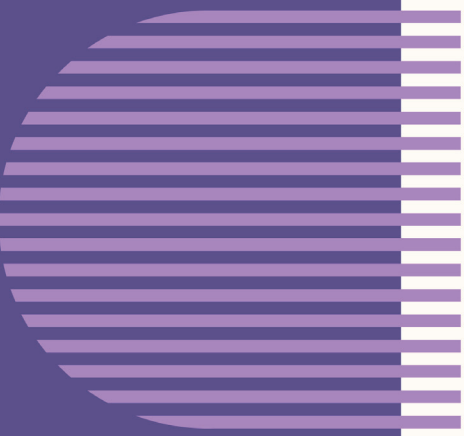


Renan Freitas



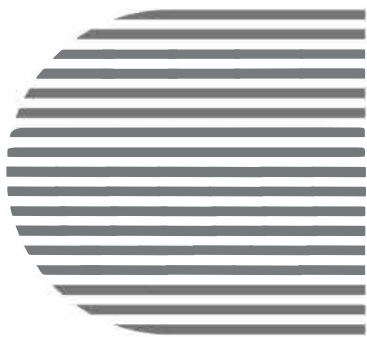
Manual do concurso público

UMA ANÁLISE
JURISPRUDENCIAL
E DOUTRINÁRIA

3ª edição
REVISTA,
ATUALIZADA
E AMPLIADA

D'PLÁCIDO

Renan Freitas



Manual do concurso público

UMA ANÁLISE
JURISPRUDENCIAL
E DOUTRINÁRIA

3ª edição

REVISTA,
ATUALIZADA
E AMPLIADA

D'PLÁCIDO

SUMÁRIO

NOTA À TERCEIRA EDIÇÃO.....	17
PREFÁCIO À TERCEIRA EDIÇÃO.....	19

PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

1. PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AOS CONCURSO PÚBLICOS.....	25
1.1 Legalidade.....	26
1.2 Impessoalidade e Isonomia.....	30
1.3 Publicidade.....	35
1.4 Proporcionalidade	40
1.5 Formalismo.....	48
1.6 Vedação ao Excesso.....	51
1.7 Finalidade Pública.....	55
1.7.1 Desvio de Finalidade e Uso Excessivo da Proporcionalidade.....	58
1.7.2 Custos Sociais e Financeiros do Desvio da Finalidade.....	60
1.8 Primazia da Realidade	61
1.8.1. Editais de Concursos Públicos.....	66
1.8.2 Validação das Exigências com Estudos Científicos.....	67

ESTRUTURA E CONTROLE DO ATO ADMINISTRATIVO

2. O ATO ADMINISTRATIVO.....	71
2.1 Atos Vinculados e Discricionários.....	72
2.1.1 Uma Distinção Ultrapassada.....	74

2.2 Elementos do Ato Administrativo.....	76
2.2.1 Finalidade.....	76
2.2.2 Motivo e Motivação.....	79
2.2.3 Forma.....	80
2.3 Prerrogativas E limites do Ato Administrativo.....	81
2.3.1 Presunção de Veracidade e Legalidade.....	81
2.3.2 Crítica à Presunção de Veracidade.....	83
2.4 Recorribilidade e Controle Judicial.....	89
2.4.1 Controle Judicial.....	92
2.4.1.1 Teoria dos Motivos Determinantes.....	94
2.4.1.2 Nulidade de Atos com Motivação Genérica.....	96
2.4.1.3 Acesso à Via Judicial: Necessidade de Impugnar o Edital?.....	101
2.4.1.4 Controle do Mérito Administrativo.....	105
2.4.1.5 Proposta para Aperfeiçoamento do Controle Judicial e Administrativo.....	108

O CONCURSO PÚBLICO

3. PRINCÍPIOS E EXCEÇÕES NO CONCURSO PÚBLICO.....	115
3.1 O Dever de Realizar Concurso Público.....	117
3.1.1 Exceções Constitucionais.....	120
3.1.2 Recomendações para Fortalecimento da Transparência.....	124
3.2 Inscrição.....	125
3.3 Prazo de Validade de um Concurso.....	129
3.3.1 Crítica à Fixação do Prazo de Validade de Concursos Públicos.....	131
3.4 Ampla Acessibilidade.....	132
3.5 Requisitos Legais e Compatibilidade com o Cargo.....	133
3.6 Ação Afirmativa – Reserva de Vagas e Inclusão Social.....	134
3.6.1 Reserva de Vagas para Pessoas Com Deficiência.....	137
3.6.1.1 Surdez unilateral.....	141
3.6.2 Reserva de Vagas para Mulheres.....	145
3.6.2.1 A inconstitucionalidade da Restrição à Participação das Candidatas do Sexo Feminino a um Percentual das Vagas Ofertadas em Edital.....	146
3.6.3 Reserva de Vagas – Cota Racial.....	150

