

21/11/2018

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.058.333 PARANÁ

RELATOR	: MIN. LUIZ FUX
RECTE.(S)	: ESTADO DO PARANÁ
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARANÁ
RECDO.(A/S)	: EVELINE BONFIM FENILLI SPINOLA
ADV.(A/S)	: GILBERTO KANDA

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATA GRÁVIDA À ÉPOCA DA REALIZAÇÃO DO TESTE DE APTIDÃO FÍSICA. POSSIBILIDADE DE REMARCAÇÃO INDEPENDENTE DE PREVISÃO EDITALÍCIA. DIREITO À IGUALDADE, DIGNIDADE HUMANA E LIBERDADE REPRODUTIVA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO.

1) O teste de aptidão física para a candidata gestante pode ser remarcado, posto direito subjetivo que promove a igualdade de gênero, a busca pela felicidade, a liberdade reprodutiva e outros valores encartados pelo constituinte como ideário da nação brasileira.

2) A remarcação do teste de aptidão física, como único meio possível de viabilizar que a candidata gestante à época do teste continue participando do certame, estende-lhe oportunidades de vida que se descortinam para outros, oportunizando o acesso mais isonômico a cargos públicos.

3) O princípio da isonomia se resguarda, ainda, por a candidata ter de, superado o estado gravídico, comprovar que possui a mesma aptidão física exigida para os demais candidatos, obtendo a performance mínima.

4) A família, mercê de ser a base da sociedade, tem especial proteção do Estado (artigo 226 da CRFB), sendo certo que a Constituição de República se posicionou expressamente a favor da proteção à maternidade (artigo 6º) e assegurou direito ao planejamento familiar (artigo 226, § 7º), além de encontrar especial tutela no direito de previdência social (artigo 201, II) e no direito de assistência social (artigo 203, I).

RE 1058333 / PR

5) O direito à saúde, tutelado expressamente no artigo 6º, requer uma especial proteção no presente caso, vez que a prática de esforços físicos incompatíveis com a fase gestacional pode por em risco a saúde da gestante ou mesmo do bebê.

6) O constituinte expressamente vedou qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas que obstaculize o planejamento familiar (art. 226, §7º), assim como assegurou o acesso às informações e meios para sua efetivação e impôs o dever de propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito.

7) A ampla acessibilidade a cargos, empregos e funções públicas é assegurada expressamente em nosso sistema constitucional (art. 37, I), como corolário do princípio da isonomia, da participação política e o da eficiência administrativa.

8) A remarcação do teste de aptidão física realiza com efetividade os postulados constitucionais, atingindo os melhores resultados com recursos mínimos, vez que o certame prossegue quanto aos demais candidatos, sem descuidar do cânone da impessoalidade.

9) A continuidade do concurso em geral, com reserva de vagas em quantidade correspondente ao número de candidatas gestantes, permite que Administração Pública gerencial desde logo supra sua deficiência de contingente profissional, escopo último do concurso, assim como permite que os candidatos aprovados possam ser desde logo nomeados e empossados, respeitada a ordem de classificação.

10) O adiamento fundamentado na condição gestatória se estende pelo período necessário para superação da condição, cujas condições e prazos devem ser determinados pela Administração Pública, preferencialmente em edital, resguardada a discricionariedade do administrador público e o princípio da vinculação às cláusulas editalícias.

11) A inexistência de previsão em edital do direito à remarcação, como no presente caso, não afasta o direito da candidata gestante, vez que fundado em valores constitucionais maiores cuja juridicidade se irradia por todo o ordenamento jurídico. Por essa mesma razão, ainda

RE 1058333 / PR

que houvesse previsão expressa em sentido contrário, assegurado estaria o direito à remarcação do teste de aptidão para a candidata gestante.

12) A mera previsão em edital do requisito criado pelo administrador público não exsurge o reconhecimento automático de sua juridicidade.

13) A gravidez não se insere na categoria de “problema temporário de saúde” de que trata o Tema 335 de Repercussão Geral. É que a condição de gestante goza de proteção constitucional reforçada, por ter o constituinte estabelecido expressamente a proteção à maternidade, à família e ao planejamento familiar.

14) Nego provimento ao recurso, para fixar a tese de que “*É constitucional a remarcação do teste de aptidão física de candidata aprovada nas provas escritas que esteja grávida à época de sua realização, independentemente da previsão expressa em edital do concurso público*”.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria, apreciando o tema 973 da repercussão geral, em negar provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Marco Aurélio. Em seguida, por unanimidade, fixou-se 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*”. Não participaram, justificadamente, da votação da tese, os Ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski.

Brasília, 21 de novembro de 2018.

Ministro LUIZ FUX - RELATOR

Documento assinado digitalmente

21/11/2018

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.058.333 PARANÁ

RELATOR	: MIN. LUIZ FUX
RECTE.(S)	: ESTADO DO PARANÁ
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARANÁ
RECDO.(A/S)	: EVELINE BONFIM FENILLI SPINOLA
ADV.(A/S)	: GILBERTO KANDA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Trata-se de recurso extraordinário, manejado pelo Estado do Paraná, com arrimo no artigo 102, inciso III, alínea *a*, do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná que assentou, *verbis*:

“DIREITO ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DO CARGO DE POLICIAL MILITAR DO ESTADO DO PARANÁ. NEGATIVA DA ADMINISTRAÇÃO EM REALIZAR O TESTE DE APTIDÃO FÍSICA DA CANDIDATA, GRÁVIDA DE 24 (VINTE E QUATRO) SEMANAS, EM DATA DIVERSA. ATO ILEGAL, VIOLADOR DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. PROTEÇÃO DA GRAVIDEZ, DA MATERNIDADE E DO LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR. CASO DE FORÇA MAIOR QUE ADMITE A REALIZAÇÃO DE SEGUNDA CHAMADA. EXEGESE DO ENUNCIADO N.º 40 DAS 4ª. E 5ª. CÂMARAS CÍVEIS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA CARACTERIZADA. PRECEDENTES. RESERVA DA VAGA. POSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA EM SEDE DE REEXAME NECESSÁRIO.” (Fls. 27-28)

RE 1058333 / PR

Noticiam os autos que Eveline Bonfim Fenilli Spinola, ora recorrida, impetrou mandado de segurança visando assegurar sua continuidade no concurso da Polícia Militar do Paraná (Edital 110712012). Concedida definitivamente a segurança pelo juízo da 4ª Vara de Fazenda Pública, ficou mantida a reserva de vaga para proceder à realização do exame físico em momento posterior à sua gravidez.

O recorrente interpôs o cabível recurso de apelação, pugnando, em síntese, pela reforma do julgado. Asseverou, na oportunidade, que o pedido da autora violou a igualdade, prevista no artigo 5º da Constituição Federal, bem como o item 20.2 do edital, o qual estabelece que *"Não haverá segunda chamada para qualquer fase do certame seja qual for o motivo da ausência do candidato, nem serão aplicadas provas em locais ou horários diversos dos estipulados em Editais de Convocação"*. Alegou, ainda, que a reserva de vaga viola o princípio da continuidade do Serviço Público.

Em sede de apelação, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade, negou provimento ao recurso e manteve a sentença em sede de reexame necessário, nos termos do voto e sua fundamentação. O Tribunal *a quo*, então, consignou:

"No caso sob apreciação, dúvida não há de que a impetrante, ora apelada, teve violado direito líquido e certo.

Não se ignora que o Edital n.º 1107/2012, nos itens 15.6 e 20.1, veda a realização de segunda prova para o candidato que não comparecer no exame, verbis:

'[...] 15.6. Não será marcada nova data para a realização do TSF para candidatos impossibilitados, mesmo que temporariamente, para a sua realização.

