

## 10 CONCURSO PÚBLICO

### 10.1-A TESTE FÍSICO EM CONCURSO PÚBLICO E INEXISTÊNCIA DE DIREITO À SEGUNDA CHAMADA

Os candidatos em concurso público NÃO têm direito 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 se houver previsão no edital permitindo essa possibilidade.

STF. Plenário. RE 630733/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, 15/5/2013.

#### ***A situação fática foi a seguinte (com adaptações):***

“M” inscreveu-se no concurso Agente de Polícia Federal.

Foi aprovado nas fases anteriores do certame e convocado para o teste físico.

Ocorre que “M” encontrava-se temporariamente incapacitado para realizar atividades físicas em virtude de doença (epicondilite gotosa no cotovelo esquerdo), comprovada por atestado médico.

“M” formulou requerimento administrativo solicitando que fosse designada nova data para a realização do exame físico, o que foi indeferido pela Administração Pública com base em uma previsão no edital que negava esta possibilidade.

Diante disso, “M” impetrou mandado de segurança, na Justiça Federal. A segurança foi concedida em 2002 e o TRF da 1ª Região manteve a sentença. O argumento utilizado foi o de que esta previsão do edital, ao não levar em consideração as alterações psicológicas e fisiológicas temporárias dos candidatos, comprovadas por atestado médico, violaria o princípio da isonomia.

A Administração Pública interpôs recurso extraordinário contra esta decisão.

#### ***O que entendeu o Supremo?***

O STF decidiu, ao analisar o recurso em regime de repercussão geral, que os candidatos em concurso público **NÃO têm direito** 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 se houver previsão no edital permitindo essa possibilidade.

#### ***Principais argumentos veiculados pelo Min. Relator:***

- A previsão contida no edital de que alterações corriqueiras na saúde do candidato não podem ensejar a remarcação do teste físico não ofende o princípio da isonomia;
- O princípio da isonomia estaria violado se a Administração Pública beneficiasse determinado indivíduo em detrimento de outro nas mesmas condições;
- O princípio da isonomia não possibilita que o candidato tenha direito de realizar prova de segunda chamada em concurso público por conta de

situações individuais e pessoais, especialmente porque o edital estabelece tratamento isonômico a todos os outros candidatos;

- Além disso, a análise da presente questão não se limita ao exame do princípio da isonomia, devendo ser considerados outros princípios envolvidos;
- O concurso público é um processo de seleção que deve ser realizado com transparência, impessoalidade, igualdade e com o menor custo para os cofres públicos. Dessa maneira, não é razoável a movimentação de toda a máquina estatal para privilegiar determinados candidatos que se encontrem impossibilitados de realizar alguma das etapas do certame por motivos exclusivamente individuais.
- Ao se permitir a remarcação do teste de aptidão física nessas circunstâncias, está se possibilitando que o término do concurso seja adiado inúmeras vezes, sem limites, considerando que, naquele determinado dia marcado, algum candidato poderia ter problemas de ordem individual, o que causaria tumulto e dispêndio desnecessário para a Administração.
- Assim, não é razoável que a Administração fique à mercê de situações adversas para colocar fim ao certame, de modo a deixar os concursos em aberto por prazo indeterminado.

### ***O STF estabelecia exceções nas quais seria permitida a remarcação do teste físico?***

SIM. O STF possuía julgados afirmando que, se houvesse motivo de força maior, devidamente comprovado, seria permitida a realização de novo exame físico em concursos públicos. Veja:

(...) 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. (...)

(RE 584444 AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado em 02/03/2010)

(...) 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. (...)

(AI 825545 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 13/04/2011)

O caso mais emblemático admitido pelo STF era o de candidatas grávidas que, por recomendação médica, não podiam fazer a prova física. Em tais situações, tanto o STF como o STJ admitiam a realização do teste em outra data posterior:

(...) 1. É entendimento firmado neste Tribunal que o exame da legalidade do ato apontado como coator em concurso público não pode ser subtraído do Poder

Judiciário em decorrência pura do encerramento do certame, o que tornaria definitiva a ilegalidade ou abuso de poder alegados, coartável pela via do Mandado de Segurança.