3.6.3.1 A Ação Afirmativa Incide Sobre a Totalidade de Vagas Ofertadas no Edital de Concurso Público.....	152
3.6.3.2 A quem beneficia a desistência do cotista melhor classificado?.....	155
3.6.3.3 O Candidato Cotista Concorre em Duas Listas – Ampla Concorrência e Cotas.....	156
3.6.3.4 Insegurança jurídica – divergência de bancas organizadoras em reconhecer a condição de cotista ao indivíduo.....	160
3.7 Cláusulas de Barreira.....	163
3.7.1 Utilização Inadequada da Cláusula de Barreira.....	165
4. O EDITAL.....	169
4.1 Publicidade do Edital.....	170
4.1.1 Ampla Publicidade.....	170
4.1.2 Alterações no edital	173
4.1.3 Prazos Exíguos.....	176
4.2 Provas de conhecimento.....	180
4.2.1 Exigência de Noções Básicas	181
4.2.2 Exigência de Conhecimentos Específicos.....	183
4.2.3 As Provas de Conhecimento Devem Estar em Harmonia com a Natureza e a Complexidade do Cargo ou Emprego.....	184
4.3 Prova de Títulos.....	187
4.4 Previsão de Vagas no Edital.....	190
4.5 Cadastro de Reserva Exclusivo.....	194
5. HABILITAÇÃO TÉCNICA VS. REQUISITOS DE CAPACIDADE PARA O INGRESSO NO CARGO PÚBLICO.....	201
5.1 Exigência de Três Anos de Atividade Jurídica para Ingresso na Magistratura e Ministério Público.....	208
5.2 Dois ou Três Anos de Atividade Jurídica? A Indefinição no Ingresso na Defensoria Pública.....	210
5.3 Crítica à Tese Adotada pelo STF no Tema 509 – O Momento da Comprovação da Atividade Jurídica.....	211
5.4 Escolaridade - Diploma de Curso Superior.....	215
5.4.1 A Exigência de Curso de Nível Superior no Serviço Público – Críticas e Implicações.....	216
5.4.2 Antecipação da Colação de Grau Acadêmico.....	220
5.5 Habilitação Técnica Específica.....	223
5.5.1 Habilitação Técnica Superior à Exigida.....	224

5.5.2 Decisões Judiciais sobre Compatibilidade de Habilitações.....	225
5.5.3 Habilitações Incompatíveis.....	229
5.5.4 Conclusão.....	229
5.6 Carteira de Habilitação de Veículos Automotores – CNH.....	231
6. PROVAS OBJETIVAS.....	235
6.1 Introdução às Provas Objetivas.....	235
6.2 Precedente Vinculante Aplicável: Tema 485 do STF.....	235
6.2.1 O Caso do RE 632.853/CE.....	236
6.2.2 Divergências e Limites da Decisão.....	237
6.2.3 Aplicação Restrita do Tema 485.....	237
6.2.4 Mitigação do Tema 485: A Possibilidade de Anular Questões com Múltiplas Respostas Corretas.....	238
6.2.5 Admissibilidade de Prova Pericial em Casos de Incorreções em Questões de Provas Objetivas.....	240
6.2.6 O Erro Manifesto e o Erro Não Manifesto.....	242
6.2.7 O Conhecimento Necessário para Responder às Questões Objetivas Deve Contar com Previsão Expressa no Edital.....	243
6.3 Correção Judicial de Provas Objetivas.....	245
6.3.1 Síntese do Posicionamento Atual.....	246
6.3.2 Taxatividade no Conteúdo Programático: Aplicação do Princípio da Legalidade e Vinculação ao Edital.....	247
6.3.3 A Jurisprudência em Análise: Casos Práticos e Aplicações.....	250
6.3.4 Questões Baseadas em Doutrinas Divergentes: A Necessidade de Superação do Tema 485.....	258
6.4 Cômputo da Pontuação de Questões Anuladas em Juízo.....	262
6.5 Conclusão.....	264
7. PROVAS DISSERTATIVAS.....	267
7.1 Questões Dissertativas com Espelho de Correção.....	268
7.2 Contraponto ao Mérito Administrativo.....	270
7.3 Teoria dos Motivos Determinantes.....	270
7.4 ARE 1.242.442/PR.....	271
7.5 Inexistência de Fundamento Técnico/Científico.....	272
7.6. Exemplo Clássico de Negativa de Prestação Jurisdicional.....	274
8. EXAME DE APTIDÃO FÍSICA.....	277
8.1 Introdução.....	277
8.2 Precedente Vinculante Aplicável.....	278

