

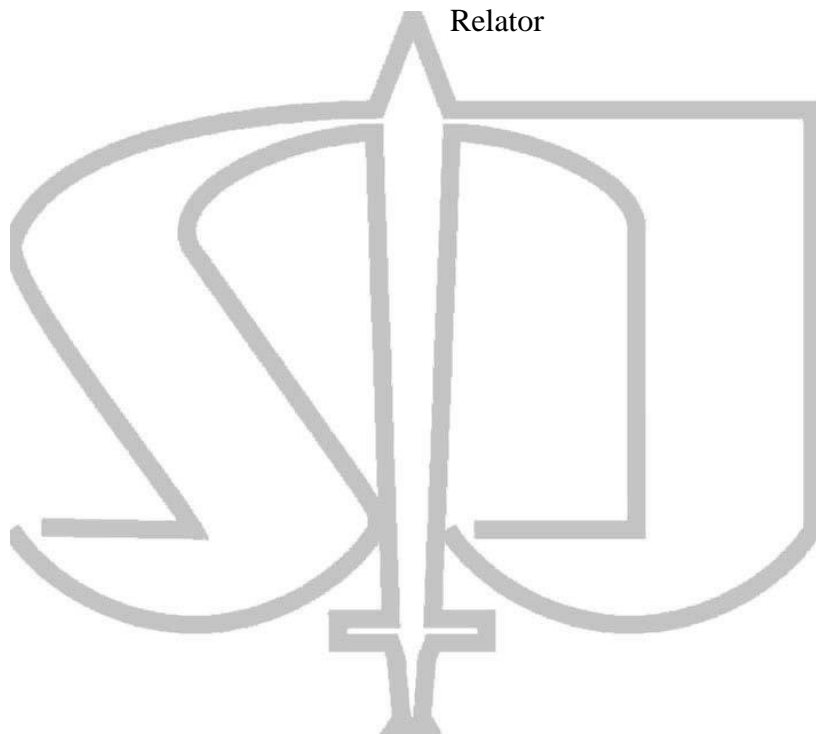
Superior Tribunal de Justiça

Gonçalves, Sérgio Kukina e Regina Helena Costa (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 26 de março de 2019 (Data do julgamento).

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator



Superior Tribunal de Justiça

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 52.622 - MG (2016/0315894-7)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por [REDACTED], com base no art. 105, II, "b", da Constituição da República, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, assim ementado (e-STJ fl. 176):

MANDADO DE SEGURANÇA ORIGINÁRIO – CONCURSO PÚBLICO – CANDIDATA LACTANTE – REMARCAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO EM CURSO DE FORMAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – ATENDIMENTO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA – PREVISÃO EDITALÍCIA – DECISÃO DO STF COM REPERCUSSÃO GERAL – SEGURANÇA DENEGADA.

- O edital do concurso público, como decorrência do “princípio da vinculação” ao instrumento convocatório, torna-se lei para a Administração e candidatos, de modo que seus termos devem ser rigorosamente observados.

- Na esteira da jurisprudência do STF, sob a sistemática da repercussão geral, havendo previsão do Edital do concurso público que vede o tratamento diferenciado entre os candidatos, inexistente direito constitucional à remarcação de provas em razão de circunstâncias pessoais dos concorrentes.

V.V. MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – AGENTE DE SEGURANÇA PENITENCIÁRIA – CANDIDATA LACTANTE – REALIZAÇÃO DO CURSO DE FORMAÇÃO TÉCNICO-PROFISSIONAL EM OPORTUNIDADE POSTERIOR – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA – DIREITO LÍQUIDO E CERTO – SEGURANÇA CONCEDIDA.

- O princípio da igualdade substancial prevê tratamento distinto para hipóteses diferenciadas, não se constituindo privilégio a realização do curso de formação em oportunidade posterior, em razão estado de lactação da candidata.

Os aclaratórios foram rejeitados.

A recorrente alega, em síntese, que inscreveu-se no concurso público para o cargo de Agente de Segurança Penitenciário Feminino do Estado de Minas Gerais, regido pelo Edital n. 03/2012, cujas inscrições ocorreram em outubro de 2012, sendo aprovada em todas as etapas, inclusive na 5ª etapa – exame médico realizada em janeiro de 2014 (oportunidade em que estava grávida).

