

ASPECTOS RELEVANTES SOBRE OS TESTES DE APTIDÃO FÍSICA: LEGALIDADE, PERTINÊNCIA, CASOS FORTUITOS, CIRCUNSTÂNCIAS PESSOAIS, EXECUÇÃO EM CONDIÇÕES ADVERSAS, GRAVIDEZ E ADAPTAÇÕES AOS CERTAMISTAS DEFICIENTES

**RELEVANT ASPECTS ABOUT PHYSICAL FITNESS TESTS: LEGALITY,
PERTINENCE, FORCIDENT CASES, PERSONAL CIRCUMSTANCES, EXECUTION IN
ADVERSE CONDICTIONS, PREGNANCY AND ADAPTATIONS TO DEFICIENTS
CANDIDATES**



Recebimento em 17/09/2020

Aceito em 02/12/2020

Fabio Carvalho Verzola¹

RESUMO

Objetiva-se discorrer sobre especificidades do teste físico aplicado em concursos públicos. Nesse jaez, serão analisadas questões relativas à legalidade e a pertinência da exigibilidade Além de demonstrar se os casos fortuitos, circunstâncias pessoais, a execução em condições adversas de execução da prova, e gravidez podem ser ou não usados como escusa para remarcação da prova física. Sem olvidar de mostrar a necessidade de adaptação do teste físico para candidatos portadores de necessidades especiais. Daí a importância deste trabalho ao demonstrar o correto uso da avaliação física, para que ao proteger o primado da legalidade, seja possível selecionar os candidatos mais aptos para o exercício de funções públicas. De sobremaneira porque ao evitar requisitar testes físicos de atividades intelectuais ou burocráticas, a exemplo de escrivães de polícia ou de médicos que concorram para prover cargos na polícia militar, por exemplo, arrisca-se a possibilidade de desprezar os candidatos mais técnicos em detrimento dos mais preparados fisicamente. Não sendo, portanto, um requisito legítimo de acesso ao cargo, porquanto não seja adequado às atribuições das funções públicas aludidas. Outrossim, tutelam-se as prerrogativas dos candidatos deficientes, vez que o teste físico deve ser adaptado para estes. Ademais, para realização desta pesquisa, destaca-se o uso do método bibliográfico, assim como pesquisa jurisprudencial, acrescida da opinião do autor e de regras de hermenêutica.

Palavras-chave: Teste Físico. Aspectos Relevantes.

ABSTRACT

The objective is to discuss the specifics of the physical test applied in public tenders. In this context, questions related to legality and the pertinence of enforceability will be analyzed. In addition to demonstrating whether fortuitous cases, personal circumstances, or even execution in adverse conditions for the execution of the test, and pregnancy may or may not be used as an excuse for rescheduling the physical test. Besides that to showing the need to adapt the physical

¹ Analista Jurídico pertencente ao Quadro de Servidores Cíveis da Administração Pública do Estado do Amapá. Mestre em Direito Ambiental e Políticas Públicas pela Universidade Federal do Amapá (UNIFAP) em 2010. Especialista em Direito Público pelo Instituto Damásio de Direito, em 2019. Especialista em Direito Processual Lato Sensu pelo Centro de Ensino Superior do Amapá (CEAP), desde 2008. Graduado em Direito pelo CEAP em 2005. Autor com publicações de artigos científicos em diversos periódicos e em congressos, com temas em vários campos do conhecimento jurídico, a exemplo de Direito Administrativo, Ambiental e Constitucional.

test for candidates with special needs. Hence the importance of this work in showing the correct use of physical evaluation, so that by protecting the primacy of legality, it is possible to select the most suitable candidates for the exercise of public functions. Especially because by avoiding ordering physical tests of intellectual or bureaucratic activities, such as police clerks or doctors who compete to fill positions in the military police, for example, the possibility of despising the most technical candidates at the expense of the most physically prepared. Therefore, it is not a legitimate requirement for access to the position, as the attributions of the mentioned public functions are not adequate. Furthermore, the prerogatives of disabled candidates are protected, since the physical test must be adapted for these. In addition, to carry out this research, the use of the bibliographic method is highlighted, as well as jurisprudential research, plus the author's opinion, and rules of hermeneutics.

Keywords: Physical Tests. Relevant Aspects.

1 INTRODUÇÃO

Quando é possível exigir os testes físicos em concursos públicos? É necessário, apenas, a previsão legal, ou deve haver algo mais? É para responder a essas perguntas, que se realiza a presente pesquisa. Para tanto, serão examinadas questões relativas à legalidade e à pertinência da exigibilidade da prova física. Além disso, analisar-se-á uma questão que levantou bastante controvérsia: se a gravidez pode ou não ser usada como hipótese para redesignar a avaliação física. Igualmente, será verificada se a execução da avaliação física em condições adversas, assim como a ocorrência de casos fortuitos ou circunstâncias pessoais, tornaria possível remarcar a prova. Além da necessidade de adaptar a prova física à deficiência que o candidato apresentar.

Sendo esta pesquisa de curial importância, vez que ao se tutelar a legalidade, primando-se por reivindicar o teste físico, apenas, quando for adequado ao caso concreto, evitar-se-á de excluir possíveis candidatos de conhecimento técnico mais acurado, mas que nem sempre tem um bom preparo físico. O que diminuiria a eficiência do concurso público de selecionar os certamistas mais aptos para o provimento de cargos públicos. Demais disso, prima-se pela tutela das prerrogativas do certamista portador de necessidades especiais.

E, para melhor compreensão do assunto em pauta, serão explicadas questões acessórias, tais como o conceito e a finalidade dos testes físicos, além de outras premissas que forem essenciais para entender melhor o tema estudado.

Também, impende atentar sobre o uso do método indutivo. Isto porque quando se elabora um enunciado teórico, propondo-se uma teoria para explaná-lo, trata-se da aplicação do método citado (INÁCIO FILHO, 2007, p. 152).

Por derradeiro, afirme-se que este trabalho utiliza o método bibliográfico, e, por isso, a doutrina e livros sobre o assunto são consultados de maneira contumaz. Demais disso, saliente-se a aplicação de pesquisa jurisprudencial, acrescida da opinião do autor sobre o assunto.

2 SOBRE O TESTE DE APTIDÃO FÍSICA

Este é o introito da presente pesquisa, elaborada com o objetivo de esclarecer o tema, explanando-se conceitos basilares, tais como a definição de teste de aptidão física (TAF) e sua finalidade, assim como a acepção de concurso público.

Dessa forma, o TAF é definido como prova de capacidade física, exclusivamente eliminatória, aplicado por uma banca examinadora, por meio de vários exames e testes, com o fito de averiguar e testar as condições físicas mínimas exigidas para o desempenho eficiente de determinados cargos e empregos públicos. Tendo, portanto, a finalidade de comprovar a existência da capacidade física mínima, para o exercício de funções públicas que requeiram preparo físico para exercê-las, esse é o exemplo de policiais e bombeiros (MAIA; QUEIROZ, 2007, p. 117).

Nessa seara, conceitua-se concurso público como o processo administrativo aberto, vez que é permitida a participação de brasileiros e estrangeiros, na forma da lei. Além de ter natureza concorrencial, posto que deva ser realizado da forma mais ampla possível, sem criação de óbices desnecessários. Sendo, ainda, pautados pela igualdade (com as mesmas condições de execução e correção de prova) e impessoalidade (sem criação de privilégios, favorecimentos pessoais e de discriminações arbitrárias, injustificadas, absurdas ou preconceituosas), como forma de recrutamento de pessoal para prover cargos vagos, por ordem de classificação, no quadro da Administração, com regulamentação em lei, e com julgamento dos resultados por meio de método objetivo (claro, compreensível e com critério científico, ou seja, objetivamente demonstrável²), estabelecidos com dupla finalidade. A saber: de selecionar os candidatos mais aptos para o exercício de função pública; assim como efetivar medidas compensatórias, descritas em lei, efetuadas para mitigar a desigualdade ao se inserir grupos marginalizados em segmentos sociais que eram excluídos, no caso permitindo o ingresso em cargos e empregos públicos, como na hipótese dos portadores de necessidades especiais.

² No âmbito federal, a compulsoriedade de que o TAF seja orientado por critério objetivo é consignado no art. 32 do Decreto 9.739/2019 (BRASIL, 2019): “A realização de provas de aptidão física exige a indicação no edital do tipo de prova, das técnicas admitidas e do desempenho mínimo para classificação”.

