

15/05/2013

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 630.733 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. GILMAR MENDES**
RECTE.(S) : FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA - FUB
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL FEDERAL
RECDO.(A/S) : MARCOS LACERDA ANDRADE
ADV.(A/S) : ALEXANDRE SIMÕES LINDOSO
INTDO.(A/S) : UNIÃO
ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Recurso extraordinário. 2. Remarcação de teste de aptidão física em concurso público em razão de problema temporário de saúde. 3. Vedação expressa em edital. Constitucionalidade. 4. Violação ao princípio da isonomia. Não ocorrência. Postulado do qual não decorre, de plano, a possibilidade de realização de segunda chamada em etapa de concurso público em virtude de situações pessoais do candidato. Cláusula editalícia que confere eficácia ao princípio da isonomia à luz dos postulados da impessoalidade e da supremacia do interesse público. 5. Inexistência de direito constitucional à remarcação de provas em razão de circunstâncias pessoais dos candidatos. 6. Segurança jurídica. Validade das provas de segunda chamada realizadas até a data da conclusão do julgamento. 7. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a presidência do Senhor Ministro Joaquim Barbosa, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria e nos termos do voto do Relator, negar provimento ao recurso, mas reconhecer a inexistência de direito de candidatos à prova de segunda chamada nos testes de aptidão física, em razão de circunstâncias pessoais, ainda que de caráter fisiológico ou de força maior, salvo contrária disposição editalícia; e, assegurar a validade

RE 630733 / DF

das provas de segunda chamada até a data deste julgamento. Vencido o Ministro Marco Aurélio que desprovia o recurso, com consequências diversas, e quanto ao regime da repercussão geral ao caso.

Brasília, 15 de maio de 2013.

Ministro GILMAR MENDES

Relator

Documento assinado digitalmente

15/05/2013

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 630.733 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. GILMAR MENDES**
RECTE.(S) : **FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA - FUB**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL FEDERAL**
RECDO.(A/S) : **MARCOS LACERDA ANDRADE**
ADV.(A/S) : **ALEXANDRE SIMÕES LINDOSO**
INTDO.(A/S) : **UNIÃO**
ADV.(A/S) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): Trata-se de recurso extraordinário contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região que, reconhecendo o direito de candidato de realizar o teste de aptidão física em data diversa da prevista no edital, em virtude de caso fortuito, caracterizado por problemas temporários de saúde (epicondilite gotosa no cotovelo esquerdo) devidamente comprovados nos autos, manteve a sentença de primeiro grau em acórdão assim ementado:

“ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. AGENTE DE POLÍCIA FEDERAL. PROVA DE CAPACIDADE FÍSICA. CANDIDATO QUE SE APRESENTA TEMPORARIAMENTE INCAPACITADO PARA SUA REALIZAÇÃO, COMPROVADA POR ATESTADO MÉDICO. PRETENSÃO A SEGUNDA CHAMADA. POSSIBILIDADE.

1. Afigura-se ofensiva ao princípio da isonomia disposição, contida na Instrução Normativa n. 5/2001/ANP, que não leva em consideração, para efeito de realização da prova de aptidão física de candidatos a concurso público para provimento de cargos da Carreira Policial Federal, as alterações psicológicas e fisiológicas temporárias, comprovadas por atestado médico, como no caso.

2. Sentença concessiva da segurança, que se confirma

RE 630733 / DF

3. Apelações e remessa oficial, esta tida por interposta, desprovidas". (fl. 297)

No caso, cuida-se de concurso público para o cargo de agente da Polícia Federal, de acordo com o Edital n. 45/2001 – ANPD/DRS. O certame era composto por duas etapas. A primeira, de caráter eliminatório e classificatório, foi executada pelo CESPE/UNB e compreendeu provas objetivas, prova discursiva, prova de capacidade física, exame médico e avaliação psicológica. A segunda etapa, também de caráter eliminatório e classificatório, constituiu-se de curso de formação profissional, realizado pela Academia Nacional de Polícia.

Contudo, na data da realização da prova de aptidão física, o recorrido encontrava-se impossibilitado de participar do teste em virtude de doença comprovada por atestado médico.

O Tribunal de origem, com fundamento no princípio da isonomia, afastou a norma prevista na Instrução Normativa n. 5/2001 ANP/DPF que regulamenta a aplicação da prova de capacidade física nos processos seletivos instituídos pela Academia Nacional de Polícia, na qual consta que *“os casos de alterações orgânicas (estados menstruais, indisposições, câibras, contusões, etc.) que impossibilitem o candidato de submeter-se aos testes ou diminuam sua capacidade física e/ou orgânica não serão aceitos para fins de tratamento diferenciado por parte da Administração”*. (fl. 77)

Nas razões recursais, sustenta-se, em síntese, que o acórdão recorrido viola os arts. 5º, *caput*, e 37, *caput*, ambos da Constituição Federal. O recorrente argumenta que a inscrição no certame implica a aceitação de todas as normas contidas no edital. Afirma, ainda, que:

“Se cada situação dessa for tolerada pela Administração o certame restaria inviabilizado, não só pela demora, mas pelo gasto para sua realização que aumentaria sensivelmente, já que o poder público teria que mobilizar locais e pessoal por mais de

RE 630733 / DF

uma vez". (fl.305)

Alega que ainda que se pudesse *"argumentar a isonomia material como base do direito que julga ter o recorrido, esta não pode subsistir face o interesse público"*. (fl. 308)

Estes autos foram levados ao Plenário Virtual, oportunidade em que o Tribunal reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada (DJe 5.4.2011).

Em parecer de fls. 432-435, a Procuradoria-Geral da República manifestou-se pelo não provimento do recurso, ao argumento de que apesar de o Edital ser a lei do concurso, *"suas regras devem estar informadas pelo princípio da isonomia material, que assegure, efetivamente, tratamento equânime e uniforme entre os concursados, garantindo-se, todavia, àqueles concorrentes que se encontram em situação temporariamente incapacitante, por razões estranhas à sua vontade, um tratamento desigual, justamente para que voltem a ter paridade de condições"*. (fl. 434)

É o relatório.

15/05/2013

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 630.733 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): A questão central a ser discutida no presente recurso é se a existência de norma editalícia que preveja a impossibilidade de remarcação do teste físico para data diversa daquela prevista no edital do certame, em virtude de alterações pessoais orgânicas e/ou fisiológicas temporárias do candidato, viola o postulado da isonomia.

No caso dos autos, o recorrido não se submeteu ao teste de aptidão física na data designada pelo edital do concurso, pois estava temporariamente incapacitado em virtude de doença (epicondilite gotosa no cotovelo esquerdo) comprovada pelo atestado médico acostado à fl. 83 dos autos.

O Tribunal de origem, com fundamento no princípio da isonomia, afastou a norma prevista na Instrução Normativa n. 5/2001 – ANP/DPF que regulamenta a aplicação da prova de capacidade física nos processos seletivos instituídos pela Academia Nacional de Polícia, na qual consta que *“os casos de alterações orgânicas (estados menstruais, indisposições, câibras, contusões, etc.) que impossibilitem o candidato de submeter-se aos testes ou diminuam sua capacidade física e/ou orgânica não serão aceitos para fins de tratamento diferenciado por parte da Administração”*. (fl. 77)

O Edital n. 45/2001 – referente à abertura do concurso em questão – reproduziu o citado preceito nos seguintes termos:

“5.18.8: Os casos de alteração psicológica e/ou fisiológicas temporárias (estados menstruais, luxações, fraturas, etc..) que impossibilitem a realização das provas ou diminuam a capacidade física dos candidatos não serão levados em

RE 630733 / DF

consideração, não sendo concedido qualquer tratamento privilegiado". (fl. 48)

Esta Corte tem precedentes no sentido de que a remarcação do teste de aptidão física para data diversa daquela prevista no edital do certame, em virtude da ocorrência de caso fortuito que comprometa a saúde do candidato, devidamente comprovado por atestado médico, não afronta o princípio da isonomia.

Nesse sentido, cito trecho do voto proferido pelo Ministro Marco Aurélio no julgamento do RE 179.500 pela Segunda Turma, DJ 15.10.1999, *in verbis*:

"Descabe cogitar de transgressão ao princípio da isonomia ou ao da legalidade. O acórdão recorrido contém premissas que o tornam singular. À época da prova de esforço, a candidata ao cargo de escrivão de polícia, por sinal situado no âmbito da escrituração e não, simplesmente, da repressão física policial, foi acometida de hemorragia, fato que a Corte entendeu como não contestado pela Administração Pública. Daí o insucesso na prova de corrida. Logrou, via medida acauteladora que também não foi impugnada perante a Corte de origem, prosseguir no certame, saindo-se, afinal, vencedora. Ora, diante dessas circunstâncias, não se tem a decisão concessiva da segurança como violadora quer da norma constitucional que prevê o mandado de segurança, quer dos incisos I e II do artigo 37 na Carta inseridos. O que decidido não importa em tratamento diferenciado contrário ao princípio isonômico, nem resulta em quebra do caráter linear do concurso, funda-se, como salientado no início deste voto, em situação peculiar, que se mostra aceitável no campo da interpretação dos fatos e das normas legais. Em momento algum cogitou-se, em si, do caráter eliminatório da prova de esforço, sendo certo que a sentença endossada fez alusão à circunstância de somente as provas de conhecimento terem tal natureza e apenas restou reformada na parte em que dispensava a Impetrante, ora Recorrida, de uma

RE 630733 / DF

nova prova de esforço”.

No mesmo sentido, confirmam-se os seguintes julgados:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. PROVA FÍSICA. REMARCAÇÃO. POSSIBILIDADE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. INOCORRÊNCIA. PRECEDENTES. AGRAVO IMPROVIDO. I – A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que não implica em ofensa ao princípio da isonomia a possibilidade de remarcação da data de teste físico, tendo em vista motivo de força maior. II – Agravo regimental improvido”. (AI-AgR 825.545, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, DJe 6.5.2011)

“AGRAVO REGIMENTAL. CONCURSO PÚBLICO. EXAME DE APTIDÃO FÍSICA. REALIZAÇÃO DE NOVO EXAME. MOTIVO DE FORÇA MAIOR. A decisão agravada está em harmonia com o entendimento firmado neste Tribunal, no sentido de ser possível a realização de novo exame de aptidão física, em virtude de motivo de força maior que tenha alcançado a higidez física do candidato no dia do teste. Agravo regimental a que se nega provimento”. (RE-AgR 584444, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, DJe 26.3.2010)

Há que se ressaltar que a discussão não se restringe à eventual violação do princípio da isonomia pela mera remarcação do teste de aptidão física. *In casu*, repita-se, há norma editalícia expressa que veda a remarcação em casos de alteração “psicológica e/ou fisiológica temporários (estados menstruais, luxações, fraturas, etc.) que impossibilitem a realização das provas ou diminuam a capacidade física dos candidatos” (item 5.18.8)

Embora esta Corte tenha firmado posicionamento acerca da possibilidade de se remarcar teste físico em razão de ocorrência de casos

RE 630733 / DF

fortuitos, a existência de previsão editalícia que prescreva que alterações corriqueiras de saúde não são aptas a ensejar a remarcação do teste físico não viola o princípio da isonomia.

