

17/11/2009

SEGUNDA TURMA

AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 651.795 RIO GRANDE DO NORTE

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES  
AGTE.(S) : JOÃO FRANCISCO OTERO SILVÉRIO  
ADV.(A/S) : MAURO MACHADO CHAIBEN E OUTRO(A/S)  
AGDO.(A/S) : UNIÃO  
ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

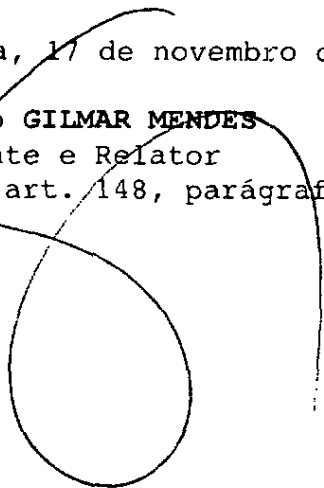
**EMENTA:** Agravo regimental em agravo de instrumento. 2. Princípio da isonomia. Matéria devidamente prequestionada. 3. Concurso público. Prova de esforço físico. Repetição do exame em outra oportunidade em decorrência de lesão muscular. Impossibilidade. Precedente. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.

**A C Ó R D ã O**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do relator.

Brasília, 17 de novembro de 2009.

Ministro **GILMAR MENDES**  
Presidente e Relator  
(RISTF, art. 148, parágrafo único)



17/11/2009

SEGUNDA TURMA

AG. REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 651.795 RIO GRANDE DO NORTE

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES  
AGTE.(S) : JOÃO FRANCISCO OTERO SILVÉRIO  
ADV.(A/S) : MAURO MACHADO CHAIBEN E OUTRO(A/S)  
AGDO.(A/S) : UNIÃO  
ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

## R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (Relator): Trata-se de demanda que visa à declaração de nulidade do resultado obtido pelo ora agravante no exame físico realizado como terceira prova do certame público instituído no Edital n.º 01/08, bem como determinação da realização de uma segunda chamada para a corrida de 100 metros do concurso da Polícia Rodoviária Federal.

A decisão de primeira instância julgou improcedente o pedido. Em sede de segunda instância, o recurso foi conhecido e provido, acautelando o pleito do agravado. Opostos embargos infringentes pelo ora agravado, o TRF da 5ª Região negou provimento por maioria.

Inconformado com a decisão de instância ordinária, o agravante interpôs recurso extraordinário, que foi obstado em face do teor da Súmula 282 do STF, ou seja, sob o fundamento de falta de prequestionamento. Irresignado, o agravado interpôs agravo de instrumento no recurso extraordinário, que foi conhecido e convertido em recurso extraordinário, cuja decisão tem o seguinte teor:

**DECISÃO:** Trata-se de agravo contra decisão que negou processamento a recurso extraordinário interposto com fundamento no art. 102, III, "a", da Constituição Federal, contra acórdão cuja ementa assim dispõe (fl. 58):  
'PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CÍVEL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. POLÍCIA RODOVIÁRIA FEDERAL.



AI 651.795-AgR / RN

TESTE FÍSICO. SEGUNDA CHANCE. POSSIBILIDADE. EVENTO EQUIPARADO A CASO FORTUITO. OCORRÊNCIA.

1. No caso concreto, configurada hipótese equiparada a caso fortuito (ocorrência de distensão muscular, durante a prova de corrida de candidato habituado à prática de exercícios físicos), não fere o princípio da isonomia a realização de segunda chamada do teste físico.

2. Situação em que presentes peculiaridades a autorizar a ilação de que a distensão não foi sofrida por estar o candidato despreparado para o cargo. Ao revés, presente se encontra nos autos atestado médico a informar que a lesão sofrida constitui em patologia comum a atletas quando diante de esforço físico (fl. 40).

3. Embargos Infringentes não providos.'

Alega-se violação ao art. 37, caput, I e II, da Carta Magna. Nas razões de recurso extraordinário, sustenta-se que (fl. 62):

'Em verdade, o deferimento do pedido da parte requerente fere o Princípio da Igualdade, consignado na Carta Magna de 1988, eis que a parte autora, em circunstância mais favorável, porque teve melhor preparação, ainda sem a presença de concorrentes e de público, face o local da competição, certamente terá maior performance no exame.'

Quanto à legalidade da exigência do exame físico, mesmo mediante apresentação de atestado médico, esta Corte, no julgamento do RE 351.142, 2ª T., Rel. Ellen Gracie, DJ 1º.7.2005, assim decidiu:

'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 demais candidatos. Criação de situação anti-isonômica.