Aduz que sua filha nasceu em 24 fevereiro de 2014 e que, posteriormente, foi convocada para realizar a 6ª etapa do certame – Curso de Formação Técnico Profissional, que teria início em 20 de março de 2014. Na data do início do curso, apresentou-se no local e horário marcados e como "estava com sua filha recém-nascida nos braços, em fase de amamentação, ela solicitou aos coordenadores do curso que lhe ofertassem condições especiais para realizar o mesmo, apresentando ainda a licença maternidade que portava" (e-STJ fl. 281), sendo o pleito indeferido.

Afirma que já era contratada pelo Estado de Minas Gerais, por prazo

Superior Tribunal de Justiça

determinado, desde o ano de 2009, para o exercício das mesmas funções, estando afastada de suas atividades laborativas em razão da licença maternidade, o que também impedia a sua participação em aulas do Curso de Formação relacionadas às atividades físicas.

Destaca que deve ser observado o direito à maternidade constitucionalmente garantido, bem como que o início do curso de formação ocorreu quase dois anos após as inscrições no certame.

Registra, por fim, que, por força de liminar deferida no presente *writ*, participou de posterior Curso de Formação, sendo aprovada. Pleiteia, assim, o provimento do recurso e a concessão da ordem, a fim de que seja ratificado o resultado do Curso de Formação já realizado, bem como seja garantida a sua permanência no concurso até a fase final.

Contrarrazões às e-STJ fls. 294/300.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Superior Tribunal de Justiça

nos autos do RE 630.733/DF (DJe 20/11/2013), pacificou o entendimento de que não há direito à remarcação de provas de concurso público em razão de circunstâncias pessoais dos candidatos, exceto se previsto em edital. A ementa sintetizou o julgado com o seguinte teor:

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. (RE 630733, Relator Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, DJe 20-11-2013)

Ambas as Turmas de Direito Público desta Corte Superior têm acompanhado a orientação firmada na Excelsa Corte, destacando que inexistente direito à remarcação de provas em razão de circunstâncias pessoais dos candidatos, exceto se previsto em edital. Ilustrativamente:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. TESTE DE APTIDÃO FÍSICA. REMARCAÇÃO. GRAVIDEZ. EDITAL. PREVISÃO. AUSÊNCIA. DIREITO. INEXISTÊNCIA.

1. As duas Turmas de Direito Público desta Corte Superior têm acompanhado a orientação firmada no Supremo Tribunal Federal, com repercussão geral reconhecida (RE 630.733/DF - DJe 20/11/2013), de que inexistente direito à remarcação de provas em razão de circunstâncias pessoais dos candidatos, exceto se previsto em edital.
2. Caso em que candidata grávida foi considerada inapta no exame de condicionamento físico de concurso público cujo edital traz expressa previsão acerca da impossibilidade de tratamento diferenciado, naquela etapa do certame, para o caso de gravidez.
3. Agravo interno desprovido. (AgRg no RMS 48218/MG, de minha relatoria, PRIMEIRA TURMA, DJe 07/02/2017)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA POLICIAL MILITAR DO ESTADO DO CEARÁ. IMPOSSIBILIDADE REMARCAÇÃO DE TESTE DE APTIDÃO FÍSICA. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA.

1. Cuida-se, originariamente, de Mandado de Segurança impetrado pelo recorrente contra suposto ato coator do Governador do Estado do Ceará, que indeferiu o seu pleito de adiamento do teste de aptidão física.
2. O recorrente afirma que se inscreveu no Concurso Público de Soldado da Polícia Militar do Estado do Ceará, contudo, apesar de aprovado nas primeiras fases do certame, não pode realizar o teste de aptidão física, pois sofreu uma

Superior Tribunal de Justiça

fratura no punho esquerdo.

3. A hipótese sub examine foi analisada pelo Supremo Tribunal Federal, que reconheceu a repercussão geral da matéria, no RE 630733/DF, Relatoria Ministro Gilmar Mendes, que decidiu pela inexistência de direito constitucional à remarcação de provas em razão de condições pessoais do candidato.
4. O STJ, em recente precedente da Primeira Turma, REsp 46.386/BA, Relatora Ministra Regina Helena Costa, DJe 23.11.2015, acompanhando orientação do STF, tem entendido pela impossibilidade de remarcação do teste de aptidão física de candidato, sem que importe violação do princípio da isonomia, ainda que a justificativa seja de caráter fisiológico ou decorrente de força maior.
5. Recurso Ordinário não provido. (RMS 50.507/CE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe 07/10/2016)

Não obstante, em julgamento realizado em 21/11/2018, também sob a sistemática da repercussão geral, RE 1.058.333/PR, o Supremo Tribunal Federal, entendendo que o RE 630.733/DF não seria aplicável às candidatas gestantes, estabeleceu a seguinte tese: “É constitucional a remarcação do teste de aptidão física de candidata que esteja grávida à época de sua realização, independentemente da previsão expressa em edital do concurso público.”