O princípio da isonomia que prevê a aplicação de tratamento desigual àqueles que se encontram em situação de desigualdade deve ser aplicado em hipóteses de relevância, nas quais se verifique de forma clara que a atuação do ente tenha beneficiado determinado indivíduo em detrimento de outro em mesmas condições.

O postulado da igualdade pressupõe a existência de, pelo menos, duas situações que se encontram numa relação de comparação. Essa relatividade do postulado da isonomia leva, segundo MAURER (Hartmut Maurer, "Zur Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen", in *Festschrift für Werner Weber*, Berlin, 1974, p. 349) , a uma inconstitucionalidade relativa (*relative Verfassungswidrigkeit*) não no sentido de uma inconstitucionalidade menos grave. É que inconstitucional não se afigura a norma "A" ou "B", mas a disciplina diferenciada das situações (*die Unterschiedlichkeit der Regelung*).

A essência do princípio da isonomia não configura, de plano, a possibilidade de realização de segunda chamada em etapa de concurso público decorrente de situações individuais e pessoais de cada candidato.

Tal fato, todavia, não inviabiliza que bancas examinadoras entendam por pertinente a inclusão da referida cláusula em edital de concurso, uma vez tratar-se de disposições referentes à organização e realização do certame. É certo que, se tais disposições estivessem presentes em determinado edital, e fosse possibilitado a alguns candidatos a remarcação do teste em detrimento de outros em mesmas condições, estaria, aí sim, configurada a violação ao citado preceito constitucional.

A meu ver, a norma editalícia que prevê a impossibilidade de

RE 630733 / DF

remarcação do teste físico para data diversa daquela prevista no edital, em virtude de alterações fisiológicas de forma geral, estabelece tratamento isonômico a todos os candidatos que, estando em presumida posição de igualdade dentro da mesma relação jurídica, são tratados de forma igualitária.

Ademais, há que se levar em conta o interesse público, tendo sempre em vista que a Administração ao realizar um concurso público pretende não apenas a escolha dos candidatos mais bem qualificados, mas também que a escolha seja realizada com transparência, impessoalidade e igualdade, com o menor custo para os cofres públicos.

Assim, não me parece razoável a movimentação de toda a máquina estatal para privilegiar determinados candidatos que se encontravam impossibilitados de realizar alguma das etapas do certame por motivos exclusivamente individuais e particulares. Trata-se de obediência aos princípios da isonomia e impessoalidade.

Permitir a remarcação do teste de aptidão física em situações previsíveis e corriqueiras, abriria precedentes para possibilidade de adiamento de qualquer etapa do certame, o que causaria verdadeiro tumulto e dispêndio desnecessário para a Administração.

Outra questão que deve ser levada em consideração é o limite de quantas vezes admitir-se-ia a remarcação do teste, pois é possível que, marcada a segunda chamada, o candidato ainda não se encontrasse em plenas condições para realizá-la.

Ora, não é razoável que a Administração fique à mercê de situações adversas para colocar fim ao certame, deixando os concursos em aberto por prazo indeterminado. Se cada caso for isoladamente considerado, conferindo-se tratamento diferenciado a cada candidato que apresentar doença, a conclusão do processo seletivo poderia restar inviabilizada.

RE 630733 / DF

O caso não é tão distinto daqueles em que o candidato que sofre lesão durante a realização do exame. Esta Corte enfrentou caso específico em que a candidata, por esse motivo, pleiteava a remarcação do teste físico. Nesse processo, RE 351.142, relatoria da Ministra Ellen Gracie, julgado pela Segunda Turma, DJ 1º.7.2005, a relatora justificou sua posição no seguintes termos:

“Na realidade, ao acolher a pretensão da recorrida, a Corte de origem conferiu a uma candidata que falhou durante a realização de sua prova física uma segunda oportunidade para cumpri-la. Por isso, longe de dar efetividade ao princípio ora em discussão, ofendeu o princípio da impessoalidade, com a criação de um benefício não estendido aos demais candidatos.

É certo que o princípio da isonomia pressupõe a criação de distinções entre pessoas que estejam em situações diversas, contudo esta discriminação precisa basear-se em pressupostos genéricos e impessoais. O afastamento da disposição editalícia ora em debate premiou a impetrante em detrimento dos demais candidatos que não lograram aprovação no mesmo exame”.

Naquela oportunidade, ressaltai ainda que, diante das características que marcam o evento concursivo entre nós, não se afigura plausível a abertura de exceções que comportem a realização de provas em épocas diversas, tendo em vista as diversas situações de vida afetas a cada candidato.

Em síntese, entendo que tanto a Administração Pública quanto os candidatos estão vinculados às normas do edital, e verifico que a cláusula editalícia que proíbe a remarcação do teste de aptidão física para data diversa daquela prevista no edital em virtude de caso fortuito que atinja a higidez física do candidato não padece de inconstitucionalidade, mas, ao contrário, confere eficácia ao princípio da isonomia à luz dos postulados da impessoalidade e da supremacia do interesse público.

RE 630733 / DF

Registre-se que o Ministro Luiz Fux, ainda quando integrante do Superior Tribunal de Justiça, teve a oportunidade de se manifestar sobre o assunto no julgamento do REsp-AgRg 120.1478, no qual exarou o seguinte entendimento, do qual compartilho, in verbis:

“AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. TESTE DE CAPACIDADE FÍSICA. ETAPA DO CERTAME CONFORME DISPOSTO NO EDITAL. CANDIDATO TEMPORARIAMENTE INCAPACITADO PARA REALIZAÇÃO DE ETAPA. NOVO TESTE. IMPOSSIBILIDADE. ELIMINAÇÃO. PREVISÃO NO EDITAL.

1. O Edital é a lei do concurso, vinculando tanto a Administração quanto os candidatos às suas regras.

2. A concessão de tratamento diferenciado, nos casos de alteração psicológica ou fisiológica temporárias, não consignadas previamente em edital de concurso, obsta pretensão relativa à realização de segundo teste de aptidão física, para ingresso em cargo público, sob pena de violação aos princípios da impessoalidade e da isonomia que regem os concursos públicos.

3. Precedentes: AgRg no REsp 752877/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 11/12/2009, DJe 01/02/2010; RMS 21.877/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 17/03/2009, DJe 06/04/2009; AgRg nos EDcl no RMS 22826/RO, Rel. MINISTRA LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 12/08/2008, DJe 08/09/2008.

4. Agravo regimental desprovido”. (grifei) (STJ, AgRg no REsp 1201478/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/02/2011, DJe 22/02/2011)

SEGURANÇA JURÍDICA

No caso concreto, no entanto, o recorrido realizou a prova de

RE 630733 / DF

aptidão física de segunda chamada em razão de liminar concedida pelo poder judiciário em 2002, confirmada pela sentença (fl. 215-218) e pelo acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (fl. 289-297), tendo sido empossado há quase dez anos.

Em casos como este, em que se altera jurisprudência longamente adotada, parece sensato considerar seriamente a necessidade de se modularem os efeitos da decisão, com base em razões de segurança jurídica. Essa tem sido a praxe neste Supremo Tribunal Federal, quando há modificação sensível de jurisprudência.

Cito, a título de exemplo, a decisão proferida na Questão de Ordem no INQ 687 (DJ 9.11.2001), em que o Tribunal **cancelou o enunciado da Súmula n.º 394**, ressaltando os atos praticados e as decisões já proferidas que nela se basearam.

No Conflito de Competência n.º 7.204/MG, Rel. Min. Ayres Britto (julg. em 29.6.2005), fixou-se o entendimento de que *“o Supremo Tribunal Federal, guardião-mor da Constituição Republicana, pode e deve, em prol da segurança jurídica, atribuir eficácia prospectiva às suas decisões, com a delimitação precisa dos respectivos efeitos, toda vez que proceder a revisões de jurisprudência definidora de competência ex ratione materiae. O escopo é preservar os jurisdicionados de alterações jurisprudenciais que ocorram sem mudança formal do Magno Texto”*.

Assim também ocorreu no julgamento do HC n.º 82.959, em que declaramos, com efeitos prospectivos, a inconstitucionalidade da vedação legal da **progressão de regime** para os crimes hediondos (art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, com radical modificação da antiga jurisprudência do Tribunal).

Recordo, igualmente, o importante e emblemático caso da **fidelidade partidária**, no qual esta Corte, ante a radical mudança que se

RE 630733 / DF

operava, naquele momento, em antiga jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, e com base em razões de segurança jurídica, entendeu que os efeitos de sua decisão deveriam ser modulados no tempo, fixando o marco temporal desde o qual tais efeitos pudessem ser efetivamente produzidos, especificamente a data da decisão do Tribunal Superior Eleitoral na Consulta n.º 1.398/2007, Rel. Min. César Rocha, que ocorreu na Sessão do dia 27 de março de 2007.

Ressalte-se, neste ponto, que não se trata aqui de declaração de inconstitucionalidade em controle abstrato, a qual pode suscitar a *modulação dos efeitos* da decisão mediante a aplicação do art. 27 da Lei 9.868/99. O caso é de substancial *mudança de jurisprudência*, decorrente de nova interpretação do texto constitucional, o que impõe ao Tribunal, tendo em vista razões de *segurança jurídica*, a tarefa de proceder a ponderação das consequências e o devido ajuste do resultado, adotando a técnica de decisão que possa melhor traduzir a mutação constitucional operada. Esse entendimento ficou bem esclarecido no julgamento do RE n.º 353.657/PR, Rel. Min. Marco Aurélio e do RE n.º 370.682/SC, Rel. Min. Ilmar Galvão (caso IPI alíquota zero).

Em sentido semelhante decidiu esta Corte no julgamento do RE 637485, de minha relatoria, no qual o Plenário do Supremo Tribunal Federal determinou a observância da anterioridade eleitoral pelo TSE também nos casos de abrupta mudança jurisprudencial.

Talvez um dos temas mais ricos da teoria do direito e da moderna teoria constitucional seja aquele relativo à evolução jurisprudencial e, especialmente, à possível mutação constitucional. Se a sua repercussão no plano material é inegável, são inúmeros os desafios no plano do processo em geral e, em especial, do processo constitucional.

Nesse sentido, vale registrar a observação de Karl Larenz:

“De entre os factores que dão motivo a uma revisão e, com

RE 630733 / DF

isso, frequentemente, a uma modificação da interpretação anterior, cabe uma importância proeminente à alteração da situação normativa. Trata-se a este propósito de que as relações fácticas ou usos que o legislador histórico tinha perante si e em conformidade aos quais projectou a sua regulação, para os quais a tinha pensado, variaram de tal modo que a norma dada deixou de se 'ajustar' às novas relações. É o factor temporal que se faz notar aqui. Qualquer lei está, como facto histórico, em relação actuante com o seu tempo. Mas o tempo também não está em quietude; o que no momento da gênese da lei actuava de modo determinado, desejado pelo legislador, pode posteriormente actuar de um modo que nem sequer o legislador previu, nem, se o pudesse ter previsto, estaria disposto a aprovar. Mas, uma vez que a lei, dado que pretende ter também validade para uma multiplicidade de casos futuros, procura também garantir uma certa constância nas relações inter-humanas, a qual é, por seu lado, pressuposto de muitas disposições orientadas para o futuro, nem *toda* a modificação de relações acarreta por si só, de imediato, uma alteração do conteúdo da norma. Existe a princípio, ao invés, uma relação de tensão que só impele a uma solução - por via de uma interpretação modificada ou de um desenvolvimento judicial do Direito - quando a insuficiência do entendimento anterior da lei passou a ser 'evidente.'" (Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, 3^a. Edição, Lisboa, 1997, p. 495).