2. A proteção constitucional à maternidade e à gestante não somente autoriza mas até impõe a dispensa de tratamento diferenciado à candidata gestante sem que isso importe em violação ao princípio da isonomia, máxime se inexistente expressa previsão editalícia proibitiva referente à gravidez.

3. O Supremo Tribunal Federal firmou sua jurisprudência no sentido de que a gestação constitui motivo de força maior que impede a realização da prova física, cuja remarcação não implica em ofensa ao princípio da isonomia. (...)

(RMS 31505/CE, Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 16/08/2012)

*Houve, portanto, uma alteração na jurisprudência do STF?*

Sim. Trata-se de importante guinada na jurisprudência do STF, o que, por certo, irá também influenciar no entendimento do STJ.

Antes	Atualmente
STF entendia ser possível a remarcação do teste físico do candidato no concurso, desde que devidamente comprovado motivo de força maior que afetasse a sua higidez física. Isso seria permitido mesmo que o edital do certame proibisse expressamente.	Os candidatos em concurso público NÃO têm direito 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 se houver previsão no edital permitindo essa possibilidade.

***Mesmo no caso da candidata grávida?***

Acredito que sim. Como já explicado acima, há precedentes recentes do STF e do STJ permitindo a remarcação das provas físicas para os casos de candidata grávida, mas penso que, com esta nova decisão do Pleno (em sede de repercussão geral), está superado o entendimento já que não foi feita qualquer ressalva no julgamento para situações de gravidez.

***O edital do concurso pode trazer regra prevendo a segunda chamada em casos de impossibilidade decorrente de força maior?***

SIM, a segunda chamada poderá ser permitida desde que o edital do concurso traga expressamente esta possibilidade. Se o edital for silente quanto a isso, não há direito a segunda chamada.

### ***O que o STF decidiu quanto ao caso concreto julgado?***

No caso concreto, o STF entendeu que “M” deveria continuar no cargo em razão do longo tempo já passado e da alteração da jurisprudência.

Assinalou-se que “M” fez a prova física de segunda chamada em razão de liminar concedida em 2002, confirmada por sentença e por acórdão de tribunal regional, tendo sido empossado há quase dez anos.

Sublinhou-se que, em casos como este, em que houve uma radical alteração da jurisprudência longamente adotada, seria sensato considerar a necessidade de se modular os efeitos da decisão com base em razões de segurança jurídica. Essa seria a praxe no STF para as hipóteses de modificação sensível de jurisprudência.

Destacou-se que não se trataria de declaração de inconstitucionalidade em controle abstrato, a qual poderia suscitar a modulação dos efeitos da decisão mediante a aplicação do art. 27 da Lei 9.868/99. Tratar-se-ia de substancial mudança de jurisprudência, decorrente de nova interpretação do texto constitucional, a impor ao STF, tendo em vista razões de segurança jurídica, a tarefa de proceder a ponderação das consequências e o devido ajuste do resultado, para adotar a técnica de decisão que pudesse melhor traduzir a mutação constitucional operada.

Desse modo, como houve essa guinada na jurisprudência, o STF assegurou a validade das provas de segunda chamada ocorridas até a data de conclusão do presente julgamento.

Assim, este novo entendimento do STF valerá para as situações futuras, a partir desta decisão.

### ***Pode-se dizer que o STF aplicou a teoria do fato consumado para a situação de “M”?***

NÃO. O Min. Relator, Gilmar Mendes, expressamente afirmou que não estava aplicando a teoria do fato consumado, mas tão somente garantindo a segurança jurídica em virtude da sensível mudança jurisprudencial ocorrida entre a data em que foi concedida a liminar e o julgamento final da questão.

Vale ressaltar, a propósito, que tanto o STF como o STJ têm rechaçado a possibilidade de aplicação da teoria do fato consumado a temas envolvendo concursos públicos. Veja o seguinte precedente:

A jurisprudência deste Tribunal é no sentido da inaplicabilidade da teoria do fato consumado a casos nos quais se pleiteia a permanência em cargo público, cuja posse tenha ocorrido de forma precária, em razão de decisão judicial não definitiva.

(RE 405964 AgR, Relator Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, julgado em 24/04/2012)