



## PODER JUDICIÁRIO

Comarca de Senador Canedo

2ª Vara (Cível, Família, Sucessões, Fazendas Públicas, Registros Públicos e Ambiental)

Protocolo: 5185912-24.2020.8.09.0174

**SENTENÇA**

\_\_\_\_\_ ajuizou a presente ação anulatória de ato administrativo em desfavor do MUNICÍPIO DE SENADOR CANEDO e \_\_\_\_\_ CONSULTORIA E CONCURSOS, partes devidamente qualificadas.

Sustenta o autor, em síntese, que se inscreveu no concurso público da Prefeitura Municipal de Senador Canedo, para o provimento do cargo de Guarda Municipal, nas vagas destinadas às pessoas com deficiência (PCD), de acordo com as normas estabelecidas no Edital 001/2019.

Salienta que logrou êxito na primeira etapa do certame, sendo convocado para a realização da prova de aptidão física.

Relata que executou com sucesso os dois primeiros testes, quais sejam, a flexão de braços e a sequência de abdominais, sendo, no entanto, eliminado no teste de corrida de 12 minutos, por não ter conseguido percorrer a distância mínima.

Aponta a ilegalidade do ato de eliminação do certame, posto que declarou e provou ser pessoa com deficiência, porém, suas limitações não foram respeitadas.

Aduz que não lhe foi oportunizada a realização de prova física adaptada às suas condições especiais, mas que, ao contrário, foi submetido à avaliação de aptidão física em condições idênticas aos demais candidatos.

Afirma, outrossim, que essa conduta do examinador viola os princípios da igualdade, isonomia e dignidade da pessoa humana, bem como os princípios de proteção às pessoas com deficiência.

Desta forma, almeja o reconhecimento da nulidade do ato administrativo que resultou em sua reprovação, bem como que seja aceita a distância por ele percorrida como suficiente à aprovação no certame ou que lhe seja aplicada a distância exigida para as candidatas mulheres ou, ainda, que lhe seja oportunizada a realização de novo teste, adaptado à sua deficiência.

A título de antecipação de tutela, pugnou, em suma, por sua permanência nas demais etapas do certame.

Com a inicial, vieram os documentos que fundamentam a pretensão.

Os benefícios da gratuidade judicial foram deferidos na movimentação 11, oportunidade em que o pedido de tutela provisória de urgência restou denegado.

Regularmente citado, o requerido \_\_\_\_\_ CONSULTORIA E CONCURSOS ofereceu resistência aos pedidos iniciais, conforme contestação apresentada no evento 17, ocasião em que, preliminarmente, arguiu sua ilegitimidade passiva e, no mérito, rechaçou os argumentos autorais.

Igualmente citado, o requerido MUNICÍPIO DE SENADOR CANEDO também ofereceu resistência aos pedidos exordiais, conforme contestação acostada na movimentação 18, momento em que arguiu, como matérias preambulares, a ausência de legitimidade ativa, a falta de interesse de agir, a impossibilidade jurídica dos pedidos e a inépcia da petição inicial. No mérito, refutou as alegações contidas na prefacial.

Réplica apresentada no evento 21.

Decisão liminar reformada na movimentação 23.

É o relato necessário.

DECIDO.

Trata-se de ação anulatória de ato administrativo, que tem como fundamento a reprovação do autor no teste de aptidão física no concurso público para o cargo de Guarda Municipal na Prefeitura de Senador Canedo.

O processo comporta julgamento antecipado, nos termos do art. 355, I, do CPC.

De saída, antes de adentrar no cerne da contenda, cumpre apreciar as preliminares arguida pelos demandados, para o fim de refutá-las.

Com efeito, sabe-se que o ordenamento pátrio sufraga a teoria da asserção, de modo que as condições da ação devem ser analisadas pelo julgador abstratamente, em conformidade com a narrativa contida na exordial, sendo que eventual aprofundamento da discussão incorreria em prematuro exame de mérito.

Nesta linha, denota-se que o Edital 001/2019, no item 1.1, aponta que "*o concurso público será realizado pela empresa \_\_\_\_\_ Consultoria e Concursos, encarregado do planejamento, organização, elaboração, aplicação e correção das provas, com fiscalização da Comissão Especial do Concurso nomeada pelo Chefe do Poder Executivo Municipal*".