[...] 20.1. Será eliminado do Processo Seletivo, além dos outros casos expressamente previstos no presente Edital, o candidato que:

(...) b) faltar ou chegar atrasado para a realização de

RE 1058333 / PR

qualquer prova, teste ou exame, ou não atender a chamada para a realização de qualquer um dos testes;'

Encampando estas regras editalícias, o Enunciado n.º 40 das 4ª e 5ª. Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná estabelece que, 'Em concurso público inexistente direito de candidatos, em razão de circunstâncias pessoais, à prova de segunda chamada nos testes de aptidão física, salvo casos excepcionalíssimos e contrária disposição editalícia'.

Ocorre que a condição gestacional da impetrante enquadra-se justamente na excepcionalidade, por constituir hipótese de força maior, a autorizar a realização do teste em outra data.

Veja-se que o apelante possuía ciência da condição gestacional, conforme requerimento solicitado pela candidata no mov. 1.5, respondido no mov. 1.6, de modo que tanto na via administrativa como na judicial era possível refutar a veracidade do laudo.

Nesse passo, não há que se falar em ofensa ao princípio do contraditório, mostrando-se a declaração médica juntada no mov. 1.4 do caderno processual como prova documental idônea que demonstra, a contento, a gravidez na vigésima quarta semana, fato que impedia que a candidata se submetesse a esforço físico no exame.

Além disso, a condição especial da apelada não deve ser interpretada em seu desfavor.

Isso porque, a Constituição Federal dispõe sobre a proteção à maternidade e à gestante, em seu artigo 6º., bem como preceitua, no § 7º. do artigo 226, o princípio do livre planejamento familiar, o qual determina que o desenvolvimento da família deve ser de decisão exclusiva de seus próprios membros, sem a ocorrência de interferência externas.

Por oportuno, anote-se que em casos análogos, envolvendo a impossibilidade de candidata gestante participar de exame físico em concurso público, o colendo Superior Tribunal de Justiça já decidiu pela autorização de remarcação do teste, entendendo que o período de gravidez trata-se de caso de força maior." (Fls. 31-33)

Os embargos de declaração opostos foram desprovidos (fls. 51-57).
Irresignado, o Estado do Paraná interpôs Recurso Extraordinário (fls.

RE 1058333 / PR

63-69). Nas razões do apelo extremo, sustenta preliminar de repercussão geral e, no mérito, aponta violação aos artigos 5º, *caput*, 6º, 37 e 226, § 7º, da Constituição Federal. Alega que o acórdão recorrido permitiu à recorrida realizar o exame de capacidade física do concurso da Polícia Militar em momento posterior à sua gravidez, o que contraria o que decidido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 630.733, da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, Tema 335 da Repercussão Geral.

Instada a se manifestar, a recorrida deixou transcorrer *in albis* o prazo para apresentar suas contrarrazões (certidão de fl. 71-verso).

Em primeiro exame de admissibilidade, a Vice-Presidência do Tribunal de origem determinou o retorno dos autos à Câmara julgadora para a apreciação da controvérsia à luz do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal na análise do Tema 335 da Repercussão Geral.

Em juízo negativo de retratação, a Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná manteve a decisão anteriormente proferida, em acórdão que porta a seguinte ementa:

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ARTIGO 543-B, § 3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. CONCURSO PÚBLICO. NEGATIVA DA ADMINISTRAÇÃO EM REALIZAR O TESTE DE APTIDÃO FÍSICA DA CANDIDATA, GRÁVIDA DE 24 (VINTE E QUATRO) SEMANAS, EM DATA DIVERSA. PROTEÇÃO DA GRAVIDEZ, DA MATERNIDADE E DO LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR. OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA CARACTERIZADA. DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N.º 630.733/DF, QUE NÃO DESTOA DO ACÓRDÃO PROFERIDO POR ESTE ÓRGÃO JULGADOR, VEZ QUE NÃO É POSSÍVEL EQUIPARAR GRAVIDEZ À DOENÇA. PREMISSAS FÁTICAS DIVERSAS. HIPÓTESE ORA RETRATA

RE 1058333 / PR

QUE O EDITAL NÃO REGULAMENTA O TEMA NO TOCANTE À GESTANTE. JUÍZO DE RETRATAÇÃO NÃO REALIZADO.” (Fl. 82)

Em novo exame de admissibilidade, a Vice-Presidência do Tribunal *a quo*, considerando o teor da decisão supracitada, proferiu juízo positivo de admissibilidade do recurso.

Em sequência, por entender que o tema constitucional versado nestes autos é relevante do ponto de vista político, social e jurídico, e ultrapassa os interesses subjetivos da causa, submeti-o ao Plenário Virtual (Tema 973). Por unanimidade, a repercussão geral do tema constitucional foi reconhecida por esta Corte, em acórdão assim ementado:

“EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. TESTE DE APTIDÃO FÍSICA. CANDIDATA GESTANTE. DIREITO À REMARCAÇÃO SEM PREVISÃO EDITALÍCIA. TEMA 335 DA REPERCUSSÃO GERAL. RE 630.733. INAPLICABILIDADE. DIREITO À IGUALDADE, À DIGNIDADE HUMANA E À LIBERDADE REPRODUTIVA. PRINCÍPIOS DA IMPESSOALIDADE E DA EFICIÊNCIA NO CONCURSO PÚBLICO. RECONHECIDA A EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.”

(RE 1.058.333 RG, Relator Min. Luiz Fux, Dje 10/11/2017)

Em seu parecer, a Procuradoria Geral da República manifestou-se pelo desprovimento do recurso extraordinário, tendo em vista a igualdade de gênero e proteção à família. Confira-se a respectiva ementa:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONCURSO PÚBLICO. TESTE DE APTIDÃO FÍSICA. CANDIDATA GESTANTE. REMARCAÇÃO DA PROVA. REALIZAÇÃO MATERIAL DO DIREITO À IGUALDADE. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. LIBERDADE REPRODUTIVA. PROTEÇÃO À

RE 1058333 / PR

FAMÍLIA. PARECER PELO DESPROVIMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 1. Não se pode confundir o direito da candidata gestante à remarcação da prova física em concurso público com o direito de adiamento da prova por motivos diversos, em razão da essencialidade do tema em debate, bem como da necessidade de se igualar materialmente a mulher e o homem nos certames públicos. 2. Parecer pelo desprovimento do recurso extraordinário.”

É o relatório.

21/11/2018

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.058.333 PARANÁ

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Trata-se de recurso extraordinário, manejado com arrimo na alínea *a* do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná que manteve sentença concessiva de segurança em ação mandamental.

Sob o fundamento de proteção à gravidez, à maternidade e ao livre planejamento familiar, bem como do princípio da isonomia, o tribunal *a quo* admitiu que candidata ao cargo de Policial Militar do Estado do Paraná, grávida de vinte e quatro semanas, pudesse realizar o teste de aptidão física após superado o estado gravídico. A fim de efetivar a tutela jurisdicional, determinou-se a reserva da vaga para posterior nomeação da candidata, caso obtivesse êxito no teste, ou de outro candidato aprovado, respeitada a ordem classificatória.

A controvérsia *sub examine* consiste em saber, à luz dos arts. 1º, III, 5º, I e II e 37, I e II, da Constituição da República, se a gravidez é fundamento idôneo para legitimar a remarcação de teste de aptidão física de candidata impossibilitada de realizá-lo na data originalmente prevista, ainda que não haja expressa previsão no edital do concurso público.

Sob o enfoque preliminar da admissibilidade recursal, consigno o preenchimento de todos os requisitos de admissibilidade do presente recurso, notadamente o da tempestividade, prequestionamento, legitimidade e o do interesse recursal, além repercussão geral da matéria, já reconhecida por esta Corte.

RE 1058333 / PR**O CASO CONCRETO**

Consta nos autos que a recorrida participou do concurso público objeto do Edital nº 1107/2012, visando alcançar o cargo de Policial Militar do Estado do Paraná. Assim, tendo sido aprovada na prova objetiva, foi convocada para submeter-se ao exame físico.