Sendo, ainda, executado com, apenas, provas para os cargos com atribuições mais simples, assim como com provas e títulos para os de natureza mais complexa³. Disso se conclui que a avaliação física seja uma prova que tenha o objetivo de demonstrar se o candidato tem ou não a capacidade física mínima para exercer cargos ou empregos públicos que necessitem de preparo físico adequado. E, como em qualquer fase de um concurso público, deve ser executado em prol da efetivação da igualdade (com as mesmas condições de execução), da igualdade (sem privilégios) e com método objetivo (claro, compreensível e com fundamento em critério científico suscetível ser demonstrado).

3 DA LEGALIDADE DA AVALIAÇÃO FÍSICA

Um dos requisitos para se exigir a efetivação de TAF é a previsão legal. Dessa maneira, discorre-se que os requisitos de acesso aos cargos públicos devem estar descritos em lei, consoante a determinação do art. 37, I da Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB – BRASIL, 1988): “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”.

A assertiva acima descrita relaciona-se ao princípio da Legalidade, o qual só é possível obrigar alguém a fazer ou deixar de fazer algo com fundamento em lei, nos termos do art. 5º, II c/c art. 37, *caput* da CFRB (MEIRELLES, 2016, p. 93). E, por conseguinte, a Administração só pode cobrar um requisito de acessibilidade a um cargo público, caso esteja descrito em lei.

Da afirmação acima advém que a legalidade limite o poder do Estado para que não cometa arbitrariedades, e é por isso que cabe ao Legislativo a função elaboração de leis para a Administração atue segundo a normatividade. Disso deriva a garantia do particular contra os desmandos do Estado, o qual deve agir em conformidade com o mandamento legal (FERNANDES, 2019, p. 659).

E quando se refere à lei, obviamente, remete-se à acepção em sentido estrito, a qual noticia que sejam os preceitos comuns e obrigatórios elaborados pelo Poder Legislativo, no

³ Como será mostrado no item 4, os requisitos de acesso ao cargo devem ser adequados e proporcionais com as atribuições do mesmo (art. 37, II c/c art. 39, §3º da Constituição Federal). Disso se aduz que um cargo com atribuições simples, de cunho meramente burocrático, como o exemplo de um assistente administrativo, requisitará, somente, a realização de provas; e outros cujas tarefas sejam mais complexas e com maior exigência técnica, tais como os cargos de auditor, juiz ou promotor, deverão, logicamente, ser constituído por provas e títulos.

âmbito de sua competência. Devendo, ainda, apresentar como caracteres: generalidade, bilateralidade, imperatividade e coercitividade. Além de cumprir os requisitos formais, sendo ato escrito e elaborado pelo Legislativo, em processo de formação regular, promulgado e publicado. Igualmente, é compulsório que haja aplicação do sentido formal, que é o ato normativo que satisfaz os requisitos de forma, ao ser elaborado por processo regular de formação e por meio do poder competente. O que equivale dizer que seriam as espécies normativas descritas no art. 59 da CRFB, visto que apenas estas poderiam criar direito e deveres, devendo as mesmas serem elaboradas pelo Legislativo e em conformidade com as regras do processo legislativo. E, as leis de cunho material são aquelas que inovam no plano jurídico, criando direitos ou deveres por derradeiro. E, por derradeiro, a lei em sentido formal e material é aquela que atende os requisitos de forma, bem como tem conteúdo de lei estabelecendo direitos ou deveres, de forma que observa, simultaneamente, os requisitos formais e materiais (NADER, 2009. p. 146-148; FERNANDES, 2019, p. 659-660). Disso se deduz que os requisitos para acesso ao cargo público devem estar descritos em lei, ou seja, em ato elaborado pelo Legislativo, que cria ou extingue obrigações ou direitos, e que atendam aos requisitos materiais e formais de elaboração do ato legislativo, devendo ser um dos tipos normativos contidos no art. 59 da Constituição Federal.

Nessa senda, vale realçar o conteúdo o art. 37, II da CRFB determina que (grifo nosso):

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

De maneira que a expressão “na forma prevista em lei” significa que há delegação de poderes à lei ordinária para que descreva os requisitos de acessibilidade ao cargo público. Devendo, outrossim, existir lei que regulamente a realização do concurso público.

Sendo óbvio que a locução acima referida descreve uma hipótese de reserva legal absoluta, isto é, quando se delineia que uma premissa constitucional deva ser regulamentando por lei, esta entendida como ato normativo elaborado pelo Legislativo e em conformidade com o devido processo legislativo (FERNANDES, 2019, p. 660).

Também impende apontar que a lei a ser instituída é aquela do ente responsável pela elaboração do certame, em razão de que cada ente público (União, Distrito Federal, Estado e Municípios) tem a possibilidade de legislar dentro de sua esfera de atuação (OLIVEIRA JUNIOR, 2008, p. 29-30). Isto é inferido da autolegislação, que consiste na prerrogativa do ente



de legislar suas próprias leis, desde que dentro de sua competência descrita na Constituição Federal (NOVELINO, 2016, p. 525-526). Do mesmo modo, deve ter conexão com a autonomia política administrativa (art. 18, art. 25, §1º e art. 30, I, todos da CRFB), que é inerente ao princípio federativo⁴, e discerne que cada unidade da federação possua ampla autonomia para regulamentar sobre a organização de seus próprios serviços, e em decorrência disso, sobre a forma e meios de admissão de cargos e empregos públicos pertencentes à estrutura administrativa. Dessa forma, é possível legislar sobre concurso público, independente de se tratar de Estado, Distrito Federal, Município e União, por meio de lei própria concernente a cada esfera governamental (MAIA; QUEIROZ, 2007, p. 11-12).

Outrossim, enfatize-se que será lei de iniciativa do Chefe do Executivo quando se referir a cargo emprego ou função desse poder, nos termos do art. 61, §1º, II, 'c' da CRFB. De igual forma, o dispositivo legal em comento é um exemplo de uma hipótese de princípios extensíveis, os quais são regras expressas de organização da União, a exemplo daquelas concernentes ao processo legislativo, e aplicadas por analogia a todos os outros entes: Estados, Distrito Federal e Municípios (PÁDUA, 2018, p. 2). Disso exsurge que sendo competência expressa do chefe do executivo da União (Presidente da República) concretizada na iniciativa de elaborar lei regulamentando concurso na égide federal; por extensão, essa incumbência será exercida pelos Governadores e Prefeitos quando, respectivamente, tratar-se certame a ser desenvolvido na égide de Estados e Município. E o Distrito Federal, a seu turno, possui competência de Município e Estado (art. 32, §1º da CRFB), com predominância das atribuições deste sobre aquele. É o que se aufero do fato de que o chefe do executivo no ente referido seja o governador, e não o prefeito (art. 32, §2º). Esse é o motivo pelo qual a instituição da lei suscitada seja de competência do governador do Distrito Federal quando for efetuado concurso público no ente público aludido.

Nesse panorama, note-se a aplicação do princípio da Legalidade em sentido negativo ou primazia da lei, em que se proíbe a prática de atos administrativos contrários à lei. Isso resulta da condição de superioridade da lei em relação ao ato administrativo. O mesmo ocorre com o princípio da legalidade em sentido positivo, o qual exige que atos sejam praticados em conformidade ao que for estabelecido em lei, ou seja, *secundum legem*. De forma que apenas a lei pode inovar no plano jurídico, criando direitos e deveres. Cabendo ao ato administrativo,

⁴ Princípio federativo é uma forma de poder composta por competências rígidas dispostas na Carta Magna, e, por isso, com repartição de poderes, e apesar de haver igualdade entre os entes, os quais possuem autonomia (capacidade de deliberar dentro de sua competência), e, em consequência, apresentam estrutura de poder descentralizada, dotada de autonomia financeira, orçamentária e política, apresentando personalidade jurídica própria, aglomeram-se formando uma unidade, tornando-se assim, um todo. Sem olvidar que o princípio citado é *clausula pétrea* e não pode ser alterado ou suprimido (art. 60, §4º, I da CRFB).

somente, aprimorar a exequibilidade da lei para o caso concreto (MAZZA, 2019, p. 110-111). Demais disso, afirma-se que o decreto é consectário do poder regulamentar do executivo, que tenciona apenas o fiel cumprimento da lei (art. 84, IV da CRFB). De sorte que, visa complementar aquilo que não é competência da lei, devendo explicitar, dentro do limite legal, completando por critérios técnicos e procedimentos necessários. E, na omissão, especifica maiores minúcias, com o escopo de aprimorar o cumprimento da legislação, tornando-a mais clara, e suprimindo lacunas, sem ampliar ou restringir as disposições legais (MEIRELLES, 2016, p. 149). Isso implica que não há de se falar em condição de admissibilidade que esteja detalhada em decreto ou em edital, visto que somente a lei (ato emanado do legislativo) poderá criar direitos e deveres. Vide o Recurso Especial 1669443 / SP da 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que ratifica a tese desposada (BRASIL, 2017a).