Apesar de ainda não publicado o referido julgado, da notícia constante na página oficial daquele Tribunal na internet, colhem-se as seguintes informações (disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=396322> acesso em 12/03/2019):

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu o direito de candidatas gestantes à remarcação de testes de aptidão física em concursos públicos, independentemente de haver previsão no edital. Os ministros negaram provimento ao Recurso Extraordinário (RE) 1058333, no qual o Estado do Paraná questionava acórdão do Tribunal de Justiça local (TJ-PR) que garantiu o direito à remarcação a uma candidata que não compareceu ao exame físico, que constituía etapa do certame para o cargo de Policial Militar do Estado do Paraná (PM-PR), em razão da gravidez de 24 semanas. Como o tema debatido no recurso teve a repercussão geral reconhecida, a decisão majoritária tomada nesta quarta-feira (21) pelo STF deverá ser aplicada pelas demais instâncias nos casos semelhantes. Foi aprovada a seguinte tese de repercussão geral: “É constitucional a remarcação do teste de aptidão física de candidata que esteja grávida à época de sua realização, independentemente da previsão expressa em edital do concurso público”.

Em seu voto, o relator do recurso, ministro Luiz Fux, destacou que, diversamente do alegado pelo Estado do Paraná, a decisão do TJ-PR não afrontou o princípio da isonomia entre os candidatos, mas apenas garantiu o direito de pessoa com condições peculiares que necessitava de cuidados especiais. “Por ter o constituinte estabelecido expressamente a proteção à maternidade, à família e ao planejamento familiar, a condição de gestante goza de proteção constitucional reforçada. Em razão deste amparo constitucional específico, a gravidez não pode causar prejuízo às candidatas, sob pena de malferir os princípios da isonomia e da razoabilidade”, afirmou. Para ele, o não reconhecimento desse direito da mulher compromete a autoestima social e a estigmatiza. “O efeito catalizador dessa exclusão é facilmente vislumbrável em uma sociedade marcada pela competitividade. As mulheres têm dificuldade em se inserir no mercado de trabalho e a galgar postos profissionais de maior prestígio e

Superior Tribunal de Justiça

remuneração. Por consequência, acirra-se a desigualdade econômica, que por si só é motivo de exclusão social”, disse Fux.

O relator classificou como incabível equiparar a gravidez a doença ou a razões de força maior que impeça a realização de determinada etapa do concurso público pelos candidatos. “A falta de autonomia física ou as dificuldades no controle do seu próprio corpo repercutem nas condições necessárias para o alcance da autonomia econômica, por isso se revela anti-isonômico criar-se restrições em razão da gravidez. Instituído expressamente como um direito social, a proteção à maternidade impede que a gravidez seja motivo para fundamentar qualquer ato administrativo contrário ao interesse da gestante, ainda mais quando tal ato impõe-lhe grave prejuízo”, afirmou. Para o ministro Fux, o TJ-PR decidiu de forma correta o caso ao assentar que não seria proporcional nem razoável exigir que a candidata colocasse a vida de seu bebê em risco, de forma irresponsável, submetendo-se a teste físico mediante a prática de esforço incompatível com a fase gestacional. O relator também rejeitou o argumento do Estado do Paraná de que a remarcação do teste de aptidão física para gestantes atrasaria a conclusão do concurso público. Segundo ele, a solução é continuar o certame com a reserva do número de vagas para essa situação excepcional. “Se após a realização do teste de aptidão física remarcado, a candidata lograr aprovação e classificação, será empossada. Caso contrário, será empossado o candidato ou candidata remanescente na lista de classificação, em posição imediatamente subsequente”, explicou.