Diante disso, por se tratar de entidade responsável pela realização do certame, a banca organizadora ostenta pertinência subjetiva para compor o polo passivo da presente demanda, mormente quando se discute disposição editalícia alegadamente ilegal e inconstitucional.

Semelhante entendimento é adotado pelo TJGO:

*EMENTA: AGRADO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO ADMINISTRATIVO COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA INAUDITA ALTERA PARS EM CARÁTER. TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA. COBRANÇA DE CONTEÚDOS NÃO PREVISTOS EM EDITAL. RECURSOS ADMINISTRATIVOS NÃO JULGADOS PELA BANCA ORGANIZADORA. MANUTENÇÃO DA PARTE AGRAVADA NO CERTAME. PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ARTIGO 300 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DA BANCA ORGANIZADORA DO CERTAME.*

(...)

*5. Enquanto entidades responsáveis pela realização do certame, as bancas examinadoras são partes legítimas para compor o polo passivo das demandas nas quais se discute questões relativas aos concursos públicos por elas*

*realizados, de modo que o agravo merece parcial provimento nesta parte, para o fim de determinar a reinclusão da banca IADES no polo passivo da lide originária, dada a sua legitimidade passiva ad causam. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.*

*(TJGO, Agravo de Instrumento ( CPC ) 5058305-65.2020.8.09.0000, Rel. Des(a). ALAN SEBASTIÃO DE SENA CONCEIÇÃO, 5ª Câmara Cível, julgado em 25/05/2020, DJe de 25/05/2020)*

Assim, emerge cristalina a legitimidade passiva *ad causam* do requerido \_\_\_\_\_  
CONSULTORIA E CONCURSOS.

Passo seguinte, denoto que melhor sorte não assiste ao MUNICÍPIO DE SENADOR CANEDO ao sustentar a ausência de legitimidade ativa e de interesse processual da parte autora.

Note-se que, sob a égide da já citada teoria da asserção, as condições da ação devem ser analisadas de forma abstrata, à luz dos relatos contidos na exordial, sem indevidas incursões meritórias.

Logo, não colhe êxito a tese de carência da ação sustentada pelo réu quando seus argumentos em muito se confundem com o cerne da controvérsia, desdobrando-se em inegável exame de mérito.

Ademais, diante da resistência oferecida, ressei incontestemente que a presente demanda é útil, necessária e adequada à solução da lide.

De igual sorte, tão menos há se falar em impossibilidade jurídica dos pedidos iniciais.

Isso porque, desde a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, a possibilidade jurídica do pedido deixou de ser condição da ação, tornando-se matéria atinente ao mérito.

Portanto, inviável o acolhimento de tais preliminares.

No mesmo sentido, tampouco merece guarida a alegação de inépcia da peça vestibular.

É que, da leitura da petição inicial, não é possível extrair qualquer elemento que pudesse implicar o aludido vício, eis que, em atenção ao disposto no art. 330, § 1º, do CPC, os pedidos e a causa de pedir estão devidamente delimitados e compatíveis entre si, de forma que, da narração fática, é possível extrair logicamente a conclusão apresentada pela parte autora.

Forte nesses argumentos, caem por terra as insurgências apresentadas pelos réus em suas peças defensivas.

Superadas essas matérias, face à presença das condições da ação e dos pressupostos de desenvolvimento válido e regular do processo, passo ao exame do mérito.

No caso em tela, pretende o autor obter a nulidade do ato administrativo que o considerou inapto na prova de aptidão física, de caráter eliminatório, para ingresso no cargo de Guarda Municipal da Prefeitura de Senador Canedo.

Note-se que o requerente, por possuir esmagamento de quadril, com limitação da perna direita e perda de massa mole, concorreu às vagas destinadas a candidatos portadores de deficiência, conforme se extrai de sua peça prefacial.

Não obstante, ao se submeter à prova de aptidão física necessária para a assunção do cargo postulado, foram-lhe exigidos, indistintamente, os mesmos requisitos cobrados dos candidatos da ampla concorrência, a despeito de ser portador de deficiência.

Pois bem, inicialmente, cumpre esclarecer que o simples fato de o autor não ter

impugnado previamente o edital não o impede de, em momento posterior, após ser atingido por ato administrativo de efeitos concretos, vir a questionar a atuação da banca examinadora pautada em disposição editalícia, sobretudo em casos de exclusão do concurso público.