Sendo assim, demonstrou-se a imprescindibilidade de que os testes físicos estejam detalhados em lei, em sentido formal e material, do ente responsável pelo desenvolvimento do concurso público. Não podendo se admitir que a condição de acessibilidade ao cargo público esteja minuciada, somente, em edital ou decreto, posto que é ato administrativo inferior à lei, não podendo inovar no plano jurídico, criando direito e obrigações. Entretanto, será mostrado abaixo, que não basta, apenas, a previsão legal, é essencial que essa condição seja pertinente ao cargo almejado.

4 DA PERTINÊNCIA DA EXIGIBILIDADE DA PROVA FÍSICA

Advirta-se que a prova física, somente, pode ser exigida caso tenha pertinência com a natureza e as atribuições do cargo. Nesse prisma, informa-se o conteúdo do art. 37, II e art. 39, §3º da CRFB, os quais determinam que (grifo nosso):

Art. 37 (...)

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

Ora, o significado de expressão “de acordo com a natureza e complexidade do cargo”, contida no art. 37, II da CRFB, determina que os requisitos de acessibilidade aos cargos ou empregos públicos devam ter relação de pertinência, ou seja, conexão lógica com as tarefas do

cargo concorrido. Em razão disso, a condição deve ter correlação com atribuições do cargo, devendo, portanto, ser proporcional e compatível com as funções do cargo almejado. Dessa forma, deve-se considerar o mandamento do art. 39, §3º da Lei Maior, o qual discorre que pode a: “lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir”. Assim sendo, ao analisar o art. 37, II em conjunto com o art. 39, §3º do Diploma Constitucional, infere-se que é possível que a lei estabeleça requisitos diferentes de acesso a cargo público, distintos dos demais, desde que essa exigência esteja descrita em lei, e que seja adequada e tenha harmonia com a natureza e complexidade da rotina de trabalho do cargo elencado. Disso se conclui a necessidade de existência de requisito legítimo, o qual tenha justificativa plausível para sua exigibilidade, efetivada na relação com as tarefas realizadas pelo cargo almejado.

Nesse diapasão, saliente-se a exigência de realização de TAF segue a mesma lógica das limitações de altura. Sendo que ambos são condições de acessibilidade que, além de estarem minuciadas em lei, devem ser proporcionais à natureza das atribuições do cargo concorrido. Esse é o caso dos policiais, os quais precisam de preparo físico para o exercício de suas tarefas. Exemplifica-se: para o cumprimento de uma prisão, em que o acusado resista fisicamente ou tente fugir, seria essencial ter robustez para a efetivação dessa tarefa (VERZOLA, 2019a, p. 143, 146).

E um exemplo de inadequação com as atribuições do cargo, seria o de exigir TAF para os cargos de escrivão, papiloscopista, perito-criminal e perito médico-legista da polícia Civil, os quais exercem atividades burocráticas, e resultante disso, não necessitam de preparo físico para a realização de suas funções. De sorte que o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 505654 / DF (BRASIL, 2013a) coaduna com essa afirmação.

O mesmo se aplica caso fosse efetivado um concurso público para se prover cargos de médicos ou de dentistas no âmbito dos militares estaduais. Com efeito, sendo estes ofícios de natureza intelectual, prescindem de preparo físico para realizar suas atribuições. De modo que não poderiam efetuar provas físicas para os cargos aludidos.

Dessa forma, torna-se patente que, além da previsão legal, é peremptório que a prova física guarde proporcionalidade com as atribuições do cargo a ser provido, e sem isto, esta exigência torna-se inexigível.

5 DAS QUESTÕES RELATIVAS A CASOS FORTUITOS E CIRCUNSTÂNCIAS PESSOAIS, BEM COMO DA EXECUÇÃO EM CONDIÇÕES ADVERSAS

Cumprir-se destacar se a execução da avaliação física em condições adversas, assim como a ocorrência de casos fortuitos e circunstâncias pessoais, poderiam ser utilizados com fundamento para se efetuar uma nova prova física.

Inicialmente, mostra-se mandamental comprovar a existência da inadequação alegada, sob pena de indeferimento do pleito, conforme Recurso ordinário em Mandado de Segurança 46006 / MG(BRASIL, 2018b).

E, mesmo que se prove a existência de possível irregularidade na execução do teste físico, não será possível aplicar nova prova física. Isto porquanto, em todo concurso, bem como na execução de qualquer uma de suas fases, deve-se pautar pela igualdade e impessoalidade. Sendo estes vetores que devem ser usados em qualquer forma de interpretação relativa a um certame. Desse modo, a igualdade evidencia que o concurso público deve ser executado em paridade de condições, oferecendo oportunidades iguais a todos os candidatos. E, por impessoalidade, compreenda-se que não ocorrerão favorecimentos pessoais, privilégios ou discriminações arbitrárias, absurdas ou irrazoáveis, sendo, pois, efetivado tratamento imparcial aos candidatos. Disse-se deduz que quando se alega que houve a execução de TAF como possíveis condições que resultem em qualquer forma de infortúnio, que possa atrapalhar a execução do mesmo, deve-se buscar uma exceção, em que não se permita a realização de nova prova física. Isto porquanto, independente que se comprovassem irregularidades para execução da avaliação física, tais falhas aplicar-se-iam para todos os certamistas. De maneira que, ainda assim, o TAF seria executado em condições iguais. E em vista disso, não poderia ser remarcado, posto que efetivaria vantagem exagerada para um concursando, que seria baseada em circunstância pessoal. O que permitiria uma maior oportunidade de êxito na prova do que todos os outros candidatos, de sobremaneira porque o concursando teria maior tempo de preparo. Isso sem mencionar que se os aprovados superaram qualquer dificuldade e foram classificados, ao autorizar a realização de nova prova, seria consentida a efetivação do teste em diferentes condições de execução, favorecendo assim, o candidato que realizou o pedido de nova prova. Todos esses fatos violariam a igualdade e a impessoalidade.

Sendomister pontuar sobre o princípio da supremacia do interesse público, em que predomina o interesse de todos os candidatos que foram aprovados em detrimento do interesse pessoal de um candidato que alega que foi prejudicado. Não obstante possa haver ou não irregularidades na execução.



Sendo que as afirmações acima descritas foram confirmadas pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), no Recurso em Mandado de Segurança 038729 / BA (BRASIL, 2013b), em um caso que o Concursando requeria reagendamento da prova física, em consequência de que a mesma teria sido executada com chuva e possíveis buracos na pista.

E apesar de que, no julgado acima citado, a instância inferior já tivesse concedido o reagendamento do TAF, e o Impetrante, na verdade, tinha requerido uma terceira oportunidade de refazer a prova física, a decisão referida encerra os argumentos para que não seja remarcada a avaliação física. De fato, trata-se de uma nova chance, a qual seria motivada por razões pessoais, e ensejaria uma situação de privilégio e favorecimento ao candidato, que seria efetuada em detrimento dos outros candidatos que foram aprovados na etapa física. E importa anotar que as situações adversas, a exemplo de condições climáticas desfavoráveis, deixariam o concurso em aberto sem prazo determinado para o seu encerramento. Nesse sentido, ressalte-se a Apelação Cível 70058916826 / RS (BRASIL, 2014), que é um precedente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o qual concorda com as asserções defendidas, informando, ainda, que deve ser provada a existência da condição adversa alegada.