Daí afirmar Larenz:

"A alteração da situação normativa pode assim conduzir à modificação - restrição ou extensão - do significado da norma até aqui prevalente. De par com a alteração da situação normativa, existem factos tais como, sobretudo, modificações na estrutura da ordem jurídica global, uma nítida tendência da legislação mais recente, um novo entendimento da *ratio legis* ou dos critérios teleológico-objectivos, bem como a necessidade de adequação do Direito pré-constitucional aos princípios

RE 630733 / DF

constitucionais, que podem provocar uma alteração de interpretação. Disto falámos nós já. Os tribunais podem abandonar a sua interpretação anterior porque se convenceram que era incorrecta, que assentava em falsas suposições ou em conclusões não suficientemente seguras. Mas ao tomar em consideração o factor temporal, pode também resultar que uma interpretação que antes era correcta agora não o seja.” (Larenz, *Metodologia, cit.*, p. 498-500).

Por isso, ensina, Larenz, de forma lapidar:

“O preciso momento em que deixou de ser ‘correcta’ é impossível de determinar. Isto assenta em que as alterações subjacentes se efectuam na maior parte das vezes de modo contínuo e não de repente. Durante um ‘tempo intermédio’ podem ser ‘plausíveis’ ambas as coisas, a manutenção de uma interpretação constante e a passagem a uma interpretação modificada, adequada ao tempo. É também possível que uma interpretação que aparecia originariamente como conforme à Constituição, deixe de o ser na sequência de uma modificação das relações determinantes. Então é de escolher a interpretação, no quadro das possíveis, segundo os outros critérios de interpretação, que seja agora a única conforme à Constituição”.

No plano constitucional, esse tema mereceu uma análise superior no trabalho de Inocêncio Mártires Coelho sobre interpretação constitucional (Inocêncio Mártires Coelho, *Interpretação Constitucional*. Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre, 1997).

No Capítulo 4 da obra em referência, que trata das consequências da diferença entre lei e Constituição, propicia-se uma *releitura* do fenómeno da chamada *mutação constitucional*, asseverando-se que as situações da vida são constitutivas do significado das regras de direito, na medida em que é somente no momento de sua aplicação aos casos ocorrentes que se revelam o sentido e o alcance dos enunciados normativos. Com base em Perez Luño e Reale, enfatiza-se que, em

RE 630733 / DF

verdade, a norma jurídica não é o *pressuposto*, mas o *resultado* do processo interpretativo ou que a *norma* é a sua *interpretação*.

Essa colocação coincide, fundamentalmente, com a observação de Häberle, segundo a qual não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada (*Es gibt keine Rechtsnormen, es gibt nur interpretierte Rechtsnormen*), ressaltando-se que interpretar um ato normativo nada mais é do que colocá-lo no tempo ou integrá-lo na realidade pública (*Einen Rechssatz "auslegen" bedeutet, ihn in die Zeit, d.h. in die öffentliche Wirklichkeit stellen – um seiner Wirksamkeit willen*). Por isso, Häberle introduz o conceito de *pós-compreensão* (*Nachverständnis*), entendido como o conjunto de fatores temporalmente condicionados com base nos quais se compreende "supervenientemente" uma dada norma. A *pós-compreensão* nada mais seria, para Häberle, do que a *pré-compreensão do futuro*, isto é, o elemento dialético correspondente da ideia de *pré-compreensão* (Häberle, Peter. "Zeit und Verfassung". In: *Probleme der Verfassungsinterpretation*, org:Dreier,Ralf/Schwegmann,Friedrich, Nomos,Baden-Baden, 1976, p.312-313).

Tal concepção permite a Häberle afirmar que, em sentido amplo, toda lei interpretada – não apenas as chamadas leis temporárias – é uma lei com duração temporal limitada (*In einem weiteren Sinne sind alle – interpretierten – Gesetzen "Zeitgesetze" – nicht nur die zeitlich befristeten*). Em outras palavras, o texto, confrontado com novas experiências, transforma-se necessariamente em outro texto.

Essa reflexão e a ideia segundo a qual a atividade hermenêutica nada mais é do que um procedimento historicamente situado autorizam Häberle a realçar que uma interpretação constitucional aberta prescinde do conceito de *mudança constitucional* (*Verfassungswandel*) enquanto categoria autônoma.

Nesses casos, fica evidente que o Tribunal não poderá *fingir* que sempre pensara dessa forma. Daí a necessidade de, em tais casos, fazer-se o ajuste do resultado, adotando-se técnica de decisão que, tanto quanto possível, traduza a mudança de valoração. No plano constitucional, esses casos de mudança na concepção jurídica podem produzir uma *mudança*

RE 630733 / DF

normativa ou a *evolução na interpretação*, permitindo que venha a ser reconhecida a inconstitucionalidade de situações anteriormente consideradas legítimas. A orientação doutrinária tradicional, marcada por uma alternativa rigorosa entre *atos legítimos* ou *ilegítimos* (*entweder als rechtmässig oder als rechtswidrig*), encontra dificuldade para identificar a consolidação de um *processo de inconstitucionalização* (*Prozess des Verfassungswidrigwerdens*). Prefere-se admitir que, embora não tivesse sido identificada, a ilegitimidade sempre existira.

Daí afirmar Häberle:

“O Direito Constitucional vive, *prima facie*, uma problemática temporal. De um lado, a dificuldade de alteração e a conseqüente duração e continuidade, confiabilidade e segurança; de outro, o tempo envolve agora mesmo, especificamente o Direito Constitucional. É que o processo de reforma constitucional deverá ser feito de forma flexível e a partir de uma interpretação constitucional aberta. A continuidade da Constituição somente será possível se *passado e futuro* estiverem nela associados.” (Häberle, *Zeit und Verfassung, cit.*, p. 295-296).

Häberle indaga:

“O que significa tempo? Objetivamente, tempo é a possibilidade de se introduzir mudança, ainda que não haja a necessidade de produzi-la.” (Häberle, *Zeit und Verfassung, cit.*, p. 300).

Tal como anota Häberle, “o tempo sinaliza ou indica uma reunião (*ensemble*) de forças sociais e ideias. (...) A ênfase ao ‘fator tempo’ não deve levar ao entendimento de que o tempo há de ser utilizado como ‘sujeito’ de transformação ou de movimento (...). A história (da comunidade) tem muitos sujeitos. O tempo nada mais é do que a dimensão na qual as mudanças se tornam possíveis e necessárias (...).” (Häberle, *Zeit und Verfassung, cit.*, p. 300)

RE 630733 / DF

Não é raro que essas alterações de concepções se verifiquem, entre outros campos, exatamente em matéria de defesa dos direitos fundamentais. Aqui talvez se mesclêm as mais diversas concepções existentes na própria sociedade e o processo dialético que as envolve. E os diversos entendimentos de mundo convivem, sem que, muitas vezes, o “novo” tenha condições de superar o “velho”.

É natural também que esse tipo de situação se coloque de forma bastante evidente no quadro de uma nova ordem constitucional. Aqui, entendimentos na jurisprudência, doutrina e legislação tornam, às vezes, inevitável que a interpretação da Constituição se realize, em um primeiro momento, com base na situação jurídica pré-existente. Assim, até mesmo institutos novos poderão ser interpretados segundo entendimento consolidado na jurisprudência e na legislação pré-constitucionais. Nesse caso, é igualmente compreensível que uma nova orientação hermenêutica reclame cuidados especiais.

Nesse sentido, refiro-me mais uma vez às lições de Larenz:

“O que é para os tribunais civis, quando muito, uma exceção, adequa-se em muito maior medida a um Tribunal Constitucional. Decerto que se poderá, por exemplo, resolver muitas vezes sobre recursos constitucionais de modo rotineiro, com os meios normais da argumentação jurídica. Aqui tão-pouco faltam casos comparáveis. Mas nas resoluções de grande alcance político para o futuro da comunidade, estes meios não são suficientes. Ao Tribunal Constitucional incumbe uma responsabilidade política na manutenção da ordem jurídico-estadual e da sua capacidade de funcionamento. Não pode proceder segundo a máxima: *fiat justitia, pereat res publica*. Nenhum juiz constitucional procederá assim na prática. Aqui a ponderação das consequências é, portanto, de todo irrenunciável, e neste ponto tem KRIELE razão. Certamente que as consequências (mais remotas) tão pouco são susceptíveis de ser entrevistas com segurança por um Tribunal Constitucional, se bem que este disponha de possibilidades muito mais amplas do que um simples juiz civil de conseguir uma imagem

RE 630733 / DF

daquelas. Mas isto tem que ser aceite. No que se refere à avaliação das consequências previsíveis, esta avaliação só pode estar orientada à ideia de 'bem comum', especialmente à manutenção ou aperfeiçoamento da capacidade funcional do Estado de Direito. É, neste sentido, uma avaliação política, mas devendo exigir-se de cada juiz constitucional que se liberte, tanto quanto lhe seja possível - e este é, seguramente, em larga escala o caso - da sua orientação política subjectiva, de simpatia para com determinados grupos políticos, ou de antipatia para com outros, e procure uma resolução despreconceituada, 'racional'." (Metodologia, *cit.*, p. 517).

Talvez o caso historicamente mais relevante da assim chamada mutação constitucional seja expresso na concepção da igualdade racial nos Estados Unidos. Em 1896, no caso *Plessy versus Ferguson*, a Corte Suprema americana reconheceu que a separação entre brancos e negros em espaços distintos, no caso específico – em vagões de trens – era legítima. Foi a consagração da fórmula “*equal but separated*”. Essa orientação veio a ser superada no já clássico *Brown versus Board of Education* (1954), no qual se assentou a incompatibilidade dessa separação com os princípios básicos da igualdade.

Nos próprios Estados Unidos, a decisão tomada em *Mapp versus Ohio*, 367 U.S. 643 (1961), posteriormente confirmada em *Linkletter versus Walker*, 381 U.S. 618 (1965), a propósito da busca e apreensão realizada na residência da Sra. Dollree Mapp, acusada de portar material pornográfico, em evidente violação às leis de Ohio, traduz uma significativa mudança da orientação até então esposada pela Corte Suprema.

A condenação de Dolree Mapp foi determinada com base em evidências obtidas pela polícia quando adentraram sua residência, em 1957, apesar de não disporem de mandado judicial de busca e apreensão. A Suprema Corte, contrariando o julgamento da 1ª Instância, declarou que a 'regra de exclusão' (baseada na Quarta Emenda da Constituição), que proíbe o uso de provas obtidas por meios ilegais nas Cortes federais,

RE 630733 / DF

deveria ser estendida também às Cortes estaduais. A decisão provocou muita controvérsia, mas os proponentes da ‘regra de exclusão’ afirmavam constituir esta a única forma de assegurar que provas obtidas ilegalmente não fossem utilizadas.

