de perquirir-se a sintonia da exigência, no que implica fator de tratamento diferenciado, com a função a ser exercida. **Não se tem como constitucional a exigência de prova física desproporcional à cabível habilitação aos cargos de escrivão, papiloscopista, perito criminal e perito médico-legista de Polícia Civil**. (RE nº 505654 AgR/DF, Primeira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 29/10/2013, DJ14/11/2013) (grifo nosso)

DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONCURSO PÚBLICO. PROVA DE ESFORÇO FÍSICO. DESPROPORCIONALIDADE. EXIGÊNCIA. LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. REEXAME DE PROVAS E CLÁUSULAS DO EDITAL. SÚMULAS 279 E 454 /STF. **1. O acórdão recorrido está alinhado à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a exigência editalícia de prova de aptidão física deverá guardar relação de proporcionalidade com as atribuições a serem exercidas nos respectivos cargos** (RE 733.705, Rel. Min. Gilmar Mendes). Precedentes [...] 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF - AgR ARE: 927803 RO RONDÔNIA 0009539-84.2012.8.22.0000, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 16/09/2016, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-209 30-09-2016) (grifo nosso)

Posto isso, conclui-se que para a realização do teste de aptidão física deve possuir amparo legal e ser compatível com a natureza do cargo/função almejado, de modo a garantir que a sua aplicação seja justa, imparcial e em conformidade com os princípios que regem o certame. Tais requisitos tornam constitucional a exigência da prova física nos concursos públicos.

FUNDAMENTAÇÃO LEGAL DA ADMISSÃO COM REQUISITOS DIFERENCIADOS

Cumprе destacar a obrigatoriedade da realização de concurso público como forma de investidura em cargo ou emprego público disposto no artigo 37, II da Constituição Federal de 1988. Ademais, também dispõe que tal procedimento deve obedecer a princípios constitucionais e administrativos, tais como os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, razoabilidade e proporcionalidade.

Dessa forma, surge o questionamento acerca dos requisitos impostos nos editais de concursos públicos como forma de selecionar candidatos considerados mais aptos ao exercício das funções do cargo pretendido na Administração Pública. O Superior Tribunal de Justiça (STJ, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma) entende que tal tipo de avaliação somente pode ocorrer se houver expressa previsão em lei: “O edital de concurso público não pode limitar o que a lei não restringiu. Ou seja, somente pode haver exigência de teste de capacidade física se houver previsão na lei que criou o cargo”.

Nessa senda, cumpre destacar o conteúdo do artigo 37, II da Constituição Federal de 1988:

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

Assim, combinando tal dispositivo com o art. 39, § 3º da CF/88, o qual garante que pode “a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir”, resta claro a exigência de amparo legal para a realização de tal processo administrativo e a observância da natureza e complexidade do cargo na criação de critérios de seleção de candidatos como forma de acessibilidade ao cargo público para que a adoção de fator discriminatório não seja inconstitucional, mas sim justificadas em razão do interesse público.

Ademais, o egrégio Supremo Tribunal Federal também já decidiu, nesse mesmo sentido, nos autos do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 598.969/SE, com a seguinte ementa:

Agravo regimental em recurso extraordinário. Concurso público. Prova física. Legalidade, razoabilidade e proporcionalidade. Precedentes. 1. Na esteira da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, os requisitos que restrinjam o acesso a cargos públicos apenas se legitimam quando em conformidade com o princípio da legalidade e estritamente relacionados à natureza e às atribuições inerentes ao cargo público a ser provido. 2. Agravo regimental desprovido. (Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 598.969/SE, 2ª Turma, Rel. Min. Ayres Britto, julgado em 20.03.2012)

Segue também o v. voto condutor:

Trata-se de agravo regimental contra decisão pela qual neguei seguimento ao recurso extraordinário porque, na esteira da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, os requisitos que restrinjam o acesso a cargos públicos apenas se legitimam quando em conformidade com o princípio da legalidade e estritamente relacionados à natureza e às atribuições inerentes ao cargo público a ser provido. No caso, não vislumbrei na natureza do cargo a ser provido (1º Tenente do Quadro de Oficiais da Saúde, na área de odontologia) especificidade que justificasse a exigência do teste de aptidão física imposto pelo edital do concurso. **Tem-se, conforme consta do v. acórdão, que, além de observar o princípio da legalidade, o TAF deve guardar pertinência com as**

atribuições do cargo, ou seja, o TAF só pode ser exigido para cargos que efetivamente exijam capacidade física do candidato. (grifo nosso)

Conforme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (ADI 5.044, rel. min. Alexandre de Moraes, j. 11-10-2018, P, DJE de 27-6-2019), “a adoção de requisitos de capacidade física para o acesso a cargos públicos deve observar critérios idôneos e proporcionais de seleção, que guardem correlação com as atividades a serem desempenhadas pelo servidor”. De fato, os editais podem estabelecer inúmeras restrições desnecessárias, injustificadamente, divergentes dos princípios que regem o certame.

A nível de cognição, outro fator ilustre é o requisito de altura mínima necessária, especialmente em carreiras policiais e militares. Tal condição, igualmente, deve observar a natureza e complexidade do cargo, coerente com o desempenho da função. Caso o critério exigido seja desarrazoado, ou seja, não guarde relação com a natureza do cargo, é possível controle pela via judicial. O mesmo se aplica para o critério do sexo, que poderá ser utilizado apenas quando se revele razoável diante das atribuições do cargo. A discriminação social, por exemplo, ocorre em afronta direta à dignidade humana, uma vez que, diante da extrapolação da discricionariedade conferida, estipula exigências abusivas.