Considerando seu estado de saúde debilitado em razão de se encontrar em estado gestacional, requereu administrativamente a remarcação do teste, tendo seu pleito indeferido. Diante disso, discorrendo acerca do direito que entende ampará-la na espécie, impetrou mandado de segurança nos seguintes termos:

“a) seja concedida a ordem em favor da impetrante, deferindo-se a segurança liminarmente, inaudita altera parte, em razão da ofensa ao direito líquido e certo, e pela configuração inequívoca do perigo da demora; garantindo a Impetrante sua continuidade no concurso público para o preenchimento de vagas para Soldado da Polícia Militar, embora esteja temporariamente inapta à realização do Exame e Capacidade Física, em razão do comprovado estado de gravidez, e ainda, designe data posterior ao período gestacional para a realização da 2ª fase do concurso, respeitando o prazo de 180 dias após o parto; b) ao final, seja definitivamente concedida a ordem em favor da impetrante confirmando a liminar que imperiosamente deve ser deferida, sendo julgado procedente o Mandado de Segurança; (...)” (fl.10).

Concedida a segurança, foi assegurado à impetrante, ora recorrida, sua continuidade no certame público, ficando assim mantida a reserva de vaga, para, depois de superado o estado gravídico, proceder à realização do exame físico.

Contra a decisão proferida, foram interpostos apelação e embargos de declaração do Estado do Paraná, a que a 4ª Vara da Fazenda Pública, por unanimidade de votos, negou provimento, mantendo a sentença que

RE 1058333 / PR

concedeu a ordem. Confira-se a respectiva ementa do acórdão recorrido, *verbis*:

“DIREITO ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME SEGURANÇA. NECESSÁRIO. CONCURSO MANDADO PÚBLICO DE PARA PROVIMENTO DO CARGO DE POLICIAL MILITAR DO ESTADO DO PARANÁ. NEGATIVA DA ADMINISTRAÇÃO EM REALIZAR O TESTE DE APTIDÃO FÍSICA DA CANDIDATA, GRÁVIDA DE 24 (VINTE E QUATRO) SEMANAS, EM DATA DIVERSA. ATO ILEGAL, VIOLADOR DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. PROTEÇÃO DA GRAVIDEZ, DA MATERNIDADE E DO LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR. CASO DE FORÇA MAIOR QUE ADMITE A REALIZAÇÃO DE SEGUNDA CHAMADA. EXEGESE DO ENUNCIADO N.º 40 DAS 4ª . E 58. CÂMARAS CÍVEIS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA CARACTERIZADA. PRECEDENTES. RESERVA DA VAGA. POSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.” (TJPR. Apelação Cível e Reexame Necessário nº 1.351.698-6, 4ª Vara de Fazenda Pública. DJe 10.08.2015)

Vê-se, assim, que, tendo sido aprovada na prova objetiva, foi assegurado à recorrida o direito de realizar o exame de capacidade física do concurso da Polícia Militar do Paraná em momento posterior à sua gravidez.

INAPLICABILIDADE DO TEMA 335 DE REPERCUSSÃO GERAL

Reconhecida por este Plenário a repercussão geral da questão posta a exame, sob o Tema 973, insta ilidir o enquadramento no quanto decidido por esta Corte ao julgar o Recurso Extraordinário 630.733, a fim de demonstrar a inaplicabilidade dos argumento ali expostos ao presente caso.

RE 1058333 / PR

À ocasião, esta Suprema Corte assentou entendimento no sentido da inexistência de direito constitucional à remarcação de provas em razão de circunstâncias pessoais dos candidatos, ainda que fundadas em motivo de força maior, salvo quando expressamente autorizado no edital. Por oportuno, trago à colação a ementa do referido julgado:

“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 630.733. Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 20/11/2013)

Tal entendimento, assentado no Tema 335 da Repercussão Geral, no entanto, é inaplicável às candidatas gestantes, porquanto trata de hipótese absolutamente diversa da presente. No RE 630.733, tratou-se de caso de remarcação de teste de aptidão física em concurso público em razão de *problema temporário de saúde*. Em especial, o candidato portava epicondilite gotosa no cotovelo esquerdo e a regra editalícia claramente vedava a remarcação do exame para caso de luxação e fratura.

A Instrução Normativa n. 5/2001 ANP/DPF que regulamentava, à época, a aplicação da prova de capacidade física nos processos seletivos instituídos pela Academia Nacional de Polícia, estabelecia que *“os casos de alterações orgânicas (estados menstruais, indisposições, câibras, contusões, etc.) que impossibilitem o candidato de submeter-se aos testes ou diminuam sua*

RE 1058333 / PR

capacidade física e/ou orgânica não serão aceitos para fins de tratamento diferenciado por parte da Administração”.

Tal hipótese diverge substancialmente do caso sob exame, em que a candidata, ora recorrida, não compareceu ao teste de capacidade física, em razão de sua gravidez de 24 (vinte e quatro) semanas. A diferenciação se fundamenta substancialmente em dois alicerces: as circunstâncias fáticas de cada caso e nos valores constitucionais em conflito.

Mais evidentes, as circunstâncias fáticas do paradigma não se confundem com as do presente caso. É o que deriva de uma interpretação literal do quanto estabelecido no precedente, cuja ementa delimita a hipótese em *“remarcação de teste de aptidão física em concurso público em razão de problema temporário de saúde”*. À toda evidência, gravidez não se insere na categoria de *“problema temporário de saúde”*. Em sentido análogo, cite-se o RE 1.065.080, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 17/08/2017; o RE 1.015.798 Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 16/02/2017; e o ARE 820.065-AgR, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, DJe de 17/12/2015, cujo excerto bem sintetiza o ponto, *verbis*:

“Ressalto, inaplicável ao caso a orientação firmada no julgamento do RE 630.733, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado sob a sistemática da repercussão geral, no qual decidiu-se pela impossibilidade de remarcação de teste físico em razão de problema temporário de saúde quando presente vedação expressa no edital.

Com efeito, a hipótese presente versa situação fática distinta, conforme consignado pela Corte de origem, porquanto ‘(...) não há previsão no edital no sentido de que a candidata será eliminada em virtude de gravidez (...)’, tampouco constitui estado de gravidez ‘problema temporário de saúde’.”

(ARE 820.065-AgR, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, DJe de 17/12/2015)

A literalidade da ementa demonstra também que, mesmo em relação a circunstâncias pessoais do candidato, as conclusões do RE 630.733 não

RE 1058333 / PR

são tão peremptórias. Como se infere da ementa, concluiu-se que da isonomia “*não decorre, de plano, a possibilidade de realização de segunda chamada*”. Em relação ao caso concreto e a hipóteses análogas, de fato o Plenário concluiu descabida a remarcação.

Some-se, ainda, que, ao delimitar o escopo do caso paradigma, o ministro Gilmar Mendes aduziu à existência de previsão editalícia como uma das razões de decidir:

“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”.

No presente caso, contudo, a hipótese fática que motiva o pleito da recorrida não encontra qualquer previsão em edital. A remarcação, portanto, não viola o princípio da vinculação ao edital, nem o quanto delimitado pelo administrador contratante. No mesmo sentido, entendeu a ministra Cármen Lúcia, no ARE 901.116, *verbis*:

“7. Na espécie, pela ausência de disposição no Edital do certame sobre as candidatas grávidas, a Décima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro assegurou à Agravada, aprovada no cargo de soldado de bombeiro militar, o direito de realizar a prova de aptidão física em outra data, por estar ela grávida.

Por ter o Tribunal de origem decidido não haver desrespeito às normas editalícias, o caso em exame se distingue do examinado no Recurso Extraordinário n. 630.733, com repercussão geral reconhecida, no qual haveria vedação expressa em edital a impossibilitar a remarcação de provas, considerando-se circunstâncias pessoais dos candidatos.

Diversamente do que sustenta o Agravante, não afronta o

RE 1058333 / PR

princípio da isonomia entre os candidatos o que decidido pelo Tribunal de origem assegura-o, pois impedir a candidata grávida de prosseguir no certame seria tratar de maneira desigual pessoa em condições peculiares a necessitar de cuidados especiais.