8.2.1 Tema 335 do STF: Inexistência de Direito Subjetivo à Remarcação do Teste de Aptidão Física.....	278
8.2.2 Tema 973 do STF: Remarcação de Teste de Aptidão Física para Gestantes.....	280
8.2.3 Limites de Aplicação do Tema 335: Distinções Necessárias.....	282
8.3 O Teste de Aptidão Física como um Requisito Essencial para o Desempenho das Funções Inerentes ao Cargo Público.....	284
8.4 Necessidade de Previsão em Lei Específica para a Submissão de Candidatos ao Teste de Aptidão Física.....	289
8.5 Incompatibilidade da Exigência de Teste de Aptidão Física para Determinados Cargos.....	291
8.6 Condições Inadequadas para a Realização do Exame de Aptidão Física.....	296
8.7 Remarcação do Teste de Aptidão Física.....	300
8.7.1 Orientação Geral para a Gravação Individualizada dos Testes Físicos e Provas Orais	302
8.7.2 Candidatas Gestantes e em Estado Puerperal.....	309
8.7.3 Crítica à Posição Jurisprudencial que Inviabiliza a Remarcação de Provas de Aptidão Física.....	311
8.8 Conclusão do Capítulo 8: Exame de Aptidão Física.....	314
9. ETAPA MÉDICA	317
9.1 Introdução.....	317
9.2 Precedente Vinculante Aplicável: Tema 1015 do STF.....	317
9.2.1 Definição e Contexto do Precedente.....	317
9.2.2 A Primazia da Realidade e a Etapa Médica.....	318
9.2.3 Implicações Éticas e Futuras: O Uso de Tecnologias Biomédicas.....	319
9.2.4 Conclusão sobre o Tema 1015: Lições e Limites.....	321
9.3 Precedente Vinculante Aplicável: Tema 838 do STF.....	322
9.3.1 Origem e Decisão do Tema 838.....	323
9.3.2 Fundamentos Jurídicos.....	323
9.3.3 Exemplos e Reflexões Práticas.....	324
9.4 Precedente Vinculante Aplicável: Tema 646 do STF.....	325
9.4.1 Contradição entre a Decisão do STF e a Revogação do Limite Etário em Minas Gerais.....	326
9.4.2 Exceções ao Tema 646 e a Necessidade de Análise Contextualizada.....	327
9.5 Necessidade de Superação do Tema 646: Uma Análise Crítica.....	329

9.5.1 Ausência de Critérios Objetivos.....	329
9.5.2 Falta de Exigência de Prova Científica.....	331
9.5.3 Análise Superficial do Princípio da Proporcionalidade.....	335
9.5.4 Os Fundamentos Decisórios Sob Análise: Uma Perspectiva Crítica.....	336
9.5.5 Qual é a Justificativa Utilizada para o Estabelecimento da Limitação Etária?.....	337
9.5.6 Capacidade Física vs. Envelhecimento Humano.....	339
9.5.7 Planejamento Previdenciário: Um Argumento Irrelevante e a Necessidade de Ajustes Legislativos.....	343
9.5.8 O Critério Etário Atinge a Finalidade Pública?.....	345
9.5.9 Conclusão Sobre a Limitação Etária.....	347
9.6 Exame Oftalmológico.....	350
9.6.1 Visão Monocular.....	351
9.6.2 Daltonismo - Discromatopsia.....	353
9.6.3 Acuidade Visual.....	359
9.6.4 Estudos Internacionais e a Experiência Norte-Americana.....	361
9.6.5 Conclusão: A Evolução do Reconhecimento Jurídico sobre a Acuidade Visual.....	364
9.7 Índice de Massa Corporal (IMC).....	367
9.8. O Requisito de Altura Mínima na Visão do Judiciário.....	371
9.8.1 O Ônus da Prova na Exigência de Altura Mínima.....	372
9.8.2 O Caso Americano: A Superação da Exigência de Altura Mínima.....	375
9.8.3 A Experiência Europeia e o Requisito de Altura Mínima.....	379
9.9 Outras Reprovações na Etapa Médica.....	381
10. EXAME TOXICOLÓGICO.....	387
10.1 Resultado Positivo Significa Reprovação?.....	390
10.2 A Contraprova é Possível?.....	391
10.3 Falha na Prestação do Serviço do Laboratório.....	394
11. INVESTIGAÇÃO SOCIAL.....	399
11.1 Precedente Vinculante Aplicável: Tema 22 do STF.....	399
11.1.1 Definição e Contexto do Precedente.....	400
11.1.2 Discussões Travadas pelos Ministros.....	401
11.1.3 Diretrizes Estabelecidas pelo Precedente.....	402
11.1.4 As Decisões do Ministro Alexandre de Moraes Contrárias ao Tema 22.....	403