Outrossim, há duas súmulas do Supremo Tribunal Federal que também tratam da previsão de tratamento diferenciado: a Súmula 683 do STF estabelece que “O limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido”, além do Estatuto do Idoso que estabeleceu, em seu art. 27, a vedação da discriminação e a fixação de limite máximo de idade, inclusive para concursos, com ressalva dos casos que a natureza do cargo exigir; e a Súmula nº 684 dispõe que “É inconstitucional o veto não motivado à participação de candidato a concurso público”. Dessa forma, observa-se que o entendimento do estabelecimento de critérios diferenciadores não se restringe apenas para a exigência do teste de aptidão física, mas para toda e qualquer condição.

Por conseguinte, não pode o edital criar condições de acesso não definidas em lei.

Caso semelhante ocorreu na 7ª Vara de Fazenda Pública do Estado de Goiás, com o Processo Nº 5440773-49.2023.8.09.0051. A candidata regularmente inscrita no Concurso Público para Auxiliar de Autópsia da Superintendência da Polícia Técnico Científica (SPTC), regido pelo Edital nº 001/2023, ajuizou Ação Anulatória em desfavor do Estado de Goiás e do Instituto Americano de Desenvolvimento – IADES, em razão de ter sido convocada para o Teste de Aptidão Física (TAF). A participante narra que a banca examinadora não se atentou quanto a inconstitucionalidade atribuída em parte à Lei Estadual nº 14.275/2022, uma vez o

TJGO tem entendimento que não há razoabilidade quanto a exigência de testes físicos para cargos burocráticos e administrativo.

A Decisão prolatada em 15/08/2023 foi pelo deferimento da tutela de urgência requerida para determinar o afastamento do TAF para o cargo de Auxiliar de Autópsia, devido à ilegalidade da exigência do teste, assegurando sua efetiva participação nas demais fases do certame até o julgamento de mérito da presente demanda, com fundamento no entendimento de que as funções a serem exercidas no cargo de Auxiliar de Autópsia da Superintendência da Polícia Técnico Científica (SPTC) não exigem resistência física para o seu desempenho, uma vez que possuem natureza predominantemente burocrática e administrativa.

À vista disso, talvez o mais correto seja entender que não há razoabilidade em exigir o teste de aptidão física para funções que não necessitam de preparo físico para o seu desempenho, ou seja, funções de natureza burocrática (em caso de exigência, o teste deve ter uma justificativa suficiente). Dessa forma, disposições editalícias desarrazoadas e ilegítimas são passíveis de controle jurisdicional, uma vez que tais limitações devem ser coerentes com os princípios constitucionais, sob pena de nulidade. Portanto, determinar critérios justos e imparciais para a prova física é um desafio significativo, haja vista a necessidade de definir padrões objetivos e equitativos.

A DELICADA BALANÇA ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E EXIGÊNCIAS DOS CONCURSOS

A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, em Paris. Constitui, portanto, um verdadeiro *jus cogens*, ou seja, são normas imperativas do direito internacional e possuem obrigatoriedade material, dada a necessidade de proteção dos direitos humanos que é reconhecida amplamente por diversos países.

Dessa forma, a Declaração protege a dignidade humana e os direitos fundamentais inalienáveis, extensíveis a todos de forma harmônica. Prevê em seu art. 1º os pilares da dignidade humana: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”. Ademais, constituiu um marco histórico para o entendimento dos direitos humanos como universais e indivisíveis.

Dallari (1994, p.12) afirma que todos os seres humanos possuem direitos pela simples razão de ser uma pessoa humana:

Assim, por exemplo, todos têm direito à vida, não importando a idade, a cor da pele, o lugar onde nasceu, a preferência política, a profissão, a riqueza ou pobreza, ou qualquer outro fator. Embora existam modos diferentes de proteger esse direito, ele sempre é assegurado quando existe um mínimo de respeito pela pessoa humana.

Nesse sentido, os direitos fundamentais integram o núcleo substancial da ordem normativa e possui estreita ligação com o princípio do Estado social previsto na Constituição. Outro aspecto é a ideia de democracia imbricada dos direitos fundamentais. Neste particular, Sarlet (2015, p.62) explana:

De outra parte, a despeito dos inúmeros aspectos que ainda poderiam ser analisados sob esta rubrica, importa referir a função decisiva das minorias contra eventuais desvios de poder praticados pela maioria no poder, salientando-se, portanto, ao lado da liberdade de participação, a efetiva garantia da liberdade-autonomia.

O cerne da temática é que a aplicação dos testes de aptidão física sem ponderar as necessidades específicas dos candidatos pode ser discriminatório. Dito isso, é necessário analisar as possíveis violações que afrontam diretamente o princípio da isonomia, grande balizador do acesso aos cargos públicos.

Por derradeiro, surge a problemática vinculada às restrições aos direitos fundamentais, em especial aos direitos das gestantes e das pessoas com deficiência. O enfrentamento adequado desse cenário pode facilitar a busca de soluções para efetivação desses direitos mediante adaptações razoáveis. De maneira geral, o candidato não possui direito à remarcação do teste físico em razão de circunstâncias pessoais.