Divergência

O ministro Marco Aurélio foi o único divergir do relator e votou pelo provimento do recurso do Estado do Paraná. Para ele, a informação de que o teste não poderia ser remarcado por nenhum motivo estava expressa no edital do concurso para a PM-PR e os candidatos deveriam ter se organizado para o certame, por isso não se pode inflingir ao estado a acusação de discriminatório. O ministro destacou que, ao contrário das doenças graves que impedem um candidato de participar das etapas do concurso, a gravidez, na maioria das vezes, é um projeto da família, não sendo compatível com a inscrição em concurso para policial militar. O ministro citou precedente (RE 630733) no qual o STF entendeu não ser possível admitir a remarcação de prova de aptidão física para data diversa da estabelecida em edital de concurso público em razão de circunstâncias pessoais de candidato, ainda que de caráter fisiológico, como doença temporária devidamente comprovada por atestado médico, salvo se essa possibilidade estiver prevista pelo próprio edital do certame.

Ressalte-se, por oportuno, que, conforme se verifica na divergência estabelecida pelo em. Ministro Marco Aurélio acima destacada, naquele caso havia expressa disposição editalícia que previa a impossibilidade de remarcação de teste por qualquer motivo.

Ainda, merecem destaque as considerações do em. Ministro Luiz Fux, ao proferir a decisão que reconheceu a existência de repercussão geral anteriormente indicada (disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313245846&ext=.pdf> acesso em 12/03/2019):

Nada obstante, considero inaplicável às candidatas gestantes o entendimento assentado no julgamento do RE 630.733, que tratou de remarcação em razão de problema temporário de saúde, hipótese absolutamente diversa da presente.

(...)

Além de gravidez não ser doença, a especial condição de gerar um filho não pode contar em desfavor da mulher. Tendo em vista que a possibilidade de remarcação do teste de aptidão física pode acarretar a eliminação da candidata gestante do concurso público ou risco à saúde da gestante e do nascituro, torna-se importante avaliar se há

Superior Tribunal de Justiça

comprometimento do princípio da isonomia ou de outros valores caros ao constituinte.

A Constituição Federal de 1988 representou um marco na promoção da igualdade de gênero, tanto em ambiente laboral quanto familiar. Assim tais valores se irradiam, inspirando a jurisprudência dessa Corte e a legislação nacional. Dentre os precedentes em que foram chanceladas medidas diferenciadoras dos gêneros em prol da igualdade material, merecem ser mencionados a Ação Declaratória de Constitucionalidade 19 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.424, em que o Plenário declarou a constitucionalidade de dispositivos da Lei 11.340/2006, Lei Maria da Penha; o RE 658.312, anulado por vícios processuais, que tratava do intervalo de quinze minutos para mulheres trabalhadoras antes da jornada extraordinária; e o MS 29.963, em que a Segunda Turma desta Corte entendeu ser possível exigir-se teste físico diferenciado para o homem e a mulher em concurso público.

Também no plano internacional, vê-se a preocupação comum de combater as injustiças sociais pautadas no gênero. O Brasil é signatário da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, internalizada por meio do Decreto 4.377, de 13 de setembro de 2002. Em particular, a fim de assegurar condições de igualdade entre homens e mulheres, o artigo 11 da Convenção assegura expressamente "o direito às mesmas oportunidades de emprego", "o direito de escolher livremente profissão e emprego"; e "o direito à proteção da saúde e à segurança nas condições de trabalho, inclusive a salvaguarda da função de reprodução".

O acesso mais isonômico a cargos públicos pressupõe que se neutralize a desvantagem que a condição natural da gravidez possa representar para a genitora, permitindo, assim, que persiga seus projetos de vida e suas ambições. A importância de se igualar as circunstâncias originais tanto quanto possível, a fim de permitir que cada pessoa aja com base nos planos de vida escolhidos, foi destacada por Will Kymlicka na seguinte passagem, verbis:

"Nossas circunstâncias afetam nossa capacidade de perseguir nossas ambições. É por isso que soa moralmente importante e é por isso que suas desigualdades têm importância. Nosso interesse pelas circunstâncias das pessoas é um interesse por promover sua capacidade de buscar seus fins. Se, ao tentarmos igualar os meios, impedirmos qualquer pessoa de alcançar seus fins, então, teremos fracassado completamente". (KYMICKA, Will. Filosofia Política Contemporânea. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 102)

Além da igualdade material, a controvérsia tangencia, ainda, as manifestações da dignidade humana da mulher (artigo Iº, II, da CRFB), sobretudo na vertente da autonomia privada (artigo 5º, caput, da CRFB). Mais especificamente, a Constituição de República se posicionou expressamente a favor da proteção à maternidade (artigo 6º) e assegurou o direito ao planejamento familiar e à liberdade reprodutiva (artigo 226, § 7º).