3. Recurso extraordinário conhecido e provido.'

Desse entendimento divergiu o acórdão recorrido.

Assim, conheço do agravo e converto-o em recurso extraordinário (art. 544, §§ 3º e 4º, do CPC) para dar-lhe provimento (art. 557, § 1º-A, do CPC). Fixo em 5% (cinco por cento) sobre o valor atualizado da causa a verba honorária a ser suportada pela parte sucumbente, ressalvada a hipótese de concessão da justiça gratuita (art. 12, da Lei 1.060, de 05 de fevereiro 1950).

Chega a esta Turma agravo regimental alegando que não houve um juízo de admissibilidade do recurso, tendo em vista que

AI 651.795-AgR / RN

este não se encontra prequestionado, bem como a impossibilidade de reexame de provas por esta Corte, conforme indica o teor da súmula 279 do STF. Suscita, ainda, que a não realização de uma prova de segunda chamada não fere o princípio da isonomia. Para tanto, argumenta:

18. Conforme antes ressaltado, o *decisum* atacado por meio do presente regimental foi proferido em Agravo de Instrumento interposto pela União com o fim de reformar a decisão que inadmitiu o Apelo Extraordinário, sob o fundamento da ausência de prequestionamento da matéria constitucional apontada como violada.

19. Sem tecer qualquer manifestação acerca de tal questão, o nobre relator converteu o referido Agravo de Instrumento em Recurso Extraordinário para dar-lhe provimento.

20. Desta forma, observa-se, a priori, que o nobre relator não realizou o Juízo de Admissibilidade do Recurso Extraordinário manejado.

21. Assim, merece reforma a decisão ora atacada, tendo sido acertado a decisão proferida pelo Presidente do Tribunal *a quo*.

[...]

23. Com efeito, em parte alguma do acórdão vergastado por meio do Recurso Extraordinário manejado pela agravada, nem mesmo nos votos proferidos pelos Desembargadores que compõe o órgão julgador - o Pleno do Tribunal Regional Federal da Quinta Região -, a matéria constitucional apontada como violada foi sequer ventilada.

24. Assim, não constando no acórdão agravado qualquer interpretação, sequer referência, aos dispositivos constitucionais sob os quais se fundamenta o Apelo Extraordinário, está, portanto, ausente um dos requisitos indispensáveis ao seu conhecimento, qual seja: o prequestionamento.

[...]

31. Por outro lado, se não por tais motivos, não se faz cabível o Apelo Extremo manejado pela agravada por contrariar a Súmula n.º 279 desta Corte, haja vista que para a análise de seu mérito faz-se indispensável o reexame dos fatos e provas constantes nos autos, já que neles foi baseada a decisão do Pleno do Tribunal Regional Federal da Quinta Região, principalmente nos seguintes:

[...]

48. Para negar ao agravante o direito de fazer segunda chamada, baseou-se o nobre relator Ministro Gilmar Mendes em precedente minoritário desta Corte - RE 351142/RN - no qual se

julgou caso diverso do contido nos presentes autos, pois, no voto vista de sua própria lavra, ressalta a impossibilidade de concessão de segunda chamada diante da expressa previsão editalícia no sentido de que: 'os casos de alteração psicológica ou fisiológica temporários que impossibilitam a realização das provas ou diminuem a capacidade física dos candidatos não serão levados em consideração, não sendo dispensado nenhum tratamento privilegiado.'

49. Ora, ao contrário de tal entendimento, a Jurisprudência majoritária desta Corte Suprema de Justiça - inclusive sustentada pelos demais Ministros que compõe a Segunda Turma - em caso idêntico, tem se posicionado no sentido de que não fere o princípio isonômico permitir a realização de segunda chamada a candidato desclassificado em teste de esforço físico por, no momento da realização do teste, ter sofrido distensão muscular, já que não pôde demonstrar as suas aptidões físicas, enquanto os demais concorrentes se encontravam saudáveis e, portanto, dispunham de todo o potencial para o desempenho da prova. Senão, observe-se:

As contrarrazões ao agravo regimental indicam que a jurisprudência suscitada pelo agravante não possui correspondência com o caso concreto em análise. Nesse intento, alega-se:

O Ministro relator acertadamente deu provimento ao recurso constitucional da União, decidindo a questão de acordo com o firmado no julgamento realizado pela 2ª Turma no RE n.º 351.142, em que se discutiu demanda em tudo conforme às circunstâncias dos presentes autos.