O Supremo Tribunal Federal editou o Tema nº 335, com a tese de que “Inexiste direito dos candidatos em concurso público à prova de segunda chamada nos teste de aptidão física, salvo contrária disposição editalícia, em razão de circunstâncias pessoais, ainda que de caráter fisiológico ou de força maior [...]”. Assim, o egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em 2022, na Apelação Cível nº 1065108- 62.2021.8.26.0053, 6ª Câmara de Direito Público, Relª Desª Maria Olívia Alves, decidiu da seguinte maneira:

Apelação. Ação anulatória c/c indenizatória. Concurso público. Soldado. PM 2ª Classe. Exclusão da candidata na etapa de aptidão física por ter sido considerada faltosa. Alegação de que necessitou se submeter à cirurgia de urgência. Sentença de improcedência. Pretensão de reforma. Inadmissibilidade. Edital que expressamente prevê a impossibilidade de reagendamento das etapas do concurso por circunstâncias pessoais dos candidatos. Questão pacificada através da sistemática da repercussão geral. Tema 335-STF. Danos morais. Inocorrência. Ausência de nexo etiológico. Recurso desprovido.

A problemática da possibilidade ou não da remarcação do teste físico depende do caso específico a ser avaliado, em razão do surgimento de excepcionalidades fundamentais face a

interpretações de entendimentos judiciais. Como apontado, especificamente, a aplicação da prova física deve ser alicerçada na lei e há previsão no ordenamento jurídico de estabelecer requisitos diferenciados de acordo com a natureza do cargo.

Isso posto, avança-se, objetivamente, quanto à remarcação do teste com respaldo aos princípios constitucionais. Alguns princípios podem ser elencados para respaldar a não remarcação de tais testes, tais como da eficiência, celeridade e razoabilidade, haja vista que o cumprimento das regras do edital em questão das datas a serem cumpridas balizam o princípio da isonomia e o interesse público, e, ainda, confere a segurança jurídica por não proporcionar privilégios.

Entretanto, há situações em que a imposição de tratamento diferenciado não importa em violação da isonomia, princípio ético fundamental, como no caso da candidata gestante no julgamento a seguir:

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO.MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA ESCRIVÃO DA POLÍCIA CIVIL.CANDIDATA ELIMINADA POR NÃO TER REALIZADO TESTE DE APTIDÃO FÍSICA EM RAZÃO DE GRAVIDEZ. [...] SEGURANÇA CONCEDIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA EM REEXAME NECESSÁRIO. [...] A gravidez impõe tratamento diferenciado à candidata gestante, sem que isso afronte a isonomia entre os candidatos. Isto porque, não seria razoável impor à candidata a realização do teste físico, encontrando-se esta na 25ª semana de gestação, bem como diante do fato de o próprio edital de regulamentação do concurso sequer ter previsto a eliminação em razão do estado gestacional. [...] (TJ-PR - REEX: 9238520 PR 923852-0 (Acórdão), Relator: Desembargador Luiz Mateus de Lima, Data de Julgamento: 06/11/2012, 5ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 989 14/11/2012)

O Supremo Tribunal Federal já decidiu, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 1058333, em novembro de 2018, que há possibilidade de remarcação do teste em respeito à condição de gestante, que está em desvantagem em relação aos demais candidatos, fixando a seguinte tese de repercussão geral: “É constitucional a remarcação do teste de aptidão física de candidata que esteja grávida à época de sua realização, independentemente da previsão expressa em edital do concurso público”. Entretanto, este precedente não foi capaz de colocar um fim à discussão sobre a temática, levando em consideração os desafios que ainda subsistem na aplicação, interpretação e extensão prática da decisão e sobre a necessidade de mudanças na legislação para abordar a questão de forma precisa.

Ademais, outra questão é no que tange a submissão de pessoas com necessidades especiais ou deficiência em testes de aptidão física sem as devidas adaptações. A Constituição Federal, com o objetivo de evitar a discriminação, assegura a inclusão social dessas pessoas ao

dispor em seu art. 37, VIII que: “a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão”.

Para mais, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, regulado pela Lei 13.146/2015, também assegura o direito à igualdade de oportunidades com as demais pessoas, bem como a não discriminação. Nesse contexto, o direito de acesso aos cargos públicos por candidatos com deficiência deve ser amparado por adaptações razoáveis.

O caso a seguir demonstra uma situação que, diante da ausência de adaptação para realização da prova de corrida para uma candidata com limitação no membro inferior direito, resultou na concessão da segurança pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

CONCURSO PÚBLICO. MANDADO DE SEGURANÇA. MUNICÍPIO DE RIO GRANDE. CARGO DE GUARDA MUNICIPAL. EDITAL Nº 01/2016. PROVA FÍSICA. CANDIDATA INSCRITA NA CONDIÇÃO DE PORTADORA DE DEFICIÊNCIA (LIMITAÇÃO NO MEMBRO INFERIOR DIREITO). PREVISÃO DE PROVA DE CORRIDA SEM ADAPTAÇÃO. VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO DA CANDIDATA. [...] 2. **A apelada comprovou ter diagnóstico de sequelas de fratura de fêmur direito coxearmento e hipertrofia de coxa, bem como sua incapacidade para realizar tese físico de corrida, no entanto a banca organizadora do certame convocou a candidata para realização da prova de corrida regular, sem adaptação. Violação ao direito líquido e certo da candidata de ter acesso ao cargo público dentro de suas limitações.** 3. Lei-Rio Grande nº 5.819/03 e Decreto nº 3.298/99, revogado pelo Decreto nº 9.508/18, que dispõe, a respeito da adaptação das provas. Sentença concessiva da segurança mantida. APELAÇÃO IMPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70078500675, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nelson Antônio... Monteiro Pacheco, Julgado em 29/11/2018). (TJ-RS - AC: 70078500675 RS, Relator: Nelson Antônio Monteiro Pacheco, Data de Julgamento: 29/11/2018, Terceira Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 07/12/2018) (grifo nosso)

