

MAANE MARTINS ALVES

**A INCONSTITUCIONALIDADE DOS LIMITES DO EXAME MÉDICO
ADMISSIONAL COMO ARGUMENTO PARA EXCLUSÃO DO CANDIDATO DO
CONCURSO PÚBLICO.**

**CARATINGA
DOCTUM
2017**

MAANE MARTINS ALVES

**A INCONSTITUCIONALIDADE DOS LIMITES DO EXAME MÉDICO
ADMISSIONAL COMO ARGUMENTO PARA EXCLUSÃO DO CANDIDATO DO
CONCURSO PÚBLICO.**

Monografia apresentada ao Curso de Direito das Faculdades Doctum de Caratinga, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Direito Administrativo e Direito Constitucional.

Orientador: Prof. Msc. Rodolfo de Assis Ferreira

CARATINGA - MG

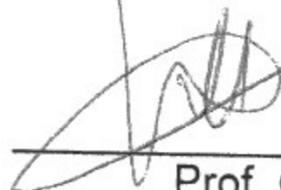
DOCTUM

2017

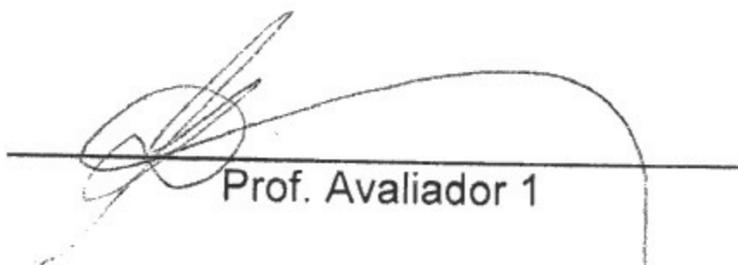
TERMO DE APROVAÇÃO

O Trabalho de Conclusão de Curso intitulado:
A inconstitucionalidade dos limites do exame médico admissional com argumento para exclusão do candidato do concurso público elaborado pelo aluno Maane Martins Alves foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito da FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA, como requisito parcial da obtenção do título de

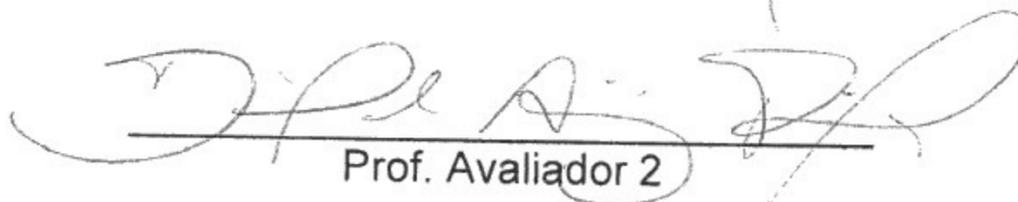
BACHAREL EM DIREITO.

Caratinga 12 de 12 2017

Prof. Orientador



Prof. Avaliador 1



Prof. Avaliador 2

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente a Deus por ter me dado saúde e força para superar as dificuldades para concluir esse trabalho.

A meus pais, irmãos e sobrinhos, por serem a base da minha vida, pelo incentivo e apoio incondicional.

Ao meu orientador Rodolfo de Assis Ferreira pela atenção, pelo auxílio, correção e apoio para o desenvolvimento e conclusão desse trabalho, com certeza seus conhecimentos foram compartilhados.

Aos meus verdadeiros amigos pela companhia, amizade e união.

Aos Professores, pelos conhecimentos oferecidos no qual foram responsáveis pelo meu crescimento intelectual.

Enfim a todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigada.

EPÍGRAFE

Consagra ao SENHOR todas as suas obras e os
teus planos serão bem-sucedidos.
Provérbios 16.3.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	05
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS	07
CAPÍTULO I - PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	12
1.1- Princípios norteadores do Direito Administrativo	13
1.2- A importância da plena observância dos princípios constitucionais	15
CAPÍTULO II - O CONCURSO PÚBLICO	17
2.1 - Regras constitucionais e legais sobre o concurso público	17
2.2 - O exame médico admissional	24
2.3 - Princípios informadores do concurso público: a vinculação ao edital e razoabilidade	27
CAPÍTULO III – A ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DE PARÂMETROS UTILIZADOS COMO ARGUMENTO NA ELIMINAÇÃO NA FASE DO EXAME MÉDICO ADMISSIONAL EM CONCURSO PÚBLICO	33
3.1 - Exigências abusivas em editais de concursos públicos	33
CONSIDERAÇÕES FINAIS	41
REFERÊNCIAS	42

INTRODUÇÃO

A presente monografia, sob o tema “A inconstitucionalidade dos limites do exame médico admissional como argumento para exclusão do candidato do concurso público” objetiva apresentar, por meio de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, uma análise da falta de critérios objetivos vislumbrando a imposição de limites para esses exames admissionais.

O estudo pretende examinar alguns casos em que os candidatos foram eliminados com a observância de requisitos que não tem nenhuma compatibilidade com a função a ser exercida, quais sejam, a aptidão física e mental.

Como marco teórico da monografia, tem-se as ideias sustentadas pelo doutrinador Hely Lopes Meirelles que conceitua os princípios da razoabilidade e proporcionalidade da seguinte forma:

Sem dúvida, pode ser chamado de princípio da proibição de excesso, que, em última análise, objetiva aferir a compatibilidade entre os meios e os fins, de modo a evitar a restrições desnecessárias ou abusivas por parte da Administração Pública, com lesão aos direitos fundamentais. Como se percebe, parece-nos que a razoabilidade envolve a proporcionalidade, e vice-versa.¹

Ao analisar jurisprudências acerca da eliminação de candidatos que foram desclassificados na fase dos exames médicos, percebe-se que, muitas vezes, os editais cometem erros, criando exigências desproporcionais e incompatíveis com o exercício do cargo ou emprego público. Há várias decisões condenando a Administração Pública a contratar os candidatos eliminados injustamente.

O ganho jurídico dessa pesquisa mostra-se justificada pela necessidade de esclarecer a amplitude dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, no âmbito do concurso público, demonstrando os aspectos jurídicos que levaram a editar uma lei específica para o tema.

O ganho social da presente pesquisa revela-se de suma importância, pois traz à discussão de proteção do candidato do concurso público em face da atual discricionariedade existente nas mãos do Administrador Público através do exame médico admissional. Sendo assim, vedando qualquer possibilidade de discriminação abusiva, ou que gere flagrante desrespeito ao princípio da isonomia, afastando os

¹ MEIRELLES, 2014, p. 96.

favoritismos e perseguições pessoais, bem como o nepotismo. Tais fatores atingem pungentemente os direitos fundamentais dos administrados, mormente, quando considerado que é essencial para tais pessoas que haja isonomia na condução do concurso público em que estejam participando.

Nesse sentido a presente monografia é dividida em três capítulos distintos. No primeiro deles intitulado “Princípios constitucionais da Administração Pública” pretende-se destacar o conceito de princípio e explicar cada um dos princípios norteadores do direito administrativo. Também analisar a importância da plena observância dos princípios constitucionais.

Já no segundo capítulo, denominado “O concurso público” aponta-se os elementos fundamentais para a compreensão do tema. Destacando as regras constitucionais e legais sobre o concurso público, passado a analisar o exame médico admissional e suas peculiaridades. Destacar quais são os princípios informadores do concurso público.

Por fim, no terceiro capítulo denominado “Análise jurisprudencial: alguns casos e o STF” encerra a discussão demonstrando alguns casos em que candidatos foram eliminados no exame médico admissional de forma arbitrária sem a observância de critérios objetivos para o julgamento, e ausência de compatibilidade entre a função a ser exercida e a previsão editalícia.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Nos termos do artigo 37, II, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19:

A investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvada as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.²

Segundo José dos Santos Carvalho Filho, o concurso público é um procedimento administrativo que visa à seleção dos melhores candidatos para o provimento de cargos públicos:

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. Na aferição pessoal, o Estado verifica a capacidade intelectual, física e psíquica de interessados em ocupar funções públicas e no aspecto seletivo são escolhidos aqueles que ultrapassam as barreiras opostas no procedimento, obedecida sempre a ordem de classificação. Cuida-se, na verdade, do mais idôneo meio de recrutamento de servidores públicos. Abonamos, então, a afirmação de que o certame público está direcionado à boa administração, que, por sua vez, representa um dos axiomas republicanos.³

Segundo o referido autor, o concurso trata-se de um procedimento administrativo, não se fazendo aqui qualquer distinção entre processo e procedimento, haja vista a divergência doutrinária sobre o tema. É um conjunto de atos encadeados a fim de alcançar um objetivo, no caso, o provimento de cargos e empregos.

Alexandre Mazza complementa tal entendimento, afirmando ser um procedimento externo e concorrencial:

Trata-se, ainda, de um procedimento externo e concorrencial. É externo porque envolve a participação de particulares. É concorrencial porque enseja uma disputa, cujo resultado final favorece alguns competidores em detrimento dos demais.⁴

A exigência de concurso público é feita também para ingresso nas carreiras institucionalizadas pela Constituição: para ingresso na Magistratura, no cargo inicial de juiz de substituto, o artigo 93, I, exige concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em carreira do Ministério Público, o

² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 08/10/2017

³ CARVALHO, 2015, p. 651.

⁴ MAZZA, 2016, p. 576.

artigo 129, §3º, faz idêntica exigência; igualmente é exigido concurso público de provas e títulos para ingresso nas classes iniciais da Advocacia Geral da União (art. 131, §2º), na carreira de Procurador do Estado (art. 132 e na de Defensor Público (art. 134, §1º).⁵

Os concursos não têm forma ou procedimento estabelecido na Constituição, mas é de toda conveniência que sejam precedidos de uma regulamentação legal ou administrativa, amplamente divulgada, para que os candidatos se inteirem de suas bases e matérias exigidas. Suas normas ou seu edital, desde que conformes com a Constituição Federal e a lei obrigam tanto os candidatos quanto a Administração (RE 480.129-DF).

Como atos administrativos devem ser realizados através de bancas ou comissões examinadoras, regularmente constituídas com elementos capazes e idôneos dos quadros do funcionalismo ou não, e com recurso para órgãos superiores, visto que o regime democrático é contrário a decisões únicas, soberanas e irrecorríveis.

De qualquer forma, caberá sempre reapreciação judicial do resultado dos concursos, limitada ao aspecto da legalidade da constituição das bancas ou comissões examinadoras, dos critérios adotados para o julgamento, inclusive observância do princípio da vinculação ao instrumento convocatório e classificação dos candidatos. Isso porque nenhuma lesão ou ameaça a direito individual poderá ser excluída da apreciação do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV).

A Administração é livre para estabelecer as bases do concurso e os critérios de julgamento. Não obstante, é ilegal a exclusão ou reprovação com base em critério subjetivo, como a realização de exame psicotécnico sem critérios objetivos ou a avaliação sigilosa de conduta do candidato, sem motivação.