A decisão de *Mapp v. Ohio* superou o precedente *Wolf v. Colorado*, 338 U.S. 25 (1949), tornando a regra obrigatória aos Estados e àqueles acusados cujas investigações e processos não tinham atendido a estes princípios, era conferido o direito de *habeas corpus*.

Em 1965 a Suprema Corte americana julgou o caso *Linkletter v. Walker*, 381 U.S. 618, no qual um condenado por arrombamento na Corte de Louisiana requereu o direito de *habeas corpus*, com fundamento na decisão do caso *Mapp v. Ohio*.

A Suprema Corte decidiu contrariamente à aplicação retroativa da norma naqueles casos que tiveram o julgamento final antes da decisão proferida em *Mapp*. Essa mudança foi descrita por Christina Aires Lima em sua dissertação de Mestrado:

“Apesar do entendimento da Corte Federal do Distrito de Louisiana e da Corte de Apelação do Estado, de que no caso *Linkletter* as investigações sobre a pessoa e bens do acusado foram feitas de modo ilegal, tais Cortes decidiram que a regra estabelecida no caso *Mapp* não poderia ser aplicada retroativamente às condenações das cortes estaduais, que se tornaram finais antes do anúncio da decisão do referido precedente.

As decisões dessas Cortes foram fundadas no entendimento de que, conferir-se efeito retroativo aos casos que tiveram julgamento final antes da decisão do caso *Mapp*, causaria um enorme e preocupante problema para a administração da Justiça.

A Suprema Corte americana admitiu o *certiorari* requerido por *Linkletter*, restrito à questão de saber se deveria, ou não, aplicar efeito retroativo à decisão proferida no caso *Mapp*”. (Lima, Christina Aires Corrêa. *O Princípio da Nulidade das Leis Inconstitucionais*, UnB, 2000, p. 84)

RE 630733 / DF

Ao justificar o indeferimento da aplicação da norma retroativamente, a opinião majoritária da Corte Suprema americana, no julgamento do caso *Linkletter v. Walker*, foi no seguinte sentido:

“Uma vez aceita a premissa de que não somos requeridos e nem proibidos de aplicar uma decisão retroativamente, devemos então sopesar os méritos e deméritos em cada caso, analisando o histórico anterior da norma em questão, seu objetivo e efeito, e se a operação retrospectiva irá adiantar ou retardar sua operação. Acreditamos que essa abordagem é particularmente correta com referência às proibições da 4^a. Emenda, no que concerne às buscas e apreensões desarrazoadas. Ao invés de ‘depreciar’ a Emenda devemos aplicar a sabedoria do Justice Holmes que dizia que ‘na vida da lei não existe lógica: o que há é experiência’”. (*United States Reports*, Vol. 381, p. 629).

E mais adiante ressaltou:

“A conduta imprópria da polícia, anterior à decisão em *Mapp*, já ocorreu e não será corrigida pela soltura dos prisioneiros envolvidos. Nem sequer dará harmonia ao delicado relacionamento estadual-federal que discutimos como parte do objetivo de *Mapp*. Finalmente, a invasão de privacidade nos lares das vítimas e seus efeitos não podem ser revertidos. A reparação chegou muito tarde”. (*United States Reports*, Vol. 381, p. 637).

No direito alemão, mencione-se o famoso caso sobre o regime da execução penal (*Strafgefängene*), de 14 de março de 1972. Segundo a concepção tradicional, o estabelecimento de restrições aos direitos fundamentais dos presidiários, mediante atos normativos secundários, era considerado, inicialmente, compatível com a Lei Fundamental. Na espécie, cuidava-se de *Verfassungsbeschwerde* proposta por preso que

RE 630733 / DF

tivera carta dirigida a uma organização de ajuda aos presidiários interceptada, porque continha críticas à direção do presídio. A decisão respaldava-se em uma portaria do Ministério da Justiça do Estado.

A Corte Constitucional alemã colocou em dúvida esse entendimento na decisão proferida sobre problemática da execução penal, como se logra depreender da seguinte passagem do acórdão:

“O constituinte contemplou, por ocasião da promulgação da Lei Fundamental, a situação tradicional da execução da pena, tal como resulta dos artigos 2º, parágrafo 2º, 2º período, e 104, parágrafos 1º e 2º da Lei Fundamental, não existindo qualquer sinal de que ele partira da premissa de que o legislador haveria de editar uma lei imediatamente após a entrada em vigor da Lei Fundamental. Na apreciação da questão sobre o decurso de prazo razoável para o legislador disciplinar a matéria e, por conseguinte, sobre a configuração de ofensa à Constituição, deve-se considerar também que, até recentemente, admitia-se, com fundamento das relações peculiares de poder (*besondere Gewaltverhältnisse*), que os direitos fundamentais do preso estavam submetidos a uma restrição geral decorrente das condições de execução da pena. Cuidar-se-ia de limitação implícita, que não precisava estar prevista expressamente em lei. Assinale-se, todavia, que, segundo a orientação que se contrapõe à corrente tradicional, a Lei Fundamental, enquanto ordenação objetiva de valores com ampla proteção dos direitos fundamentais, não pode admitir uma restrição *ipso jure* da proteção dos direitos fundamentais para determinados grupos de pessoas. Essa corrente somente impôs-se após lento e gradual processo.”
(*BVerfGE 33, 1 (12)*)

A especificidade da situação impunha, todavia, que se tolerassem, provisoriamente, as restrições aos direitos fundamentais dos presidiários, ainda que sem fundamento legal exposto. O legislador deveria emprestar nova disciplina à matéria, em consonância com a orientação

RE 630733 / DF

agora dominante sobre os direitos fundamentais.

A evolução do entendimento doutrinário e jurisprudencial – uma autêntica *mudança constitucional* – passava a exigir, no entanto, que qualquer restrição a esses direitos devesse ser estabelecida mediante expressa autorização legal.

Todas essas considerações estão a evidenciar que as mudanças radicais na interpretação da Constituição devem ser acompanhadas da devida e cuidadosa reflexão sobre suas consequências, tendo em vista o postulado da segurança jurídica como subprincípio do Estado de Direito.

Por certo, os precedentes do Supremo Tribunal Federal criaram base qualificada de confiança que constituem, nas palavras de Humberto Ávila, *força normativa material*:

“A força normativa material decorre do conteúdo ou do órgão prolator da decisão. Sua força não advém da possibilidade de excoutoriedade que lhe é inerente, mas de sua pretensão de definitividade e de permanência. Assim, há decisões sem força vinculante formal mas que indicam a pretensão de permanência ou a pouca verossimilhança de futura modificação. Decisões do Supremo Tribunal Federal, proferidas pelo seu Órgão Plenário (...) manifestam elevado grau de pretensão terminativa, na medida em que permitem a ilação de que dificilmente serão modificadas, bem como uma *presunção formal de correção*, em virtude da composição do órgão prolator, que cria uma espécie de ‘base qualificada de confiança’. (...) Isso significa, em outras palavras, que, embora a decisão não tenha eficácia vinculante relativamente às instâncias inferiores e aos órgãos da Administração Pública, não alteradas as circunstâncias, as ações em tramitação que versem sobre a mesma matéria e que não possuam nenhum elemento diferenciador relevante presumidamente terão o mesmo resultado no futuro quando apreciadas pelas instâncias superiores.” (Ávila, Humberto. *Segurança Jurídica: Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012).

RE 630733 / DF

Registre-se que, na hipótese, não se trata de referendar a teoria do fato consumado, tal como pedido pelo recorrido, mas de garantir a segurança jurídica também nos casos de sensível mudança jurisprudencial.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso extraordinário para assentar a jurisprudência, em sede de repercussão geral, no sentido de (i) reconhecer a inexistência de direito dos candidatos à prova de segunda chamada nos testes de aptidão física, salvo contrária disposição editalícia, em razão de circunstâncias pessoais, ainda que de caráter fisiológico ou de força maior, e (ii) assegurar a validade das provas de segunda chamada realizadas até a data de conclusão do presente julgamento em nome da segurança jurídica.

É como voto.

15/05/2013

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 630.733 DISTRITO FEDERAL

D E B A T E

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) - Ministro-Relator, Vossa Excelência não consideraria a hipótese de incluir, nessas ressalvas, situações de moléstia preexistente e crônica, porque muitas vezes o sujeito tem uma moléstia que já dura há algum tempo, essa moléstia o incapacita para aquela função - é o caso, Polícia Federal é um cargo que exige higidez física suprema. Eu lanço essa...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Eu não teria nenhuma dificuldade, me parece que esta questão já está compreendida, porque nós estaríamos excluindo.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) - Mas me parece que a frase, aí, bem no finzinho do primeiro...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Reconhecer a inexistência de direito dos candidatos à prova de 2ª chamada nos testes de aptidão física, salvo contrária disposição editalícia, em razão de circunstâncias pessoais, ainda que de caráter fisiológico ou de força maior.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Até mais do que Vossa Excelência está propondo. Porque aqui, nesse caso, o edital previa expressamente.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) - Aqui nós estamos cuidando de problema de saúde mesmo.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Mas, além do problema de saúde, nesse ponto em que o Ministro Relator, **Gilmar Mendes**, aponta questões pessoais, eu só gostaria de lembrar que o Plenário Virtual...

RE 630733 / DF

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) - "Pessoais" é muito vago.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

O Plenário Virtual aprovou uma repercussão geral de minha relatoria, no RE nº 611.874, que trata do tema daqueles que, por razões de fé religiosa, pedem a alteração de data de concurso, geralmente o sábado - isso varia um pouco de acordo com a fé religiosa.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Aí acho que é outro fundamento.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) - Outro assunto.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - É. porque isso pega todo certame.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Porque essa repercussão geral, da qual eu sou o Relator, é específica sobre a questão relativa à convicção religiosa, à fé religiosa.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Mas isso abrange todo o regime...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Abrange até a questão eleitoral.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - É.

15/05/2013

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 630.733 DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – O relator acabou evocando precedente de minha lavra, originário do Rio Grande do Sul, de 26 de outubro de 1998, em que a Segunda Turma, sob a Presidência do ministro Néri da Silveira, que ocupou por muitos anos a cadeira que hoje ocupo no Plenário, proclamou:

"[...] Longe fica de implicar ofensa ao princípio isonômico decisão em que se reconhece, na via do mandado de segurança," – portanto, assentando direito líquido e certo – "o direito de o candidato refazer a prova" – a situação era menos favorável ainda – "de esforço, em face de motivo de força maior que lhe alcançou a higidez física no dia designado, dela participando sem as condições normais de saúde."

Nesse caso concreto – apenas para esclarecer –, pediu-se mais: a dispensa de verdadeira segunda época na feitura da prova de esforço, e, mesmo assim, sem discrepância de votos, o Colegiado fracionado, a Segunda Turma, desproveu o extraordinário.

Presidente, ante esse precedente da Turma e talvez personificando o que denomino como "velha guarda" do Supremo – já são 22 anos julgando no Tribunal –, peço para antecipar o voto.