Dessarte, a igualdade exigida nos concursos públicos deve ser analisada do ponto de vista material, para atender ao princípio da ampla acessibilidade aos cargos públicos. Faz-se necessária também a compatibilidade das atribuições do cargo com a deficiência que o candidato possui e, por fim, o serviço deve se adequar para atender tais necessidades. Trata-se, portanto, de mais um desafio particular na aplicação dos testes físicos e que carece de orientações claras e específicas.

Portanto, tal temática ganha especial relevância, haja vista que deve respeitar um corolário de direitos fundamentais. Diante disso, pode surgir outras hipóteses que, em que pese não haver decisões recentes, no caso concreto, merecem reflexão.

DA APLICABILIDADE DO TESTE FÍSICO FACE À EXPOSIÇÃO DE CASOS EMBLEMÁTICOS

A Lei 8.112 de 1990, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, traz em seu art. 5º como um dos requisitos básicos de investidura no cargo público a aptidão física e mental. Ainda em seu art. 14 pontua que para o candidato tomar posse em cargo público, dependerá de prévia inspeção médica oficial. Dessa forma, será por meio da avaliação médica prévia que julgará se o candidato está apto para participar da próxima etapa.

Segundo Queiroga (2005) “é importante destacar que a avaliação envolvendo componentes de aptidão física é distinta de exames médicos, pois objetiva unicamente classificar o indivíduo quanto a sua condição física”. O autor trata acerca da diferenciação entre a prova física da avaliação médica, uma vez que ressalta que os exames médicos trazem um panorama geral acerca da saúde do candidato, enquanto o teste físico avalia e classifica a capacidade do indivíduo para desempenhar uma atividade específica.

Percebe-se que é nítida a importância dos exames médicos, uma vez que podem identificar eventuais condições preexistentes que possam afetar o exercício de uma atividade, de modo geral. Entretanto, o cerne do problema eclode quando, em que pese o candidato seja considerado apto nos exames prévios, pode apresentar, ainda assim, durante o desenvolvimento da prova física, algum esgotamento físico por razões diversas. Logo, a necessidade de regulamentação de tais testes visa, sobretudo, mitigar a imposição de critérios que exijam um esforço físico desproporcional dos candidatos, levando em consideração a finalidade do certame e a natureza do cargo.

DA PERSPECTIVA DO EXCESSO DE RIGOR NA AVALIAÇÃO FÍSICA

O tópico anterior desperta a discussão acerca das condições em que as provas físicas podem ser conduzidas, diante da heterogeneidade etária possível de candidatos. Logo, exsurge a indagação acerca da possibilidade desses fatos serem consequência de um excesso de rigor e/ou imprecisão na avaliação, como ocorreu na decisão transcrita a seguir:

RECURSO INOMINADO. CONCURSO. ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. REPROVAÇÃO NA 3ª FASE DE CAPACITAÇÃO FÍSICA. PRETENSÃO À ANULAÇÃO DA PROVA DE CORRIDA. **Não há como precisar a distância percorrida pelo candidato, em face da rasura na planilha. Tampouco, há como afirmar que seja 2.000 metros, podendo ser percebido o nº 6 no segundo dígito e o nº 8 no terceiro dígito, o que alcançaria a distância de 2.680 metros, muito além do exigido. Há que se considerar, ainda, que o recorrente foi tido como apto nas demais provas físicas (barras e abdominais) e na primeira prova de corrida (às fls. 100) faltaram apenas 0,40 metros para o recorrente alcançar a distância exigida no edital, qual seja, 2.400, o que demonstra ter bom preparo físico.** Diante disso, estou acolhendo a pretensão inicial, para o efeito de anular o resultado da prova

de corrida, integrante da 3ª Etapa do Concurso de Servidor Militar Estadual, na graduação de soldado de 1ª Classe QMP-2 BM (Bombeiro Militar), para que outro seja realizado e, após, em sendo aprovado, seja dada continuidade às demais etapas do concurso até a sua posse. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO INOMINADO PROVIDO. (TJ-RS - Recurso Cível: 71005796511 RS, Relator: Rosane Ramos de Oliveira Michels, Data de Julgamento: 25/11/2016, Segunda Turma Recursal da Fazenda Pública, Data de Publicação: 07/02/2017) (grifo nosso)

Dito isso, a subordinação aos princípios gerais é de fundamental importância, haja vista que compromete diretamente na lisura do ato administrativo. Ademais, também é necessária uma ponderação acerca das limitações que são feitas nos editais ao impor requisitos para seleção dos candidatos de acordo com as atribuições do cargo, para que não ocorra flagrante violação aos princípios gerais que regem o procedimento administrativo.

Outro fator importante é no que tange ao horário em que esses testes são realizados, haja vista que a condição climática pode contribuir para o candidato passar mal, uma vez que são provas que já exigem um esforço físico elevado.

Diante disso, é perceptível que há casos em que, devido ao excesso de rigor, pode levar à exaustão dos candidatos e, em alguns casos, até ao óbito em razão do alto desgaste ocasionados também por condições climáticas adversas e não justificáveis no que tange a exposição dos candidatos. Independentemente da idade ou condição física do candidato, tais fatores externos interferem diretamente no desempenho físico no momento da prova.