Reitere-se que a concretização de nova prova física resultaria em privilégio, visto que culminaria em nova oportunidade e melhores condições de realização do teste. Isto porque o candidato teria mais tempo para se preparar. Sendo curial assinalar que se, realmente, ocorresse algum fator adverso que resultasse em dificuldade na execução, os beneficiados pela efetuação de segunda chamada seriam beneficiados com a execução da prova em melhores condições do que todos os outros que foram aprovados, e superaram as dificuldades ao serem aprovados. O que, de forma premente, afrontaria a igualdade.

Note-se que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por meio do Mandado de Segurança 70040727554 (BRASIL, 2011), aderiu à tese acima descrita ao argumentar que, inobstante haja execução do TAF em condições climáticas desfavoráveis, não é possível efetuar uma segunda chamada de teste físico. Isto porquanto seria violada a igualdade, porquanto a prova física seria realizada em melhores condições do que aqueles que executaram o teste em condições climáticas negativas.

Urge perceber que o STF pacificou essa posição no Recurso Extraordinário 630.733 DF (BRASIL, 2013c), o qual discorre que as circunstâncias pessoais, a exemplo de problemas temporários de saúde, não podem ser usadas como hipótese para ser remarcada a prova física.



Além de ser necessário observar a clausula editalícia, que proíbe a efetuação de prova de segunda chamada quando existente.

Insta frisar que a banca examinadora do certame tem autonomia, devendo, entretanto, observar a legalidade (OLIVEIRA JUNIOR; OLIVEIRA, 2008, p. 39-40). Dessa forma, tem a discricionariedade⁵ para elaborar o edital, descrevendo as disciplinas, os métodos para execução e correção das provas, bem como para delimitar o conteúdo programático (MAIA; QUEIROZ, 2007, p. 106). Por conseguinte, a banca examinadora, com fulcro em sua autonomia e discricionariedade, pode escolher se vai permitir a execução de prova de segunda chamada, devendo fazer constar essa premissa no edital. Disso se infere que a autorização para novo teste insere-se na autonomia e discricionariedade da banca examinadora do TAAF em permitir que essa proposição esteja exposta no edital, informando se há possibilidade de reagendamento ou não de avaliações. Isto conforme Apelação Cível 20100110200370 DF (BRASIL, 2013d).

Ainda em consequência do que foi exarado no Recurso Extraordinário 630.733 DF, os casos de problemas fisiológicos ou força maior, tais como morte de parente, enjoo oriundo de gravidez, tensão pré-menstrual, medo de altura, viroses, fraturas, gripes, resfriados etc, salvo previsão do edital do certame, não terão direito a segunda chamada de quaisquer provas (OLIVEIRA, 2017, p. 98-99). Isto, também, é demonstrado no Recurso em Mandado de Segurança 54.377/MS (BRASIL, 2010).

⁵ E por discricionariedade compreenda-se a impossibilidade de interferir na análise de critérios subjetivos, o quais se refiram ao mérito (elementos relativos à conveniência e oportunidade). De forma que o judiciário não pode analisar o mérito motivador do ato administrativo, sob pena de ofender o princípio da Separação dos Três Poderes, os quais devem ser cumpridos obrigatoriamente, vez que é cláusula pétrea, e, por isso não possa ser alterado ou suprimido (art. 2º c/c art. 60, §4º, III da CRFB). Insta identificar que o princípio mencionado é vulnerado quando o judiciário intromete-se na esfera do executivo, quando, por exemplo, analisa o mérito do ato administrativo, que faz parte da discricionariedade administrativa, causando assim, quebra da harmônica convivência das funções estatais (FRANÇA, 2017, p. 146-147 e 191). Dessa maneira, os atos da banca examinadora só podem ser reanalisados pelo judiciário no que tange à legalidade e conteúdo programático (Agravo interno no Recurso em Mandado de Segurança 49.239/ MS – BRASIL, 2016), assim como a possibilidade de revisão de questões que tenham erro material (Recurso em Mandado de Segurança 39635 / RJ – BRASIL, 2017b), obscuridade ou ambiguidade, posto que é impreterível que seja expedida informação correta para a perfeita compreensão dos meandros da competição pelo Candidato (VERZOLA, 2019b, p. 15). Além do exame de conformidade com o conteúdo programático do certame e das exigências editalícias (Agravo interno no Recurso Especial 1630371 / AL – BRASIL, 2018c). Outrossim, ressalte-se a aplicação do controle judicial por meio da verificação da igualdade entre os competidores (art. 5º, *caput* da CRFB c/ c Recurso em Mandado de Segurança 17782 / BA – BRASIL, 2006). Destacando-se, também, a essencialidade de cumprimento da impessoalidade, eficiência, publicidade e moralidade (art. 37, *caput* da CRFB). Sendo mandatório que os atos da banca examinadora sejam motivados (art. 93, IX da CRFB), indicando-se os pressupostos fáticos e direito que fundamentam a decisão. Desse modo, o julgamento deve se basear em um método objetivo (claro, compreensível e cientificamente justificável). Igualmente, a ordem de classificação não pode ser preterida na convocação para provimento dos cargos ofertados (art. 37, IV). Afora as premissas referendadas, os critérios de avaliação não podem ser objeto de controle do judiciário (Agravo Interno no Recurso em Mandado de Segurança 52345 / PR – BRASIL, 2018d).

De todo o arrazoado exposto, aduz-se que a execução de TAF em condições adversas, a exemplo de uma possível falha na execução, não pode ser utilizada como escusa para redesignação de prova. Isto porquanto todos os certamistas tenham efetuado a avaliação sob as mesmas formas de execução. Dessa forma, se o teste foi totalmente executado, seus resultados devem ser mantidos. O mesmo se aplica ao caso fortuito ou qualquer outra circunstância pessoal. Isto porque violaria a impessoalidade ao denotar privilégio para uma pessoa determinada quando se permitisse refazer a prova física. Sem mencionar a afronta à igualdade, posto que se ofereceria uma nova oportunidade a um candidato em detrimento dos outros que foram aprovados. Todavia, como se verificará no próximo item desta pesquisa, conforme a jurisprudência predominante, a única hipótese que justifica a remarcação do teste físico é a ocorrência de gravidez.

6 SOBRE A GRAVIDEZ E A PROVA FÍSICA

Há duas correntes sobre a possibilidade de que a gravidez seja usada como hipótese para remarcação do TAF. A primeira veda o reagendamento, enquanto que a segunda permite a realização de nova prova física.

E, conforme exposto no item acima, o STF pacificou a questão no Recurso Extraordinário 630.733 DF (BRASIL, 2013c) discorrendo que não era possível aplicar segunda chamada quando houvesse vedação expressa no edital, ou quando fundamentado em problemas temporários de saúde, ou circunstâncias pessoais relacionadas ao candidato. Sendo que essa tese era assentida pelo STJ, no Recurso em Mandado de Segurança 51428 / MA (BRASIL, 2017c):

Cabe acrescentar que a *ratio* do julgamento acima é a proteção à impessoalidade, impedindo assim, o favorecimento de candidatos decorrentes de situações pessoais, tais como problemas temporários de saúde. Além do que, ao efetuar uma segunda chamada resultaria em nova oportunidade, o que culminaria em nova oportunidade, e, corolário disso, vulnerar-se-ia a igualdade.

Nesse sentido, acentua-se que a opinião predominante é que seja possível remarcar o TAF na hipótese de que a candidata esteja gestante (Recurso Extraordinário 1058333 / PR do Pleno - BRASIL, 2017d). Nessa linha de pensamento, cumpre revelar que no aresto citado mencionou-se que a condição gestacional é excepcionalidade que deve ser considerada como força maior. Isto em decorrência da proteção constitucional à maternidade e gestante (art. 6º) e do planejamento familiar (art. 226, §7º), que permite o desenvolvimento da família, por decisão exclusiva de seus membros, sem interferência externa. Além da tutela à liberdade reprodutiva (art. 226, §6º), à

dignidade humana da mulher (art. 1º, II), à autonomia privada (art. 5º, *caput*), para que os indivíduos tomem suas próprias decisões, assim como proteger à saúde (art. 6º e art. 196) ao resguardar a vida intrauterina, evitando-se expor a grávida à prática de esforços físicos, os quais seriam incompatíveis com a gravidez. Além disso, tratando-se de direitos constitucionais, torna-se prescindível a autorização do edital para seu exercício⁶. De igual modo, o Recurso Extraordinário 630.733 DF não seria aplicável, em vista de que se trate de situação fática diferente, visto que o recurso mencionado vede a remarcação por circunstâncias temporárias de saúde, o que não abrangeria o caso estudado, porquanto a gravidez não seja doença. Do mesmo modo, não haveria vulneração à igualdade porque se prime pela proteção de pessoa em condição especial, observando-se assim, o primado da isonomia ao tratar os desiguais à medida que se desigualam, sendo, portanto, *discriminen* positivo para mitigar o contraste social.