Ante a presunção de não culpabilidade, é também ilegal reprovar ou excluir do concurso candidato com ação penal em curso ou cumprimento pena em regime semiaberto, sob a alegação de falta de capacitação moral ou por atos infracionais na adolescência; mas, havendo previsão na lei, e constando do edital, é possível levantamento ético-social, o qual dispensa o contraditório.

Conforme preleciona Alexandre Mazza em sua obra:

A realização de concurso público é um imperativo, entre outros, dos princípios da isonomia, impessoalidade, moralidade, legalidade e meritocracia (art. 37,

⁵ DI PIETRO, 2014, p. 670.

II, CF), minimizando os riscos de contratações baseados em preferências pessoais ou interesses ilegítimos. ⁶

Tal abordagem parte da consideração de que o concurso público visa à vedação de qualquer possibilidade de discriminação abusiva, ou que gere flagrante desrespeito ao princípio da isonomia, afastando os favoritismos e perseguições pessoais, bem como o nepotismo. Nesse sentido, é a expressão maior da efetivação dos princípios da impessoalidade, isonomia e moralidade administrativa, dispostos no caput do art. 37, da CF/88.

Dentre os princípios norteadores do concurso público, destaquem-se os princípios da isonomia, razoabilidade e proporcionalidade.

O princípio da isonomia também chamado de Princípio da Igualdade é um dos pilares de sustentação do Estado de Direito.

O operador do direito, ao aplicar o princípio da igualdade, não deve se pautar somente na igualdade formal, que é aquela positivada pela Lei, mas também na igualdade material que se baseia no tratamento uniforme, resultando em igualdade condizente com a realidade. Desta forma, tal princípio foi definido nas palavras de Pedro Lenza:

Essa busca por uma igualdade substancial, muitas vezes idealista, reconheça-se, eterniza-se, na sempre lembrada, com emoção, Oração aos Moços, de Rui Barbosa inspirado na lição secular de Aristóteles, devendo-se tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades. ⁷

Hely Lopes Meirelles conceitua os princípios da razoabilidade e proporcionalidade da seguinte forma:

Sem dúvida, pode ser chamado de princípio da proibição de excesso, que, em última análise, objetiva aferir a compatibilidade entre os meios e os fins, de modo a evitar a restrições desnecessárias ou abusivas por parte da Administração Pública, com lesão aos direitos fundamentais. Como se percebe, parece-nos que a razoabilidade envolve a proporcionalidade, e vice-versa. ⁸

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Trata-se de princípio aplicado ao direito Administrativo como mais uma das tentativas de impor-se limitações á discricionariedade administrativa, ampliando-se o âmbito de apreciação do ato administrativo pelo Poder Judiciário. ⁹

⁶ MAZZA, 2016, p. 576.

⁷ LENZA, 2009, p. 679.

⁸ MEIRELLES, 2014, p. 96.

⁹ DI PIETRO, 2001, p. 174.

É assim que decidem nossos Tribunais consoante se comprova da ementa abaixo transcrita:

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CARTEIRO. INAPTIDÃO FÍSICA. ÍNDICE DE MASSA CORPORAL (IMC) INFERIOR A 20 (VINTE). NÃO PREVISÃO EM EDITAL. ANULAÇÃO DO ATO. - O edital é a lei do concurso e, como tal, vincula tanto a Administração Pública quanto o candidato. Assim, uma vez publicado e iniciado o concurso, não é possível disposição em contrário relativamente às regras previamente estabelecidas, tampouco é cabível exigir-se dos candidatos requisitos, tanto de natureza intelectual quanto física, que não constem expressamente do Edital de convocação. - In casu, o Edital nº 31/2002, ao qual aderiu o candidato, em seu item 10 - Do Exame Médico - consta apenas que os exames objetivam averiguar as condições de saúde física e psíquicas apresentadas pelos candidatos, face às exigências das atividades do cargo, sendo certo que a exigência de ordem física, no sentido de que o IMC deva ser superior a 20, não está explicitado em cláusula editalícia. Destarte, resta evidente a ausência de razoabilidade do ato ora impugnado, pois o referido requisito de ordem física, não estando previsto no edital, não pode ser exigido do candidato. - Recurso parcialmente provido. (TRF-2 - AC: 200451010230649 RJ 2004.51.01.023064-9, Relator: Desembargador Federal FERNANDO MARQUES, Data de Julgamento: 24/11/2010, QUINTA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: E-DJF2R - Data: 01/12/2010 - Página: 329/330) ¹⁰

Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

O princípio da razoabilidade não tem por finalidade compatibilizar causa e efeito, estabelecendo uma decisão racional, mas de compatibilizar interesses e razões. Não se trata de uma mera subsunção da regra ao caso concreto, mas da análise dos valores postos em xeque no plano fático. ¹¹

Para Rafael Carvalho Oliveira Rezende, o princípio da razoabilidade subdivide-se em três vertentes, a adequação ou idoneidade, a necessidade ou exigibilidade e a proporcionalidade em sentido estrito:

- a) Adequação ou idoneidade: o ato estatal será adequado quando contribuir para a realização do resultado pretendido (...);
- b) Necessidade ou exigibilidade: em razão da proibição do excesso, caso existam duas ou mais medidas adequadas para alcançar os fins perseguidos (interesse público), o Poder Público deve adotar a medida menos gravosa aos direitos fundamentais (...);
- c) Proporcionalidade em sentido estrito: encerra uma típica ponderação, no caso concreto, entre o ônus imposto pela atuação estatal e o benefício por ela produzido (relação de custo e benefício da medida), razão pela qual a restrição ao direito fundamental deve ser justificada pela importância do princípio ou direito fundamental que será efetivado (...). ¹²

Assim, deve ser analisado no caso concreto se a exigência editalícia, além de

¹⁰ Disponível em: <https://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18819898/apelacao-civel-ac-200451010230649-rj-20045101023064-9>. Acesso em: 09/10/2017.

¹¹ MOREIRA, 2014, p. 173.

¹² REZENDE, 2015, p. 172/173.

previsão legal, possui: adequação, ou seja, se contribui de forma determinante para o fim almejado pelo interesse público; necessidade, se diante da possibilidade de não haver a exigência, ela é necessária à realização da finalidade pública; e proporcionalidade em sentido estrito, se diante da ponderação do caso concreto, o ônus da exigência sobrepõe-se ao ônus acarretado por ela.

No caso da idade, é necessária a justificativa da exigência pela natureza do cargo, emprego ou função público, como é o caso das carreiras policiais, vale dizer, o limite de idade é adequado, necessário e proporcional ao exercício da atividade policial. Parece ser, haja vista a constante necessidade de condicionamento físico para tais carreiras, já que exercem atividade externa, em sua maioria, o que demanda maior rigor físico, qualidade inerente à juventude humana, via de regra.

Desta forma, percebe-se que a falta de lei específica regulamentando os critérios objetivos vislumbrando a imposição de limites para esses exames admissionais, prevendo os requisitos que podem ser exigidos dos candidatos em cada certame.

Esses exames admissionais podem ser tanto de aptidão física e mental do aprovado em exercer as atribuições ao cargo, visando atestar esta compatibilidade do aprovar com o exercício da função a que se encontra concorrendo.

Portanto, considerando os argumentos acima explanados, percebe-se que há divergência jurisprudencial acerca do tema, fazendo-se um questionamento, há razoabilidade e proporcionalidade na exclusão do candidato do concurso público, com base em limites do exame médico admissional?

CAPÍTULO I

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, *caput*, estabelece cinco princípios básicos que submetem a administração pública direta e indireta.

Os princípios formam uma importante base dentro do direito administrativo. Apesar de existirem outros princípios encontrados na doutrina, a ênfase será dada aos princípios expressos que são de certa forma um eixo da administração pública.

Para José Cretella Júnior: *“princípios de uma ciência são as proposições básicas, fundamentais, típicas que condicionam todas as estruturas subsequentes. Princípios, neste sentido, são os alicerces da ciência”*.¹³

Assim, de acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro *“o Direito Administrativo está informado por determinados princípios, alguns deles próprios também de outros ramos do direito público e outros dele específicos e enquadrados como setoriais, na classificação de Cretella Júnior.”*¹⁴

Conforme, Maria Sylvia Zanella Di Pietro os princípios possuem papel relevante no Direito Administrativo, tem por função manter um equilíbrio entre os administrados e a Administração:

Sendo o Direito Administrativo, em suas origens, de elaboração pretoriana e não codificado, os princípios sempre representaram papel relevante nesse ramo do direito, permitindo à Administração e ao Judiciário estabelecer o necessário equilíbrio entre os direitos dos administrados e as prerrogativas da Administração¹⁵.

Após a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

A Constituição de 1988 inovou ao fazer expressa menção a alguns princípios a que se submete a Administração Pública Direita e Indireta, a saber, os princípios da legalidade e da moralidade administrativa, da publicidade e eficiência (art. 37, *caput*, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 4-6-98).¹⁶

Sendo assim, a Constituição inovou ao trazer princípios expressos e que fazem a Administração se submeter as regras por eles impostas.

¹³ DI PIETRO *apud* CRETELLA, 2015, p. 96.

¹⁴ DI PIETRO *apud* CRETELLA, 2015, p. 97.

¹⁵ DI PIETRO, 2015, p. 97.

¹⁶ *Ibidem*.

1.1 - Princípios Norteadores do Direito Administrativo

Os princípios norteadores do Direito Administrativo, portanto estão expressos na Constituição Federal de 1988, no artigo 37, caput. São eles: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

O princípio da legalidade surgiu com o Estado de Direito, opondo-se a toda e qualquer forma de poder autoritário, antidemocrático. Previsto no artigo 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, está contemplado, além da indicação expressa no art. 37, caput, nos artigos 5º, II, e 84, IV, da CF/88.

Pedro Lenza, faz a distinção entre a legalidade aplicada ao particular e a Administração. Portanto, o particular pode fazer tudo o que não estiver proibido por lei, em sentido contrário a Administração só pode fazer aquilo que esteja previsto em lei, porém não uma característica absoluta, pois existe exceções segundo a doutrina. Vejamos:

Mencionado princípio deve ser lido de forma diferente para o particular e para a Administração. O particular pode fazer tudo o que a lei não proíbe, vigorando o princípio da autonomia da vontade, lembrando da possibilidade de ponderação desse valor com o da dignidade da pessoa humana e, assim, a aplicação horizontal dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Por sua vez, a Administração só poderá fazer o que a lei permitir. Deve andar nos “trilhos da lei”, corroborando a máxima do direito inglês: *role of law, not of mem*. Trata-se de do princípio da legalidade estrita, que, por seu turno, não é absoluta, na medida em que a doutrina identifica algumas restrições, destacando-se: medidas provisórias, estado de defesa e estado de sítio. A administração deve atuar segundo a lei e nunca contra além da lei. Por esse motivo, os atos ilegais poderão ser invalidados de ofício, em verdadeiro exercício de autotutela administrativa, ou pelo Judiciário. Confirmar na atuação governamental aos parâmetros da lei, editada pelos representantes do povo, é trazer segurança e estabilidade, evitando, ainda, qualquer tipo de favoritismo por parte do administrador.¹⁷

Nos dizeres de Celso Antônio Bandeira de Mello, “*o princípio da legalidade é o antídoto natural do poder monocrático ou oligárquico, pois tem como raiz a ideia de soberania popular, de exaltação da cidadania*”.¹⁸

Outro princípio expresso no artigo 37, caput da CF, é o princípio da impessoalidade, determina que todos são iguais perante a lei (art. 5º, caput), e conseqüentemente o serão perante a Administração. Esta deverá atuar sem favoritismo ou perseguição, tratando a todos de modo igual ou, quando necessário, fazendo a discriminação necessária para se chegar à igualdade real ou material.