Para ilustrar tal temática, o Tribunal de Justiça do Maranhão, em sede de mandado de segurança, julgado pelo Relator Jorge Rachid Mubarak Maluf, entendeu que “não se afigura razoável exigir de candidatos ao preenchimento de cargos de Delegado de Polícia uma exímia preparação física dentro dos moldes da prova de atletismo, atendendo aos rigores técnicos desta modalidade esportiva”, dado o rigor excessivo na prova de corrida. O Tribunal Regional Federal da 5ª Região também entendeu acerca do rigorismo na avaliação física:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. PAPILOSCOPISTA DA POLÍCIA FEDERAL. TESTE FÍSICO (NATAÇÃO). CRONÔMETRO MANUAL. IMPRECISÃO. REPROVAÇÃO POR CENTÉSIMOS DE SEGUNDO. RIGOR NA AVALIAÇÃO. ATENUAÇÃO. APELAÇÕES IMPROVIDAS. [...] 2. O Autor, após aprovação nas provas objetivas e discursivas do referido concurso, foi convocado para o exame de aptidão física e logrou êxito nas provas de barra fixa, impulsão horizontal e corrida, porém excedeu em 0”38 (trinta e oito centésimos de segundo) o tempo máximo estipulado para a prova de natação (41”00 – quarenta e um segundos), sendo, dessa forma, eliminado do certame. 3. O rigorismo na marcação de tempo em avaliação física de prova de natação, em concurso público para provimento de cargo de papiloscopista policial federal, deve ser atenuado quando demonstrada a evidente imprecisão do teste captado através de cronômetro manual e a desproporcionalidade da desclassificação, em face de ter sido o limite supostamente ultrapassado em apenas 38 centésimos de segundo. 4. Apelações improvidas. (TRF-5 – AC: 41481720124058000, Data de Julgamento: 16/05/2013, Terceira Turma)

O excesso de rigor físico, sem justificativa precisa e específica, fere os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Destaca-se a importância de uma abordagem equilibrada, fundamentada e que observe os princípios jurídicos, de forma que evite eliminar candidatos por mínimas discrepâncias, aliada a sensibilidade para com os limites humanos dos candidatos.

DAS DIRETRIZES CLARAS E NECESSIDADES REAIS

Assim, com a ocorrência de situações de óbito decorrentes da realização dos testes físicos, é necessário avaliar as irregularidades desde o planejamento até a aplicação das provas físicas dos candidatos, uma vez que desde a etapa de planejamento deve ser definido requisitos dentro da legalidade, proporcionalidade e razoabilidade, a fim de evitar interpretações subjetivas dos critérios de avaliação.

A garantia do sucesso da realização do concurso público consiste em um bom planejamento das etapas preliminares do concurso público com foco nas reais necessidades da realização do certame, bem como ter as diretrizes a serem seguidas bem definidas. Desse modo, no momento de elaboração do edital, deve estar atento às normas vigentes, para não constatar exigências em descompasso com as fontes normativas que subsomem o caso concreto. Após, deverá analisar se as atribuições e os requisitos de provimento estão adequados com as normas legais. É nessa etapa em que ocorrem exigências incompatíveis com a natureza da função, conforme já exposto ao longo do trabalho.

Por fim, superada essa etapa, a fiscalização na aplicação das provas também deve ser intensificada para evitar arbitrariedades, tais como a discriminação de candidatos e/ou excesso de rigor exigido nas provas. Isso porque a comissão organizadora do concurso deve adotar todas as providências necessárias à organização e realização do certame e, também na fase da execução, ter uma condução proba e eficiente, a fim de garantir a legalidade, transparência e organização de todo o processo, sob pena de responsabilização.

DA RESPONSABILIDADE CIVIL E ADMINISTRATIVA

A aplicação dos testes de aptidão física em situações de irregularidades, as quais ocorrem excesso de rigor nas provas, podem ocasionar, conforme já retratado, em lesões do candidato por esgotamento físico e, em casos extremos, o óbito do candidato. Desta feita, a

discussão acerca da responsabilidade envolvida levanta questões tanto do ponto de vista civil quanto administrativo.

A priori, é importante destacar que a responsabilidade civil não se confunde com a responsabilidade administrativa. A responsabilidade civil do servidor público envolve a obrigação de reparar danos causados à Administração Pública ou a terceiros, no exercício de suas atribuições. Além de ter fundamentação legal no Código Civil em seu art. 927, também está previsto no Art. 122 da Lei 8.112/90, que dispõe: “A responsabilidade civil decorre de ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposo, que resulte em prejuízo ao erário ou a terceiros”.

Segundo definição de Marçal Justen Filho (2008, p. 947), a responsabilidade administrativa do Estado “consiste na submissão da organização estatal ao dever jurídico-político de prestar informações e contas por suas ações e omissões e de corrigir as imperfeições verificadas em sua conduta”. Em suma, tal responsabilidade submete a deveres jurídicos e políticos, em que, primeiro, há o dever de prestar informações para sociedade do que ocorre na organização estatal interna, exceto quando a lei autorizar o sigilo. Além disso, existe a necessidade de prestação de contas e a responsabilidade do Estado em adotar providências com o objetivo de sanar os problemas que sua ação ou omissão possa gerar. Logo, sujeita o infrator às sanções de cunho administrativo, com a finalidade de garantir o bom funcionamento da máquina estatal.