Não há como se ter considerar contrariado o princípio da isonomia, que, conforme assente na doutrina, consiste justamente em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades. Tampouco houve afronta aos requisitos exigidos para a admissão em concurso público, por se tratar de situação excepcional, sem previsão nas normas editalícias:

(...)

8. Ressalte-se ter o Tribunal de Justiça decidido que, “no edital do concurso público n. 001/2014, não há previsão específica sobre as candidatas grávidas. Inaplicável aqui o julgamento, com repercussão geral, do RE 630.733-DF (Plenário do Supremo, DJe 20,11,2013)” .

(ARE 901.116, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 12/08/2015)

A despeito de as hipóteses diferenciarem-se quanto à previsão editalícia, note-se que a mera previsão em edital do requisito criado pelo administrador público não exsurge o reconhecimento automático de sua juridicidade. Como já assentei em outra oportunidade, as restrições editalícias para o ingresso em cargo, emprego ou função pública devem respeito aos preceitos constitucionais e legais (RE 898.450, Relator Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 17/08/2016, DJe 31/05/2017).

A Administração Pública, ainda que lhe incumba a estipulação de diversos requisitos editalícios, não pode escudar-se em uma pretensa discricionariedade para criar barreiras arbitrárias para o acesso às funções públicas, mormente quando disso decorre violação a direitos fundamentais e malfere o escopo do certame público, como no presente caso.

A par das circunstâncias fáticas, há, ainda, outras razões que justificam o *distinguishing* entre a gravidez e as “circunstâncias pessoais

RE 1058333 / PR

do candidato”, fato fundamento que serviu de base à *ratio decidendi*.

Há de reconhecer que o interesse de que a grávida leve a gestação a termo com êxito exorbita os limites individuais da genitora, alcançando outros indivíduos e a coletividade. Enquanto a saúde pessoal do candidato configura “*motivos exclusivamente individuais e particulares*”, a maternidade e a família constituem direitos fundamentais do *homem-social* e do *homem-solidário*, na nomenclatura de José Afonso da Silva (*Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 186).

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 desse amparo constitucional específico, a gravidez não pode causar prejuízo às candidatas. Sob pena de malferir os princípios da isonomia e razoabilidade, surge, na hipótese, o direito à remarcação do teste, quando, por estarem gestante no dia da realização da prova física, restam impossibilitadas de realizar o teste.

Sem que se pretenda estabelecer qualquer hierarquia entre direitos fundamentais ou restringir a autonomia reprodutiva da mulher, o interesse transindividual explícita que as razões de decidir do precedente distinguem-se das do presente caso. Por tal razão, não se pode estender o juízo de ponderação perpetrado em relação a “*problema temporário de saúde*” à hipótese em que a impossibilidade de realização do teste de aptidão física decorre de gravidez.

Assim, ao conceder definitivamente a segurança, mantendo “*a reserva de vaga para, depois de superado o estado gravídico, proceder à realização do exame físico*”, o Juízo da 4ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba não destoou expressamente do quanto ora se aduz, nem se esquivou da sistemática de repercussão geral, vez

RE 1058333 / PR

que o RE 630.733, referido *leading case*, tratava de hipótese diversa.

Realizado o devido *distinguishing*, verifica-se não apenas a repercussão geral da questão posta a exame, reconhecida no Tema 973, mas também a importância de se analisar a controvérsia que se descortina à luz do caso concreto. É que a questão revela delicada imbricação, em que se confrontam o interesse da candidata gestante, amparado nos direitos à igualdade material e dignidade humana; 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.

IGUALDADE MATERIAL E LIBERDADE INDIVIDUAL

A Constituição Federal de 1988 representou um marco contra a discriminação de gênero, tanto em ambiente familiar quanto laboral. A promoção do bem de todos, sem preconceito de sexo, foi alçada a objetivo fundamental da República (art. 3º, IV), mercê de ter sido explicitada a igualdade entre homens e mulheres em direitos e obrigações (art. 5º, I). Aplicada a isonomia às relações de trabalho, a proibição de diferença de critério de admissão por motivo de sexo foi expressamente reconhecida como direito dos trabalhadores (art. 7º, XXX), aplicáveis aos servidores públicos (art. 39, §3º), admitido o estabelecimento de requisitos diferenciados quando a natureza do cargo o exigir e houver previsão legal.

Assim vêm acompanhando a legislação nacional e a jurisprudência dessa Corte. 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

RE 1058333 / PR

Penha; o Recurso Extraordinário 658.312, anulado por vícios processuais, que tratava do intervalo de quinze minutos para mulheres trabalhadoras antes da jornada extraordinária; e o Mandado de Segurança 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. Internalizado por meio do Decreto 4.377, de 13 de setembro de 2002, o compromisso impõe que sejam adotadas todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher também na esfera profissional.

Em particular, a fim de assegurar condições de igualdade entre homens e mulheres, o artigo 11 da Convenção assegura expressamente “*o direito ao trabalho como direito inalienável de todo ser humano*”, “*o direito às mesmas oportunidades de emprego*”, “*o direito à proteção da saúde e à segurança nas condições de trabalho, inclusive a salvaguarda da função de reprodução*”; e “*o direito de escolher livremente profissão e emprego*”.

Consentâneo com tal ideário de igualdade material da mulher e promoção de sua liberdade de escolha profissional, a remarcação do teste de aptidão física é o único meio possível de oportunizar que a candidata gestante à época do teste continue participando do certame.

Ora, caso fosse vedada a remarcação do teste de aptidão física ou condicionada à previsão editalícia, a candidata gestante seria invariavelmente eliminada do concurso público - pelo simples fato de estar grávida. Inviabilizada a conciliação de seus interesses pessoais e profissionais, a mulher vê-se tolhida de oportunidades de vida que se descortinam para outros.

RE 1058333 / PR

Trata-se de uma estratégia de minimizar o desnível, oportunizando o acesso mais isonômico a cargos públicos. Ao neutralizar a desvantagem que a condição natural da gravidez possa representar para a genitora, permite que persiga seus projetos de vida e suas ambições. O discrímen autorizativo da remarcação na hipótese, assim, promove a igualdade material.

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”. (KYMLICKA, Will. **Filosofia Política Contemporânea**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 102)

Refute-se, desde logo, a afirmação acaciana de que os ônus recaem apenas sobre as mulheres porque só elas ficam grávidas. O argumento traveste a *falácia da neutralidade*, incapaz de assegurar a igualdade material. Ao contrário, a neutralidade, no caso, gera desigualdade de gênero. A igualdade formal, em não se diferenciar a hipótese de gravidez, perpetua um *status quo* de discriminação estrutural em que a mulher se coloca em situação desfavorável.

É que a pretensa neutralidade no fato de o edital não discriminar candidatas e não se poder identificar uma conduta sexista específica não corresponde a uma política igualitária. Isso ocorre não apenas porque o teste de aptidão física foi definido sob o pressuposto de que seria realizado por um homem ou uma mulher não gestante, mas também pelas consequências sociais decorrentes da exclusão da mulher gestante

RE 1058333 / PR

do concurso público.

No primeiro caso, tem-se o problema da dominação, que, mais do que a abordagem da diferença, revela uma estratégia para perpetuação do poder social, em que *“primeiro se estrutura a realidade de forma desigual, então exige que o direito de alterá-la seja fundamentado em uma falta de distinção em situação”* (MACKINNON, Catherine. *Feminism unmodified: Discourses on life and law*, 1987. p. 45). Nitidamente, o sexo não foi levado em conta na elaboração do edital, assim como não o foi quando do julgamento da repercussão geral que originou o Tema 335.

As vertentes socialista e existencialista do movimento feminista vão além do reconhecimento da mulher como sujeito abstrato de direitos ou da persecução de igualdade formal. Identifica-se uma opressão estrutural e sistêmica, que cerceia as oportunidades de forma velada, oprimindo e perpetuando a desigualdade de gênero, sem que muitas vezes se possa identificar uma postura discriminatória específica ou intencional.