Outro motivo para se adotar a posição acima descrita é que os direitos humanos requeiram a aplicação do primado hermenêutico da máxima eficácia, em que uma norma constitucional deva ser interpretada de forma que tenha a maior eficácia possível; assim como o preceito interpretativo da força normativa da constituição, que determina o uso de uma interpretação que garanta maior aplicabilidade e permanência da Lei Maior (NOVELINO, 2016, p. 138). Por conseguinte, dá-se maior eficácia à proteção à maternidade e gestante para que seja utilizado como hipótese para ser aplicada uma nova prova física à candidata que se ausentou, em vista da gestação. Dessa forma, torna-se claro que esta interpretação tenha assento no art. 4º, II da CRFB, o qual torna imperativa prevalência dos direitos humanos, além do art. 5º, §1º, ao estabelecer que: “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Contudo, essa situação faz emergir vários questionamentos. Sendo evidente que não há um prazo determinado para realizar a avaliação física. Não existindo parâmetros objetivos para quantificar esse prazo. O que resultaria em violação à segurança jurídica. Advertindo-se que a etapa física estaria em aberto para apenas uma candidata, ao passo que para todos os demais, essa fase, quiçá o concurso, já estaria concluída.

E a ausência de critérios objetivos para mensurar o prazo, dá azo à estipulação de prazos maiores para efetivação do TAF. Isso implica em vulneração da igualdade, por meio da criação

⁶ Corroborar-se com a tese descrita acima o fato de que os primados sejam normas de eficácia plena, possuindo aplicação imediata sem que haja necessidade de regulamentação. Apresentando, ainda, aplicabilidade integral, o que impede que haja restrição infraconstitucional, inobstante possa admitir regulamentação (LENZA, 2010, p. 106). O que se lastreia no art. 5º, §2º da CRFB. Eis porque, em tese, os direitos e garantias suscitados não poderiam ser restringidos pelo edital.

de novas oportunidades para fazer o teste físico, o qual seria feito em condição diferente do inicial, em virtude que seria efetuado com maior prazo, permitindo-se que a certamista estivesse com maior preparo que os outros concursandos.

Constata-se, ainda, a ocorrência de afronta à regra de hermenêutica de que a interpretação da lei possa conduzir à uma conclusão absurda (MONTEIRO, 2016).

Sendo importante registrar que o princípio da supremacia do interesse público relata que o interesse da coletividade é mais importante que os individuais. Por consectário, o interesse do grupo prevalece sobre os individuais, que o compõe, sob pena de causar o desfazimento do grupo (MAZZA, 2019, p. 102). Dessa forma, com base no princípio referido, não seria possível aplicação de prova em segunda chamada, porquanto o interesse geral da sociedade e dos demais candidatos deva predominar sobre o daquele que se ausentou da avaliação.

Todavia, cabe destacar a aplicação do princípio da proporcionalidade como meio de interpretação. Nos casos em que há colisão⁷ entre direitos fundamentais, tais como interesses públicos e privados, em que há uma ponderação, cujo resultado é, em situações excepcionais, a ineficácia de um dos primados tutelados (FERNANDES, 2019, p. 253 e 257). De sobejo, trata-se do uso da proporcionalidade em sentido estrito, no qual se verifica o grau de intensidade de intervenção de um direito fundamental em relação aos outros (NOVELINO, 2016, p. 294). De modo que como nenhum direito é absoluto, até mesmo os fundamentais podem ser mitigados, em exceção, por meio de ponderação pelo princípio da proporcionalidade, para que o interesse público prevaleça (NERY JUNIOR; NERY, 2009, p. 173). Por corolário, a proteção à maternidade e gestação devem ser relativizados para em prol do interesse público de se realizar o concurso público como máximo de eficiência possível, sem deixar nenhuma etapa em aberto e com prazo indeterminado, beneficiando, ainda, a igualdade e imparcialidade.

Também, note-se que a licença maternidade varia de cento e vinte dias (quatro meses), quando se efetiva na hipótese de parto antecipado (art. 392, *caput* e §2º do Decreto-Lei 5.452/1943 – BRASIL, 1943), podendo ocorrer prorrogação de mais sessenta dias, totalizando cento e oitenta dias (art. 1º, I da Lei 11.770/2008 – BRASIL, 2008). E, com isto, é crível que a etapa física ficaria inconclusa por tempo indeterminado para a candidata gestante, enquanto o concurso público já teria terminado. E independente que não haja uniformidade de entendimento sobre o lapso de tempo, é indispensável que haja um prazo razoável entre a realização de uma

⁷ A colisão ocorre quando há um conflito de aplicação de mais de um direito ante o caso concreto, culminado em soluções divergentes em relação ao direito aplicado. Podendo ou não envolver direitos fundamentais diferentes (NOVELINO, 2016, P. 298-299).

fase e outra do certame. E o mesmo isso se aplica ao colocar em prática o teste físico, em que alguns julgados, a exemplo do Mandado de Segurança 3970393 PR (BRASIL, 2007), o qual estipula o prazo de quinze dias como razoável para realização de TAF para Agente Penitenciário; de sorte que, hipoteticamente, caso um concurso tivesse um prazo para efetuar o TAF em quinze dias, e se na hipótese fosse aplicado o prazo da licença maternidade, com prorrogação de sessenta dias, conforme a Lei 11.770/2008, a concursanda teria gozado o prazo de cento e vinte dias, tendo, ainda, um prazo de sessenta dias para se preparar para a avaliação física. O que seria um privilégio, isto é, uma vantagem excessiva concedida à certamista gestante, dando a ela uma oportunidade melhor que aquela dada aos outros candidatos, em decorrência de que ela teria um tempo de preparo muito maior que os demais. Tornando assim, patente a vulneração à igualdade, à impessoalidade e à competitividade.

Sendo mister indicar a necessidade de se impugnar alguns fundamentos do Recurso Extraordinário 1058333/ PR.

Inicialmente, explica-se que a gravidez não pode ser equiparada à força maior ou caso fortuito⁸, visto que diferente destes, não é um evento imprevisível e inevitável. Isto porque a gestação possa ser prevenida pelo uso de métodos anticonceptivos. Demais disso, aprenhez é abrangida pelas situações pessoais, as quais não podem ser admitidas como hipótese para refazimento da avaliação física, descrita no Recurso Extraordinário 630.733 DF. Nesse panorama, propala-se que, conforme lecionado anteriormente, é escolha da banca examinadora de não realizar o TAF, caso isso seja traçado como regra editalícia. Isto se subsume como inerente à autonomia e discricionariedade da banca de escolher os métodos e critérios para avaliação e execução da prova, o qual não cabe revisão pelo judiciário, porquanto este não possa analisar o mérito do ato administrativo, sob pena de violar a separação dos três poderes, que é, inclusive,

⁸ Caso fortuito e força maior são eventos inevitáveis e imprevisíveis, cuja ocorrência ilide a responsabilização do devedor de uma prestação determinada, caso este não tenha causado os acontecimentos por seu comportamento (art. 393, *caput* e parágrafo único da Lei 10.406/2002 – BRASIL, 2002). De maneira que o primeiro é resultante de ocorrências naturais, a exemplo de chuvas fortes, e segundo, do comportamento humano. Sendo impositivo asseverar diferentes acepções aos termos aludidos, em razão de que a lei não contenha palavras inúteis (MAXIMILIANO, 2005, p. 204). Disso se depreende que se os vocábulos forem diferentes, não poderão ser sinônimos, e, com isto, deverão ter significados distintos.

cláusula pétrea (art. 2º, c/c art. 60, §4º, III da CRFB). Por todas as razões expostas, o Autor afilia-se à corrente que veda a remarcação de provas físicas para certamistas gestantes.