Assim, de acordo com Pedro Lenza, a Administração deve buscar sempre o

¹⁷ LENZA, 2014, p. 1412.

¹⁸ LENZA, *apud* MELLO, p. 1412.

interesse público, neste sentido o concurso público é um exemplo de impessoalidade, haja vista que ele busca afastar os favoritismos e perseguições pessoais:

A Administração deve sempre buscar a concretização do interesse público e não do particular, sentido em que a regra do concurso público ganha especial destaque. Nos termos do art.37, II, da CF/88, a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público 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.¹⁹

Hely Lopes Meirelles define o concurso público como:

“... o meio técnico posto à disposição da Administração Pública para obter-se moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público e, ao mesmo tempo, propiciar igual oportunidade a todos os interessados que atendam aos requisitos da lei, fixados de acordo com a natureza e complexidade do cargo ou emprego, consoante determina o art. 37, II, da CF. Pelo concurso afastam-se, pois, os ineptos e os apaniguados que costumam abarrotar as repartições, num espetáculo degradante de protecionismo e falta de escrúpulos de políticos que se alçam e se mantêm no poder leiloando cargos e empregos públicos”.²⁰

Por sua vez, Marçal Justen Filho diz que:

O concurso público objetiva assegurar que a seleção dos titulares de cargo de provimento efetivo oriente-se pelo princípio da impessoalidade. A escolha refletirá as virtudes e capacidades individuais reveladas na avaliação objetiva, segundo critérios predeterminados de virtuosidade física e (ou) capacidade intelectual.²¹

Toda essa nova orientação da jurisprudência do STF e da doutrina decorre da mudança de previsão constitucional sobre o instituto do concurso público, em especial a Súmula 685 do Supremo Tribunal Federal:

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.²²

Conforme, Pedro Lenza “*a Administração Pública, de acordo com o princípio da moralidade administrativa, deve agir com boa-fé, sinceridade, probidade, lealdade e ética.*”²³

Pedro Lenza estabelece que “*o princípio da publicidade é insito ao Estado*

¹⁹ LENZA, 2014, p. 1413.

²⁰ LENZA *apud* MEIRELLES, 2014, p. 1413.

²¹ LENZA *apud* FILHO, 2014, p. 1413.

²² LENZA, 2014, p. 1414.

²³ LENZA, 2014, p. 1417.

*Democrático de Direito e está intimamente ligado à perspectiva de transparência, dever da Administração Pública, direito da sociedade.”*²⁴

Sobre o princípio da publicidade Pedro Lenza estabelece que:

Completando o princípio da publicidade, o art. 5º, XXXIII, garante a todos o direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestados no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, matéria essa regulamentada pela Lei n. 12.527/2011.²⁵

José Afonso da Silva sustenta que *“o princípio da eficiência administrativa consiste na organização racional dos meios e recursos humanos, materiais e institucionais para a prestação de serviços públicos de qualidade em condições econômicas e de igualdade dos consumidores”*.²⁶

1.2 - A importância da plena observância dos princípios constitucionais

A Constituição Federal tem uma vasta quantidade de normas voltadas para a disciplina da Administração Pública.

Luís Roberto Barroso, explica que a Constituição Federal de 1988 possui um amplo detalhamento sobre normas que regulamenta a matéria relacionada a Administração Pública e informa sobre a presença de princípios setoriais do direito administrativo. Vejamos:

A presença de dispositivos sobre Administração Pública nas Constituições modernas tem início com as Cartas italiana e alemã, em precedentes que foram ampliadas pelos Textos português e espanhol. A Constituição brasileira de 1988 discorre amplamente sobre a Administração Pública, com censurável grau de detalhamento e contendo um verdadeiro estatuto dos servidores públicos. Nada obstante, contém algumas virtudes, como a dissociação da função administrativa da atividade de governo e a enunciação expressa de princípios setoriais do direito administrativo, que na redação original eram os da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. A emenda Constitucional nº 19, de 04.06.98, acrescentou ao elenco o princípio da eficiência.²⁷

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro *“a partir da chamada constitucionalização do Direito Administrativo, com a consagração de valores e princípios essenciais ao Estado de Direito Democrático, os mesmos passaram a ter*

²⁴ LENZA, 2014, p. 1417.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ LENZA, apud SILVA, 2014, p. 1417.

²⁷ BARROSO, 2005, p. 37/38. In: Biblioteca Digital Fundação Getúlio Vargas. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>. Acesso em 25/10/2017.

maior imperatividade.”²⁸

Maria Sylvia Zanella Di Pietro explica que “*os princípios de valor constitucional passaram a ocupar posição hierárquica superior às leis ordinárias, tornando-se de observância obrigatória para os três Poderes do Estado.*”²⁹

Sendo assim, os princípios geraram uma grande importância, pois passaram a limitar a discricionariedade administrativa para que o gestor público possa escolher de acordo com a conveniência e oportunidade, essa margem de escolha fica limitada ao princípio da legalidade, conforme estabelece Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Os princípios ainda desempenham importante papel na limitação da discricionariedade administrativa, que significa liberdade de apreciação, pela Administração Pública, dos aspectos de oportunidade e conveniência que lhe foram conferidos pela lei. Trata-se de liberdade limitada pela legalidade, considerada em sentido amplo, de modo abranger os princípios e os valores consagrados implícita ou expressamente no ordenamento jurídico.³⁰

Conforme afirmação feita por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “*os princípios são de observância obrigatória pela Administração.*”³¹

Portanto, os princípios demonstram grande importância pois fazem a limitação da discricionariedade administrativa.

²⁸ DI PIETRO, 2015, p. 73.

²⁹ *Ibidem.*

³⁰ DI PIETRO, 2015, p. 74.

³¹ *Ibidem.*

CAPÍTULO II

O CONCURSO PÚBLICO

A Constituição Federal em seu artigo 37, inciso II, prevê que a investidura em cargo ou emprego público será mediante aprovação em concurso público.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *“quando a Constituição fala em concurso público, ela está exigindo procedimento aberto a todos os interessados, ficando vedados os chamados concursos internos, só abertos a quem já pertence ao quadro de pessoal da Administração Pública”*.³²

Um certame competitivo para acesso aos cargos e empregos públicos, é uma forma de consagrar os princípios constitucionais, Fabrício Motta por sua vez adverte que:

A realização de certame competitivo prévia ao acesso aos cargos e empregos públicos objetiva realizar princípios consagrados em nosso sistema constitucional, notadamente os princípios da democracia e isonomia, e efetiva-se por meio de processo administrativo. Utilizando-se deste mecanismo, atendem-se também as exigências do princípio da eficiência, neste momento entendido como a necessidade de selecionar os mais aptos para ocupar as posições em disputa e proporcionar uma atuação estatal otimizada.³³

Portanto, conforme os ensinamentos de Fabrício Motta *“o sistema constitucional vigente prevê como regra que a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos (art. 37, II da Constituição Federal)”*.³⁴

2.1 – Regras constitucionais e legais sobre o concurso público

Na história das Constituições brasileiras a primeira menção explícita a concurso público ocorreu com a edição da Constituição de 1934.

Com efeito, o art. 170, §2º, da Constituição de 1934, determinava que “a primeira investidura nos postos de carreira das repartições administrativas, e nos demais que a lei determinar, efetuar-se-á depois de exame de sanidade e concurso de provas ou títulos”. O art. 158 da mesma Carta vedava “a dispensa do concurso de títulos e provas no provimento dos cargos do magistério oficial, bem como, em qualquer curso, a de provas escolares de habilitação, determinadas em lei ou

³² DI PIETRO, 2014, p. 670.

³³MOTTA, 2005, p. 139. In: Biblioteca Digital Fundação Getúlio Vargas. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43864/44722>. Acesso em 08/10/2017.

³⁴ *Ibidem*.

regulamento”. Na Constituição de 10 de novembro de 1937, havia regra semelhante, diferente da anterior somente no tocante à não exigência expressa de exame de sanidade. Na Constituição de 1946, houve mudança que a aproximou da Carta de 1934. Segundo o art. 186, “a primeira investidura em cargo de carreira e em outros que a lei determinar efetuar-se-á mediante concurso, procedendo inspeção de saúde”. A carta de 1967 iniciou a sistemática mais próxima do regramento atual. Estabeleciam os parágrafos 1º e 2º do art. 95: “§1º A nomeação para cargo público exige aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos. § 2º Prescinde de concurso a nomeação para cargos em comissão, declarados em lei, de livre nomeação e exoneração.” Por último, a Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969, admitiu a possibilidade da dispensa de concurso público para a primeira investidura em cargo público, nos indicados em lei.³⁵

A Constituição de 1988, trouxe em seu artigo 37, inciso I e II, as regras de acessibilidade aos cargos, empregos e função públicas. Vejamos:

A Constituição Republicana de 1988, como se sabe, estabelece que os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei, e que *a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou 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 (art. 37, incisos I e II)*.³⁶

Como se pode extrair até aqui, a prévia aprovação em concurso público, como regra, é condição de ingresso no serviço público. Porém existe algumas situações em que a Constituição dispensa essa exigência.

José dos Santos Carvalho Filho dispõe que *“há algumas situações especiais em relação às quais a Constituição dispensa a aprovação em concurso público pelo servidor. Note-se, porém, que tais situações são excepcionais e atendem apenas à estratégia política do Constituinte”*.³⁷

Um exemplo extraído da doutrina de José dos Santos Carvalho Filho apresenta o seguinte: *“no que toca aos cargos vitalícios, é inexigível o concurso para a investidura dos integrantes do quinto constitucional dos Tribunais Judiciários,*

³⁵ MOTTA, Fabrício. **Direitos fundamentais e concurso público**. In: Brasil. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, Edição Especial — ano XXVIII, p. 70. Disponível em: <http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/926.pdf>. Acesso em 08/10/2017.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ CARVALHO, 2017, p. 417.

composto de membros do Ministério Público e advogados (art. 94, CF)”.³⁸

Conforme dispõe Hely Lopes Meirelles, a obrigatoriedade tem algumas ressalvas previstas no próprio texto constitucional:

A obrigatoriedade de concurso público, ressalvadas os cargos em comissão e empregos com essa natureza, refere-se à investidura em cargo ou emprego público, isto é, ao ingresso em cargo ou emprego isolado ou em cargo ou emprego público inicial da carreira na Administração direta e indireta.³⁹

Superada a exceção à regra de ingresso ao serviço público, passa-se a conceituação de concurso público.