No segundo caso, tem-se a reprovação da candidata gestante como estratégia de perpetuação da realidade discriminatória. A desigualdade de gênero no âmbito profissional, que no presente caso se evidencia pelo acesso, renova-se em múltiplos contextos, assumindo contornos opacos, embora profundos.

Dados do 2016 *Human Development Report*, publicado pela Organização das Nações Unidas, comprovam esse sexismo estrutural. O Brasil ocupa a 92ª posição no ranking de 2015 de igualdade de gênero (*Gender Inequality Index*). Apesar de a escolaridade das mulheres ser maior que a dos homens, apenas um quarto das mulheres empregadas está no setor formal e a diferença na participação na força de trabalho é muito elevada (56,3% mulheres e 78,5% homens).

As preferências adaptativas pelo trabalho informal ou doméstico são

RE 1058333 / PR

antes um reflexo das restrições de gênero do que um exercício livre da autodeterminação da mulher. O desenho normativo e institucional atual tolhe a liberdade de escolha, então jungida aos papéis sociais predeterminados.

Como estratégia de transcendência, aponta-se o trabalho externo, por descortinar novas possibilidades e independência econômica, construindo uma identidade pela escolha (IKAWA, Daniela e PIOVESAN, Flávia. *Feminismo, Direitos Humanos e Constituição. Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. SARMENTO, Daniel (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 150-152). Se assim já deflui da formalização do trabalho não doméstico, a dignificação se intensifica ainda mais quando se prestigiam as escolhas profissionais traduzidas em uma efetiva carreira, tal qual a que se inicia com o concurso público.

A inserção da mulher no mercado de trabalho – público ou privado – é também obstaculizada pelos cuidados maternos subsequentes, dado que a educação pré-escolar de uma criança pequena ainda sobrecarrega desproporcionalmente a mulher. Em relação ao desemprego, o fosso aumenta conforme a idade: se na juventude a taxa de desemprego das mulheres é 26% maior que a dos homens, a diferença média total é de 65% (UN. 2016 *Human Development Report*).

Diante desse cenário, é leviano cogitar que candidatas pudessem engravidar propositalmente para adiar a realização dos testes de aptidão física. As condições fisiológicas da mulher puérpera ou lactante à toda a evidência não contribuem para lograr um resultado satisfatório em um teste de aptidão física. Além de gravemente irresponsável, a estratégia se mostraria de baixíssima eficácia.

É razoável supor que, no mais das vezes, o adiamento não será capaz de inserir profissionalmente a candidata gestante, vez que sua condição física pós-parto não contribui para o condicionamento exigido em uma

RE 1058333 / PR

avaliação física. Tampouco se consegue nulificar as diferenças sociais existentes entre essa candidata e a que não estava grávida. Ainda assim, oportunizar sua participação no concurso público contribui para sua inserção e a dignifica, sobretudo quando ponderados os elevados entraves também verificados na iniciativa privada. Já é um passo para minimizar o desnível.

Outra consideração relevante é que a candidata não será aprovada *por estar* grávida, mas tão somente lhe será oportunizado participar efetivamente do certame *apesar* da gestação - o que de outra forma seria inviável. A candidata se submeterá oportunamente à avaliação de aptidão física, tal qual os demais candidatos. A remarcação, assim, pretende neutralizar os efeitos da gestação, contribuindo para a real igualdade de oportunidades entre homens e mulheres.

No mesmo sentido, colaciono precedentes de ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal, específicos para a remarcação motivada por gravidez:

“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 825.545-AgR/PE, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI)

“AGRAVO REGIMENTAL. PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR, AJUIZADO INCIDENTALMENTE A RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONCURSO PÚBLICO. PROVA DE APTIDÃO FÍSICA. CANDIDATA SUBMETIDA A PARTO.

RE 1058333 / PR

DESIGNAÇÃO DE NOVA DATA. POSSIBILIDADE. PRESENÇA DOS REQUISITOS QUE AUTORIZAM O DEFERIMENTO DO PEDIDO.

1. O indeferimento do pedido tornaria inócuo o provimento jurisdicional a ser proferido com o julgamento do recurso extraordinário.

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 577.309-AgR/DF, Rel. Min. AYRES BRITTO)

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREQUESTIONAMENTO. EXISTÊNCIA. CONCURSO PÚBLICO. PROVA DE APTIDÃO FÍSICA. CANDIDATA SUBMETIDA A PARTO OITO DIAS ANTES. NOVA DATA. DESIGNAÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. A oposição de embargos declaratórios visando à manifestação do Tribunal a quo sobre matéria anteriormente suscitada atende ao requisito do prequestionamento, ainda que persista a omissão.

2. Permitir que a agravada realize o teste físico em data posterior não afronta o princípio da isonomia nem consubstancia qualquer espécie de privilégio. A própria situação peculiar na qual a agravada se encontrava requeria, por si só, tratamento diferenciado. Nego provimento ao agravo regimental.” (RE 376.607 AgR, Relator o Ministro Eros Grau, Segunda Turma, DJ 5.5.2006).

Enquanto alguns doutrinadores densificam a proteção à dignidade de grupos minoritários no princípio da igualdade (SARLET, Wolfgang Ingo. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição da República de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002), outros a fundamentam na busca da felicidade, sobretudo na vertente da autonomia privada (BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Editora Fórum, 2012).

RE 1058333 / PR

A dignidade humana, como respeito à autonomia privada, impõe o reconhecimento de que cada pessoa tem o poder de tomar as decisões fundamentais sobre sua própria trajetória e de adotar as medidas necessárias à implementação de seus planos de vida. Isso inclui as realizações profissionais e familiares.

Cada um deve ter, em princípio, liberdade para guiar-se de acordo com sua vontade, o que impede que o Estado ou terceiros direcionem as escolhas de vida individuais. Ao contrário, cabe ao poder público promover e tutelar a autonomia privada, criando os meios para que as capacidades individuais se otimizem ou removendo os obstáculos para que assim ocorra.

Como o desenho dessas vontades individuais decorre das suas próprias compreensões sobre o que seja uma “vida boa”, a dignidade se assenta na premissa de cada pessoa humana é um agente moral dotado de razão, capaz de decidir o que é bom ou ruim para si, de traçar planos de vida e de fazer escolhas existenciais (SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana: Conteúdo, Trajetórias, Metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, p. 15, 2016, p. 135-143).

Ao abrir mão da oportunidade profissional, são extirpadas as possibilidades de ascensão social, realização pessoal e independência financeira que então se descortinariam – perpetuando a desigualdade, com sua inegável faceta econômica. As múltiplas formas de discriminação contra as mulheres se interconectam e se retroalimentam.

O não reconhecimento compromete a autoestima social e estigmatiza. O efeito catalisador 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 remuneração. Por consequência, acirra-

RE 1058333 / PR

se a desigualdade econômica, que por si só é motivo de exclusão social.

A simbiótica correlação entre identidade e participação foi desenvolvida por Nancy Fraser, para quem as demandas de grupo são bidimensionais (*two dimensionally*), associando-se tanto à injustiça sociocultural quanto à má distribuição de renda e poder político. Em especial, a identidade de gênero é essencialmente bivalente, vez que o desrespeito às mulheres se opera simultaneamente nas duas dimensões (“Social justice in the Age of identity Politics: redistribution, recognition and participation” In FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. *Redistribution or recognition?: a political-philosophical exchange*. Verso, 2003. p 32).

Mesmas conclusões foram levantadas pela Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe – CEPAL das Nações Unidas: *“a falta de autonomia física ou as dificuldades no controle de seus próprios corpos repercutem nas condições necessárias para o alcance da autonomia econômica”*. A comissão complementa que, a partir das violações aos direitos vinculados à autonomia física, nos quais se insere o planejamento familiar, podem ser observados efeitos sobre a autonomia econômica das mulheres *“no que se refere à sua capacidade de gerar renda própria, baixa nos níveis de produtividade, absenteísmo laboral, a pobreza, entre outras”* (Disponível em <<http://oig.cepal.org/pt/autonomias/inter-relacao-das-autonomias>>).