No que tange a Responsabilidade Civil do Estado, Marçal Justen Filho (2008, p.948), define como “dever de indenizar as perdas e danos materiais e morais sofridos por terceiros em virtude de ação ou omissão antijurídica imputável ao Estado”. Diante disso, é necessário destacar a Responsabilidade Civil do Estado, obrigação imposta ao Poder Público de ressarcir danos causados aos terceiros em razão da função administrativa, sejam usuário ou não do serviço público.

A Teoria da Responsabilidade Objetiva dispensa o fator culpa em relação ao fato danoso. O requisito necessário é a configuração de dano, causado por agentes público nessa qualidade. Assim, não há necessidade de comprovação do dolo ou da culpa do agente, cabendo o direito de regresso do Estado em face do servidor, caso, então, que será necessária a comprovação do dolo ou culpa do agente.

Na Teoria do risco administrativo, adotada pela Constituição Federal Brasileira, o Estado responde pelos prejuízos causados a terceiro sem que haja a necessidade de demonstração da culpa, mas há excludentes ou atenuantes de responsabilidade que podem ser alegadas pelo Estado. Contudo, prevê a exclusão da responsabilidade objetiva do estado nas hipóteses de culpa exclusiva da vítima ou atenuação da responsabilidade quando há caso

fortuito ou força maior e fato exclusivo da vítima e de terceiro, haja vista que interrompem o nexo de causalidade.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, §6º dispõe acerca da responsabilidade objetiva do Estado e responsabilidade subjetiva do servidor público. Conforme redação constitucional, as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros. Sendo assim, basta a existência do nexo de causalidade, isto é, a comprovação, no caso concreto, da relação causal entre o fato e o dano sofrido pelo particular para caracterizar o dever de indenizar.

A ementa a seguir trata especificamente acerca de um pedido de indenização em razão da morte de um candidato após realização do teste de aptidão física. Na avaliação do caso concreto foi considerado o nexo de causalidade entre o óbito e a prova física, concluindo pelo ato culposos na modalidade negligência, gerando a obrigação de indenizar:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAL. PENSIONAMENTO MENSAL. MORTE DE CANDIDATO APÓS A REALIZAÇÃO DE TESTE DE CAPACITAÇÃO FÍSICA PARA CONCURSO PÚBLICO DA POLÍCIA MILITAR. ATO CULPOSO (MODALIDADE NEGLIGÊNCIA). NEXO DE CAUSALIDADE. DANOS. PROVA. - **Comprovados, no caso concreto, o nexo de causalidade entre a morte de candidato e o Teste de Capacitação Física no concurso público da Polícia Militar, o ato culposos, na modalidade negligência, e o dano moral suportado pelos autores, correta a condenação do réu a ressarcir esse dano.** - Sendo os autores menores de idade, e havendo comprovação da dependência econômica deles com o falecido pai, mantém a condenação do réu a lhes pagar pensionamento mensal. (TJ-MG - AC: XXXXX10000384001 MG, Relator: Alberto Vilas Boas, Data de Julgamento: 12/08/2014, Câmaras Cíveis / 1ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 21/08/2014) (grifo nosso)

Em sede de julgamento de apelação, o Relator Desembargador Federal Carlos Augusto Pires Brandão julgou um caso em que um candidato faleceu após passar mal durante a realização da prova, quando transportava uma bomba costal cheia d'água, pesando aproximadamente 24 (vinte e quatro) quilogramas por 2.400 (dois mil e quatrocentos) metros, vindo a óbito no trajeto para o posto de saúde local. Restou comprovada a inexistência de estrutura de assistência médica no local e assim, caracterizada a responsabilidade civil do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, ante a omissão quanto ao dever de cuidado. Esmiuçando o exposto:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. TESTE DE APTIDÃO FÍSICA. MORTE DURANTE ATIVIDADE. AUSÊNCIA DE CASO FORTUITO OU FORÇA MAIOR. DEVER DE CUIDADO. INEXISTÊNCIA DE ESTRUTURA DE ASSISTÊNCIA MÉDICA NO LOCAL. COMPROVADO NEXO DE CAUSALIDADE. RESPONSABILIDADE

DEMONSTRADA. DANO MATERIA E MORAL DEVIDOS. TUTELA ANTECIPADA DEFERIDA. APELAÇÃO PROVIDA.

[...] 1. Os apelantes MARIA ISAURA NUNES DA SILVA e seus filhos LAMMARK NUNES GOMES e LUANNA NUNES GOMES DA SILVA ajuizaram ação objetivando o reconhecimento dos direitos materiais e indenização por danos patrimonial e moral, tendo em vista a alegada responsabilidade civil do INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS - IBAMA pela morte do senhor GENIVALDO GOMES DA SILVA, que era esposo da primeira requerente e pai dos demais. [...] **5. Verifica-se, da análise do contexto, que faltou as condições estruturais para o desenvolvimento do certame, ou seja, omissão quanto aquele conjunto de medidas de preparação antecipada do local de testes de aptidão física, com o intuito de prevenir um mal maior, tal como eventual mal-estar causado pela prática de exercícios à exaustão.** 6. Cabe ressaltar que grandes esforços foram demandados dos candidatos, pois a nota 10 (dez) seria atribuída para que bem atingisse o menor tempo do percurso com a bomba costal, conforme item 5.4.2.2. [...] **7. Assim, ficou caracterizada a responsabilidade civil do IBAMA, ante a omissão, pois está provada nos autos a omissão quanto ao dever de cuidado na condução do teste de aptidão física, bem como demonstrado o nexo de causalidade entre a referida omissão e causa da morte do candidato.** 8. A responsabilidade civil do Estado na configuração do dano moral e material são aferidas mediante a omissão devidamente comprovada do órgão do IBAMA, órgão estatal responsável pela realização do recrutamento de pessoal [...] (TRF-1 - AC: XXXXX20144014004, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS AUGUSTO PIRES BRANDÃO, Data de Julgamento: 10/02/2021, QUINTA TURMA, Data de Publicação: PJe 01/03/2021 PAG PJe 01/03/2021 PAG) (grifo nosso)