Considerando o disposto no artigo 37, incisos I e II, e seguindo o conceito de José dos Santos Carvalho Filho:

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. Na aferição pessoal, o Estado verifica a capacidade intelectual, física e psíquica de interessados em ocupar funções públicas e no aspecto seletivo são escolhidos aqueles que ultrapassam as barreiras opostas no procedimento, obedecida sempre a ordem de classificação. Cuida-se, na verdade, do mais idôneo meio de recrutamento de servidores públicos.⁴⁰

No mesmo sentido Hely Lopes Meirelles ensina que o concurso público:

[...] é o meio técnico posto à disposição da administração pública para obter-se moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público e, ao mesmo tempo, propiciar igual oportunidade a todos os interessados que atendam aos requisitos da lei, consoante determina o art. 37, II, da CF. Pelo concurso, afastam-se, pois, os ineptos e os apaniguados, que costumam abarrotar as repartições, num espetáculo degradante de protecionismo e falta de escrúpulos de políticos que se alçam e se mantêm no poder leiloando empregos públicos.⁴¹

Nos dizeres de José dos Santos Carvalho Filho:

Por se tratar de procedimento administrativo em cujo cerne se encontra densa competitividade entre os aspirantes a cargos e empregos públicos, o concurso público não raras vezes rende ensejo à instauração de conflitos entre os candidatos, ou entre estes e o poder público. É importante, em consequência, que essa característica marcante seja solucionada de forma legítima, sobretudo com a aplicação dos princípios da motivação e do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, CF).⁴²

³⁸ CARVALHO, 2017, p. 417.

³⁹ MEIRELLES, 2014, p. 529/530.

⁴⁰ CARVALHO, 2017, p. 561.

⁴¹ MEIRELLES, 2014, p. 530.

⁴² CARVALHO, 2017, p. 415.

Nos dizeres de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *“Quando a Constituição fala em concurso público, ela está exigindo procedimento aberto a todos os interessados, ficando vedados os chamados concursos internos, só abertos a quem já pertence ao quadro de pessoal da Administração Pública”*.⁴³

No mesmo sentido, José dos Santos Carvalho Filho prevê que:

O concurso interno é uma processo seletivo realizado exclusivamente dentro do âmbito de pessoas administrativas ou órgãos públicos. Como o demonstra a própria expressão, esse tipo de certame não pode ser tido como concurso público, sabido que a participação dos candidatos é de caráter limitado.⁴⁴

Para José dos Santos Carvalho Filho, *“o direito de acesso, previsto no art. 37, I da CF, corresponde ao ingresso no serviço público”*.⁴⁵

Ele ainda define a acessibilidade da seguinte forma:

Acessibilidade é o conjunto de normas e princípios que regula o ingresso de pessoas interessadas no serviço público. Os parâmetros que regem o acesso ao serviço público acarretam vinculação para os órgãos administrativos, de modo que não pode a Administração criar dificuldades maiores nem abrir ensanches de facilidades fora das regras que compõem o sistema.⁴⁶

Os titulares do direito ao acesso ao serviço público José dos Santos Carvalho Filho, explica que:

Primeiramente, é preciso observar que o direito de acesso ao serviço público é conferido aos brasileiros que preenchem os requisitos legais. Como não há qualquer restrição quanto ao sentido do termo, devemos entender que são titulares do direito não apenas os brasileiros natos como os naturalizados. Essa é a regra geral. A exceção está contemplada no art. 12, § 3º, da CF, que enumerou alguns cargos privativos de brasileiro nato: Presidente e Vice-Presidente da República; Presidente da Câmara dos Deputados e do Senado Federal; Ministro do STF; membros da carreira diplomática; oficial das Forças Armadas e Ministro de Estado da Defesa.⁴⁷

Antes da Emenda Constitucional nº 19/1998 havia a dúvida se o estrangeiro podia ou não ter acesso ao serviço público, conforme José dos Santos Carvalho Filho, *“em relação ao dispositivo, surgiu a questão de saber se, diante do texto original, o estrangeiro poderia ingressar no serviço público, eis que não havia qualquer referência a tal situação”*.⁴⁸

⁴³ DI PIETRO, 2014, p. 670.

⁴⁴ CARVALHO, 2017, p. 418.

⁴⁵ CARVALHO, 2017, p. 426.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ *Ibidem*.

A fase de rigidez do texto sessou, após uma Emenda Constitucional que ampliou o acesso ao serviço público também aos estrangeiros:

Com o advento da EC nº 19/1998, restou ampliado, no art. 37, I, da CF, o princípio da acessibilidade também aos estrangeiros, nos termos da lei regulamentadora. Reconheceu o Constituinte que a rigidez do texto anterior, limitando o acesso aos cargos e funções públicas apenas aos brasileiros, criou inúmeras dificuldades naquelas situações em que se tornava necessário o recrutamento de professores, técnicos e profissionais estrangeiros. É claro que, mesmo não podendo esse recrutamento caracterizar como regra geral, é possível agora ao legislador ordinário, regulamentando o dispositivo, estabelecer os casos e as condições nos quais será legítimo o acesso de estrangeiros às funções públicas. Todavia, urge a promulgação da lei regulamentadora, pois que ela depende a eficácia do mandamento constitucional.⁴⁹

Conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal, a norma constitucional que confere esse direito ao estrangeiro é de eficácia limitada pois depende de regulamentação para produzir efeitos, portanto não é autoaplicável, como se pode verificar no julgamento do RE 544.655-AgR/MG, Rel. Min. Eros Grau, cuja ementa transcrevo a seguir:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ESTRANGEIRO. ACESSO AO SERVIÇO PÚBLICO. ARTIGO 37, I, DA CB/88. O Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de que o artigo 37, I, da Constituição do Brasil [redação após a EC 19/98], consubstancia, relativamente ao acesso aos cargos públicos por estrangeiros, preceito constitucional dotado de eficácia limitada, dependendo de regulamentação para produzir efeitos, sendo assim, não auto-aplicável. Precedentes. Agravo regimental a que se dá provimento. RE 544.655-AgR/MG, Rel. Min. Eros Grau, j. 09.09.2008, 2ª Turma, DJE 10.10.2008.⁵⁰

Segundo Ricardo Alexandre e João de Deus a emenda passou a admitir a possibilidade de contratação de professores, técnicos e cientistas estrangeiros pelas universidades e instituições de pesquisa científica e tecnológica, e também provocou a alteração da Lei 8.112/90, que inclui também a possibilidade de contratação de estrangeiros. Vejamos:

Na esteira da evolução constitucional sobre o assunto, a Emenda Constitucional 11/1996 incluiu dois parágrafos no art. 207, passando a admitir a possibilidade de contratação de professores, técnicos e cientistas estrangeiros pelas universidades e instituições de pesquisa científica e tecnológica. Em razão dessa modificação constitucional, foi editada a Lei 9.515/1997, que incluiu o §3º ao art. da Lei 8.112/1990 (regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas

⁴⁹ CARVALHO, 2017, p. 426.

⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoTexto.asp?id=2692906&tipoApp=RTF>. Acesso em 28/10/2017.

federais), estabelecendo que “as universidades e instituições de pesquisa científica e tecnológica federais poderão prover seus cargos com professores, técnicos e cientistas estrangeiros, de acordo com as normas e os procedimentos desta Lei.”⁵¹

Conforme José dos Santos Carvalho Filho, o direito de acesso ao serviço público tem algumas exigências, e portanto deve ser obedecidos estes requisitos que são impostos, porém estes devem estar previstos em lei. Vejamos:

O direito de acesso ao serviço público não é desprovido de algumas exigências. Por esse motivo, o texto constitucional deixou bem claro que o acesso pressupõe a observância dos requisitos estabelecidos em lei. De antemão, é importante frisar que, pelo princípio da isonomia, os requisitos exigidos dos candidatos devem ser os mesmos, independentemente do fato de que alguns possam ter prosseguido no certame por via judicial. A orientação é acertada, pois que, se houve correção judicial, é porque a Administração produziu erro administrativo.⁵²

Ricardo Alexandre e João de Deus, determinam que “a exigência desses requisitos deve guardar previsão legal”.⁵³

Os mesmos ainda estabelecem que “os nossos tribunais judiciários têm considerado que ofende a Constituição a exigência de requisitos previstos apenas em edital de concurso público ou em ato administrativo infralegal.”⁵⁴

A título de exemplo, é possível citar o seguinte entendimento do STF:

A exigência de experiência profissional prevista apenas em edital importa em ofensa constitucional (RE 558.883 – AgR, Rel. Min. Ellen Gracie. j.08.09.2009, 2ª Turma, DJE 25.09.2009).⁵⁵

O outro ponto importante é o prazo de validade do concurso público, segundo Ricardo Alexandre e João de Deus “conforme previsto no art. 37, III, da Constituição Federal, o prazo de validade do concurso público será de até dois anos, prorrogável uma vez, por igual período”.⁵⁶

O edital deve conter expressamente o prazo de validade do certame, conforme Ricardo Alexandre e João de Deus “o prazo de validade do concurso é fixado no respectivo edital do certame, devendo, por óbvio, respeitar os limites constitucionais”. Assim, a título de exemplo podemos citar que o edital poderá fixar um prazo de validade de seis meses (prorrogável por mais seis meses).⁵⁷

⁵¹ ALEXANDRE e DEUS, 2017, p.153.

⁵² CARVALHO, 2017, p. 427.

⁵³ ALEXANDRE e DEUS, 2017, p.154.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ ALEXANDRE e DEUS, 2017, p.158.

⁵⁷ *Ibidem*.

Ricardo Alexandre e João de Deus, estabelecem que essa prorrogação não poderá ser feita após o término do prazo inicial, conforme já decidiu o STF:

No entanto a prorrogação do prazo de validade do concurso só pode ser feita enquanto não expirado o prazo inicial. Trilhando essa linha de pensamento, o STF já decidiu pela impossibilidade de prorrogar a validade do concurso quando já expirado o seu prazo inicial (AI 452.661 – AgRg, Nelson Jobim, j.30.09.2003, 2ª Turma, DJ 05.12.2003).⁵⁸

Os autores, ainda informam que a prorrogação da validade fica a critério da administração por se tratar de poder discricionário.