Saliente-se, por fim, que tampouco merece guarida eventual alegação de ofensa ao princípio da isonomia por desrespeito a outras candidatas que, voluntariamente ou não, não estejam grávidas. Assegurar o direito da mulher de conciliar projetos pessoais e profissionais não deslegitima outros planos de vida; ao contrário, prestigia a liberdade em todos os níveis, porque somente assim a torna efetiva.

A remarcação do teste de aptidão física para a candidata gestante descortina-se, então, como direito subjetivo que promove a igualdade de gênero, a busca pela felicidade, a liberdade reprodutiva e outros valores

RE 1058333 / PR

caros ao constituinte e com os quais o país se comprometeu.

DIREITO À SAÚDE, À MATERNIDADE E AO PLANEJAMENTO FAMILIAR

A par dos direitos individuais da candidata, a remarcação do teste de aptidão física se impõe como medida de promoção de outros interesses igualmente tuteláveis, tais como a proteção à maternidade e a família, o direito à saúde e ao planejamento familiar.

A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado (artigo 226 da CRFB). Mais especificamente, a Constituição de República se posicionou expressamente a favor da proteção à maternidade (artigo 6º) e assegurou direito ao planejamento familiar (artigo 226, § 7º), além de encontrar especial proteção no direito de previdência social (artigo 201, II) e no direito de assistência social (artigo 203, I).

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 (STJ. RMS 28.400/BA, 6ª Turma, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe 27/02/13).

Também como direito social tutelado expressamente no artigo 6º, o direito à saúde requer uma especial proteção no presente caso. É que, como bem consignou o Tribunal de origem, em juízo negativo de retratação, não se revelaria *“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). Na busca de impedir sua imediata eliminação do concurso, poderia a candidata, verificada a gestação, preferir se submeter ao teste de aptidão física. A atitude poria em risco a saúde da gestante, decorrente de um eventual aborto espontâneo, ou mesmo do bebê.

RE 1058333 / PR

Novamente em benefício da criança e da família, não se pode tolher o direito de a mãe buscar profissionalmente maiores recursos para a criação de seus filhos. A premissa velada de que a genitora estaria menos apta ao desempenho de cargos públicos que exigem compleição ou condicionamento físico é discriminatória, como visto acima, e prejudica não apenas a candidata, mas todo o plexo familiar.

Já o princípio do livre planejamento familiar assegura que o desenvolvimento da família deve ser de decisão exclusiva de seus próprios membros, sem a ocorrência de interferências externas. Para tanto, o constituinte expressamente vedou qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas que obstaculize o planejamento (art. 226, §7º), assim como assegurou o acesso às informações e meios para sua efetivação e impôs o dever de propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito.

Por força desse direito, não se pode admitir qualquer ingerência de outrem com vistas a restringi-lo ou condicioná-lo. O Estado não pode impor escolhas trágicas a quem pretende constituir família. Se disso decorre o dever de intervir nas relações privadas, a fim de horizontalizar os direitos fundamentais, mais ainda quando o obstáculo é constituído diretamente pelo Estado, pelas mãos de administradores públicos que estabelecem os requisitos editalícios.

O direito ao planejamento familiar é livre decisão do casal. O fundamento na dignidade da pessoa humana revela sua indissociável relação com a liberdade reprodutiva. A liberdade decisória tutelada pelo planejamento familiar “vincula-se à privacidade e à intimidade do projeto de vida individual e parental dos envolvidos” (MORAES, Maria Celina Bodin de. Comentário ao artigo 226. In CANOTILHO *et al.* *Op Cit.* p. 2122). A partir dessa explicitação, reconhece-se a autonomia existencial para fins reprodutivos, com os efeitos normativos decorrentes.

RE 1058333 / PR

A despeito dos avanços normativos, a liberdade reprodutiva, compreendida como a “*autonomia da mulher para decidir sobre seu próprio corpo em relação ao desejo ou não de procriar*”, ainda claudica em determinados setores da sociedade (BARBOZA, Heloisa Helena. (Des)Igualdade de gênero: restrições à autonomia da mulher. *Pensar*, Fortaleza, v. 22, n. 1, p. 240-271, jan./abr. 2017, p. 260).

Tendo em vista a prolongada duração de concursos públicos e sua tendente escassez, muitas vezes inexistente planejamento familiar capaz de conciliar os interesses profissionais e maternos. Por tais razões, a “escolha” no mais das vezes impõe às mulheres o sacrifício de sua carreira, traduzindo-se em direta perpetuação da desigualdade de gênero.

Nesse sentido, colaciono o magistério de José Maria Pinheiro Madeira, em que destaca a especial proteção constitucional destinada à maternidade e a família como fundamento do direito à remarcação de teste de aptidão física de candidata gestante, *verbis*:

“Mas, na realidade, a proibição a curso de formação à mulher grávida, em função de sua inaptidão em exame médico, constitui atentado à condição de mulher, o que significa ofensa ao art. 7º, XXX, da Constituição Federal, bem como ainda desprezo à proteção especial do Estado, de que deve gozar a família e maternidade, em conformidade com o art. 226, do Texto Maior.

É inconstitucional impedir que a mulher grávida prossiga no certame em razão desta condição a impossibilitar de prestar o teste de capacidade física. Considerar a gravidez como fator incapacitante é discriminar por sua condição de mulher.”

(MADEIRA, José Maria Pinheiro. Servidor Público na Atualidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 117-118)

RE 1058333 / PR

**ISONOMIA, EFICIÊNCIA E OUTROS PRINCÍPIOS
APLICÁVEIS AO CONCURSO PÚBLICO**

Como corolário do princípio da isonomia, a ampla acessibilidade a cargos, empregos e funções públicas é assegurada expressamente em nosso sistema constitucional (art. 37, I). Veda-se, assim, discriminações de acesso pautadas em razões de toda a sorte, dentre as quais a de gênero, como mais especificamente inserto nos dispositivos constitucionais referentes às relações de trabalho.

Presente em todas as constituições brasileiras, o direito de concorrer em condições de igualdade ao ingresso no serviço público também foi reconhecido pelo Pacto de San José da Costa Rica (art. 23, 1, c) e pela Declaração Universal de Direitos Humanos, que, nos termos do artigo XXI, 2, prescreve que *“toda pessoa tem igual direito de acesso ao serviço público do seu país”*.

A ampla acessibilidade decorre, ainda, de outros princípios de relevo constitucional. Cite-se o republicano e o de participação política (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 144), ao oportunizar a todos concorrer a posições públicas estáveis e, assim, integrar a Administração Pública; e o da eficiência administrativa, ante a necessidade de otimizar a atuação estatal por meio da seleção dos mais aptos (MOTTA, Fabrício Macedo. Comentário ao artigo 37, I. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar, F; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lênio L (coord). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 826).

A correlação entre o princípio da eficiência e o da ampla acessibilidade é facilmente vislumbrada por ser o concurso público um instrumento de seleção de pessoal para funções administrativas. Assim, o concurso deve ser realizado em observância aos princípios que norteiam a Administração Pública, mormente a impessoalidade, moralidade e

RE 1058333 / PR

eficiência. Nesse sentido, as lições de Hely Lopes Meirelles:

“O concurso público é o meio técnico posto à disposição da Administração Pública para obter-se moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público e, ao mesmo tempo, propiciar igual oportunidade a todos os interessados que atendam aos requisitos da lei, fixados de acordo com a natureza e complexidade do cargo ou emprego, consoante determina o art. 37, II, da CF.” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo, Malheiros, 2016. p. 542)

Tais princípios devem ser analisados à luz da moderna concepção de administração Pública gestora. Ao realizar o certame seletivo, o administrador público deve organizar suas ações e decisões de modo a otimizar a gestão pública, entendida como o "exercício responsável do arbítrio administrativo", na forma de "decisões, ações e resultados esperados" (LYNN JR., Laurence E. *Gestão pública*. In: PETERS, B. Guyl PIERRE, Jon (Orgs.). *Administração pública: coletânea*. São Paulo: UNESP. 2010. p. 37; PRESTER, Vivianéli *et al.* *O Concurso Público como forma de gestão da Administração Pública*. p. 53-54).