Portanto, em casos de violação de direitos ou até mesmo a morte do candidato durante a realização das provas de capacitação física, ambas as formas de responsabilidade podem ser aplicadas, dependendo das circunstâncias do caso concreto. É importante destacar que a atuação do próprio candidato também deve ser analisada, uma vez que a sua conduta diante das regras estabelecidas pode definir a responsabilidade, dada a aplicação da Teoria do Risco Administrativo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O instituto do concurso público, procedimento administrativo, possui como objetivo selecionar candidatos mais capacitados para o exercício das funções do emprego ou cargo público previstos nos quadros da Administração Pública. É de se compreender que muitos certames incluem o Teste de Aptidão Física como etapa de concurso público. Para isso, deve possuir amparo legal e sua exigência tem que ser compatível com a natureza do cargo, uma vez que não há possibilidade de limitar algo que a lei não restringiu. Logo, o edital representa um instrumento eficaz para tal seleção. Ademais, as bancas organizadoras devem assegurar que os testes sejam conduzidos de maneira proporcional às atribuições do cargo em questão.

Não obstante a exigência da apresentação de atestado médico previamente à realização do teste físico, tal fato, por si só, não exime a banca organizadora do devido acompanhamento no momento da prova, haja vista o caráter esgotante dessa etapa. É imperativo preservar a dignidade humana ao longo de todas as fases do processo seletivo. Assim, é ideal ter equipe de saúde à disposição, sob pena de caracterizar a omissão do dever de cuidado na aplicabilidade do teste de aptidão física. Outro fator é no que tange a regulamentação de horário, a fim de proporcionar condições isonômicas para sua realização, em razão da influência de outros fatores, tais como temperatura e umidade, que a depender do horário afeta diretamente o desempenho do candidato.

Dessa forma, foi possível a assimilação do quanto a ausência de regulamentação dos testes de capacidade física pode violar direitos, uma vez que, dada a ausência de regras claras sobre determinadas etapas, é evidente que o concurso público pode incorrer em vícios e impor exigências desarrazoadas. Além disso, foi visto também o posicionamento jurisprudencial que se consolida através de julgados e resoluções advindas do poder judiciário no âmbito dessa temática. Portanto, dessa leitura, é de repisar que embora a Constituição Federal tenha previsto a possibilidade da criação de requisitos diferenciados nas etapas dos concursos públicos para selecionar candidatos mais aptos, tal situação não é absoluta e tal fator deve observar uma série de princípios, notadamente da legalidade, proporcionalidade e razoabilidade.

Com tudo isso foi possível compreender que a solução proposta para a problemática dessa sessão, em razão da pesquisa bibliográfica feita e do todo manifestado, é de que os órgãos responsáveis pela realização desses concursos, além de observar os princípios que norteiam a Administração Pública, face à efetivação dos direitos fundamentais, regulamente, em prol da isonomia, adotem critérios para melhor aplicação da prova física, a fim de evitar o excesso de rigor e variáveis externas, a exemplo da compatibilidade com as funções futuras que serão desempenhadas, do horário e da condição climática do teste físico, em prol de um processo seletivo justo e que respeite os direitos dos participantes.

A colaboração conclusiva se concretiza quando certificada a necessidade da regulação do teste de aptidão física nos concursos públicos. Apesar de possuir feixes doutrinários e jurisprudenciais, como os apontados nesse trabalho, ainda deve ser objeto de controle, especialmente quando confrontados com os princípios constitucionais e com as atribuições do cargo, de forma que a Administração pública selecione candidatos aptos às exigências da função pretendida, atendendo o interesse da administração, por meio da realização da etapa do teste de aptidão fundamentado em princípios e que consagre, dessa forma, os preceitos constitucionais.

LEGALITY AND PUBLIC COMPETITIONS PUT TO THE TEST: FUNDAMENTAL RIGHTS CHALLENGES IN PHYSICAL FITNESS TESTS (TAF) IN BRAZIL

ABSTRACT: It raises an intrinsic question about the specifics of the application of physical fitness tests (TAF), which are a stage in public tenders, with the aim of debating unreasonable and illegitimate requirements that can violate candidates' rights. To this end, the methodological basis is based on a survey of bibliographical references, such as books, scientific articles, publications in periodicals and, above all, research into case law and news on the internet. This is a relevant discussion, since it involves the principles that guide Public Administration, which is so important to the realization of fundamental rights. It initially considers the conceptual elements and legal aspects of the public competition. Next, it analyzes the measurement of physical fitness and its differentiated requirements, as well as the correspondence of the physical test requirement with the functions of the position, in addition to other questions regarding its application, and also addresses responsibility in the legal field. It concludes that given this scenario, it is necessary to regulate the application of physical tests in a way that ensures legal certainty and the fairness of public examinations, so that the requirement for these tests does not violate constitutional precepts.