Assim, equivoca-se o agravante quando afirma que o entendimento majoritário da Corte Suprema vai em direção oposta ao explicitado na decisão ora impugnada. É que os arestos que indica para demonstrar tal alegado - RE n.º 179.500, RE n.º 376.607, RE n.º 412.435 - não guardam identidade com o presente caso.

Com efeito, os julgados apresentados pelo ora agravante dizem respeito a ocorrências em que o candidato realizava o teste físico já debilitado de algum mal anterior que influenciava na sua performance (parto, hemorragia etc.). Situação totalmente diversa da ora examinada, em que o candidato apresentou um problema muscular durante a execução do teste físico e em decorrência de sua realização.

Vale ressaltar que na decisão do RE n.º 351.142, que corretamente se aplica ao presente caso, o Ministro Gilmar Mendes, em voto vista, explicitamente afasta ali a aplicação do entendimento firmado no RE n.º 179.500, por entender que tal precedente não se ajustava à espécie.

É o relatório.

AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 651.795 RIO GRANDE DO NORTE

## V O T O

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - (Relator): O agravante não demonstrou o desacerto da decisão agravada, proferida em conformidade com entendimento deste Tribunal, segundo o qual o candidato acometido de lesão muscular durante teste físico não tem direito a repetição da prova em outra oportunidade, v.g., o RE 351.142, 2ª T., Rel. Ellen Gracie, DJ 1º.7.2005.

No acórdão recorrido extraordinariamente ao decidir a questão, consignou-se (fl. 43):

O eminente Desembargador Federal José Maria Lucena, ao proferir Voto Condutor, analisou detalhadamente as particularidades que se apresentam no caso 'sub judice', restando convencido de que na hipótese apresentou-se a forma maior que fundamentou o provimento à Apelação do ora Embargado, o que inclusive não desatende o princípio da isonomia.

No recurso extraordinário, embora não se aponte o dispositivo constitucional relativo a isonomia, o tema foi abordado. O prequestionamento se caracteriza quando a tese jurídica constitucional foi discutida pelo acórdão recorrido e impugnada no recurso. Nesse sentido, o AI-AgR 302.577, 1ª T., Rel. Moreira Alves, DJ 17.5.2002, e o AI-AgR 522.624, 2ª T., Rel. por mim relatado, DJ 6.10.2006, cuja ementa dispõe, no que interessa:

**EMENTA:** Agravo regimental em agravo de instrumento. 2. Prequestionamento. Está prequestionada a matéria quando a tese constitucional foi debatida pelo Tribunal de origem, ainda que o aresto recorrido não mencione expressamente os dispositivos constitucionais tidos por violados. Precedente.

AI 651.795-AgR / RN

Desse modo, não há que se acolher os argumentos do agravante de que incidem, no caso, os enunciados das Súmulas 282 e 279 desta Corte.

No mérito, ao contrário do que afirma o agravante, a tese jurídica discutida nestes autos é idêntica à decidida por esta Corte no julgamento do citado RE 351.142, conforme se verifica do seguinte excerto extraído do voto da Relatora:

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.

Também não assiste razão ao agravante ao afirmar que a jurisprudência majoritária do Supremo Tribunal Federal tem se posicionado no sentido de que não há violação ao princípio da isonomia a realização de teste de esforço físico em segunda chamada, em virtude de distensão muscular de candidato no momento da realização da prova. Ressalte-se que os REs de n. 179.500, de n. 376.607, e de n. 412.435, citados pelo agravante em defesa de sua tese, trataram de hipóteses em que o candidato já se encontrava em situação especial de saúde em data anterior à da realização do teste físico. Dessa forma, as circunstâncias fáticas são diversas da situação em análise, em que o candidato foi acometido de distensão muscular durante a realização da prova de corrida.

Assim, nego provimento ao agravo regimental.



## SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 651.795

PROCED. : RIO GRANDE DO NORTE

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES

AGTE.(S) : JOÃO FRANCISCO OTERO SILVÉRIO

ADV.(A/S) : MAURO MACHADO CHAIBEN E OUTRO(A/S)

AGDO.(A/S) : UNIÃO

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

**Decisão:** Negado provimento ao agravo regimental. Decisão unânime. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Eros Grau. Presidiu, este julgamento, o Senhor Ministro Gilmar Mendes. **2ª Turma**, 17.11.2009.

Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Joaquim Barbosa e Eros Grau. Compareceu à Turma o Senhor Ministro Gilmar Mendes, Presidente do Tribunal, a fim de julgar processos a ele vinculados, assumindo, nesta ocasião, a Presidência da Turma, de acordo com o art. 148, parágrafo único, RISTF.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Mário José Gisi.

Carlos Alberto Cantanhede  
Coordenador