A prorrogação da validade do certame fica a critério da Administração (poder discricionário), não havendo para os candidatos aprovados direito subjetivo à providência, sendo vedado ao Poder Judiciário o reexame dos critérios de conveniência e oportunidade adotados (STJ – AgRg no RMS 039748/RO).⁵⁹

Superado esse tema, sabemos que o concurso público possui várias etapas. Conforme dispõe José dos Santos Carvalho Filho *“o concurso público, por ser um procedimento administrativo, compõe-se de várias etapas. Uma das etapas iniciais é a da inscrição. Inscrição é a manifestação de vontade do candidato no sentido a participar da competição.”*⁶⁰

Hely Lopes Meirelles, estabelece que mesmo que haja a inscrição ela não enseja direito à realização do concurso público:

Os candidatos, mesmo que inscritos, não adquirem direito à realização do concurso público na época e condições inicialmente estabelecidas pela Administração; esses elementos podem ser modificados pelo Poder Público, como pode ser cancelado ou invalidado o concurso, antes, durante ou após sua realização, sempre mediante clara e justa causa, devidamente motivada.⁶¹

Ao final do concurso, fica determinado os aprovados.

No que toca à aprovação em concurso público, se o edital previu determinado número de vagas, ele deve chamar todos os aprovados, pois eles possuem o direito subjetivo a nomeação, conforme declara José dos Santos Carvalho Filho:

Se o edital do concurso previu determinado número de vagas, a Administração fica vinculada a seu provimento, em virtude da presumida necessidade para o desempenho das respectivas funções. Assim, deve assegurar-se a todos os aprovados dentro do referido número de vagas direito subjetivo a nomeação. Sendo assim, a falta de nomeação é que deve

⁵⁸ ALEXANDRE e DEUS, 2017, p.158.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ CARVALHO, 2017, p. 419.

⁶¹ MEIRELLES, 2014, p. 533.

constituir exceção, cabendo ao órgão público comprovar, de forma fundamentada, a sua omissão. Somente com tal orientação poderá impedir-se o arbítrio da Administração, ao mesmo tempo em que ela poderá respeitar-se, com impessoalidade, a ordem de classificatória advinda do concurso público, obstando-se a que os aprovados fiquem à mercê dos caprichos e humores dos dirigentes administrativos.⁶²

Após a aprovação o próximo passo é a realização dos exames médicos, que possuem o objetivo de atestar a compatibilidade física e mental do aprovado com as atribuições inerentes ao cargo.

2.2 – O exame médico admissional

O exame médico admissional faz parte das etapas finais do concurso público. Sendo assim, deve estar previsto no edital do concurso, conforme expressão amplamente conhecida “o edital é a lei do concurso”.

Outro ponto que merece destaque, é a diferenciação entre exame médico admissional que não deve ser confundido com testes de capacidade física ou psicológica.

Pois, o exame médico admissional decorre de exigência legal para investidura a todos e qualquer cargo público, nos termos do art. 5, VI, da lei 8.112/90 que prescreve:

“Art. 5º - São requisitos básicos para investidura em cargo público: VI - aptidão física e mental.”⁶³

O art. 14, em seu parágrafo único da mesma lei estabelece que “*Só poderá ser empossado aquele que for julgado apto física e mentalmente para o exercício do cargo*”.⁶⁴

Portanto, o exame admissional não possui uma relação direta com o concurso público, mas sim, com a aptidão, física e mental, do aprovado no concurso para o exercício das atribuições inerentes ao cargo.

No caso de exames psicológico ou de capacidade física constituem etapas do processo seletivo, por isso requer previsão em lei específica ou no edital que rege o certame.

Portanto, nada impede que o candidato aprovado em todas as fases de um

⁶² CARVALHO, 2017, p. 419.

⁶³ BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm. Acesso em 28/10/2017.

⁶⁴ *Ibidem*.

concurso, inclusive nos exames de capacidade física e psicológica, quando exigidos em razão da natureza do cargo, sejam impedidos de serem empossados ou admitidos à investidura do cargo.

O exame admissional tem como finalidade verificar a compatibilidade física e mental do aprovado com as atribuições inerentes ao cargo.

No julgado (AgRg no REsp 1.414.990-DF), o STJ distinguiu o exame admissional, como uma etapa prévia à investidura no cargo, da exigência de exames físicos ou psicológicos, como etapa do próprio processo seletivo:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRA-ESTRUTURA DE TRANSPORTES (DNIT). VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. EXAME CLÍNICO. PREVISÃO LEGAL. LEI N. 8.112/90. PREVISÃO EXPRESSA NA LEI QUE DISCIPLINA A CARREIRA. DESNECESSIDADE. 1. O Tribunal a quo não infringiu o art. 535, II, e 458 do CPC, pois a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida. 2. A exigência do exame clínico para ingresso em cargo público federal tem expressa previsão legal na Lei n. 8.112/90. Nos termos do artigo 14 do mencionado diploma legal, somente poderá ser empossado aquele que estiver apto física e mentalmente para o exercício do cargo, capacidade esta aferida por exame médico. 3. O exame médico é exigência geral, direcionada a todos os cargos públicos federais, daí a desnecessidade de constar expressamente na lei que disciplina a carreira - Lei n. 8.112/90. Difere do teste físico ou psicológico, que se constituem exigências específicas para o desempenho de determinados cargos e, portanto, devem possuir previsão legal em lei específica. Agravo regimental improvido. (STJ - AgRg no REsp: 1414990 DF 2013/0221484-4, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 03/04/2014, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/04/2014).⁶⁵

Portanto, a finalidade do exame admissional é verificar a compatibilidade física e mental do aprovado com as atribuições do cargo, que será exercido por ele após a aprovação.

Um exemplo de edital abusivo e que não guardava qualquer compatibilidade entre o cargo e as atribuições ocorreu em 2016, e tomou importância na mídia, não só a jurídica, a notícia relacionada ao edital do concurso do Tribunal Regional Eleitoral do Estado de São Paulo (TRE-SP).

Ocorre que, o edital deste concurso trouxe em uma das suas cláusulas, mais especificamente a cláusula de nº 15, disposições que não guardavam pertinência com o cargo a ser exercido. Vejamos:

h) Citologia oncótica (Papanicolau) para os candidatos do sexo feminino;

⁶⁵ Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25055843/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1414990-df-2013-0221484-4-stj/relatorio-e-voto-25055845?ref=juris-tabs#!>. Acesso em 08/10/2017.

- i) Mamografia para os candidatos do sexo feminino com mais de 50 (cinquenta) anos;
- j) Dosagem do PSA (antígeno prostático específico) para os candidatos do sexo masculino com mais de 50 (cinquenta) anos.⁶⁶

A referida matéria concorda com a necessidade dos exames médicos nos editais de concursos públicos, e também justifica a sua importância constitucional como fundamento do princípio constitucional da eficiência:

A princípio, importa consignar que não há qualquer proibição de exigência de exames médicos nos editais de concursos públicos, e o fundamento é, inclusive, constitucional: a eficiência na contratação dos representantes da Administração Pública. Geralmente, os editais dos concursos que abrangem a fase de inspeção médica exigem, dos candidatos, a realização de exames clínicos, oftalmológico, odontológicos, toxicológicos, biométricos. Tais exames têm a finalidade de averiguar a aptidão física e mental dos candidatos.⁶⁷

Após gerar bastante polêmica, o órgão se manifestou, justificando que os referidos exames cobrados no edital visam além da avaliação de saúde do candidato no sentido de se averiguar aptidão ao trabalho, e também como forma de prevenção para outras possíveis doenças.

Conforme matéria divulgada no site jurídico Migalhas, fica claro que ocorreu arbitrariedade por parte da administração, pois *“o próprio edital determina que ‘somente serão empossados os candidatos considerados aptos em inspeção de saúde de caráter eliminatório’. Ou seja: a princípio, a tal ‘medida preventiva’ poderia sim desclassificar o candidato.”*⁶⁸

No mesmo sentido, o referido site jurídico contou com a opinião de diversos especialistas que se manifestaram sobre a inconstitucionalidade da exigência, por ofensa aos princípios da dignidade e intimidade.

Conforme o site Migalhas *“recentemente, o Conselho Regional de Medicina autoriza que, quanto ao exame Papanicolau, as candidatas apelam a dispensa médica do teste, sem que tenha que apresentar qualquer justificativa para tanto.”*⁶⁹

Segundo o Migalhas a referida medida partiu da defensora e coordenadora do Núcleo de Promoção e Defesa dos Direitos da Mulher, Yasmin Mercadante Pestana.

⁶⁶ Edital do Tribunal Regional Eleitoral, p.22. Disponível em: http://editaisconcursos.damasio.com.br/743_1_Anexo1_Tribunal_Regional_Eleitoral_-_S%C3%A3o_Paulo_2016.pdf. 2016. Acesso em 09/10/17.

⁶⁷ PIMENTA, Luciana. **Exames médicos invasivos em concursos públicos**. 2016. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI248697,11049-Exames+medicos+invasivos+em+concursos+publicos>. Acesso em 08/10/17.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ *Ibidem*.

Yasmin determina que *“a orientação é que a candidata apresente um relatório de seu médico de confiança, sob sigilo, atestando que o exame não poderá ser feito. E tal documento deve servir para suprir a exigência do edital.”*⁷⁰

Esclarece ainda que *“em caso de desclassificação, ainda que o relatório acima tenha sido apresentado, cabe mandado de segurança”*.⁷¹

Concluindo o assunto, *“cabe-nos salientar que não se pode transvestir de “medida preventiva” uma arbitrariedade em edital de concurso público. Muito embora concordemos com a necessidade da prevenção, não concordamos que ela seja feita por este meio.”*⁷²

Portanto, não se pode admitir uma administração pública que seja desrespeitosa com os candidatos, e que além disso não respeita os princípios constitucionais.

2.3. Princípios informadores do concurso público: a vinculação ao edital e a razoabilidade

A realização de certame competitivo prévio ao acesso aos cargos e empregos públicos tem por objetivo efetivar os princípios consagrados em nossa Constituição.

Segundo José Cretella Júnior, *“princípios de uma ciência são as proposições básicas, fundamentais, típicas que condicionam todas as estruturas subsequentes. Princípios, neste sentido, são os alicerces da ciência”*.⁷³

Vários são os princípios informadores do concurso público, entretanto, para este caso, destacam-se apenas dois: a vinculação ao edital e a razoabilidade.

O princípio da vinculação ao edital, *“nada mais é que uma faceta dos princípios da legalidade e moralidade, mas que merece tratamento próprio em razão de sua importância”*.⁷⁴

Portanto, *“o edital é ato normativo editado pela administração pública para disciplinar o processamento do concurso público”*. Sendo assim, o edital encontra-

⁷⁰ PIMENTA, Luciana. **Exames médicos invasivos em concursos públicos**. 2016. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI248697,11049-Exames+medicos+invasivos+em+concursos+publicos>. Acesso em 08/10/17.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ DI PIETRO *apud* CRETELLA, 2015, p. 96.

⁷⁴ MOTTA, Fabrício. 2005, p. 143. **Concurso públicos e o princípio da vinculação ao edital**. In: Biblioteca Digital Fundação Getúlio Vargas. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43864/44722>. Acesso em 08/10/2017.

se subordinado à lei e vincula a Administração e candidatos, que não podem se afastar dele a não ser nas previsões que conflitem com regras e princípios superiores e, são conseqüentemente ilegais ou inconstitucionais.⁷⁵

Desta maneira, é necessário explicar os princípios da legalidade e da moralidade.

Conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “segundo o princípio da legalidade, a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite”. Em sentido contrário, ela afirma que nas relações entre os particulares o que prevalece é a autonomia da vontade, sendo assim pode se fazer tudo o que a lei não proíbe.⁷⁶

Para Fabrício Motta, traz um conceito moderno do princípio da legalidade. Segundo ele, a legalidade deve ser entendida em seu sentido amplo como, “dever de Administração pautar suas ações sempre pelo direito, e não meramente pela lei em sentido formal”. No que se refere ao concurso público, a Constituição determina que os requisitos para o acesso aos empregos, cargos e funções públicas devem estar estabelecidos em lei.⁷⁷

Já o princípio da moralidade, estabelece que a atuação administrativa além de legal tem que ser moral. Portanto conforme Fabrício Motta, “é certo que a Administração deve pautar sua ação na mais estrita ética, buscando sempre aproximar-se da justiça na realização dos interesses que lhe são afetos”.⁷⁸

Portanto, deve a Administração na realização do concurso público buscar sempre ter seus atos regidos pela boa-fé, não desrespeitando as regras impostas aos concorrentes, pois é isso que eles esperam da administração, regras que não ofendem os padrões éticos que são exigidos da Administração.

Dessa forma estabelece Fabrício Motta que:

Nestes termos, na preparação, realização e controle dos concursos públicos, deve a Administração primar pela boa-fé, vinculando-se estritamente às regras legalmente e normativamente regentes do certame. Não se admite, assim, que desrespeite as regras do jogo, estatua uma coisa e faça outra. A confiança na atuação de acordo com o Direito posto é o mínimo que esperam os cidadãos concorrentes a um cargo ou emprego

⁷⁵ MOTTA, Fabrício. 2005, p. 143. **Concurso públicos e o princípio da vinculação ao edital**. In: Biblioteca Digital Fundação Getúlio Vargas. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43864/44722>. Acesso em 08/10/2017.

⁷⁶ DI PIETRO, 2015, p. 98.

⁷⁷ MOTTA, Fabrício. 2005, p. 143. **Concurso públicos e o princípio da vinculação ao edital**. In: Biblioteca Digital Fundação Getúlio Vargas. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43864/44722>. Acesso em 08/10/2017.

⁷⁸ *Ibidem*, 2005, p. 144.

público. Na mesma seara, também são vedados comportamentos administrativos que ofendam os padrões éticos exigidos do poder público.⁷⁹

Para se tornar explicitas estas regras, elas são feitas através de publicidade. Como a publicação do edital torna-se pública todas as regras que norteiam o concurso público e que relacionam a Administração e administrados, que concorreram aos cargos ou empregos em disputa.

Portanto, todo os atos relativos ao concurso devem estar expressos no edital, sob pena de nulidade do certame, o que garante maior segurança e promove a seleção dos candidatos da melhor forma possível.

A razoabilidade no entanto, conforme definição feita por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *“trata-se de um princípio aplicado ao Direito Administrativo com mais uma das tentativas de impor-se limitações à discricionariedade administrativa.”* Sendo assim, este princípio busca afastar o que não guarda uma proporção adequada entre os meios que emprega e o fim que a lei deseja alcançar.⁸⁰

Ademais, deve-se se destacar que apesar de não estar expresso entre os princípios do artigo 37, caput, da Constituição Federal de 1988, ele apresenta grande relevância na esfera dos concursos públicos, pois ser de fundamentação para diversas decisões judiciais no que no que se refere os editais.

A presença desse princípio nas decisões justifica-se pela relação existente entre ele e o que está expresso no artigo 37, II, da CF, pois é necessária a aprovação em concurso de provas ou provas e títulos para o ingresso em cargo ou emprego público; essas provas e títulos deverão ser avaliados de acordo com a complexidade e a natureza do cargo ou emprego.

Então, se acrescentar o artigo 39, §3 da CF, que estabelece a possibilidade de exigir requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir, portanto, nítida a abertura para a atuação do princípio da razoabilidade.

Deste modo, note-se a jurisprudência seguinte.

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. POLÍCIA MILITAR DO DISTRITO FEDERAL. INSPEÇÃO DE SAÚDE. NÃO ENTREGA DE UM DOS VINTE E OITO EXAMES MÉDICOS EXIGIDOS. FATO DE TERCEIRO. AUSÊNCIA DE DOLO. BOA FÉ DA CANDIDATA. CONTINUAÇÃO NO CONCURSO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE,

⁷⁹ MOTTA, Fabrício. 2005, p. 144/145. **Concurso públicos e o princípio da vinculação ao edital.** In: Biblioteca Digital Fundação Getúlio Vargas. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43864/44722>. Acesso em 08/10/2017.

⁸⁰ DI PIETRO, 2015, p. 113.

PROPORCIONALIDADE E EFICIÊNCIA. RECURSO IMPROVIDO. 1. O edital é a lei regulamentadora do concurso público, que vincula a Administração e os candidatos concorrentes ao cumprimento das regras ali estabelecidas. Contudo, a interpretação de suas normas não pode ser completamente enrijecida, sob pena de prevalecer o excesso de formalismo em detrimento aos fins que se pretende alcançar com a prática do ato. 2. A finalidade da inspeção de saúde é verificar a higidez do candidato, de modo a constatar doenças, sinais ou sintomas que o impossibilitem de exercer o cargo pretendido, conforme critérios gerais e específicos. 3. Desse modo, não se afigura razoável, nem proporcional, que a banca avaliadora elimine sumariamente o candidato que deixou de apresentar o resultado de apenas um, dentre os vinte e oito exames laboratoriais solicitados, sem oportunizar-lhe encaminhar os exames que comprovariam sua plena saúde física, máxime quando o próprio edital prevê que os exames podem ser apresentados posteriormente, a pedido da Junta Médica. 4. Ademais, restou comprovado nos autos que o exame faltante havia sido realizado quinze dias antes da data marcada para inspeção de saúde, com resultados satisfatórios, e estaria, portanto, pronto para ser apresentado na data prevista. 5. Dentro desse contexto, o ato administrativo que eliminou a candidata do certame não pode prevalecer, sob pena de contrariar os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, até porque a entrega dos exames em data posterior à realização das avaliações era perfeitamente possível, de acordo com o edital, sem que houvesse qualquer prejuízo à Administração ou mesmo aos demais candidatos. 6. Precedentes da Casa: 6.1 “Se o candidato comparece à fase de avaliação médica de concurso público, deixando de apresentar somente um dos dezoito exames exigidos, por razões totalmente alheias à sua vontade, demonstrando nos autos que o exame não entregue fora realizado em data anterior à data da avaliação e estaria, portanto, pronto para ser apresentado, há de se reconhecer a possibilidade de entrega posterior do exame, inclusive em atendimento ao princípio da isonomia, tendo em vista que a outros candidatos foi permitida a complementação de exames. (...) Então, tendo o candidato apresentado o exame faltante antes da publicação do resultado final da fase de avaliação médica, há de ser revisto o resultado provisório, uma vez que devidamente verificada a aptidão do candidato para o exercício do cargo.” (20060111283587APC, Relator Natanael Caetano, 1ª Turma Cível, DJ 09/02/2009 p. 63). 6.2 “(...) I. Ao candidato que apresenta tempestivamente os exames laboratoriais previstos no edital deve ser oportunizada a complementação em caso de falta de algum item da vasta lista exigida. II. Contraria os primados da razoabilidade e da proporcionalidade a eliminação do candidato que atende aos comandos editalícios e que complementa os exames médicos. III. Recurso conhecido e desprovido.” (20120111124894APO, Relator: James Eduardo Oliveira, 4ª Turma Cível, DJE: 25/09/2014, pág. 155). 7. Recurso improvido. (TJ-DF - APO: 20140110067254 DF 0001272-18.2014.8.07.0018, Relator: JOÃO EGMONT, Data de Julgamento: 11/12/2014, 5ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 23/01/2015 . Pág.: 429).⁸¹

A candidata em questão, almejando o cargo de Policial Militar do Distrito Federal, foi eliminado do certame por deixar de apresentar o resultado de apenas um, dentre os vinte e oito exames laboratoriais solicitados, não foi dada a oportunidade ao candidato para que ele posteriormente encaminhasse o exame que

⁸¹ Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/162529673/apelacao-reexame-necessario-apo-20140110067254-df-0001272-1820148070018>. Acesso em 09/11/2017.

comprovaria sua saúde física, visto que o próprio edital traz a previsão que os exames poderiam ser apresentados posteriormente.

Dentro desse contexto, o ato administrativo que eliminou a candidata do certame não pode prevalecer, pois contraria os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, visto que a entrega dos exames pode ser feita posteriormente conforme previsão do próprio edital, além disso não ocorreria nenhum prejuízo para a Administração ou mesmo para os demais candidatos.

Veja mais um exemplo que a razoabilidade foi utilizada.

MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. POLÍCIA MILITAR. LEGITIMIDADE PASSIVA DO SECRETÁRIO DE ADMINISTRAÇÃO. PODERES PARA CORRIGIR A ILEGALIDADE. AUTORIDADE RESPONSÁVEL PELO EDITAL DE ABERTURA DO CERTAME. MÉRITO. IDADE MÁXIMA. LIMITE ALCANÇADO AO LONGO DO CERTAME. DEMORA DA ADMINISTRAÇÃO NO PROSSEGUIMENTO DO CONCURSO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. CRITÉRIO QUE DEVE SER AFERIDO NO MOMENTO DA INSCRIÇÃO. CONCESSÃO PARCIAL DA SEGURANÇA, PARA QUE AS AUTORIDADES COATORAS SE ABSTENHAM DE ELIMINAR O CANDIDATO COM BASE NO CRITÉRIO ETÁRIO. I. A preliminar de ilegitimidade passiva do Secretário da Administração do Estado da Bahia não deve ser acolhida, pois, apesar do ato tido como ilegal não ter sido diretamente executado pela referida autoridade, dispõe ela de poderes para corrigir eventual ilegalidade do ato impugnado, sobretudo por ter sido responsável, juntamente com o Comandante da Polícia Militar, pelo edital de abertura do certame. Precedentes desta Seção Cível de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. II. MÉRITO. Tem-se como plenamente admissível a exigência etária para determinados cargos públicos, desde que amparada por legislação específica e respeitados parâmetros razoáveis aferíveis no caso em concreto. III. No caso em tela, porém, mesmo existindo norma prevista no edital de abertura das inscrições do concurso no sentido de que os requisitos exigidos ao cargo deveriam ser comprovados somente no Curso de Formação, uma vez que não se observou ou estabeleceu o termo certo e exato para a sua consecução, não se pode considerar tal dispositivo editalício como revestido de caráter absoluto, porquanto violou os parâmetros de razoabilidade aplicáveis na hipótese examinada. IV. Assim, com espeque no princípio da razoabilidade deve-se tomar como base para a aferição do critério etário a data da inscrição no certame, na linha dos precedentes firmados pelo Supremo Tribunal Federal, para que as autoridades coatoras se abstenham de eliminar o impetrante com base no critério etário. V. SEGURANÇA PARCIALMENTE CONCEDIDA. (Classe: Mandado de Segurança, Número do Processo: 0019701-10.2015.8.05.0000, Relator (a): Carmem Lucia Santos Pinheiro, Seção Cível de Direito Público, Publicado em: 06/10/2016) (TJ-BA - MS: 00197011020158050000, Relator: Carmem Lucia Santos Pinheiro, Seção Cível de Direito Público, Data de Publicação: 06/10/2016).⁸²

No caso em tela, o candidato aprovado no concurso da Policial Militar da Bahia,

⁸² Disponível em: <https://tj-ba.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/422926385/mandado-de-seguranca-ms-197011020158050000>. Acesso em: 09/11/2017.

foi eliminado do certame, por causa que ao tempo da convocação ele já estava acima da faixa etária exigida. Apesar da hipótese de eliminação por exigência etária ser possível para determinados cargos públicos, porém essa exigência deve ser amparada por legislação específica e deve respeitar parâmetros razoáveis aferíveis no caso em concreto.