Key-words: Physical tests. Legality. Human dignity. Regulations.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Vigílio Afonso da Silva. Malheiros Editore, 2006.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 3831/2021**. Apensado ao PL 4426/2012. Dispõe sobre a realização de testes de aptidão física em concurso público. Brasília: Câmara dos Deputados, 2021. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2305067>. Acesso em: 15/05/2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02/05/2023.

BRASIL. **Lei Nº 10.741, de 1º de outubro de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto da Pessoa Idosa e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm. Acesso em: 31/10/2023.

BRASIL. **Lei Nº 13.146, de 6 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm. Acesso em: 31/10/2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Recurso em Mandado de Segurança (Primeira Turma)**. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 15/09/2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso ordinário em mandado de segurança**. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em 15/05/2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 780.032/DF**. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima (Quinta Turma), julgado em 26/06/2007, DJ 06/08/2007. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/>. Acesso em 18/10/2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). **Agravo Interno no Recurso em Mandado de Segurança 56.200/PE**. Teste de aptidão física. Relatora: Min. Regina Helena Costa, DJe 07/08/2018. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/MON?seq=88696664&tipo=0&nreg=201>. Acesso em: 16/09/2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). **Recurso Especial 1665082/DF**. Vinculação do ato administrativo ao princípio da legalidade. Relator: Min. Herman Benjamin, 03/10/2017. DJe 03/10/2017. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=COL&sequencial=101917411&formato=PDF&formato=undefined>. Acesso em: 16/09/2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Nº 683**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=2413>. Acesso em: 01/11/2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Nº 684**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=3631>. Acesso em: 01/11/2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 1058333**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=503719&ori=1#:~:text=Para%20aplica%C3%A7%C3%A3o%20da%20repercuss%C3%A3o%20geral,em%20editais%20do%20concurso%20p%C3%ABlico%22>. Acesso em: 15/09/2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em: 15/09/2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário (Primeira Turma)**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em: 15/09/2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. **Processo Nº 5440773-49.2023.8.09.0051**. Disponível em: <https://projudi.tjgo.jus.br/BuscaProcesso>. Acesso em: 10/11/2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. **Mandado de segurança**. Disponível em: <https://jurisconsult.tjma.jus.br/>. Acesso em: 15/09/2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Recurso Cível**. Segunda Turma Recursal da Fazenda Pública. Relator: Min. Rosane Ramos de Oliveira Michels, publicação em 07/02/2017. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/jurisprudencia-e-legislacao/jurisprudencia/>. Acesso em 20/10/2023.

CAMPELO, Lillian Oder Marques. **O controle jurisdicional sobre os editais de concursos públicos**. Monografia. Fortaleza, 2009. Disponível em: https://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/28284/1/2009_tcc_lomcampelo.pdf. Acesso em: 01/11/2023.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, 37ª ed. Revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Atlas SA, 2023.

CASTILHO, Ricardo. **Direitos Humanos**. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2023. E-book. Disponível em: <https://bibliotecadigital.saraivaeducacao.com.br/>. Acesso em 29/09/2023.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos da Pessoa**. 10ª ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1994.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 34. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. 2. ed. São Paulo: RT, 1999.

FORNAZZA, Thatiane do Nascimento Machado. **Constitucionalidade das Limitações dos Editais de Concursos Públicos**. 2008. Universidade do Sul de Santa Catarina. Monografia. Acesso aberto. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/handle/ANIMA/5481>. Acesso em 15/05/2023.

GABARDO, Emerson; DE MOURA REZENDE, Maurício Corrêa. **O conceito de interesse público no direito administrativo brasileiro**. Revista Brasileira de Estudos Políticos, 2017.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 3ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

MACHADO JÚNIOR, Agapito. **O Controle Judicial nos Concursos Públicos**. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2020.

MARTINS, Helaine Laura. **Os Limites do Controle Jurisdicional dos Concursos Públicos**. Monografia. Palhoça, 2013. Disponível em: https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/6658/1/108825_Helaine.pdf. Acesso em 23/10/2023.

MEDEIROS, Fausto Júnior. **Concurso Público: A (Im)Possibilidade de Remarcação Do Teste de Aptidão Física em consonância com os Princípios Constitucionais**. Monografia. Florianópolis, 2015. Disponível em: repositorio.ufsc.br/handle/123456789/157123. Acesso em: 15/05/2023.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 33ª Edição. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. Malheiros Editores. São Paulo, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 36. ed. Belo Horizonte: Fórum Conhecimento Jurídico, 2023.

QUEIROGA, Marcos Roberto. **Testes e Medidas Para Avaliação da Aptidão Física Relacionada à Saúde em Adultos**. Rio de Janeiro. Editora Guanabara Koogan S.A., 2005.

PORTAL STF. **A Constituição e o Supremo**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/constituicao-supremo/>. Acesso em: 14/05/2023.

Revista Sintese. Disponível em: https://portal.mpf.mp.br/acervo-interno/artigos_sintese/arquivos_revistas_sintese_recortados/revista_sintese_direito_administrativo...pdf. Acesso em: 12/09/2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12^o ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SOUSA, Alice Ribeiro de. **O Processo Administrativo no Concurso Público**. 2011. Universidade Federal de Uberlândia. Dissertação. Acesso aberto. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/handle/123456789/13186>. Acesso em 08/09/2023.