A possibilidade de remarcação repercute também no direito à saúde. Como bem consignou o Tribunal de origem, em juízo negativo de retratação, não se revela "proporcional nem razoável exigir que a candidata colocasse, de forma irresponsável, a vida intrauterina em risco no teste, mediante a prática de esforços físicos incompatíveis com a fase gestacional" (fl. 85).

Deve-se considerar, por fim, se a medida atende ao princípio da eficiência, especificamente no caso de concurso público. Em geral, ao aumentar a competitividade do certame, promove-se o interesse legítimo da Administração Pública de selecionar os candidatos mais bem qualificados. Há um interesse econômico em medidas inclusivas que atinjam o mercado de trabalho, como aponta Martha Nussbaum:

(...)

Superior Tribunal de Justiça

Destarte, a vexata quaestio transcende os limites subjetivos da causa, porquanto versa sobre o direito de a candidata grávida ser submetida ao teste de aptidão física em época diversa daquela inicialmente prevista no edital do concurso público. E que a questão possui significativo impacto em outros casos idênticos, em que se confrontam o interesse da candidata gestante, amparado nos direitos à igualdade material, dignidade humana e liberdade reprodutiva; o interesse social, manifestado no direito ao planejamento familiar, direito à saúde e princípios da administração pública aplicados ao concurso público; e o interesse dos demais candidatos, amparado na segurança jurídica da vinculação às cláusulas editalícias e no princípio da impessoalidade. Configura-se, assim, a relevância da matéria sob os pontos de vista social e jurídico, bem como a transcendência da questão cuja repercussão geral ora se submete ao escrutínio da Corte. (RE 1058333/PR, Relator Min. LUIZ FUX, Plenário Virtual, DJe 13/11/2017).

Entendo que, apesar de a hipótese dos autos não ser exatamente igual à analisada pelo Supremo Tribunal Federal, as premissas estabelecidas no novel julgado são plenamente aplicáveis *in casu*.

Com efeito, a candidata ora recorrente, ao ser convocada para o Curso de Formação, encontrava-se em licença maternidade, com apenas um mês de nascimento da sua filha, período em que sabidamente todas as mulheres estão impossibilitadas de praticar atividades físicas, estando totalmente voltadas para amamentação e cuidados com o recém-nascido.

Também nessa hipótese devem ser observados os direitos destacados pelo em. Ministro Luiz Fux constitucionalmente protegidos (saúde, maternidade, família e planejamento familiar), merecendo a candidata lactante o mesmo amparo estabelecido pelo STF para as gestantes.

Note-se, ademais, que o edital do certame previu a impossibilidade de adiamento da prova de condicionamento físico por testes específicos (e-STJ fl. 30), nada estabelecendo, entretanto, nesse mesmo sentido quanto ao Curso de Formação Técnico-Profissional (e-STJ fl. 36).

Assim, há direito líquido e certo a ser resguardado na presente via.

Registre-se, por fim, que, em face de liminar deferida na origem (e-STJ fls. 132/133), a ora recorrente foi convocada para o Curso de Formação posteriormente realizado (e-STJ fls. 154/155), havendo a notícia de que teria sido aprovada (e-STJ fl. 316).

Ante o exposto, já tendo ocorrido a participação da recorrente no Curso de Formação, DOU PROVIMENTO ao recurso e CONCEDO A ORDEM para garantir a presença da candidata nas demais etapas do concurso e, caso aprovada, que seja nomeada e empossada no cargo para o qual concorre.

É como voto.

Superior Tribunal de Justiça

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2016/0315894-7

PROCESSO ELETRÔNICO

RMS 52.622 / MG

Números Origem: 05304114420148130000 10000140530411003

PAUTA: 26/03/2019

JULGADO: 26/03/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GURGEL DE FARIA**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra REGINA HELENA COSTA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. DARCY SANTANA VITOBELLO

Secretária

Bela. BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE :

ADVOGADO : JEAN CARLO CORREA ROCHA - MG085987

RECORRIDO : ESTADO DE MINAS GERAIS

PROCURADOR : VALÉRIA DUARTE COSTA PAIVA E OUTRO(S) - MG088339

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Concurso Público / Edital - Curso de Formação

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina e Regina Helena Costa (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Superior Tribunal de Justiça

Página 11 de 5