11.1.5 Conclusão.....	409
11.2 Precedente Vinculante Aplicável: Tema 1190 do STF.....	411
11.2.1 Definição e Contexto do Precedente.....	411
11.2.2 Discussões Travadas pelos Ministros.....	412
11.2.3 Reflexões e Impactos Práticos.....	412
11.2.3 Moralidade Administrativa e Nomeação de Condenados: Uma Contradição?.....	413
11.3 Limitação Temporal na Investigação Social: Consideração dos Últimos 5 Anos.....	414
11.4 Reprovação pela Não Entrega de Determinado Documento Previsto no Edital.....	417
11.4.1 Previsão Legal para Correção de Vícios Formais e a Juntada de Documentação Faltante.....	419
11.4.2 A Exigência de Documentos e Exames: Fins, Redação de Editais e a Consideração do Caso Concreto.....	424
11.5 Omissão de Informação.....	428
11.5.1 Diferença entre Omissão Dolosa e Omissão Culposa.....	430
11.5.2 Limites da Investigação Social e o Uso Indevido de Omissões.....	433
11.6 Uso de Drogas Ilícitas.....	435
11.7 Ambiência Criminosa.....	439
11.7.1 Exemplo: João e o Pai com Histórico Criminal.....	441
11.8 Habitualidade em Descumprir Obrigações Legítimas.....	443
11.9 Multas de Trânsito e Suspensão da CNH.....	448
11.10 A Aplicação Desproporcional da Lei Maria da Penha na Reprovação de Candidatos em Concursos Públicos.....	451
12. EXAME PSICOLÓGICO.....	457
12.1 Precedente Vinculante Aplicável: Tema 1009 do STF.....	459
12.2 Precedente Vinculante Aplicável: Tema 338 do STF.....	461
12.3 Necessidade de Previsão em Lei específica.....	462
12.3.1 Exame Mental Não Se Confunde com Exame Psicológico.....	463
12.4 Critérios Objetivos na Avaliação Psicológica.....	464
12.4.1 Limitações e Críticas às Técnicas Psicométricas.....	465
12.4.2 O judiciário Ignora a Inexistência de Critérios Objetivos.....	469
12.5 Possibilidade de Recurso: Um Procedimento Meramente Formal.....	471
12.6 Um Debate Necessário.....	474
12.6.1 Qual é o Objetivo da Aplicação do Exame Psicológico?.....	475