Em primeiro lugar, devo penitenciar-me, considerada a aplicação da lei no tempo, no que me pronunciei, confesso, pela repercussão maior da controvérsia, por uma razão única: o interesse em recorrer na via do extraordinário surgiu em 3 de novembro de 2003, antes, portanto, da Emenda Constitucional nº 45, que é de 2004, que introduziu, no cenário jurídico constitucional, a repercussão geral. Então, entendo que não se pode emprestar a este julgamento as consequências próprias da admissibilidade da repercussão geral, a repercutir, a irradiar-se, a ponto de ficarem os tribunais do País autorizados a declarar o prejuízo de outros recursos.

RE 630733 / DF

Presidente, colho – e devemos julgar o extraordinário, já que estamos em sede excepcional – do acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da Primeira Região algumas premissas. No caso concreto que estamos a enfrentar, não se trata de feitura da prova de esforço, reprovação nessa prova e articulação de que o candidato não estaria em condições suficientes para fazê-la. Não foi isso o que ocorreu. Apontou o Regional, tomando de empréstimo o que assentado pelo Juízo na sentença formalizada:

“A discussão gira em torno da possibilidade da Administração excluir do certame candidato que encontrava-se impossibilitado de participar do teste físico na data marcada, cujo estado de saúde foi comprovado por atestado médico.

[...]

“Acometimento de doença” – consignou o julgador de primeira instância, e essa premissa foi adotada pelo Colegiado do Tribunal Regional Federal – “é caso fortuito, alheio à vontade do candidato” – diria: é algo que ninguém quer, não é algo querido, não é algo espontâneo –, “podendo-lhe ser concedida segunda chamada.”

E prosseguiu:

"(...) todos os testes físicos dentro do tempo e padrões exigidos sem, sequer, fazer uso das três tentativas previstas".

Porque, no caso concreto, ainda se viabilizavam duas outras tentativas.

O Tribunal ainda apontou:

“Diagnosticada a doença e impondo o médico repouso por oito dias, cujo período abrangueu a data da marcação do teste de esforço físico, injurídico que o Estado, a quem compete o dever de tomar as providências ‘que visem à redução do risco de doença e de outros agravos’ (CF/88, art. 196), pretendesse complicasse o

RE 630733 / DF

Apelante o seu estado de saúde, para realizar determinada obrigação, mormente quando a dengue existe” – um caso de dengue, digo que não deixei, quando eu tive a dengue, de comparecer às Sessões do Tribunal – “por má estruturação na sua política de combate.”

Precisamos guardar os parâmetros do extraordinário e, evidentemente, não nos defrontamos com processo objetivo em que a causa de pedir é aberta. Claro que não podemos imaginar que, por bel prazer, um candidato queira fazer um teste de esforço físico neste dia ou naquele outro. Há de se exigir uma justa causa para a recusa considerada a data normal. É preciso que, no caso, a pretensão não acarrete prejuízo para o andamento do concurso ou gastos desproporcionais. Sabemos que o exame físico não é feito em certo recinto mediante aplicação de prova a todos os candidatos ao mesmo tempo. Há marcação sucessiva de testes, que ocorrem em momentos diversos.

Estamos a cogitar de dois outros princípios: o da acessibilidade aos cargos públicos – tanto quanto possível, há de ser observado – e o isonômico, presente também o da razoabilidade. O que pretendido e agasalhado pelo Tribunal Regional que tem sede em Brasília mostra-se socialmente aceitável. Não desconheço que o edital é a lei do certame, é a lei da concorrência num concurso público, mas, evidentemente, situações excepcionais, a confirmarem a regra, autorizam a colocação, desde que demonstrada – repito – a justa causa, desse mesmo edital em segundo plano.

Presidente, peço vênua ao relator para não ir adiante – buscando solucionar outras controvérsias que possam surgir. Cada processo é um, com peculiaridades próprias. Deixo de emitir entendimento sobre o que não se coloca em julgamento, ante as balizas objetivas do recurso interposto, e simplesmente nego provimento ao recurso. Creio que não cabe vislumbrar, no que o Regional Federal consignou o direito do candidato à feitura do teste de esforço em outro dia, infração a preceito da Carta da República, já que desta extraio que se deve, como proclamava Rui Barbosa, "tratar os desiguais de forma desigual na medida em que se

RE 630733 / DF

desigualem". Assento, de qualquer forma, que, caso a caso, para ter-se a colocação do edital em segundo plano, há de se demonstrar a justa causa quanto ao não comparecimento no dia assinado e para o teste de esforço físico.

Adianto o voto, Presidente, desprovendo o recurso.

15/05/2013

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 630.733 DISTRITO FEDERAL

D E B A T E

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Senhor Presidente, eu só gostaria de lembrar que temos pelo menos duas questões de ordem nas quais admitimos que recursos anteriores - portanto, inclusive, há emenda constitucional - possam ser submetidos à regra da repercussão geral: Questão de Ordem no AI 715.423 de minha relatoria e, também, no RE 540.410, relatoria do Ministro Cezar Peluso.

A questão que aqui se coloca, como já procurei destacar, é a do processo com repercussão geral que, neste caso, foi reconhecida no Plenário Virtual.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Eu próprio já me penitenciei.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Hein?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Apenas tenho uma dificuldade, Ministro: é que há um sistema. Da mesma forma que reconhecemos, no caso, a repercussão geral, poderíamos não o ter feito, quando o interesse em recorrer surgiu em época na qual o extraordinário não ficava submetido a esse instituto. A teoria da aplicação da lei no tempo, em questão instrumental, conduz à conclusão de que as normas aplicáveis, considerada a prática de ato processual, são aquelas em vigor na data em que formalizado esse mesmo ato. No caso, há de se levar em conta o momento em que surgiu o interesse em recorrer.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Por isso que essa matéria foi submetida ao Plenário, pelo menos duas vezes...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Ministro Gilmar, Vossa

RE 630733 / DF

Excelência me permite um aparte? Essa questão técnica que o Ministro Marco Aurélio levanta é uma questão interessante, porque o recorrente deve obedecer aos requisitos de admissibilidade da lei da data da interposição de recurso. Mas, ainda sob a ótica da lei no tempo, vigora a lei vigente na data do julgamento para regular, eventualmente, essas questões existentes.

Então, o que propõe o Ministro Gilmar? Ele estabelece que há efetivamente um processo subjetivo, mas que traz no seu bojo uma repercussão social tão ampla que merece ser submetido à repercussão geral, porque essa questão deve ocorrer em vários concursos de diversas categorias em diversos estados.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Ministro Luiz Fux, Vossa Excelência, que foi aluno de José Carlos Barbosa Moreira...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Sou ainda.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Infelizmente, não fui, porque estudei na Nacional, e não na Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Veja a situação concreta. Deve-se raciocinar em tese: como admitimos, no caso, a repercussão, poderíamos não ter admitido? A resposta é desenganadamente negativa, porque esse recurso não se fez ao mundo jurídico quando sequer em vigor a Emenda Constitucional nº 45/04. Não cogito nem – porque a Emenda Constitucional é de 2004 – da regulamentação do instituto, e passamos a observar a repercussão geral após a disciplina no Regimento Interno, em 3 de maio de 2007.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Mas eu imaginaria essa questão se houvesse aqui um óbice a se atribuir repercussão geral a esse tema.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Adotamos, então, dois pesos e duas medidas. Fica muito difícil, em termos de organicidade do

RE 630733 / DF

Direito.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Aí, realmente, poder-se-ia dizer: "Bom, à época, não era possível exigir-se que fosse formulada a repercussão geral." Agora, posto o tema em julgamento, depois de passado pelo Plenário Virtual, a lei vigente é a data da sessão de julgamento. Estamos julgando hoje.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Não, Ministro. O que é isso, Ministro? O que é isso? Regra de hermenêutica é de aplicação do Direito, direciona no sentido de observar-se a normatividade da data em que surgiu o interesse em recorrer. Estamos falando com uma plateia de alunos. Que não saiam com impressão errônea da doutrina do Supremo!

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - **Data maxima venia**, aqui há diversidade de ponto de vista jurídico. Não há erronia.

Eu posso, **data maxima venia**, entender que a ótica equivocada é a de Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Já afirmei certa vez que o grande problema é que não há órgão acima do Supremo para corrigir as respectivas decisões. Um parlamentar, penso que foi Rui Barbosa, respondendo a Pinheiro Machado – para ter certeza, teria que ouvir o ministro Celso de Mello, que é o nosso historiador –, disse: o Supremo tem o direito de errar por último.

Agora, evidentemente, estou a revelar ponto de vista. Compreendo que o Colegiado é um órgão democrático por excelência e que vence a maioria, a sempre ilustrada maioria.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Só para deixar claro: em questões que nada tinham a ver com concurso público, o Tribunal já, por duas vezes, disse que é cabível, sim - disse em questões de ordem -, a aplicação do regime de repercussão geral...

RE 630733 / DF

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Não articulei o contrário.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Não. Mas a matéria, portanto, passou pelo Plenário e é nesse sentido que todos nós, creio, temos precedentes. Por outro lado, se esse recurso viesse para ser julgado pelo Plenário sem repercussão geral, certamente teríamos que dar um encaminhamento, porque estaríamos fixando uma diretriz.

A Ministra Cármen, há pouco, lembrava que, a rigor, todo o embaraço que se coloca, por exemplo, para um eventual provimento a esse recurso, decorre do tempo levado para processamento e julgamento do recurso extraordinário. Desde a decisão, em 2003, até agora, estamos falando de dez anos, com uma situação de fato, com a liminar, com tudo que autorizou a própria assunção do cargo.

Presidente, se amanhã, para um cargo em que não se exige aptidão física mais elaborada, vier a Administração a fazer essa exigência, nós vamos estar diante de uma inconstitucionalidade da própria exigência, da falta de proporcionalidade, da falta da razoabilidade. Mas, à evidência, não se cuida disto, é uma função que exige aptidão física. Se, amanhã, nós formos pressupor a não aptidão física, as dificuldades, as doenças preexistentes, obviamente que esta questão não poderá ser contemplada nessa seara.

De modo que encaminho voto nesse sentido e me empenho em dizer que, aqui, estamos também realizando justiça material, porque estamos fixando, em nome da segurança jurídica, que essa orientação vai ser fixada, vai ser vigente, com o entendimento geral, a partir da conclusão do julgamento.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Eu queria fazer uma observação, apenas a título de argumentação, não vou ainda enunciar o meu voto.

Eu, embora já tenha me pronunciado em voto em sentido contrário

RE 630733 / DF

ao pleito do recorrente, ouvindo o que o Ministro-Relator Gilmar Mendes coloca, eu me apressei a reunir alguns dados, pela *Internet*, para verificar o universo de pessoas que nós estamos atingindo nesse tipo de concurso, sem falar em outros. E eu verifiquei, Senhor Presidente, um dado que é realmente impactante. Uma notícia datada de 1º/05/2012, referente, portanto, há um ano, no que tange a concursos para agente e papiloscopista da Polícia Federal, apresentaram-se, para a vaga de agente, nada menos do que cento e sete mil, setecentos e noventa e nove concorrentes; e para papiloscopistas, onze mil, duzentos e setenta e nove inscritos.