Sobre o tema, confira-se o entendimento perfilhado pela Corte Goiana:

*REEXAME NECESSÁRIO. APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DE GOIÁS. INCOMPETÊNCIA DE FORO. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. PRECLUSÃO DO DIREITO DE IMPUGNAR O EDITAL. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. PRELIMINARES REJEITADAS.*

(...)

*3. Não há preclusão para efeito de ação judicial em decorrência da falta de impugnação administrativa de edital de concurso público, sob pena de negativa de jurisdição, pois se trata de questão extraprocessual. 4. É juridicamente possível o pedido de anulação de ato administrativo que, fundado em regra editalícia reputada ilegal, determinou a eliminação de candidato em concurso público, máxime diante da garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional. (...)*

*(TJGO, Apelação / Reexame Necessário 0337889-76.2013.8.09.0051, Rel. SEBASTIÃO LUIZ FLEURY, Goiânia - 1ª Vara da Fazenda Pública Estadual I, julgado em 04/05/2018, DJe de 04/05/2018)*

Logo, a despeito do discurso encetado pelos réus, não houve preclusão quanto à pretensão ora sob exame.

Dito isso, ingresso na análise da disposição contida no item 6.25 do Edital 001/2019, que embasou a realização da prova de aptidão física com a adoção dos mesmos critérios tanto para candidatos portadores de deficiência quanto para candidatos da ampla concorrência, *in verbis*:

*6.25 Para os candidatos inscritos aos cargos sujeitos a aplicação da prova de capacidade física, não haverá adaptação do exame às condições do candidato com deficiência ou não.*

Cuida-se, a bem da verdade, de regra oriunda do Decreto 9.508/2018, com redação dada pelo Decreto 9.546/2018. Senão, veja-se:

*Art. 4º Fica assegurada a adequação de critérios para a realização e a avaliação das provas de que trata o inciso III do art. 3º à deficiência do candidato, a ser efetivada por meio do acesso a tecnologias assistivas e a adaptações razoáveis, observado o disposto no Anexo .*

(...)

*§ 4º Os critérios de aprovação nas provas físicas para os candidatos com deficiência, inclusive durante o curso de formação, se houver, e no estágio probatório ou no período de experiência, poderão ser os mesmos critérios aplicados aos demais candidatos, conforme previsto no edital.*

Em que pesem tais disposições, faz-se necessário perceber que ambas, correlacionadas, revelam flagrante violação a postulados constitucionais, de modo que, pelos motivos adiante esboçados, é mister reconhecer sua inconstitucionalidade *incidenter tantum*.

Explico, a Constituição Federal consagrou, em seu art. 37, I e II, o princípio do amplo acesso aos cargos públicos, de modo que, atendidos os requisitos previstos em lei, assiste a todos os cidadãos brasileiros o direito de postular por um espaço de trabalho na Administração Pública.

A propósito, confira-se:

*I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;*

*II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração*

Para mais, o diploma constitucional, no mesmo artigo, também cuidou de assegurar maior participação às pessoas com deficiência no serviço público, reservando-lhes um percentual dos cargos e empregos públicos, *in verbis*:

*VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão.*

Do cotejo desses dispositivos, extrai-se a preocupação do legislador constituinte de, a par de proporcionar o livre acesso a cargos e empregos públicos para brasileiros, também avaliar a inclusão de pessoas portadoras de deficiência no mercado de trabalho, inclusive público, concretizando o princípio da igualdade e da não discriminação.

Sob essa ótica, sobreveio, ainda, o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015), cujo art. 34 prevê regras acerca do direito ao trabalho, especificando ser vedada a restrição ao trabalho ou qualquer forma de discriminação em razão da condição da pessoa com deficiência, inclusive em etapas de recrutamento, seleção, contratação, admissão, dentre outros (§ 3º).

Com amparo em todas essas premissas, salta aos olhos que a conduta dos requeridos de organizar um certame com prova de aptidão física, sem quaisquer adaptações para portadores de deficiência, viola frontalmente postulados constitucionais e legais.

Com efeito, não basta ao Estado, em sentido lato, somente reservar vagas aos portadores de deficiência, cabendo-lhe, ainda, otimizar as possibilidades de ingresso daqueles indivíduos no serviço público, mediante ações práticas que reflitam a real aplicação da igualdade.