12.6.2 A Administração pode exigir que o candidato se adeque a determinado perfil profissional?	476
12.6.3 Estudo de Caso – Quando os Fatos Contrariam a Presunção de Veracidade e Legalidade do Ato Administrativo	480
12.7 O Laudo Administrativo de Reprovação em Exame Psicológico Pode Ser Substituído Por Um Outro Elaborado em Perícia Judicial?	487
12.7.1 A Incoerência no Sistema de Interpretação Judicial	489
12.8 A Necessidade de uma Interpretação Mais Coerente	494
12.8.1 Máxima Efetividade	494
12.8.2 O Estágio Probatório Como Instrumento de Avaliação Efetiva	496
13. CURSO DE FORMAÇÃO E SEUS REFLEXOS JURÍDICOS	499
13.1 O Curso de Formação Como Etapa do Concurso Público	499
13.1.1 Impacto da Súmula 266 do STJ	500
13.1.2 Benefícios do Curso de Formação Como Etapa do Concurso	501
13.2 O Curso de Formação Após a Posse e a Vedação à Acumulação de Cargos Públicos	501
13.3 Pedido de Final de Fila – Inclusão em Segunda Chamada	502
14. NOMEAÇÃO, POSSE E PRETERIÇÃO	507
14.1 Nomeação e Posse: Conceitos Fundamentais	507
14.2 Precedente Vinculante Aplicável: Tema 161 do STF	508
14.3 Precedente Vinculante Aplicável: Tema 784 do STF	510
14.3.1 A Dificuldade de Aplicação do Tema 784 pelo Judiciário	513
14.3.2 A Classificação da Preterição: Análise de Eduardo Marques	513
14.4 Precedente Vinculante Aplicável: Tema 612 do STF	515
14.5 O Conceito de Preterição e a Crítica ao Uso Equivocado do Termo	518
14.5.1 A Inequivoca Necessidade de Provimento do Cargo e Utilização inadequada da Contratação Temporária	519
14.6 Nomeação – Posse Precária	526
14.7 Desistência do Candidato Melhor Classificado	531
14.8 Pedido Administrativo de Retratação de Desistência de Nomeação ou de Exoneração em Cargo Público	533
14.9 Direito à Indenização Pela Demora na Nomeação	535
14.10 Anulação do Ato de Nomeação	538

15. ASPECTOS PROCESSUAIS DO CONCURSO PÚBLICO	543
15.1 O Valor da Causa	543
15.1.1 Proposta para Definição do Valor da Causa	546
15.2 Competência para Julgar Demandas de Concurso Público	548
15.2.1 Desuniformidade dos Juizados e a Insegurança Jurídica	550
15.2.2 Falta de Controle pelo Superior Tribunal de Justiça	551
15.2.3 A Rejeição dos Juizados Especiais pela Advocacia	552
15.2.4 Proposta para Definição da Competência	553
16. INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI FEDERAL N. 14.751/2023	559
17. CONSIDERAÇÕES FINAIS	565
BIBLIOGRAFIA	571

PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AOS CONCURSO PÚBLICOS

1

A Administração Pública brasileira está alicerçada em princípios constitucionais destinados a assegurar que o exercício do poder atenda ao interesse público de forma justa e responsável.

Dentre esses princípios, abordaremos a legalidade, a impessoalidade, a publicidade, a proporcionalidade, o formalismo, a vedação ao excesso de formalismo, a finalidade pública e a primazia da realidade. Cada um deles atua como um pilar que sustenta as ações administrativas, assegurando que estas sejam desempenhadas de forma ética, eficaz e comprometida com os direitos da coletividade.

O princípio da legalidade estabelece que a Administração Pública só pode agir conforme a lei, garantindo que nenhum agente público está autorizado a fazer o que não lhe for expressamente permitido pela legislação vigente.¹ Essa limitação busca evitar arbitrariedades e assegurar a previsibilidade das ações governamentais.

Em complemento, o princípio da impessoalidade promove o tratamento isonômico dos administrados, buscando neutralizar influências pessoais nas decisões administrativas. A ideia é a de que o princípio atua como uma diretriz essencial para garantir que a Administração Pública opere exclusivamente para fins de interesse público, sem permitir que interesses pessoais ou de terceiros influenciem suas ações.²

A publicidade é outro princípio fundamental, exigindo transparência e acesso à informação sobre os atos públicos, o que contribui para o controle social e a responsabilidade dos agentes públicos.³

¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 32ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 109-110.

² NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo*. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 44.

³ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 21ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 205.

Por sua vez, a proporcionalidade e a vedação ao excesso de formalismo surgem como respostas ao risco de abusos e à rigidez desnecessária. A ponderação entre direitos e deveres administrativos é essencial para evitar que o rigor excessivo se sobreponha ao conteúdo essencial das normas, comprometendo o interesse público.

O princípio da finalidade pública orienta as atividades administrativas exclusivamente para o bem comum, evitando desvios de propósito. Este é um princípio essencial para assegurar que todos os atos administrativos sejam praticados com o objetivo de atender ao interesse coletivo.

Por fim, o princípio da primazia da realidade impõe que a administração pública considere a realidade dos fatos em suas decisões, privilegiando o conteúdo sobre a forma. Essa abordagem prática é fundamental para evitar decisões desconectadas das reais necessidades sociais e garantir que a Administração se adapte às circunstâncias concretas.

Evidentemente, os princípios elencados neste capítulo não são os únicos existentes,⁴ mas servem ao propósito a que se destinam no contexto desta obra e a discussão nela travada.