No caso em apreço, existia tal norma prevista no edital de abertura das inscrições do certame, e que este requisito deveria ser comprovado no curso de formação, porém o edital não trouxe prazo para este curso de formação. Sendo assim, ele não deve ser considerado como absoluto, pois viola os parâmetros da razoabilidade aplicáveis na hipótese em exame.

Assim, conforme a linha de precedentes firmados pelo Supremo Tribunal Federal, o princípio da razoabilidade deve-se tomar como base para a aferição do critério etário a data da inscrição no concurso público. Isso porque só assim as autoridades coatoras iram se abster de eliminar com base no critério etário.

Portanto em ambos os casos, fica claro a importância do princípio da razoabilidade, pois é mais uma garantia dada aos candidatos para frear e limitar a discricionariedade administrativa no âmbito dos concursos públicos. Portanto, afastando as situações em que Administração, não obedece o edital ou que faz exigências que não guardam pertinência com o cargo almejado pelo candidato.

CAPÍTULO III

A ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DE PARÂMETROS UTILIZADOS COMO ARGUMENTO NA ELIMINAÇÃO NA FASE DO EXAME MÉDICO ADMISSIONAL EM CONCURSO PÚBLICO

Como já se viu, o nosso sistema constitucional prevê como regra que a investidura no serviço público, depende de prévia aprovação em concurso público. E também sabemos, que todos os atos que regem o concurso público, além de estarem ligados, ainda devem obediência ao edital.

Seguindo o conceito da doutrina dominante para Maria Cecília Mendes Borges o edital “*é uma peça escrita que tem por finalidade a divulgação de informações acerca de determinado fato jurídico, segundo o conceito dominante na doutrina*”. Ela ainda afirma que “*em editais de concursos públicos, devem ser previstas as regras relativas à competição, observados, sempre, os ditames constitucionais*”.⁸³

Sendo assim, os editais possuem elementos padrões, estes elementos devem estar estritamente vinculados aos princípios constitucionais. Portanto, passa-se a uma abordagem acerca das exigências abusivas em editais de concursos, que fere pungentemente os princípios constitucionais expressos no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, contrariando a finalidade do concurso público.

Essa abordagem será feita com base em alguns casos que serão objeto de estudo de casos concretos, acerca do tema.

1.1 - Exigências abusivas em editais de concursos públicos

Em uma abordagem anterior vimos que, a aprovação em concurso público é requisito para o ingresso no serviço público. E também que o certame pode ser composto de várias fases.

Segundo Fabrício Motta a finalidade do concurso público é clara pois busca “*selecionar os candidatos mais aptos à ocupação de cargos efetivos e empregos públicos.*”⁸⁴

⁸³ BORGES, Cecília Mendes. **Editais de concursos públicos e seus elementos padrões diante dos princípios constitucionais**. In: Brasil. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. 2009, p.29. Disponível em: <http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/391.pdf>. Acesso em 23/10/2017

⁸⁴ MOTTA, Fabrício. **Concurso Público: direito à nomeação e à existência de “cadastro de reserva”**. In: Brasil. Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Revista TCU 120, p. 58. Disponível em:

O certame precisa ser planejado e organizado pois é a forma de reposição de força de trabalho posta à disposição da administração pública, neste sentido afirma Fabrício Motta que:

Em se tratando da seleção de pessoas para servir à sociedade exercendo misteres públicos, o certame deve ser planejado e organizado para que a reposição da força de trabalho esteja sempre adequada, quantitativa e qualitativa, à natureza e complexidade das atividades, aos objetivos e às metas institucionais da Administração Pública. Nesse sentido, o planejamento constitui etapa fundamental para o pleno êxito do concurso público.⁸⁵

Fabrício Motta explica que *“deve existir uma etapa interna, preliminar, na qual se planeja o certame e se verifica o atendimento dos requisitos estabelecidos pelo ordenamento.”*⁸⁶

Fabrício Motta afirma que:

Essa fase inicial é constituída por atividades puramente administrativas – não necessariamente jurídicas – que tem como objetivo conceber o futuro certame e preparar sua execução para que se alcance o melhor resultado possível para a satisfação do interesse público.⁸⁷

O autor ainda diz que, a parte interna do concurso público destina-se *“a convencer a Administração Pública da necessidade de realizar certo concurso de ingresso de pessoal em seus quadros e a levantar as informações indispensáveis à realização e à legalidade do certame”*.⁸⁸

É nesta fase, que os órgãos e entidades que planejam realizar um concurso público devem verificar como providencia preliminar, o número de cargos ou empregos vagos. Logo após, *“é realizada a análise dos eventuais custos das futuras admissões de pessoal, verificando-se se os valores estão dentro dos parâmetros estabelecidos na Lei de Responsabilidade Fiscal”*.⁸⁹

Portanto, essa fase inicial interna do concurso público, é uma etapa meramente preparatória.

Já a fase externa de um concurso possui algumas fases no processo de seleção dos candidatos como: a divulgação, a convocação, o deferimento ou não da inscrição, a realização das provas, a publicação dos resultados e, por fim, a

<http://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/viewFile/160/157>. Acesso em: 08/10/2017.

⁸⁵ MOTTA, Fabrício. **Concurso Público: direito à nomeação e à existência de “cadastro de reserva”**. In: Brasil. Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Revista TCU 120, p. 58. Disponível em: <http://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/viewFile/160/157>. Acesso em 08/10/2017.

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ MOTTA, Fabrício, p. 51. **Concurso público e constituição**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

⁸⁹ MOTTA, Fabrício, p. 53. **Concurso público e constituição**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

homologação.

Aqui será feita uma abordagem sob o ponto de vista do candidato, visto que um concurso possui as seguintes fases:

A inscrição, por meio da qual o candidato aceita as condições estabelecidas no edital certame; a realização das provas, nesta inserem-se as mais diversas fases que apresentam variáveis relativas ao cargo oferecido: prova objetiva, prova dissertativa, prova oral, exame psicotécnico, prova prática, prova de tribuna, prova de sentença, prova de títulos e exame de saúde; e, por fim, caso o candidato logre êxito, a nomeação, fase em que a Administração Pública convoca o candidato aprovado para ingressar no serviço público, dando-lhe posse e exercício.⁹⁰

O presente estudo será feito na fase em que o candidato, já foi aprovado e realiza os exames médicos. Tendo em vista que os exames buscam aferir as condições de saúde física e psíquica do aprovado em relação as atribuições do cargo para o qual foi aprovado.

A Administração Pública em seus mais variados órgãos ou entidades possuem estatuto de servidores, estes estatutos determinam que o aprovado em concurso público devem ser submetido a avaliação médica e mental, antes que o candidato seja empossado.

E conforme já explicado no tópico relacionado ao exame médico admissional, vale ressaltar novamente que a Lei 8.112/90, que institui o Estatuto dos Servidores Públicos Federais, dispõe em seu art. 14: *“A posse em cargo público dependerá de prévia inspeção médica oficial. Parágrafo único. Só poderá ser empossado aquele que for julgado apto física e mentalmente para o exercício do cargo”*.⁹¹

O exame médico admissional faz parte das etapas finais do concurso público. Sendo assim, deve estar previsto no edital do concurso, conforme expressão amplamente conhecida “o edital é a lei do concurso”.

Como regra, os exames médicos devem estarem previstos no edital ou ato normativo que tenha relação com o mesmo.

Esse tema nos leva a algumas indagações, pois existem diversos casos em que os candidatos aprovados foram excluídos do certame da fase dos exames médicos. Exclusões injustas com base em Índice de Massa Corpórea ou doença que pode se manifestar ou não no futuro.

⁹⁰ VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. **A análise acerca dos limites do exame médico como motivo da desclassificação do candidato aprovado em concurso público**. 2016. Disponível em: http://www.sintese.com/doutrina_integra.asp?id=1226. Acesso em 29/10/2017.

⁹¹ BRASIL. **Lei nº 8112 de 11 de Dezembro de 1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm. Acesso em 30/10/2017.

Temas como esses foram objeto de questionamentos pelos candidatos em nossos tribunais.

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região ao julgar o Processo nº 2007.35.00.023164-2. No caso em apreço, o candidato aprovado para exercer a função de carteiro foi eliminado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), sob o argumento de possuir um problema venoso, considerou-se que tal situação poderia comprometer a sua atividade laboral no futuro.⁹²

Após a exclusão o candidato, questionou judicial a decisão do ato de eliminação.

Vale ressaltar que, os meios para evitar a eliminação desarrazoada ou a anulação do ato administrativo, devem ser por ação anulatória e o mandado de segurança.

Segundo Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas:

A ECT sustenta que foi detectado no exame médico admissional o problema venoso do candidato que comprometeria seu desempenho funcional em curto espaço de tempo. Alegou ainda que tal comprometimento seria condição eliminatória para candidatos ao cargo de carteiro previsto no edital no certame, tendo em vista que a empresa preocupa-se com a saúde ocupacional de seus funcionários e que o candidato nestas condições ficaria com a qualidade de vida completamente comprometida, pois é de conhecimento geral que um carteiro percorre de 5 a 7 Km por dia carregando cerca de 10kg de material sob condições climáticas variadas e por vezes adversas. Tudo isso pode aumentar consideravelmente os riscos para pessoas que já possuem algum tipo de patologia.⁹³

O Juiz Federal Alexandre Jorge Fontes, ao julgar a apelação, entendeu ser indevida a exclusão do candidato.