Eu estava, aqui, fazendo um exercício mental, imaginando se, no primeiro caso, um por cento dos candidatos apresentassem uma escusa, em termos de saúde, isso representaria mil candidatos que teriam que ter o seu exame remarcado. Como fica isso, em face dos grandes princípios regedores da Administração? O princípio da economicidade, da eficiência, da impessoalidade, da legalidade.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Por isso da repercussão geral inferida e da fixação da tese.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Exatamente. Por isso que Sua Excelência trouxe a matéria para a repercussão geral.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Eu não quero perturbar aquele que, eventualmente, já assumiu o cargo, beneficiando-se do entendimento até então dominante. Daí, a tentativa de fazer essa ressalva, em nome da segurança jurídica, fixando uma orientação para o futuro, uma vez que havia pronunciamentos diversos, muitos deles sinalizando a possibilidade de se fazer uma segunda chamada. Mas isso que o Ministro Lewandowski aponta é exatamente o ponto que a própria recorrente está a apontar como realizadora de vários certames, de vários concursos, é a dificuldade de se fazer essa

RE 630733 / DF

organização sem ferir o próprio princípio da isonomia.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) -

A logística é imensa.

15/05/2013

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 630.733 DISTRITO FEDERAL

V O T O

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI:

1. Trata-se de recurso extraordinário interposto pela Fundação Universidade de Brasília (FUB) contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região que manteve sentença concessiva da segurança ao impetrante, para assegurar o direito à realização de nova prova de capacidade física em concurso público para o cargo de Agente da Polícia Federal. A decisão recorrida se fundamenta no princípio constitucional da isonomia, por estar o impetrante temporariamente incapacitado para a realização do teste físico na data de sua realização. A recorrente alega, em suma, que a admissão da realização da prova em data posterior à prevista no edital é que viola o referido princípio, bem como o da impessoalidade, por privilegiar alguns candidatos em prejuízo de outros.

2. Aplicando o princípio da isonomia à exigência de prova de aptidão física em concurso público, a jurisprudência do STF firmou-se no sentido de que é cabível de acordo com as atribuições que serão exigidas no cargo ou função pública:

“CONCURSO PÚBLICO- PROVA DE ESFORÇO FÍSICO. Caso a caso, há de perquirir-se a sintonia da exigência, no que implica fator de tratamento diferenciado com a função a ser exercida. Não se tem como constitucional a exigência de prova física desproporcional à habilitação ao cargo de auxiliar médico-legista, porquanto a atuação deste, embora física, não se faz no campo da força bruta, mas a partir de técnica específica” - (AI-AgR 851.587/SC, 1ª Turma do STF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 19/06/2012, DJe 1º/08/2012).

RE 630733 / DF

Considera-se, outrossim, que viola o princípio da igualdade o estabelecimento de critérios diferenciados para a prova física, de acordo com a idade do candidato:

“DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONCURSO PÚBLICO DA POLÍCIA MILITAR. TESTE DE ESFORÇO FÍSICO POR FAIXA ETÁRIA: EXIGÊNCIA DESARRAZOADA, NO CASO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E LEGALIDADE.

1. O Supremo Tribunal Federal entende que a restrição da admissão a cargos públicos a partir da idade somente se justifica se previsto em lei e quando situações concretas exigem um limite razoável, tendo em conta o grau de esforço a ser desenvolvido pelo ocupante do cargo ou função. No caso, se mostra desarrazoada a exigência de teste de esforço físico com critérios diferenciados em razão da faixa etária. Precedentes.

2. Agravo regimental improvido” - (RE-AgR 523.737/MT, 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 22/06/2010, DJe 06/08/2010).

3. Especificamente sobre a impossibilidade de realização do teste físico, o Supremo Tribunal Federal tem precedentes aparentemente contraditórios. Em julgado da 2ª Turma, negou-se o direito à realização de nova prova, em acórdão assim ementado:

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ISONOMIA. CONCURSO PÚBLICO. PROVA DE APTIDÃO FÍSICA. LESÃO TEMPORÁRIA. NOVA DATA PARA O TESTE. INADMISSIBILIDADE.

1. Mandado de segurança impetrado para que candidata acometida de lesão muscular durante o teste de corrida pudesse realizar as demais provas físicas em outra data. Pretensão deferida com fundamento no princípio da isonomia.

2. Decisão que, na prática, conferiu a uma candidata que falhou durante a realização de sua prova física uma segunda oportunidade para cumpri-la. Benefício não estendido aos

RE 630733 / DF

demais candidatos. Criação de situação anti-isonômica.

3. Recurso extraordinário conhecido e provido” - (RE 351.142/RN, 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 31/05/2005, DJ 01/07/2005).

Ficou assentado no acórdão que a autorização para a realização da prova de aptidão física em data posterior à prevista no edital acarreta ofensa à isonomia e a impessoalidade, por **(a)** conferir uma segunda chance a um ou alguns candidatos que não realizaram ou reprovaram na oportunidade prevista para todos os concorrentes e **(b)**, em consequência, criar um benefício não extensivo à totalidade dos candidatos.

No mesmo sentido, da mesma 2ª Turma:

“(...) 3. Concurso público. Prova de esforço físico. Repetição do exame em outra oportunidade em decorrência de lesão muscular. Impossibilidade. Precedente. 4. Agravo regimental a que se nega provimento” - (AI-AgR 651.795/RN, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17/11/2009, DJe 05/03/2010).

São ainda representativos desse entendimento, os seguintes julgados: RE 543389/DF, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 07/06/2011, DJe 21/06/2011; RE 334.215/PA, 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Grade, j. 01/02/2005, DJ 25/02/2005, p. 35.

Todavia, há julgados em sentido oposto, também na 2ª Turma:

“CONCURSO PÚBLICO - PROVA DE ESFORÇO FÍSICO - FORÇA MAIOR - REFAZIMENTO – PRINCÍPIO ISONÔMICO. Longe fica de implicar ofensa ao princípio isonômico decisão em que se reconhece, na via do mandado de segurança, o direito de o candidato refazer a prova de esforço, em face de motivo de força maior que lhe alcançou a higidez física no dia designado, dela participando sem as condições normais de saúde” - (RE 179.500/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 26/10/1998, DJ 15/0/1999).

RE 630733 / DF

Concluiu-se, neste último caso, que não há violação à isonomia e à legalidade por dois fundamentos: **(a)** a prova física é eliminatória e não classificatória, e **(b)** a impetrante demonstrou documentalmente a impossibilidade de realização da prova.

Com igual entendimento, quanto à ausência de afronta à isonomia e à legalidade, veja-se, também, o seguinte precedente da 2ª Turma do STF:

“AGRAVO REGIMENTAL. PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR, AJUIZADO INCIDENTALMENTE A RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONCURSO PÚBLICO. PROVA DE APTIDÃO FÍSICA. CANDIDATA SUBMETIDA A PARTO. DESIGNAÇÃO DE NOVA DATA. POSSIBILIDADE. PRESENÇA DOS REQUISITOS QUE AUTORIZAM O DEFERIMENTO DO PEDIDO. (...) 2. Há, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, decisões favoráveis à tese veiculada no apelo extremo (REs 179.500, da relatoria do ministro Marco Aurélio; e 376.607-AgR, da relatoria do ministro Eros Grau, entre outros). 3. Agravo regimental a que se nega provimento” - (RE-AgR 577.309/DF, 2ª Turma, Rel. Min. Ayres Britto, j. 23/11/2010, DJe 04/03/2011).

Representam, de igual modo, esse último entendimento, os seguintes julgados de ambas as turmas do STF: RE-AgR 584.444/DF, 2ª Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 02/03/2010, DJe 26/03/2010; RE-AgR 598.759/AL, 1ª Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 27/10/2009, DJe 27/11/2009; RE-AgR 497.350/CE, 1ª Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 26/05/2009, DJe 01/07/2009; RE-AgR 376.607/DF, 2ª Turma, Rel. Min. Eros Grau, j. 28/03/2006, DJ 05/05/2006.

Apesar de os acórdãos citados aparentemente tratarem de forma contrária a mesma situação de direito, as situações de fato em cada caso são diferentes. Em seu voto-vista no RE 351.142/RN, o Ministro Gilmar Mendes destaca que, enquanto no RE 179.500/RS, a candidata foi acometida de hemorragia que impossibilitou seu comparecimento ao exame físico (e acrescenta-se que, no RE-AgR 376.607/DF, no RE-Agr 497.350/CE, no RE-AgR 577.309/DF e no RE-AgR 598.759/AL, a

RE 630733 / DF

impossibilidade das candidatas adveio de parto em data próxima à do teste físico), no RE 351.142/RN a hipótese é de candidato que sofreu uma distensão muscular durante a realização da prova, o que o impediu de concluí-la (o que foi entendido como demonstração de que não estava apto para a aprovação).

Em suma, a jurisprudência do STF atribui consequências diversas a duas situações fáticas diferenciadas: **(a)** a ocorrência de lesão ou outra causa de incapacidade durante a realização da prova física não autoriza a realização de novo teste (que não autoriza a concessão de uma nova oportunidade para candidato, que não teve capacidade para concluir a avaliação), **(b)** e o evento anterior que gerar incapacidade temporária ao candidato para a execução da prova no dia aprazado (hipótese que autoriza a realização de novo exame físico sem violar os princípios da igualdade e da impessoalidade, tendo em vista que é etapa classificatória do concurso e sua realização em dias diferentes não importa em tratamento desigual dos concorrentes).

4. O caso do presente recurso extraordinário apresenta situação similar à dos citados RE 179.500/RS, RE-AgR 577.309/DF, RE-AgR 584.444/DF e RE-AgR 497.350/CE: o candidato foi previamente acometido de epicondilite gotosa no cotovelo esquerdo, o que causou incapacidade temporária para a realização do teste de aptidão física no dia previsto. Posteriormente, o impetrante realizou o exame, foi aprovado e exerce o cargo de Agente da Polícia Federal desde o ano de 2001, após seu ingresso no curso de formação da Academia Nacional de Polícia em 31/10/2001 (fls. 254). Há, nos autos, atestado médico de que o impetrante foi acometido de epicondilite gotosa no dia 28/03/2002, 2 (dois) dias antes, portanto, da prova física, em 30/03/2002, e, nesse dia, o candidato apresentou requerimento à entidade executora do concurso público, instruído com esse atestado (fls. 83 e 87).

5. O cerne da questão diz respeito à existência, ou não, de direito líquido e certo de candidato a concurso público de, contrariando o

RE 630733 / DF

que dispôs o edital do concurso, ver designada nova data para realização da prova de capacidade física quando, em virtude de força maior, devidamente comprovada, estiver temporariamente sem condições físicas de realizar dita prova no dia designado. Curiosamente, tanto os defensores de uma resposta positiva, quanto os defensores de resposta negativa ao reconhecimento desse direito, buscam amparo no princípio constitucional da isonomia, que é inerente e essencial à realização de concursos para acesso a cargos públicos. Afinal, o princípio da isonomia, em tais certames, supõe tratamento igual a todos os candidatos ou admite, em casos de força maior, tratamento diferenciado entre candidatos?