1.1 LEGALIDADE

O princípio da legalidade estabelece que a atuação administrativa, especialmente em relação às exigências de acesso a cargos públicos, deve estar amparada e prevista em lei, inteligência da redação contida na Constituição Federal em seu art. 5º, II, o qual dispõe que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Esse comando constitucional reforça que a Administração Pública está adstrita a normas pré-estabelecidas, limitando a discricionariedade e protegendo os cidadãos de abusos administrativos.⁵

O art. 37, caput, da Constituição Federal, impõe a observância do princípio da legalidade, estabelecendo que qualquer exigência para ingresso em cargos públicos deve ser feita conforme previsto em lei. Desta forma, o poder

⁴ Nesse sentido, no âmbito do processo administrativo federal, é dever da Administração obedecer à uma série de princípios, veja-se a Lei n. 9.784/99, Art. 2º “A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.”

⁵ Apelação. Mandado de Segurança. Concurso público para Soldado PM de 2ª Classe. Exclusão de candidato por ter usado alargador. Edital que não se baseou em lei ao fixar critérios para eventual uso de alargador pelos candidatos. Exigência em desconformidade com tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral. Restrição desproporcional e contrária ao interesse público. Prejuízo à acessibilidade ao cargo. Ofensa aos princípios da isonomia e razoabilidade. Precedentes. Sentença mantida. Recurso de apelação improvido. (TJSP; Apelação Cível 1012461-61.2019.8.26.0053; Relator (a): Paola Lorena; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 15ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 27/08/2019; Data de Registro: 29/08/2019).

discricionário do administrador é restrito, cabendo-lhe cumprir a finalidade pública com base na normatização existente, sem inovar de forma autônoma.

Veja-se que os incisos I e II do art. 37 da Constituição especificam que o acesso aos cargos públicos deve respeitar a legislação, não admitindo requisitos que possam discriminar concorrentes ou criar barreiras desproporcionais sem previsão legal expressa.⁶

Exigências de altura mínima,⁷ testes físicos específicos⁸ ou critérios de idade,⁹ por exemplo, são inválidas se constarem apenas em edital sem respaldo

⁶ I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei; II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

⁷ DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRA-ORDINÁRIO COM AGRAVO. CONCURSO PÚBLICO. EXIGÊNCIA DE ALTURA MÍNIMA. LIMITAÇÃO IMPOSTA APENAS POR EDITAL. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal possui o entendimento de que a exigência de altura mínima para o cargo de policial militar é válida, desde que prevista em lei em sentido formal e material, bem como no edital que regularmente o concurso. 2. Na hipótese, apenas o edital do concurso estabelecia a exigência, de modo que tal limitação se mostra ilegítima. Precedentes. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF - AgR ARE: 906295 RJ - RIO DE JANEIRO 0389901-44.2013.8.19.0001, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 24/11/2015, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-251 15-12-2015).

⁸ ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. GRUPO PENITENCIÁRIO DO ESTADO DO AMAPÁ. EXAME DE APTIDÃO FÍSICA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. 1. O ato impugnado diz respeito à exigência contida no item IX do Edital nº 1/2010, que inclui como requisito para o ingresso nos quadros de pessoal do Grupo Penitenciário do Estado do Amapá, a submissão dos candidatos a teste de capacidade física. 2. A existência de previsão geral estipulando que o concurso será realizado por meio de provas e observará as disposições editalícias não é suficiente para a exigência da prova física, mormente porque relega ao administrador o juízo de conveniência e oportunidade acerca de requisito de acesso a cargo público, o que não é permitido. 3. De acordo com a jurisprudência desta Corte Superior, o exame de aptidão física em concurso público apenas poderá ser exigido se for amparado em lei, por força do que estabelece o inciso II, do art. 37, da Constituição Federal de 1988. 4. Recurso ordinário provido. (STJ - RMS: 36997 AP 2012/0016537-9, Relator: Ministro CASTRO MEIRA, Data de Julgamento: 20/11/2012, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 06/12/2012).