O gestor, então, precisa saber avaliar por que o concurso é necessário e quais são os resultados esperados. Impõe-se a necessidade de planejamento do processo de contratação, para alcançar os objetivos com o menor uso de recursos, bem como os complexos e duradouros efeitos desencadeados por ele.

Em oposição ao modelo burocrático, a Administração Pública gerencial valoriza os resultados e as prioridades, gerenciando a escassez de tempo e recursos (BRESSER PEREIRA, L. C. *Da administração pública burocrática à gerencial*. *Revista do Serviço público*, 47, 1, 07-40. 1996).

O modelo de Administração Pública gerencial tem ganhado força dentre os administrativistas após a redemocratização e a

RE 1058333 / PR

constitucionalização do Direito Administrativo. A respeito dos desafios com que o administrador público hodiernamente se depara, confira a síntese de Carlos Ari Sundfeld:

“O Direito Contemporâneo aplicável à Administração caracteriza-se pela grande variedade de conteúdos e objetivos. Ele procura organizar a gestão pública de modo racional, democrático e eficiente; viabilizar a realização das políticas públicas mais diversas; evitar e corrigir erros e excessos dos agentes administrativos; proteger os direitos das pessoas; e coordenar a ação da Administração e dos particulares na economia” (SUNDFELD. Direito Administrativo para Céticos. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 154)

Em concursos públicos, o aumento da competitividade promove o interesse legítimo da Administração Pública de selecionar os candidatos mais bem qualificados. A remarcação, assim, atinge o melhor resultado com recursos mínimos, vez que o certame prossegue quanto aos demais, sem descuidar da moralidade e da impessoalidade, dado que promove a igualdade material da candidata gestante.

Importante consideração pertine ao direito contraposto dos demais candidatos envolvidos no certame.

Nos termos do acórdão recorrido, a melhor alternativa para o implemento do quanto aqui exposto corresponde à continuidade do concurso em geral, com reserva do número de vagas referentes às gestantes. 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 ao do último colocado já empossado.

Tal procedimento minimiza os custos sociais decorrentes da remarcação, vez que a Administração Pública pode desde logo suprir sua

RE 1058333 / PR

deficiência de contingente profissional, escopo último do concurso, assim como os candidatos aprovados podem ser desde logo nomeados e empossados, respeitada a ordem de classificação. Vê-se, assim, que a reserva de vaga, com o prosseguimento do certame quanto aos demais, não acarreta reflexos nocivos à Administração ou à sociedade, sendo falacioso o argumento de que haveria paralisação da prestação de serviço públicos essenciais.

Some-se que, no caso concreto, o exame de aptidão física configura um *teste de realização*, vez que o rendimento de um candidato não afasta outro candidato. Em provas de mera execução, o candidato deve concluir as tarefas com índices mínimos, inexistindo classificação nem competição. Assim, superado o estado gravídico, a candidata deve comprovar que possui a mesma aptidão física exigida para os demais candidatos, obtendo a performance mínima. Como o eventual melhor desempenho dela não afeta o resultado dos demais, não há que se cogitar de qualquer vantagem competitiva decorrente da postergação. Ela apenas não será eliminada do certame prematuramente, como o seria por estar grávida.

Por tais razões, a solução cominada no acórdão recorrido em nada se assemelha às reflexões consequencialistas adotadas dentre as razões de decidir do RE 630.733, precedente de que se tratou anteriormente. Nos termos do voto condutor, advertiu-se que a possibilidade de remarcação 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*”.

O argumento merece a devida atenção. Compreendido como estimativa de resultados ou juízo prognóstico, o consequencialismo não se confunde com utilitarismo nem menoscaba reflexões de ordem moral ou positivista. Pressupõe tão-somente que o juiz considere os estados de coisas hipoteticamente decorrentes de cada exegese que a norma contemple. Na síntese do juiz Frank Easterbrook, as decisões judiciais não

RE 1058333 / PR

se despirão do risco de enviarem sinais errados “*a menos que os juízes apreciem as consequências das regras legais para o comportamento futuro*” (The Supreme Court 1983 Term. *Harvard Law Review*, Cambridge, n. 4, p. 10-11, 1984-1985).

É inegável que a realização de concurso público atende a diversos valores caros ao constituinte. A eficiência da seleção pressupõe o provimento do cargo em tempo hábil. Como não se pode promover contratações públicas hipotéticas ou por eventualidade, a realização do certame pressupõe a necessidade de preenchimento da vaga para o bom desempenho do serviço público. Por tal razão, a banalização das hipóteses de remarcação de etapas de concurso público não se coaduna com o escopo visado pela obrigatoriedade do concurso em si.

Não é disso que se trata, no entanto. A uma, a remarcação em questão não se refere a qualquer etapa do concurso, mas tão somente à do teste de aptidão física. A duas, não se trata de banalização, mas do adiamento fundamentado na condição gestatória. A três, não haveria abertura por determinado prazo, mas apenas pelo período necessário para superação da condição, a ser determinado pela Administração Pública, preferencialmente em edital. A quatro, não haveria suspensão do concurso, que prosseguiria em relação aos demais candidatos, em nomeação, posse e exercício. Em razão disso, o adiamento não comprometeria o desempenho das funções públicas nem a expectativa dos demais envolvidos.

Ainda no âmbito de reflexões consequencialistas, há um benefício auxiliar decorrente da remarcação do teste de aptidão física da candidata gestante, assim compreendido por ser um impacto favorável da medida tipicamente não relacionado ou secundário. É que, ao se combater a desigualdade de gênero no acesso ao mercado de trabalho, reforça-se a capacidade produtiva nacional, ao reter mão-de-obra de grande parte da população em idade ativa, no caso de mulheres, que possuem

RE 1058333 / PR

dependentes.

Como aponta Martha Nussbaum, *“arranjos que acabam com a discriminação em razão da raça e do sexo pelo menos podem ser considerados economicamente eficientes, porque incluem na força de trabalho, sem redesenho caro, um grande grupo de trabalhadores produtivos que de outra forma não poderiam ser incluídos”* (NUSSBAUM, Martha. *Frontiers of justice: Disability, nationality, species membership*. Harvard University Press, 2009. p. 117-118).

É certo que a remarcação estenderá a expectativa de nomeação de um ou outro candidato por mais alguns meses. No entanto, sabe-se também que, com invulgar frequência, a investidura dos últimos colocados não ocorre imediatamente, situação em que a remarcação do teste de aptidão física sequer acarretará qualquer prejuízo.

Mesmo que assim não fosse, eventual dissabor que esse candidato pudesse experienciar não se sobrepunha aos interesses contrapostos, sabidamente a promoção da igualdade material, o ganho de eficiência nos quadros do Poder Público e a proteção de outros valores caros ao constituinte. A remarcação, além de proporcional, concretiza o princípio da solidariedade social, ao repartir socialmente os custos em que, por discriminação, incorreria a candidata.

Atente-se, por fim, ao princípio da vinculação às cláusulas editalícias, como instrumento de promoção da segurança jurídica. A inexistência de previsão em edital do direito à remarcação, como no presente caso, não afasta o direito da candidata gestante, vez que fundado em valores constitucionais maiores cuja juridicidade se irradia por todo o ordenamento jurídico. Por essa mesma razão, ainda que houvesse previsão expressa em sentido contrário, assegurado estaria o direito à remarcação do teste de aptidão para a candidata gestante.

RE 1058333 / PR

A discricionariedade do administrador público se resguarda no desenho procedimental adequado para a realização do novo teste, bem como no prosseguimento do certame em relação aos demais. As condições e prazos para a remarcação e realização do novo teste devem ser previstas em edital, de modo a preservar a previsibilidade do concurso público para todos os candidatos.

Resta demonstrado, assim, que a remarcação do teste de aptidão física constitui direito da candidata gestante, independentemente de disposição editalícia, sendo esta a única exegese que se coaduna com a igualdade, a liberdade, a dignidade e outros valores prestigiados pela Constituição Federal.