O concurso público - como, aliás, os concursos licitatórios em geral - é procedimento administrativo que envolve participação - e, mais que isso, competição - entre muitos interessados, e se destina a selecionar dentre eles aquele ou aqueles que, no momento de sua realização, melhor atendam a requisitos previa e objetivamente estabelecidos em lei ou edital para o exercício de determinado cargo público. Tratando-se de procedimento formal complexo e de múltipla participação subjetiva, o princípio da isonomia, a ele essencial e inerente, deve estar necessariamente associado ao da impessoalidade. Assim, por um lado, a igualdade entre os competidores deve ser traduzida por igualdade de oportunidade de concorrer (= não criação de empecilhos discriminatórios desarrazoados ou arbitrários à participação de interessados) e por igualdade de tratamento no próprio certame (= critérios de avaliação iguais para todos e tratamento isonômico na efetivação das provas). Por outro lado, considerada a múltipla participação de interessados, todos atuando em regime de competição, o princípio da igualdade deve, necessariamente, estar associado ao da impessoalidade, considerado no sentido finalístico da atuação administrativa, o que inibe, na realização do certame, tratamento diferente do previsto nas regras previamente assentadas que possa beneficiar ou prejudicar um (ou alguns) dos concorrentes, ainda quando envolvido circunstancialmente em situação ou condição individual diferenciada, motivada ou não por força maior.

RE 630733 / DF

Nesse regime, de igualdade de oportunidade e de igualdade de tratamento, associado ao da impessoalidade da atuação administrativa, não se pode supor presente direito líquido e certo de um candidato a regime próprio, em face de contingências de ordem pessoal, ainda que decorrentes de causa estranha à sua vontade. Os riscos individuais e particulares que impedem, ainda que transitoriamente, a participação do candidato em qualquer das fases ou dos atos do certame, devem ser carregados ao próprio candidato, e não à Administração Pública, sob pena de, na prática, comprometer a própria efetivação do procedimento. A multiplicidade de situações individuais que podem limitar ou impedir a participação de candidatos em determinada prova, aliado a um conceito impreciso e indeterminado do que possa ser considerado como “impedimento temporário” (por exemplo, um resfriado seria um impedimento? Seria uma gravidez um impedimento temporário?), isso tudo, apenas acentua, de maneira evidente, que o reconhecimento do direito a tratamento diferenciado, nesses casos, compromete, severamente, não apenas os princípios da igualdade e da impessoalidade, como o da prevalência do interesse público, da finalidade administrativa e da eficiência da sua atuação na realização do concurso.

Cumpra registrar que essa orientação tem sido adotada sistematicamente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, inclusive em precedente por mim relatado, com a seguinte ementa:

“RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. SOLDADO DA POLÍCIA MILITAR. INCAPACIDADE TEMPORÁRIA. REALIZAÇÃO DE NOVO TESTE DE APTIDÃO FÍSICA. IMPOSSIBILIDADE. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça assentou o entendimento de que os princípios constitucionais da impessoalidade e da isonomia impedem o afastamento de regra editalícia no sentido da desconsideração de alteração fisiológica temporária que impossibilite a realização de testes físicos ou limite a capacidade física dos candidatos. Assim, não há falar em segunda chamada para o

RE 630733 / DF

candidato que realizou o teste sob tal condição e foi considerado inapto. 2. Recurso ordinário desprovido" - (RMS 33.735/BA, 1ª Turma do STJ, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 27/09/2011, *DJe* 03/10/2011).

No voto então proferido, ficaram registrados os inúmeros outros precedentes daquela Corte, no mesmo sentido: RMS-AgR 33.610/RO, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, *DJe* 16/05/2011, REsp-AgR 1.201.478/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, *DJe* 22/02/2011, REsp 1.198.4651/RO, 1ª Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, *DJe* 26/11/2010, RMS-AgR-ED 22.826/RO, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, *DJe* 08/09/2008, RMS 25.208/SC, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, *DJe* de 05/05/2008.

6. Essas razões levariam ao provimento do recurso. Todavia, acompanho o relator quando sustenta que, no caso, mostra-se adequada a manutenção da sentença proferida na origem. Esclareço, contudo, que essa conclusão se dá, não com base na aplicação da tese do “fato consumado”, nem com fundamento na longa vigência da liminar, fundamentos esses que não têm assento constitucional. O que justifica a manutenção do julgado é, única e exclusivamente, a alteração da jurisprudência do STF, cuja orientação anterior conferia ao administrado uma justificada confiança em sua manutenção no cargo de Agente da Polícia Federal.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso. É o voto.

15/05/2013

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 630.733 DISTRITO FEDERAL

ADITAMENTO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Quanto à questão da repercussão geral, o Ministro Marco Aurélio tem toda a razão quando afirma que não se poderia exigir do recorrente um requisito de admissibilidade que...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Vossa Excelência me permite um aparte? Certamente esse recurso não tem o capítulo alusivo à repercussão geral, a não ser que o recorrente tenha atuado no campo da premonição.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Certo. É justamente isto, não se poderia exigir, como requisito de admissibilidade, um requisito que só foi instituído depois. Todavia, isso não impede que se confira ao julgamento os efeitos próprios do regime superveniente.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - É isso que o Tribunal tem feito nessas diversas questões de ordem.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Então essa é a distinção que tem que ser feita. O que se reconhece é a adoção, aqui...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - É porque ninguém está alegando a repercussão geral para impedir o recurso, mas apenas para dar efeitos que se projetam além do caso.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Exatamente. Neste caso, como o recurso foi admitido, não se coloca o problema para o recorrente. A questão, portanto, é saber se será lícito agora, neste julgamento - ou depois da instituição do regime de repercussão geral -, conferir a ele a eficácia própria decorrente do regime de repercussão geral. Com a afirmação dessa possibilidade, há harmonização dessas duas orientações divergentes.

Então, com essas observações, acompanho o Ministro-Relator.

15/05/2013

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 630.733 DISTRITO FEDERAL

TRIBUNAL PLENO
RECURSO EXTRAORDINÁRIO 630.733
VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhor Presidente, peço vênia aos respeitáveis entendimentos contrários para também acompanhar o eminente Relator, especificamente quanto ao recurso extraordinário, negando-lhe provimento. Mas também o faço forte no princípio da segurança jurídica, porque não reconheço ao recorrido direito líquido e certo a, contra a previsão editalícia, ver assegurada a possibilidade de um segundo teste ou de designação de nova data para teste.

Acho que há um interesse público que informa a realização dos concursos públicos e que nos deixa numa zona cinzenta e difícil porque, como ainda ponderava, há pouco, o Ministro Toffoli, essa incapacidade era temporária, prévia e temporária. E se o temporário for de seis, oito meses? Os dados também trazidos pelo Ministro Lewandowski, na estimativa proposta, mostram que, dependendo do número de candidatos - e hoje nós sabemos o número de candidatos que acorrem aos concursos públicos -, o concurso praticamente poderia até ser inviabilizado.

Aqui, no caso específico - e o aspecto foi bem destacado no memorial do recorrido -, o teste de aptidão física é eliminatório e não classificatório, mas justamente por isso, sendo eliminatório, mais uma vaga também sobraria aos outros.

Então, especificamente quanto à questão da repercussão geral, também entendo eu que não poderíamos, em detrimento do candidato - aqui, no caso, é a União a recorrente -, exigir que viesse a preliminar formal de repercussão geral, mas podemos, sim, com todo o respeito - é a minha compreensão -, atribuir os efeitos do instituto para essa decisão, porque ela, de fato, pelo menos na minha visão, tem uma enorme

RE 630733 / DF

repercussão geral.

É como voto, acompanhando, na íntegra, o voto do eminente Relator.

#

15/05/2013

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 630.733 DISTRITO FEDERAL**VOTO**

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, preliminarmente, eu só gostaria de destacar talvez algo que já foi dito aqui pelo Ministro Teori Zavascki, mas para ser bastante didático: os requisitos de admissibilidade do recurso respeitam efetivamente a regra do **tempus regit actum** no sentido de que não se pode exigir requisitos de admissibilidade que não eram previstos no momento da interposição. Essa é uma regra absoluta.

Por outro lado, não se exigindo esses requisitos, mas, no momento do julgamento, havendo uma lei que prevê a possibilidade de dar o regime de repercussão geral a um tema que está sendo debatido e que passou pela chancela do Tribunal, que reconheceu essa repercussão, nada obsta que se empreste a esse regime, tanto mais que se trata de uma hipótese, como eu disse, que pode acontecer em inúmeros concursos, em inúmeros locais e em várias atividades.

E o que diz o artigo 543-A do próprio Código de Processo Civil?

"§ 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa."

Ora, ultrapassam, e muito, os interesses da causa fixar essa tese que é um critério para que amanhã, mais tarde, não tenhamos que julgar caso a caso, recurso por recurso, de diversos concursos que se realizam com essas questões excepcionais de permitir a realização de exames fora da data marcada. De sorte que, com relação a essa preliminar, entendo superada a questão, porque o Plenário, além de ter aprovado a repercussão geral, à luz da lei, efetivamente o tema apresenta essa repercussão.

RE 630733 / DF

Conforme foi destacado pelo Ministro Gilmar Mendes, que teve a delicadeza de citar um voto meu, no Superior de Tribunal de Justiça, basicamente a essência da solução dessas questões gravitava em torno da seguinte tese: o edital é a lei do concurso - é preciso que haja um critério -, vinculando tanto a Administração quanto os candidatos às suas regras. A concessão de tratamento diferenciado nos casos de alteração psicológica ou fisiológica temporária não consignadas - porque podem estar consignadas -, mas não consignadas previamente em edital de concurso, obsta a pretensão relativa à realização do segundo teste de aptidão física para ingresso em cargo público, sob pena de violação dos princípios da impessoalidade e da isonomia que regem os concursos públicos.

Então, efetivamente sob esse ângulo, a parte não revela direito líquido e certo, mas aqui nós temos duas questões relativas à segurança jurídica: em primeiro lugar, o fato já destacado pelo eminente Relator de que o candidato não fez outras provas, ele fez as mesmas provas noutra data. Ele obteve a liminar e passou em todos os testes. Está há dez anos no exercício da atividade.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) -

Esse argumento, o fato de ele estar, há dez anos, graças a uma liminar não deve...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Sim, claro, mas, de qualquer maneira, a solução para o caso concreto não é tão heterodoxa assim. Acresça-se a esses dados o fato da segurança jurídica, então, é preciso efetivamente respeitar esses atos já consagrados, não sob o aspecto do fato consumado, como aqui alertou o Ministro Teori Zavascki, mas o artigo 5º, que estabelece direitos e garantias fundamentais, dispõe que todos são iguais perante a lei, garantindo-lhes, a brasileiros e estrangeiros, a igualdade e a segurança, que é um dos princípios fundantes da República Federativa do Brasil.

Por outro lado, Senhor Presidente, como nós estamos no campo da

RE 630733 / DF

repercussão geral, o Ministro Gilmar Mendes, sob o pálio da segurança jurídica, na verdade, retrata algo que eu aqui já me referi e que está contido na Exposição de Motivos do Novo Código de Processo Civil, que é exatamente a modulação da jurisprudência, porque hoje já não se pode afirmar que a jurisprudência não tem uma força de fonte do Direito. Qualquer operador do Direito, hoje, inaugura seus trabalhos, abrindo a rede mundial de computadores, então, baseia-se efetivamente na jurisprudência.