Conforme Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas, em fundamentação da decisão o juiz afirmou que:

As regras de regência de concurso público não podem ser pautadas em previsões para o futuro, relacionadas a possíveis complicações decorrentes da atividade profissional. Para ele, a situação futura e incerta impõe uma condição que desigualaria os concorrentes em função de uma patologia que pode não ter qualquer manifestação futura.⁹⁴

Ele ainda estabelece que *“o empregado público em questão seria regido pelo regime celetista, aquele que obriga empregado e empregador a contribuírem para a*

⁹² VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. **A análise acerca dos limites do exame médico como motivo da desclassificação do candidato aprovado em concurso público**. 2016. Disponível em: http://www.sintese.com/doutrina_integra.asp?id=1226. Acesso em 29/10/2017.

⁹³ *Ibidem*.

⁹⁴ *Ibidem*.

seguridade social".⁹⁵

Portanto, permitiria ao empregado "o afastamento em caso de sinistro ou a aposentadoria por invalidez, caso não fosse possível o exercício da profissão, até mesmo a readaptação do empregado em outra atividade na empresa".⁹⁶

Além disso, esse candidato não pode concorrer como deficiente físico, pois se trata de mera hipótese, conforme dispõe o magistrado:

Não se afigura admissível que candidato que não pode concorrer como deficiente físico seja impedido de tomar posse ao argumento de que poderá se tornar inapto para o exercício do cargo em caso de evolução das varizes superficiais que possui, sem que exista qualquer prognóstico seguro sobre a certeza da ocorrência de tal situação, pois os médicos apenas a retratam como hipótese.⁹⁷

Portanto, "o juiz considerou a exclusão do candidato ilegal e abusiva, eis que condicionada a evento incerto". No mesmo sentido poderia "a banca examinadora utilizando-se do princípio da razoabilidade poderia ter autorizado a repetição do exame a fim de confirmar a situação de saúde do candidato".⁹⁸

Outro caso concreto importante também relacionado a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), considerou um aprovado em concurso público inapto para a função no exame médico admissional.

No mesmo sentido, a doença apresentada pelo autor não o impedia de exercer a função de carteiro, cargo em que foi aprovado. A 4ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, considerou "arbitrária e abusiva a conduta da reclamada, que deixou de realizar a sua efetiva contratação em razão da referida patologia".⁹⁹

Ocorre que, no julgamento de 1º grau, foi acolhido o laudo pericial que concluiu pela ausência de incapacidade laborativa do candidato e determinou a contratação no prazo de 10 dias a contar do trânsito em julgado da decisão. Após a decisão, os Correios interpuseram recurso ordinário, que foi analisado pela 4ª Turma.

A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), em sua fundamentação recursal alegou "que o reclamante, ao se inscrever no concurso público, aceitou os

⁹⁵ VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. **A análise acerca dos limites do exame médico como motivo da desclassificação do candidato aprovado em concurso público**. 2016. Disponível em: http://www.sintese.com/doutrina_integra.asp?id=1226. Acesso em 29/10/2017.

⁹⁶ *Ibidem*.

⁹⁷ *Ibidem*.

⁹⁸ *Ibidem*.

⁹⁹ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. São Paulo. Disponível em: <http://aplicacoes1.trtsp.jus.br/vdoc/TrtApp.action?viewPdf=&id=6200022>. Acesso em 29/10/2017.

termos do edital, sendo que ele não havia sido aprovado no exame médico admissional, de caráter eliminatório".¹⁰⁰

A empresa alega ainda que, "*as atividades requerem permanência em pé por várias horas, esforço físico para carregar malotes, razão pela qual os candidatos que possuam patologias de coluna ficam impedidos de serem contratados pela recorrente*".¹⁰¹

A desembargadora, no acórdão ressaltou que apesar de o exame médico admissional ser uma exigência prevista em lei e também no edital do concurso prestado pelo autor, "*deve se levar em conta que a finalidade do exame médico é a proteção da saúde e segurança do trabalhador*".¹⁰²

Conforme a emenda:

EXAME MÉDICO PRÉ-ADMISSSIONAL. CONCURSO PÚBLICO. Não obstante o exame médico admissional seja exigência prevista em lei (art. 168 da CLT) e no Edital do concurso, há que se ter em conta que sua finalidade é de proteção à saúde e segurança do empregado, não podendo servir, como critério de exclusão de candidatos ao cargo que apresentem alguma característica física não tolerada pelo futuro empregador. Admitir tal possibilidade seria tolerar critérios discriminatórios nos processos de seleção, sejam eles realizados por entes da administração pública ou entes privados. Considerando que a doença apresentada pelo autor não impede o exercício da função para a qual ele foi aprovado, tem-se por arbitrária e abusiva a conduta da reclamada, que deixou de realizar a sua efetiva contratação em razão da referida patologia, razão pela qual mantenho a sentença de origem.¹⁰³

Em sua tese decisória ela ainda estabelece que o exame médico admissional não pode servir de critério para a exclusão do candidato, mesmo que este apresente alguma característica física que não possa ser aceita pelo seu futuro empregador.

Admitir essa forma de avaliação no exame médico admissional, conforme sua decisão é "*tolerar critérios discriminatórios nos processos de seleção, sejam eles realizados por entes da administração pública ou entes privados*".¹⁰⁴

Portanto, a 4ª Turma considerou que a doença apresentada pelo autor não impede o exercício da função em que ele foi aprovado e manteve a sentença. E inclusive no que diz respeito à data da contratação do candidato que deverá ser retroativa.

¹⁰⁰ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. São Paulo. Disponível em: <http://aplicacoes1.trtsp.jus.br/vdoc/TrtApp.action?viewPdf=&id=6200022>. Acesso em 29/10/2017.

¹⁰¹ *Ibidem*.

¹⁰² *Ibidem*.

¹⁰³ *Ibidem*.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

Porém, o processo ainda está pendente de análise de recurso de revista.

Portanto, o concurso público que foi criado como forma de selecionar os candidatos de forma impessoal, está tendo o seu sentido deturpado pela Administração, com eliminações desarrazoadas e que não guardam qualquer ligação com os cargos. Casos como estes tem acontecido com bastante frequência.

Fabrizio Motta explica que *“o concurso público é ontologicamente marcado pelo conflito de interesses entre os concorrentes e, eventualmente, entre qualquer destes e a Administração”*.¹⁰⁵

Como forma de evitar estes casos, e dar garantia aos interessados se previu no artigo 37, I da Constituição Federal, os requisitos devem ter expressa previsão em lei, assim explica José dos Santos Carvalho Filho:

Para a inteira garantia dos interessados, é sempre imperioso destacar que, nos termos do art. 37, I da CF, os requisitos devem ter expressa previsão em lei. Em consequência, os editais de concurso – nesse aspecto, atos vinculados – devem reproduzi-los fielmente, admitindo-se apenas que exijam alguns deles derivados dos que estão em lei, ou ao menos com eles estreitamente conexos. Há órgãos administrativos que não observam essa necessária correspondência criando exigências não contidas em lei.¹⁰⁶

Desta forma, os requisitos que podem ser exigidos são divididos de duas formas, José dos Santos Carvalho Filho, classifica eles como *“objetivos e subjetivos”*.¹⁰⁷

Para ele, os requisitos *“objetivos são aqueles que guardam pertinência com as funções do cargo ou emprego”*. Já os *“subjetivos são requisitos que dizem respeito à pessoa do candidato”*.¹⁰⁸

José dos Santos Carvalho Filho ainda explica que:

Os requisitos objetivos devem ser fixados em estrita consideração com as funções a serem exercidas pelo servidor, sob pena de serem considerados discriminatórios e violadores dos princípios da igualdade e da impessoalidade. Se a lei consigna algum dispositivo que institua requisito ofensivo a tais postulados, estará ele inquinado do vício de inconstitucionalidade.”¹⁰⁹

¹⁰⁵ MOTTA, Fabrício. 2005, p. 144/145. **Concurso públicos e o princípio da vinculação ao edital**. In: Biblioteca Digital Fundação Getúlio Vargas. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43864/44722>. Acesso em 08/10/2017.

¹⁰⁶ CARVALHO, 2017, p. 427.

¹⁰⁷ *Ibidem*.

¹⁰⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

Portanto, se os requisitos objetivos não guardarem pertinência com a função a ser exercida, considera-se que, tais requisitos violam os princípios constitucionais da igualdade e da impessoalidade. Se a lei prevê que tais requisitos são ofensivos aos princípios anteriormente mencionados, então estes requisitos são inconstitucionais.

Importante destacar que, neste trabalho foi citado apenas alguns dos vários exemplos que foi encontrado no decorrer da pesquisa. Deparei-me com uma enorme quantidade de doenças ou patologias existentes, diversas delas não possuem cura ou tratamento, algumas delas já permite ao candidato ter a possibilidade de tratamento ou controle.

Como o exemplo apresentado anteriormente o candidato possuía uma predisposição e que futuramente vir a se tornar uma doença. No entanto, não cabe a Administração fazer previsões para o futuro, do mesmo modo que existe a possibilidade de readaptação do empregado em outra função ou até mesmo pode se aposentar por invalidez se for o caso pois ele contribuiu para isso. Este e outros tantos casos só existem por deixar uma margem de discricionariedade nas mãos do Administrador.

Porém, o problema em questão não é apenas possuir uma doença ou ser saudável, e sim não trazer critérios objetivos nos editais, e estes também devem estar de acordo com a lei, não podendo ser discriminatórias, ou seja, sem violar direitos dos candidatos.

Ademais, é dever do Estado incluir essas pessoas e não excluí-las, pois sabe-se que no setor privado elas encontram maiores dificuldades.

Portanto é importante ressaltar que todas essas possibilidades devem ser analisadas no caso concreto, porém a Administração deve pautar sua análise em critérios objetivos. Além disso, é dever daquele que é responsável pela análise do exame médico admissional ter bom senso para analisar no caso concreto, e também é dever dele respeitar o princípio da razoabilidade.

Sendo assim, fica uma reflexão acerca da questão dos exames médicos em concursos públicos que declaram inaptos candidatos com doenças que não prejudicariam o exercício da função para o qual foram aprovados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo pretende uma reflexão acerca da questão dos exames médicos em concursos públicos que declaram inaptos candidatos com doenças que não prejudicariam o exercício da função para o qual foram aprovados.

O concurso público como forma legal de seleção dos candidatos a ocupar os cargos públicos efetivos e tem o objetivo selecionar candidatos dispostos a assumir um cargo ou emprego público.

No entanto, tem-se observado com frequência candidatos sendo impedidos a realizar seu sonho de ingressar no serviço público, ao serem eliminados nos exames médicos.

Após a demonstração no decorrer do trabalho que existem sim exigências nos editais pouco objetivas e sem nenhuma relação com exercício do cargo, emprego ou função pública, e que candidato aprovado tem sido erroneamente impedido de tomar posse.

Além disso, é dever daquele que é responsável pela análise do exame médico admissional ter bom senso para analisar no caso concreto, e também é dever dele respeitar o princípio da razoabilidade.

Portanto, até o momento os candidatos contam com os princípios da razoabilidade e a vinculação ao edital para garantirem o direito de acesso aos cargos ou empregos públicos, quando se deparam com a falta de critérios objetivos.

REFERÊNCIAS

MOTTA, Fabrício. **Concurso público e constituição**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007.