⁹ Agravo regimental no recurso extraordinário. Concurso público. Bombeiro militar. Limite de idade. Ausência de previsão em lei. Negativa de prestação jurisdicional. Não ocorrência. Princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Ofensa reflexa. Precedentes. 1. A jurisprudência desta Corte firmou entendimento no sentido de que o limite de idade para inscrição em concurso público só se legitima quando previsto em lei e quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido. 2. A jurisdição foi prestada pelo Tribunal de origem mediante decisão suficientemente fundamentada. 3. A afronta aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional, quando depende, para ser reconhecida como tal, da análise de normas infraconstitucionais, configura apenas ofensa indireta ou reflexa à Constituição da República. 4. Agravo regimental não provido. (STF - RE: 473593

legislativo. Este entendimento tem sido reiterado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), conforme jurisprudência consolidada que anula exigências abusivas e não fundamentadas em lei.¹⁰

De igual forma, o Superior Tribunal de Justiça sustenta que “os editais de concursos públicos não estão acima da Constituição Federal ou das leis que preconizam os princípios da impessoalidade, do devido processo administrativo, da motivação, da razoabilidade e proporcionalidade. Do contrário, estaríamos diante verdadeira subversão da ordem jurídica”.¹¹

Sob o viés teórico, Norberto Bobbio explica que o ordenamento jurídico deve ser um sistema coerente, em que cada norma deriva sua validade de outra superior, criando um encadeamento normativo que evita arbitrariedades. Embora Bobbio não trate diretamente de Administração Pública, sua teoria demonstra que atos que extrapolem a lei rompem com essa coerência, configurando-se, portanto, como ilegítimos.¹²

Nesse mesmo sentido, Hans Kelsen observa que a validade das normas jurídicas depende de sua posição em uma ordem escalonada, na qual a Constituição ocupa o ápice e orienta todos os atos normativos inferiores.¹³

Assim, editais de concursos, portarias ou resoluções administrativas, como atos do Poder Executivo que são, podem regulamentar o ingresso em cargos e empregos públicos, mas só terão validade enquanto respeitarem a previsão legal e não a extrapolar. Exigências sem base legal configuram um desvio da função administrativa, representando uma ilegalidade.

RJ, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 24/04/2012, Primeira Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-095 DIVULG 15-05-2012 PUBLIC 16-05-2012).

¹⁰ Nesse sentido, o STF editou a Súmula Vinculante 44. “Só por lei se pode sujeitar a exame psicotécnico a habilitação de candidato a cargo público”.

¹¹ (STJ; RMS 49.896/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/04/2017, DJe 02/05/2017).

¹² Bobbio fala sobre como o ordenamento jurídico deve ser um sistema coerente, onde cada norma deriva sua validade de uma norma superior, estabelecendo um encadeamento que evita arbitrariedades. Embora não explicitamente sobre administração pública, essa ideia sustenta que qualquer ato fora desse encadeamento viola a estrutura normativa. Esta reflexão está no capítulo sobre “A Sanção Social” e também no final da discussão sobre normas imperativas. BOBBIO, Norberto. Teoria da Norma Jurídica. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 2. ed. São Paulo: Editora Edipro, 2003.

¹³ A ideia de que uma norma jurídica obtém sua validade dentro de um sistema hierarquicamente ordenado, com a Constituição no topo, é abordada por Hans Kelsen em várias partes de sua obra “Teoria Pura do Direito”. Em especial, essa estrutura escalonada de normas, na qual a validade de uma norma é condicionada por outra de nível superior, está bem definida no Capítulo III – A teoria da formação escalonada do sistema jurídico da “Teoria Pura do Direito”. Kelsen expõe que as normas jurídicas seguem uma ordem, onde cada norma inferior deriva sua validade de uma superior até a norma fundamental, que é a fonte de validade de todas as outras. KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

Essa possibilidade de que o Poder Executivo regule aspectos dos certames públicos decorre do reconhecimento de que a lei¹⁴ não pode antecipar todas as situações específicas que surgem em processos seletivos.¹⁵ Como o agente político detém o poder de criar leis, ao agente administrativo caberá implementar esses dispositivos legais, respeitando os limites e os objetivos estabelecidos.¹⁶

A discricionariedade manifesta-se, por exemplo, quando a lei prevê a exigência de ‘aptidão física e mental’ para o cargo específico e deixa ao administrador o detalhamento técnico, como os tipos de exercícios físicos exigidos dos participantes (corrida, tração em barra fixa, abdominais etc.), que constarão no edital de concurso público. Esses requisitos, no entanto, devem sempre ser definidos de forma proporcional e técnica, respeitando os limites da finalidade pública e sem ultrapassar o que a lei autoriza.¹⁷

Na prática, o Poder Judiciário é o guardião desse controle, assegurando que os atos administrativos estejam em harmonia com a Constituição e que respeitem os direitos fundamentais dos administrados. Exigências descabidas em editais e outros atos normativos são frequentemente contestadas judicialmente, e o Poder Judiciário tem, ainda que de forma progressiva, reconhecido a nulidade de tais cláusulas.