É dizer, o princípio da igualdade e, mais detidamente, da igualdade material (isonomia), preconiza que, àqueles indivíduos iguais, deve ser reservado tratamento igual, ao passo que, àqueles indivíduos desiguais, deve ser reservado tratamento desigual, na medida de suas desigualdades.

Não por outro motivo, admitir que candidatos com e sem deficiência motora sejam submetidos ao mesmo teste de aptidão física, sem adaptações razoáveis, a pretexto de realizar a igualdade formal, implica verdadeira violação à igualdade material no caso concreto.

Noutros termos, ignorar as diferenças marcantes entre esses candidatos apenas fulmina o princípio que, alegadamente, pretendeu-se proteger com a estipulação de critérios exatamente iguais.

Nesse particular, saliento que, em estrita conformidade com os princípios da igualdade material e da proporcionalidade e razoabilidade, somente deve ser dispensado tratamento diferenciado, neste caso, àqueles candidatos portadores de deficiências motoras, uma vez que, quanto a essas deficiências, há direta e visível implicação nas provas de aptidão física.

De mais a mais, não se pode admitir como fundamento razoável para a não designação de critérios distintos de avaliação o raso argumento de que a deficiência do indivíduo seria, por si só, incompatível com as atribuições do cargo.

Isso porque, se a deficiência do candidato é passível de adaptação, não há se falar em

exclusão *prima facie* de seu direito de postular uma vaga em real igualdade de condições com os demais concorrentes ao cargo.

Desse modo, compulsando os autos, extrai-se que sequer foi franqueado ao autor o direito de realizar o teste de aptidão física em consonância com suas limitações e, ao mesmo tempo, dentro dos moldes minimamente exigíveis para a assunção das atribuições inerentes ao cargo.

A bem da verdade, ao eliminarem qualquer possibilidade de adaptação do teste de aptidão física em detrimento dos candidatos portadores de deficiência motora, atuam os requeridos de forma arbitrária, desproporcional e discriminatória, utilizando-se da condição do candidato como forma de obstar seu acesso ao serviço público sem, ao menos, envidar esforços para avaliar eventual adaptabilidade ao cargo.

Nesse contexto, impende concluir que a etapa do exame de aptidão física em comento, qual seja, o teste de corrida, deve ser realizada com distinções não apenas entre os candidatos dos sexos feminino e masculino, mas também entre os candidatos portadores de deficiência, quando sua condição assim permitir.

Logo, assiste razão ao requerente ao postular por uma adaptação razoável no prefalado teste, que venha a sopesar tanto a deficiência do candidato quanto os atributos essenciais ao cargo.

Em arrimo a conclusão esposada, veja-se a jurisprudência pátria:

*APELAÇÃO – Mandado de segurança – Concurso público – Provimento dos cargos de Professor de Educação Especial e Professor de EMEI – Candidata com deficiência classificada em primeiro lugar – Baixa acuidade visual – Eliminação em Teste de Aptidão Física – Sentença de concessão da segurança – Pretensão de reforma – Impossibilidade – Regras do edital do concurso público que não podem ser compreendidas em prejuízo do candidato deficiente, à luz das normas constitucionais e infraconstitucionais que dispõem sobre o tema, cujo objetivo primordial é possibilitar a inclusão da pessoa com deficiência e a concorrência destas em igualdade de condições, na medida de suas desigualdades - Interpretação que decorre dos primados constitucionais da dignidade da pessoa humana e da isonomia – Inadmissibilidade de imposição de teste físico com os mesmos critérios de avaliação dos demais candidatos – Deficiência que não causa cegueira e, por si só, não representa incompatibilidade com as atribuições do cargo – Necessidade de adaptação que é o motivo de sua inscrição no concurso na condição especial e não pode ser utilizada como fundamento de sua eliminação – Ofensa a direito líquido e certo caracterizada – Precedentes – Recurso não provido.*

*(TJSP; Apelação Cível 1002726-38.2018.8.26.0344; Relator (a): Maria Olívia Alves; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Público; Foro de Marília - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 13/12/2018; Data de Registro: 13/12/2018)*

*PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. POLÍCIA CIVIL. EXAME FÍSICO. INAPTO. CONDIÇÕES DA BARRA FIXA. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉCONSTITUÍDA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE.*