7 DA POSSIBILIDADE DE SE ADAPTAR A PROVA FÍSICA À DEFICIÊNCIA DO CANDIDATO PORTADOR DE NECESSIDADES ESPECIAIS MEDIANTE SOLICITAÇÃO DO CONCURSANDO

Informe-se que a prova física pode ser adaptada à necessidade especial do candidato. Entretanto, é impreterível que o candidato portador de necessidades especiais requeira tratamento especial, no prazo estabelecido pelo edital, indicando as condições específicas para efetuação da prova e uso de tecnologias assistivas que necessitar (art. 4º, §1º do Decreto 9508/2018– BRASIL, 2018e). Isto sob pena de que se compreenda que o concursando escolheu não exercitar suas prerrogativas, vez estas são facultativas⁹, podendo ser exercida ou não, conforme escolha do concursando (art. 4º, §2º da Lei 13.146/2015 – BRASIL, 2015).

Trata-se, portanto, de coisa julgada administrativa, que é a característica imbuída de imutabilidade para a decisão administrativa, após o escoamento do prazo para o recurso administrativo. Isto equivale à formação de preclusão administrativa impeditiva de revisão do ato decisório da Administração (MAZZA, 2019, p. 1102-1103). O que não impede a revisão pelo judiciário, haja vista que o princípio da inafastabilidade vede que se exclua da apreciação do Poder Judiciante de qualquer lesão ou ameaça (art. 5º, XXXV da CRFB).

Sendo possível requerer tempo adicional, desde que acompanhada de justificativa e de parecer elaborado por equipe multidisciplinar ou por especialista na área da deficiência (art. 4º, §2º do Decreto 9.508/2018). Nesse sentido, vale realçar que é admitido assistência de terceiros, o que resultará no registro em áudio e vídeo, o qual ficará disponível no prazo para recurso administrativo descrito no edital (art. 4º, §3º). Da mesma forma, também, é autorizada ajuda técnica, a qual é conceituada como: “... os elementos que permitem compensar uma ou mais limitações funcionais motoras, sensoriais ou mentais da pessoa portadora de deficiência, com o objetivo de permitir-lhe superar as barreiras da comunicação e da mobilidade e de possibilitar sua

⁹ Esta é uma hipótese de norma *facultas agendi*, ou seja, é uma potencialidade que uma pessoa tem de agir, conforme autorização legal (DINIZ, 2016, p. 26). E, apesar de ser garantido pela norma, é possível escolher se quer ou não exercitá-lo. Eis que se trata de uma faculdade: uma prerrogativa descrita em lei que pode ou não ser invocada pelo seu titular a seu favor.

plena inclusão social (art. 19, *caput* do Decreto 3.298/1998 – BRASIL, 1998)”. Sendo que o parágrafo único e incisos do decreto citado descreve as hipóteses de ajudas técnicas:

- I - próteses auditivas, visuais e físicas;
- II - órteses que favoreçam a adequação funcional;
- III - equipamentos e elementos necessários à terapia e reabilitação da pessoa portadora de deficiência;
- IV - equipamentos, maquinarias e utensílios de trabalho especialmente desenhados ou adaptados para uso por pessoa portadora de deficiência;
- V - elementos de mobilidade, cuidado e higiene pessoal necessários para facilitar a autonomia e a segurança da pessoa portadora de deficiência;
- VI - elementos especiais para facilitar a comunicação, a informação e a sinalização para pessoa portadora de deficiência;
- VII - equipamentos e material pedagógico especial para educação, capacitação e recreação da pessoa portadora de deficiência;
- VIII - adaptações ambientais e outras que garantam o acesso, a melhoria funcional e a autonomia pessoal; e
- IX - bolsas coletoras para os portadores de ostomia.

Há, também, previsão para adaptação de provas escritas, físicas e práticas, assim como em curso de formação, estágio probatório ou período de experiência (art. 3º, III do Decreto 9.508/2018). Nessa seara, impõe mencionar a autorização de uso de tecnologia assistiva em provas físicas, estágio probatório, período de experiência ou curso de formação (art. 3º, VI). Para tanto, é permitido a utilização de adaptações razoáveis, se forem requeridas na inscrição (art. 4º, §1º).

Compreendendo-se adaptação razoável por qualquer elemento que torne o conteúdo da avaliação acessível ao candidato conforme a deficiência, seja ela sensorial, visual, auditiva ou física (GUGEL, 2006, p. 94). Esses são os exemplos de adaptação para deficientes visuais, tais como a utilização de Braille; prova impressa em caracteres ampliados, com indicação do tamanho da fonte; prova gravada em áudio por fiscal leitor, com leitura fluente; prova em formato digital para utilização de computador com software de leitura de tela ou de ampliação de tela; e designação de fiscal para auxiliar na transcrição das respostas (art. 1º, I, alíneas ‘a’ a ‘e’ do Anexo do Decreto 9.508/2020). E, para os deficientes auditivos, é admitido que haja as modalidades previstas no art. 1º, II, ‘a’ e ‘b’ do anexo pertencente ao decreto aludido:

- a)** prova gravada em vídeo por fiscal intérprete da Língua Brasileira de Sinais - Libras, nos termos do disposto na Lei nº 12.319, de 1º de setembro de 2010, preferencialmente com habilitação no exame de proficiência do Programa Nacional para a Certificação de Proficiência no Uso e Ensino da Libras e para a Certificação de Proficiência em Tradução e Interpretação da Libras/Língua Portuguesa - Prolibras; e
- b)** autorização para utilização de aparelho auricular, sujeito à inspeção e à aprovação pela autoridade responsável pelo concurso público ou pelo processo seletivo, com a finalidade de garantir a integridade do certame;

:

Sendo que, acertamista deficiente físico, o art. 1º, III, alíneas ‘a’ a ‘c’ do Anexo do Decreto 9.508/2020 autoriza que haja:

- a) mobiliário adaptado e espaços adequados para a realização da prova;
- b) designação de fiscal para auxiliar no manuseio da prova e na transcrição das respostas; e
- c) facilidade de acesso às salas de realização da prova e às demais instalações de uso coletivo no local onde será realizado o certame.

E, uma vez que tenha ocorrido a solicitação do candidato no momento da inscrição, dentro do prazo descrito no edital, indicando as condições específicas para efetuação da prova e uso de tecnologias assistivas que necessitar (art. 4º, §1º do Decreto 9508/2018), além de acompanhada de justificativa e parecer de equipe médica multidisciplinar ou de especialista na área da deficiência (art. 4º, §2º); tornará imperativo que a Administração efetive as adaptações necessárias para o teste físico seja executado de maneira harmônica à necessidade especial do certamista. Isto porque as pessoas jurídicas de direito público ou privado não pode criar obstáculos, devendo primar pela formação de um ambiente de trabalho inclusivo, com igualdade de oportunidade e condições justas de trabalho (art. 34 c/c art. 35 do Decreto 3.298/1998). O que, também, poderia ser considerado como o crime descrito no art. 8º, II da Lei 7.853/1989 – BRASIL, 1989): obstar inscrição em concurso público ou acesso de alguém a qualquer cargo ou emprego público, em razão de sua deficiência; o qual tem, pena de cinco de reclusão e multa. Sem olvidar de responsabilização no âmbito civil e administrativo.

Nesse âmbito, reputa-se que a assertiva acima descrita é ratificada pela jurisprudência do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, no Agravo de Instrumento 00263925220138080024 (BRASIL, 2013c), o qual determina que o teste físico seja realizado de forma compatível com a deficiência apresentada pelo candidato, de modo que a Administração: “não pode compeli-lo a realizar testes biofísicos no mesmo parâmetro dos demais candidatos sem qualquer tipo de deficiência, mesmo porque se o cargo não fosse compatível com a deficiência física”.