Um exemplo desse controle judicial se deu no julgamento do Recurso Extraordinário n. 600.885/RS, oportunidade em que o Supremo Tribunal Federal reconheceu que apenas a lei pode definir os requisitos para ingresso nas Forças Armadas, invalidando a expressão “nos regulamentos da Marinha, do Exército e da Aeronáutica” do art. 10 da Lei n. 6.880/1980.¹⁸

¹⁴ Utilizamos aqui o termo “lei” como a regra jurídica elaborada pelo legislador, para ordenar, dirigir o comportamento do homem que vive em sociedade, determinando como deve ser sua conduta. Podendo, para tanto, até a proibir ou regular ações do homem. DOWER, Nelson Godoy Basil. *Instituições de direito público e privado*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 9.

¹⁵ “Por ser materialmente impossível a previsão de todos os casos, além do caráter de generalidade e de abstração próprios da lei, subsistirão inúmeras situações em que a Administração terá de se valer da discricionariedade para efetivamente atender à finalidade legal e, como consequência, cumprir o princípio da legalidade”. MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 79.

¹⁶ SOUSA, Alice Ribeiro de. **Concurso público e ações afirmativas**; a reserva de cotas sociais como instrumento de concretização dos direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 11.

¹⁷ “Deve ser a Constituição, seus princípios e especialmente seu sistema de direitos fundamentais, o elo de unidade a costurar todo o arcabouço normativo que compõe o regime jurídico administrativo. A superação do paradigma da legalidade administrativa só pode dar-se com a substituição da lei pela Constituição como cerne da vinculação administrativa à juridicidade”. BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 36.

¹⁸ Não foi recepcionada pela Constituição da República de 1988 a expressão “nos regulamentos da Marinha, do Exército e da Aeronáutica” do art. 10 da Lei 6.880/1980, dado que apenas lei pode definir os requisitos para ingresso nas Forças Armadas, notadamente o requisito de idade, nos termos do art. 142, § 3º, X, da Constituição de 1988. Descabe, portanto, a regu-

Como visto, cabe ao agente público dar cumprimento aos valores e princípios constitucionais; e, por estar atuando em campo técnico, entende-se que estará em melhores condições de atender a finalidade pública. As normas criadas pela administração serão válidas desde que não contrariem a lei e a constituição.¹⁹ Nesse sentido esclarece Luís Roberto Barroso:

Os valores, fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com sua ordem, unidade e harmonia –, mas também um modo de olhar e interpretar todos os ramos do Direito.²⁰

Assim, a Constituição serve como fundamento e limite para a atuação administrativa, garantindo que as decisões sejam coerentes com os direitos fundamentais e os valores da ordem jurídica.

1.2 IMPESSOALIDADE E ISONOMIA

Os princípios da impessoalidade e da isonomia, que norteiam a Administração Pública, fundamentam-se no compromisso estatal com a justiça e a igualdade material, determinando que a Administração atue de forma neutra, garantindo tratamento igualitário para aqueles em condições semelhantes. Esses princípios se desdobram na vedação a práticas discriminatórias, a não ser quando justificadas por requisitos objetivos e essenciais ao exercício da função pública.

É importante esclarecer que o princípio da isonomia não significa ausência de discriminação em todos os aspectos. A vida humana, por si só, é repleta de diferenças naturais, onde as pessoas possuem habilidades e características distintas. De fato, a igualdade real e absoluta é inatingível e, muitas vezes, a busca cega por essa igualdade pode, em vez de pacificar, fomentar conflitos sociais.

O que o princípio da isonomia busca assegurar é que pessoas em situações idênticas tenham acesso a condições semelhantes. A história revela que, em

lamentação por outra espécie normativa, ainda que por delegação legal. (STF – RE: 600885 RS, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 09/02/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO).

¹⁹ “Deve ser a Constituição, seus princípios e especialmente seu sistema de direitos fundamentais, o elo de unidade a costurar todo o arcabouço normativo que compõe o regime jurídico administrativo. A superação do paradigma da legalidade administrativa só pode dar-se com a substituição da lei pela Constituição como cerne da vinculação administrativa à juridicidade”. BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 36.

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. *In*: BINENBOJM, op. cit., 2008, p. 21.