*1. Cuida-se, na origem, de Mandado de Segurança impetrado por candidato a cargo de investigador da Polícia Civil de Mato Grosso do Sul (PCMS/2013), com o objetivo de desconstituir suposto ato ilícito praticado pela banca examinadora, que o teria excluído do concurso público, a despeito de ter submetido os interessados a teste de barra fixa com o equipamento em desacordo com as normas editalícias.*

*(...)*

4. Ademais, o princípio da isonomia, que deve nortear os concursos públicos, não condiz com a fixação de limites variáveis intuitu personae, com o estabelecimento, por exemplo, de alturas ou distâncias determinadas em função das características individuais dos pretendentes ao cargo. Esta igualdade imposta pelo princípio da isonomia não está nos candidatos ao cargo, mas na prova e nas condições de sua realização, que devem ser as mesmas para todos de determinado grupo: homens, mulheres, pessoas com deficiência e outros.

5. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no RMS 49.812/MS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/03/2016, DJe 19/05/2016)

Portanto, exsurge incontroverso que o ato administrativo de eliminação do autor do certame em questão encontra-se maculado de nulidade, eis que praticado em razão da reprovação do demandante no teste de corrida, quando, em verdade, o teste deveria ter sido adaptado às suas condições como portador de deficiência, respeitando-se a discricionariedade da banca para eleger os novos critérios.

Ora, a disposição editalícia e o art. 4, § 4º, do Decreto 9.508/2018, nos quais esse ato administrativo se baseou, violam normas estruturais do diploma constitucional pátrio, tais como os princípios da igualdade (art. 5º, caput), da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da busca por uma sociedade livre, justa e solidária, sem preconceitos de qualquer sorte (art. 3º, I e IV), bem como os direitos das pessoas portadoras de deficiência à inclusão, ao trabalho e, em síntese, ao livre acesso aos cargos públicos.

Firme nessas constatações, reconhecendo a inconstitucionalidade incidental do art. 4, § 4º, do Decreto 9.508/2018, não deve subsistir o ato administrativo impugnado, cuja declaração de nulidade é medida que se impõe.

Quanto aos desdobramentos dessa nulidade, esclareço que não colhe êxito o pleito do requerente no sentido de que a distância por ele percorrida no teste de corrida seja aceita como suficiente à aprovação no exame, nem tampouco merece prosperar a pretensão de ser aplicado por este órgão julgador o limite mínimo de distância estipulado pela banca às candidatas do sexo feminino.

Ao contrário, não é dado ao Poder Judiciário imiscuir-se nos critérios de avaliação eleitos pela banca examinadora de concursos públicos, escapando de suas atribuições o exame do mérito acerca dessas questões.

Cabe-lhe, somente, proceder ao controle de legalidade desses critérios, de modo que, realizado esse controle de compatibilidade não apenas com a lei mas com toda a ordem jurídica, cumpre a este órgão julgador determinar à banca examinadora que fixe, nos limites de sua discricionariedade, critérios diferentes na prova de corrida para os portadores de deficiência motora, em geral, considerando o autor aprovado no caso de já ter alcançado a distância mínima a ser estipulada ou, em caso negativo, submetendo-o a nova prova.

Na confluência desses argumentos, o acolhimento dos pedidos iniciais é medida que se impõe.

Ante o exposto, resolvo julgar procedente a pretensão do demandante, a fim de declarar a nulidade do ato administrativo que, pautado em sua reprovação no teste de corrida, eliminou-o do certame, determinando, ainda, que a banca examinadora fixe critérios diferentes no teste de corrida para os candidatos portadores de deficiência motora, em geral, considerando o autor aprovado no caso de já ter alcançado o mínimo ou, se não, submetendo-o a nova prova.

Condeno as requeridas, outrossim, no pagamento, *pro rata*, dos honorários advocatícios, fixados em R\$ 1.000,00, nos termos do art. 85, § 8º, do CPC.

Condeno a segunda ré no pagamento da metade das custas processuais, ficando o ente público exonerado de tal ônus, face à isenção legal.

P. R. I.

Sentença sujeita à remessa necessária (art. 496 do CPC).

Senador Canedo, 24 de setembro de 2020.

**THULIO MARCO MIRANDA**

Juiz de Direito