Sendo assim, aduz-se a possibilidade de aplicação para prova física das premissas descritas no art. 1º, III, alíneas ‘a’ a ‘c’ do Anexo, concernente ao Decreto 9.508/2020. De igual sorte, há permissão legal para que se requeira tempo adicional (art. 4ª, §2º do decreto citado), e assistência de terceiros (art. 4º, §3º), ou mesmo alguma das modalidades de ajudas técnicas especificadas no art. 19, parágrafo único e incisos do decreto referido. De maneira que as proposições mencionadas deverão ser efetuadas, obrigatoriamente, pela Administração, não apenas nos testes físicos, mas também nas provas escritas e práticas, curso de formação, estágio probatórios ou período de experiência (art. 3º, III e VI). Isto na hipótese de que seja requerido

pelo candidato no momento da inscrição, no prazo estipulado pelo edital, indicando as condições específicas para realização do teste, indicando as tecnologias assistivas que necessitar, acompanhado de justificativa e parecer de equipe médica multidisciplinar ou de especialista na área da deficiência do certamista (art. 4º, §§ 1º e 2º). Isto sob pena de que se considere que o candidato escolheu não exercitar suas prerrogativas relativas à deficiência, posto que são direitos facultativos, em que o concursando escolhe se quer ou não exercitá-los (art. 4º, §2º da Lei 13.146/2015). Isto porquanto seja o caso de norma *facultas agendi*, em que o titular pode ou não invocar a norma em seu favor. Além do que, escoado o prazo descrito no edital ocorre a preclusão administrativa, impedindo assim, que a Administração revise a decisão administrativa que proibiu a efetivação das adaptações, em vista da ausência de requerimento no prazo editalício. Todavia, caso o requerimento seja efetivado conforme os requisitos legais, a Administração deverá, compulsoriamente, realizar a avaliação física em consonância à deficiência do concursando (art. 34 c/c art. 35 do Decreto 3.298/1998 c/c Agravo de Instrumento 00263925220138080024 da 2ª Câmara Cível do TJES), e com as devidas adaptações e com a utilização das tecnologias assistivas que forem necessárias (art. 3º, III, VI c/c art. 4º, §1º do Decreto 9.508/2018).

8CONCLUSÃO

O TAF é uma bateria de testes realizada com a finalidade de comprovar que o candidato possui as condições mínimas necessárias para exercer cargos público, que tenham como imposição o preparo físico, nos quais se inserem como exemplo os policiais e bombeiros. E, em consequência, assim como qualquer fase de um concurso público, a avaliação física deve ser executada de forma a primar pela igualdade: com as mesmas condições de execução e de correção da prova, e de maneira impessoal, ao se efetuar sem o estabelecimento de privilégios, julgado por meio de método objetivo (claros, compreensíveis e científicos), com o objetivo de selecionar os candidatos mais aptos, além de incluírem os certamistas portadores de necessidades especiais na cota de reserva legal.

Nesse panorama, enfatize-se que a locução “requisitos estabelecidos em lei” descrita no art. 37, I da Carta Magna descreve como sendo substancial que as condições de acessibilidade do cargo público estejam minuciadas em lei. Nesse sentido, alerte-se que a expressão na “forma prevista em lei”, contida no art. 37 II da CRFB, delega poderes à lei ordinária para seja regulamentada a



efetivação de concursos públicos, os quais devem estar consignados na lei do ente que desenvolver o certame, já que se trata da competência de cada ente legislar na esfera de sua competência. Além disso, compreenda-se “lei” pela sua acepção material (deve ter conteúdo de lei, inovando no plano jurídico, criando direito ou deveres) e formal (obedecendo as regras do processo legislativo e elaborado pelo Poder Legislativo).

Aliás, atente-se que seja possível exigir requisitos diferenciados conforme a natureza e complexidade do cargo almejado (art. 37, II c/c art. 39, §3º, ambos da CRFB). Isto deriva do fato de que seja compulsório que haja pertinência, devendo haver correlação e proporcionalidade com as atribuições do cargo almejado. Dessa forma, é crível descrever a efetivação de TAF para os cargos de policiais, em consequência de que a robustez seja condição inerente para o exercício de suas funções, as quais exigem preparo físico. Porém, não seria adequado estabelecer essa condição para um cargo que efetue atividade intelectual, como o exemplo de um médico ou dentista que fizesse concurso para ingressar no quadro polícia militar.

Ademais, demonstrou-se que a alegação de execução do TAF em condições adversas, a exemplo de chuva ou com possíveis irregularidades na pista, não podem ser usadas como justificativa para realização de novo teste físico. Isto porque a impessoalidade proíbe o acolhimento de circunstâncias pessoais como motivo para remarcação de provas. Além do que, isso ensejaria uma novae mais vantajosa oportunidade ao candidato, posto que este teria mais tempo de preparo do que os demais certamistas. O que ofenderia a igualdade. Da mesma forma, o teste físico física seria efetuado em prejuízo àqueles que superaram qualquer dificuldade e foram aprovados na etapa física.

Igual assertiva é aplicada ao caso fortuito ou circunstância pessoal. Isto porquanto seria violada a impessoalidade ao criar um privilégio para uma pessoa determinada ao se permitir que a prova física fosse refeita. Sem mencionar a ofensa à igualdade, o que ocorreria com a oferta de uma nova oportunidade a um candidato em detrimento dos outros que foram aprovados.

No que tange à gravidez ser usada como escusa para a redesignação do exame física, verificou que existem dois posicionamentos sobre o assunto em tela.

O primeiro autoriza que seja efetuada novo teste físico, posto que a proteção à maternidade, à gestação, à saúde e paternidade responsável, sendo direitos humanos, denotam que seja realizada a exegese de forma ampla, para que tenha a maior eficácia possível, conforme determinação do art. 4º, II da CRFB. Sendo esta a opinião que prevalece no STF.



A segunda posição, que é aquela adotada pelo Autor, informa a impossibilidade de remarcação do TAF, em desinência disso, lesionar-se-ia a impessoalidade ao promover interesses pessoais. Também vulnerando a igualdade ao criar nova oportunidade para efetuação da avaliação física. Além de se primar pela supremacia do interesse público, ao resguardar os interesses geral da sociedade, dos certamistas aprovados em detrimento daqueles que querem realizar nova prova.

Evitando-se, ainda, o uso de interpretação absurda, o que ocorreria ao se permitir que uma fase do concurso estivesse aberta, sem prazo determinado, ao passo que etapa física, e talvez o concurso, esteja concluída para todos os demais candidatos.

Sendo assim, com fulcro em todas as razões expostas, a exegese por meio da proporcionalidade, a qual reza que, inobstante a regra seja a interpretação harmônica dos princípios constitucionais, mas em situações excepcionais, como esta, seria efetivada a supressão da prerrogativa da gestante em benefício de todos os outros concursandos aprovados.

Concernentes às adaptações relativas às provas físicas, assevera-se que as mesmas são aplicadas por força do art. 3º, III e VI do Decreto 9.508/2018. Isto se o candidato assim o requerer na inscrição, no prazo descrito no edital, apontando as condições específicas para efetivação da prova, assim como as tecnologias assistivas que se fizerem necessárias, devendo o requerimento ser acompanhado de justificativa e parecer de equipe médica multidisciplinar ou de especialista na área da deficiência do concursando (art. 4º, §§1º e 2º). Isto sob pena de que, caso haja omissão do candidato, interprete-se como renúncia ao exercício dos direitos relativos à deficiência, vez que sejam prerrogativas facultativas, que cabe ao certamista escolher se quer ou não exercê-las (art. 4º, §2º da Lei 13.146/2015). Nesse viés, urge acrescentar sobre a possibilidade solicitar tempo adicional (art. 4º, §2º do Decreto 9.508/2018), assistência de terceiros (art. 4º, §3º), e quaisquer das hipóteses de ajudas técnicas contidas no art. 19, parágrafo único e incisos do decreto referido, ou mesmo, a possibilidade de aplicação para prova física das premissas descritas no art. 1º, III, alíneas ‘a’ a ‘c’ do Anexo, concernente ao Decreto 9.508/2020.

Entretanto, na hipótese de que a solicitação seja realizada nos moldes da lei, a Administração deverá realizar as devidas adaptações, juntamente com o uso das tecnologias assistivas necessárias para que o teste físico seja aplicado em consonância com a necessidade especial do candidato (art. 34 c/c art. 35 do Decreto 3.298/1998, art. 3º, III, VI c/c art. 4º, §1º do Decreto 9.508/2018 c/c Agravo de Instrumento 00263925220138080024 da 2ª Câmara Cível do TJES).



REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 28 mar. 2020.

BRASIL. **Decreto 3.298, de 20 de dezembro de 1999**. Regulamenta a Lei 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm. Acesso em: 26 jul. 2020.

BRASIL. **Decreto 9.508, de 24 de setembro de 2018a**. Reserva às pessoas com deficiência percentual de cargos e de empregos públicos ofertados em concursos públicos e em processos seletivos no âmbito da administração pública federal direta e indireta. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9508.htm. Acesso em: 29 mar. 2020.