E, quando há essa virada da jurisprudência, como se costuma afirmar, até a Professora Teresa Alvim inclui isso na Exposição de Motivos, o jurisdicionado não pode ser tratado como um cão que só sabe o que é proibido ou não quando o taco de beisebol lhe toca o focinho, ou seja, ninguém atua na sua própria vida sem previsibilidade. Então, a parte atua de acordo com a jurisprudência que vinha sendo consagrada, logo, a modificação da jurisprudência abrupta e decenária, ela não pode ter uma eficácia **ex tunc**, ela, efetivamente, tem que ser modulada.

Como se trata, exatamente, na essência, do prestígio ao princípio constitucional da segurança jurídica, eu acompanho integralmente o eminente Ministro Gilmar Mendes negando provimento ao recurso, mas, com a modulação que Sua Excelência emprestou ao seu aresto.

15/05/2013

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 630.733 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Senhor Presidente, no caso de que eu sou o Relator, a União recorre contra acórdão que deferiu a alteração de data para o impetrante do mandado de segurança em razão da sua convicção religiosa. E, na espécie, se trata também de prova de esforço físico.

Fazendo a distinção em relação a este caso que trouxe o Ministro **Gilmar Mendes** - porque teremos encontro marcado para debater esse tema da alteração de data de etapa de concurso em razão de convicções religiosas, em nome do princípio da liberdade religiosa -, fazendo essa ressalva e, também, consignando que estamos a mudar a jurisprudência - porque já apliquei a jurisprudência até então vigente na nossa jurisdição -, eu acompanho o Ministro **Gilmar**, pedindo vênias ao Ministro **Marco Aurélio**.

15/05/2013

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 630.733 DISTRITO FEDERAL

V O T O

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Senhor Presidente, eu queria, rapidamente, tecer algumas observações sobre preocupações que me tomam no campo da aplicação dos princípios e das regras de Direito Administrativo, especificamente em relação ao concurso. Serei breve.

Acho que vivemos um momento que talvez seja mesmo de transformação da Administração Pública, pelo qual lutamos durante décadas a fio. O Direito Administrativo assentou o princípio do concurso público baseado sempre em algumas premissas. A primeira das quais, a confiança que haveria de ter entre a Administração Pública e aquele que se interessasse em fazer concurso. Parece que, de alguma forma, isto se tem rompido, e, em algumas ocasiões, com a busca do Poder Judiciário para garantir, por exemplo, uma verdadeira chusma, que nós temos, hoje, de concurseiros, que descumprem editais, fazem contra o que se põe nos editais de concursos, e até de vestibulares, e, depois que passam, entram em juízo para tentar obter liminar e continuar, e, depois de anos, já consolidada a situação, e, portanto, em nome da segurança jurídica, estaria garantido.

Lembro-me que uma das lições que mais me marca na vida é a do pai de Rui Barbosa, que, quando este era criança e não tinha idade - naquela época, se estabelecia idade mínima no curso primário - para ir para o ginásio, e como ele estava acima da média, o diretor da escola, na Bahia, teria dito ao pai que não exigiria documento, bastando ele dizer que o filho tinha idade suficiente, ao que o pai de Rui teria dito que não queria que o filho dele começasse a vida: com uma mentira. E, muitas vezes, se tem começado assim a carreira, no serviço público, que é um serviço feito para todo mundo, que tem princípios éticos.

Então, digo isso não especificamente em relação a este caso, mas a uns tantos casos que já chegaram aqui, e que, às vezes, depois de algumas

RE 630733 / DF

fases, e depois de liminares obtidas, se diz ter havido situação consolidada. E mesmo afastando, Ministro Teori, a ideia de que seria fato consumado, na verdade, é isso mesmo, de verdade consumou-se uma situação, e este fato acabou gerando um direito contra o Direito.

Então, distingo, Senhor Presidente, hoje, a segurança jurídica de segurança injurídica. Quer dizer, a segurança que nós queremos, em nome deste princípio, que é fundamento do Estado de Direito, é aquela que se baseia no Direito e não aquela que contraria o Direito. Quer dizer, alguém que começa contrariando o Direito não pode depois afirmar que tem segurança, porque não se pode ter certeza contra o Direito. Partilho inteiramente do que foi afirmado aqui pelo Ministro Teori.

E acho que também há outra ideia, que agora se tornou também comum, de que o serviço público faz concursos que são difíceis, são caros, são extremamente longos, com uma dificuldade enorme. O Ministro Lewandowski acaba de fazer referência a um número tão alto de certames. E me lembro, então, que, como Procuradora-Geral, houve um concurso em Minas para professores, que não tem esse tipo de fase de condições físicas, que teve mais de 1 milhão de candidatos. E visitando Minas Gerais, naquela ocasião, o professor Canotilho, afirmou que o número de candidatos naquele concurso era 10% da população total de Portugal, o que dá uma ideia de que o Direito que os europeus pensam e aplicam lá nem pode ser pensado por nós. Temos que conceber nosso próprio Direito Administrativo em face dessas condições. Um concurso, às vezes, para policiais, por exemplo, tem comparecimento de 100 mil pessoas, concorrendo. Então, são números absurdos. E se a gente não tiver regras rígidas, rigorosas, cumpridas, acreditando-se, faz-se um pacto, que eu acho que é de um cidadão que não tem o compromisso que nós esperamos do servidor, e que compromisso da massa de servidores, com uma Administração que, por sua vez, depois, não nomeia, e aí vem o direito à nomeação.

Enfim, nós estamos gerando uma situação que, dentro de muito pouco tempo, nos fará repensar se esse modelo de seleção pública é o melhor paradigma. Já se pensa hoje em fazer cursos para todos aqueles

RE 630733 / DF

que queiram, por exemplo, algumas carreiras, e, depois, pela classificação nesses cursos, realizar sorteio. O sorteio fora o concurso, é outra maneira que se tem de escolher sem pessoalizar, porque o concurso hoje, nessas condições, tem demonstrado muitas dificuldades.

No caso específico, a minha tendência era, como já votei aqui vencida em várias ocasiões, no sentido de considerar que, primeiro, se o edital fez uma previsão e não é nenhuma situação excepcional, o que foi afirmado até pelo Ministro-Relator, então não haveria por que realmente se considerar que esta pessoa teria direito, menos ainda um que pudesse ser qualificado líquido e certo, porque não havia liquidez, estava-se em plena fase de concurso, e não havia certeza do direito, porque a certeza aqui era no sentido do que previsto no edital. Houve uma liminar, esta pessoa comprovou, durante 10 anos está no cargo, exerceu atos cujo desfazimento, realmente, é de enorme dificuldade, especialmente na carreira que se tem. Está posta uma situação que eu não chamaria jamais de consumação de uma situação, mas, pelo menos, da segurança, não para esta pessoa, mas para a Administração que conta com ela. O edital, como dizia Hely Lopes Meirelles, é a lei interna do concurso. E lei é para se cumprir. Se não se cumpriu, não se tem direito a nada, porque não se tem direito contra a lei.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - É que eu levei em conta, como Vossa Excelência já percebeu, também o entendimento que estava assente e estava se desenvolvendo, consolidando-se na jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal e, também, em outras sedes, de modo que é exatamente esse.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Pois é. Considerando isso é que eu vou acompanhar Vossa Excelência, porque fui vencida, mas sei que, vencida, o Plenário é um só.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Eu também repudiei a ideia do fato consumado e, como o Ministro Teori,

RE 630733 / DF

também penso que, se alguém logo obtiver uma cautelar, sabe que ela poderá eventualmente vir a ser cassada.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Tanto, Ministro Gilmar - eu aprendi aqui nesses sete anos de Supremo -, que todas as vezes em que tenho que deferir uma liminar ou uma cautelar, ao final, eu deixo claro: "Esta liminar tem caráter precário, como é de sua natureza, não adianta julgamento, não cria direitos e não consolida obrigações ou deveres para qualquer das partes." Para que fique bem claro, na hora de julgamento de mérito, que muitas vezes não depende de nós, mas do Colegiado - nós todos, muito abarrotados -, que não se está diante de uma situação que possa ser antecipatória ou que já se satisfizesse com aquilo. E, às vezes, abandona-se e chega-se até, Presidente, a sequer comunicar a mudança de situação ao Supremo Tribunal Federal. Por exemplo, hoje, nós temos um mandado de segurança que é meu e já está prejudicado por uma mudança de quadro fático que não foi comunicada. Quer dizer, a liminar foi suficiente, e, aí, seguiu-se no concurso, perdeu-se o concurso e já não se fala mais nada, o que é um desapego, até, à ideia de direito, de tribunais, de jurisdição.

Mas considerando, como disse o Ministro Gilmar - e é fato -, que, neste caso, a jurisprudência não estava consolidada e assentada no sentido de que, previsto no edital, isso era válido, e mesmo eu sendo vencida em tantos e quantos casos, nenhuma dúvida que havia divergências de posições, de conclusões adotadas.

Por essa razão, Senhor Presidente, atendendo a específica situação descrita pelo Ministro Gilmar Mendes e posto em seu voto, neste caso, estou acompanhando com os efeitos gerais, tal como posto em seu voto.

###

15/05/2013

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 630.733 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) -

Eu acompanho o eminente Relator e acrescentaria, ao que a Ministra Cármen Lúcia acaba de dizer, as preocupações de Sua Excelência e a sua afirmação de que essa ideia do concurso público como método ideal para seleção de agentes do Estado parece dar sinais de esgotamento, alguns exemplos que podem ser observados aí na experiência quotidiana dos concursos públicos.

Vejo, por exemplo, a força do bacharelismo na exacerbação do peso das questões jurídicas em áreas sem nenhuma pertinência com o Direito, como áreas da saúde, concursos públicos com provas de natureza jurídica com um peso exacerbado, como se pode observar por aí, e a infelicidade também na formulação de certas questões. Há muitos concursos públicos para áreas as mais diversas, que não a do Direito, em que se exige conhecimento sobre posicionamento de doutrina, saber como pensa o doutrinador tal.

Agora, percebam o potencial de exclusão social a que esse tipo de formulação de concurso público pode conduzir. Realmente, tem que se pensar.

Acompanho o Relator, inclusive com as achegas finais feitas por Sua Excelência.

15/05/2013

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 630.733 DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – No meu voto, Presidente, simplesmente desprovejo o recurso. Fico vencido totalmente na parte em que a maioria empresta ao processo, à decisão, as consequências do instituto da repercussão geral.



PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 630.733

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES

RECTE.(S) : FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA - FUB

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL FEDERAL

RECDO.(A/S) : MARCOS LACERDA ANDRADE

ADV.(A/S) : ALEXANDRE SIMÕES LINDOSO

INTDO.(A/S) : UNIÃO

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, negou provimento ao recurso, mas reconheceu a inexistência de direito de candidatos à prova de segunda chamada nos testes de aptidão física, em razão de circunstâncias pessoais, ainda que de caráter fisiológico ou de força maior, salvo contrária disposição editalícia, e assegurou a validade das provas de segunda chamada realizadas até a data deste julgamento, vencido o Ministro Marco Aurélio que desprovia o recurso, mas com conseqüências diversas, e quanto à aplicação do regime da repercussão geral ao caso. Votou o Presidente, Ministro Joaquim Barbosa. Falou pelo recorrido o Dr. Alexandre Simões Lindoso. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Plenário, 15.05.2013.

Presidência do Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber e Teori Zavascki.

Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira.

p/ Luiz Tomimatsu
Assessor-Chefe do Plenário