BRASIL. **Decreto 9.508, de 24 de setembro de 2018e**. Reserva às pessoas com deficiência percentual de cargos e de empregos públicos ofertados em concursos públicos e em processos seletivos no âmbito da administração pública federal direta e indireta. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9508.htm#art10. Acesso em: 26 jul. 2020.

BRASIL. **Decreto 9.739, de 28 de março de 2019**. Estabelece medidas de eficiência organizacional para o aprimoramento da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, estabelece normas sobre concursos públicos e dispõe sobre o Sistema de Organização e Inovação Institucional do Governo Federal - SIORG. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9739.htm. Acesso em: 29 mar. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei 5.452, de 01º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 05 abr. 2020.

BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 07 mar. 2020.

BRASIL. **Lei 11.770, de 9 de setembro de 2008**. Cria o Programa Empresa Cidadã, destinado à prorrogação da licença-maternidade mediante concessão de incentivo fiscal, e altera a Lei 8.212, de 24 de julho de 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11770.htm. Acesso em: 05 mar. 2020.

BRASIL. **Lei 13.146, de 6 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm. Acesso em: 26 jul. 2020.

BRASIL. **Lei 7.853, de 24 de outubro de 1989**. Dispões sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa

Portadora de Deficiência – Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7853.htm. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. **Lei 8.112, de 11. De dezembro de 1990.** Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18112cons.htm. Acesso em: 29 mar. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Turma). Recurso em Mandado de Segurança 51428 / MA 2016/0171373-0. **Lex:** Jurisprudência do STJ, Brasília, DF 26 de setembro de 2017c. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=AgRg+no+RMS+48.218%2FMG&b=ACOR&p=true&l=10&i=3>. Acesso em: 03 mar. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Turma). Recurso em Mandado de Segurança 39635 / RJ 2012/0247355-8. **Lex:** Jurisprudência do STJ, Brasília, DF, 18 de abril de 2017b. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=flagrante+erro+material+concurso&b=ACOR&p=true&l=10&i=4>. Acesso em: 25 nov. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Turma). Recurso ordinário em Mandado de Segurança 46006 / MG 2014/0171304-9. **Lex:** jurisprudência do STJ, Brasília, DF, 08 de maio de 2018b. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>. Acesso em: 03 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). Recurso Especial 1669443 / SP 2017/0088736-0 da 2ª Turma. **Lex:** Jurisprudência do STJ, Brasília, DF, 20 de junho de 2017a. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=TAF+EXIG%CANCAIA+EM+LEI&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 29 mar. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). Agravo Interno no Recurso em Mandado de Segurança 52345 / PR 2016/0283697-0. **Lex:** Jurisprudência do STJ, Brasília, DF, 10 de abril de 2018d. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=AGINT+NO+RMS+49.239%2FMS&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 06 mar. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). Agravo interno no Recurso Especial 1630371 / AL 2016/0260673-7. **Lex:** jurisprudência do STJ, Brasília, DF, 05 de abril de 2018c. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=banca+examinadora+autonomia&b=ACOR&p=true&l=10&i=2>. Acesso em: 06 mar. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). Recurso em Mandado de Segurança 54.377 / MS. **Lex:** Jurisprudência do STJ, Brasília, DF, 03 de outubro de 2010. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/514529925/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-54377-ms-2017-0143641-8/inteiro-teor-514529935>. Acesso em: 03 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). Recurso em Mandado de Segurança 17782 / BA 2004/0006308-0. **Lex:** Jurisprudência do STJ, Brasília, DF, 21 de março de 2006. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=banca+examinadora+autonomia&b=ACOR&p=true&l=10&i=7>. Acesso em: 06 mar. 2020.



BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança 038729 / BA 2012/0159693-8. **Lex:** Jurisprudência do STJ, Brasília, DF, 27 de novembro de 2013b. Disponível

em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/deciso/es/toc.jsp?livre=TESTE+F%C3%A7%C3%A9+CDSICA+CONDI%C3%A7%C3%A3o+DE+POLICIA%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/strev3s>. Acesso em: 30 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 505654 / DF. **Lex:** Jurisprudência do STF, Brasília, DF, 29 de outubro de 2013a. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28TESTE+FISICO+ESCRIVAO+DE+POLICIA%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/strev3s>. Acesso em: 30 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 1058333 / PR do Tribunal Pleno. **Lex:** Jurisprudência do STF, Brasília, DF, 02 de novembro de 2017d. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28GRAVIDEZ+TESTE+DE+APTIDAO+FISICA%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/t5od57b>. Acesso em: 02 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 630.733 DF do Plenário. **Lex:** Jurisprudência do STF, Brasília, DF, 15 de maio de 2013c. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2625878/apelacao-civel-apc-20060111254634-df>. Acesso em: 02 abr. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação Cível 20100110200370 DF. **Lex:** jurisprudência do TJDF, Brasília, DF, 03 de abril de 2013d. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/115954825/apelacao-civel-apc-20100110300370>. Acesso em: 03 abr. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. Agravo de Instrumento 00263925220138080024 da 2ª Câmara Cível. **Lex:** Jurisprudência do TJES, Vitória, ES, em 10 de dezembro de 2013c. Disponível em: <https://tj-es.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/380853944/agravo-de-instrumento-ai-263925220138080024?ref=serp>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Mandado de Segurança 3970393 PR 0397039-2 da 4ª Câmara Cível em Composição Integral. **Lex:** Jurisprudência do TJPR, Curitiba, PR, 14 de agosto de 2007. Disponível em: <https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6273143/mandado-de-seguranca-ms-3970392-pr-0397039-2?ref=serp>. Acesso em: 05 abr. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Mandado de Segurança 70040727554 do 2º Grupo de Câmaras Cíveis. **Lex:** Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, 13 de maio de 2011. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=condi%C3%A7%C3%B5es+clim%C3%A1ticas+desfavor%C3%A1veis+capacita%C3%A7%C3%A3o+f%C3%ADsica&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=condi%C3%A7%C3%B5es+clim%C3%A1ticas+desfavor%C3%A1veis&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris. Acesso em: 02 abr. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 70058916826 / RS da 4ª Câmara Cível. **Lex:Jurisprudência do TJRS**, Porto Alegre, RS, 23 de abril de 2014. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/118757234/apelacao-civel-ac-70058916826-rs?ref=serp>. Acesso em: 01 mar. 2020.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

FRANÇA, Phillip Gil. **Ato administrativo e interesse público: gestão pública, controle judicial e consequencialismo administrativo**. 3. ed. Revista dos Tribunais, 2017.

GUGEL, Maria Aparecida. **Pessoas com deficiência e o direito ao concurso público: reserva de cargos e empregos públicos, administração pública direta e indireta**. Goiânia: Ed. da UCG, 2006.

INÁCIO FILHO, Geraldo. **Monografia sem complicações: métodos e normas**. 1.ed. Campinas: Papirus, 2007.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MAIA, Márcio Barbosa; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **Regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: parte geral**. 48. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

OLIVEIRA JUNIOR, Dario da Silva; OLIVEIRA, Maria Isabel Campos. **Concurso Público: teoria e prática**. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008.

PADUA, Gabriela Mosciaro. Da distinção entre princípios constitucionais sensíveis, estabelecidos e extensíveis na limitação do Poder Constituinte Derivado Decorrente. **Conteúdo Jurídico**, Brasília, 10 jan. 2018. Seção Artigos. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,da-distincao-entre-principios-constitucionais-sensiveis-estabelecidos-e-extensiveis-na-limitacao-do-poder-cons,590222.html>. Acesso em: 07 abr. 2020.



VERZOLA, Fabio Carvalho. A impossibilidade de alteração de edital na hipótese de que o concurso já esteja em execução. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 19, n. 221,p. 9-17, jul. 2019a.

VERZOLA, Fabio Carvalho. Sobre a aplicação da proporcionalidade e parâmetros do IBGE aos limites de altura em concursos para o provimento de cargos de policiais. **Revista de Direito Público Contemporâneo**, ano 3, v. 1, n. 1, p. 142-166, jan./ jul. 2019b. Disponível em: <http://www.rdpc.com.br/index.php/rdpc/article/view/52/51>. Acesso em: 30 mar. 2020.