Ex positis, nos termos da fundamentação acima exposta, **DESPROVEJO O RECURSO EXTRAORDINÁRIO**, fixando 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”*.

É como voto.

21/11/2018

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.058.333 PARANÁ**VOTO**

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Presidente, primeiro, cumprimentando o Doutor César Augusto Binder, Procurador do Estado do Paraná, que fez uma sustentação - diria - impossível, dificultosa, e cumprimentando o voto do Ministro Relator, vou ser extremamente sintético.

Parece-me que, terminando 2018, termos que discutir se é ou não discriminatório impedir que uma mulher grávida possa continuar em um concurso mediante tantos avanços que já tivemos, de tantas previsões constitucionais, realmente me parece um absurdo, não ferindo a igualdade entre os concorrentes, mas ferindo muito mais: a possibilidade de a mulher poder concorrer, ou seja, é um passo anterior.

Aqui, como foi bem ressaltado pelo Ministro FUX, não há que se dizer de igualdade entre concorrentes, porque o homem não fica grávido. Aqui eu vou parafrasear o Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO, em outras oportunidades: se o homem ficasse grávido, não estaríamos discutindo isso. Essa é a realidade! Ou seja, haveria um escalonamento de concurso físico para o homem.

O simples fato - e sei que obviamente não é culpa, nem dolo do Procurador que está aqui - de o Estado do Paraná levar isso para frente mostra que ainda temos um caminho muito grande para combater uma discriminação que, se não é tão expressa e latente como anteriormente, ainda existe.

A Constituição traz uma série de dispositivos diretamente ligados à questão da maternidade, ou seja, protetivos à mulher. Discutimos aqui, recentemente, no RE 629.053, o direito à maternidade em relação aos direitos sociais e à estabilidade da mulher. A Constituição Federal proclama importantes direitos em seu artigo 6º, entre eles a proteção à maternidade, que é a *ratio* para inúmeros outros direitos sociais instrumentais, tais como a licença-gestante, nos termos do inciso I do artigo 7º, o direito à segurança no emprego, que compreende a proteção

RE 1058333 / PR

da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa da gestante, como recentemente decidido no RE 629.053; e a própria condição igualitária da mulher na família e na sociedade.

Nesse sentido, o artigo 226 da Constituição Federal é extremamente claro: *“A família é a base da sociedade, tem especial proteção do Estado”*.

Sob essa ótica, a proteção especial à família – e, no caso em questão, estamos discutindo a própria constituição biológica da família – exige um tratamento diferenciado à gestante, durante o concurso público, especialmente para a realização de exames físicos.

Essa possibilidade caracteriza-se como importante direito social instrumental protetivo tanto da mulher, ao assegurar-lhe o gozo de outros preceitos constitucionais – licença-maternidade remunerada, princípio da paternidade responsável -, quanto da criança, pois a *ratio* da norma não só é salvaguardar outros direitos sociais da mulher, mas também efetivar a integral proteção ao recém-nascido, possibilitando sua convivência integral com a mãe, nos primeiros meses de vida, de maneira harmônica e segura – econômica e psicologicamente, em face da garantia de estabilidade no emprego -, consagrada com absoluta prioridade, no artigo 227 do texto constitucional, como dever inclusive da sociedade.

A *ratio* dessa norma, a meu ver, não é só o direito à maternidade, mas também a absoluta prioridade que o art. 227 estabelece de integral proteção à criança, inclusive ao recém-nascido. Insisto, a necessidade de concessão da efetividade máxima ao direito à maternidade, no seu direito instrumental, garantindo seu pleno acesso a cargos públicos, via concurso.

Mas a Constituição vai bem mais além. No caso dos servidores públicos, o art. 39, § 3º, estende aos servidores públicos os mesmos direitos sociais previstos no art. 7º, incisos XVIII e XX, consagrando a todas as mulheres no campo do trabalho: a licença gestante, a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos.

Todo o encadeamento constitucional, inclusive, começou, pela primeira vez na história constitucional brasileira, com o art. 5º, inciso I, que - além da norma genérica, "todos são iguais perante a lei" - já coloca

RE 1058333 / PR

"homens e mulheres são iguais". Obviamente, se não houvesse uma tradicional e secular discriminação entre homens e mulheres, não haveria a necessidade de, após a cláusula genérica "todos são iguais perante a lei", termos "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição". Essa questão do concurso entra exatamente nessa desigualdade propiciada pela questão biológica da mulher, necessitando da especial proteção à família.

Ainda cito mais um último argumento que foi levantado da tribuna: de que difere de uma doença. É incomparável: Não é nem doença temporária, quanto mais definitiva. A gravidez é uma benção! Não é uma doença.

Mas foi levantado da tribuna que, diferentemente da doença, a gravidez poderia ser planejada; e fere novamente aqui a Constituição. O § 7º do art. 226 da Constituição diz que o planejamento familiar é livre, de liberdade da família; o planejamento familiar não é o Estado que conduz; o planejamento familiar não deve ser precedido de uma consulta genérica aos poderes públicos, se vai ter concurso ou não vai, quando vai ter exame físico, quando não haverá exame físico; o planejamento familiar, a maternidade, a família, como base da sociedade com especial proteção do Estado, é muito mais importante do que os custos que pode haver no concurso público, diferindo um exame físico ou remarcando um exame físico.

Então, obviamente, a questão da imprevisibilidade ou não da gravidez não afeta toda a proteção constitucional dada para que não só a maternidade ocorra com tranquilidade, mas também para que a mulher não seja, a partir da maternidade, mais discriminada ainda do que historicamente já foi.

Obviamente não se aplica, a meu ver, a repercussão geral do RE 630.733, que nada dizia em relação à questão de gravidez. Prazo razoável é o necessário para que a mulher possa fazer o exame físico; se ela tiver um problema pós-parto, o Estado aguarda.

Com essas considerações, Presidente, acompanho integralmente o voto do eminente Ministro Relator, negando provimento ao recurso.

21/11/2018**PLENÁRIO****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.058.333 PARANÁ****VOTO**

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhor Presidente, eminente Ministro-Relator, também me permito saudar, de modo especial, o Doutor César Augusto Binder, que tem ao seu lado valorosos Procuradores do Estado do Paraná na representação no Distrito Federal, nomeadamente a Doutora Márcia Dieguez Leuzinger, que está aqui há alguns anos nesta laboriosa atividade de representação do Estado do Paraná. Se estivesse em julgamento a qualidade da sustentação oral, certamente que aplaudiria o ilustre Procurador do Estado.

Mas o que está em questão é a tese sustentada e, do exame que fiz, a conclusão a que chego vai ao encontro da tese trazida à colação pelo eminente Ministro-Relator. E, por uma razão dentre as várias, de modo especial, é aquela que deriva do art. 6º da Constituição da República Federativa do Brasil, que eleva à condição de direito social a proteção à maternidade.

Creio que essa expressão derivada da Constituição fala por si só, além de documentos internacionais dos quais o Brasil é parte e de uma doutrina robusta que vai nessa direção. Inclusive, também, de um professor paranaense, professor Phillipi Gil França, que tem um trabalho específico sobre essa questão nas Cortes, nos tribunais superiores.

Portanto, cumprimentando os ilustres Procuradores, acompanho o eminente Ministro-Relator, e juntarei a declaração de voto, Senhor Presidente.

21/11/2018

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.058.333 PARANÁ

O Senhor Ministro Edson Fachin : Trata-se recurso extraordinário interposto pelo Estado do Paraná em face de acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, o qual negou provimento à apelação em mandado de segurança, assentando a possibilidade de a impetrante, ora recorrida, remarcar o teste de aptidão física em concurso da Polícia Militar, em virtude de sua gravidez, nos seguintes termos (eDOC 3, p. 28):

“DIREITO ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME SEGURANÇA. NECESSÁRIO. CONCURSO MANDADO PÚBLICO DE PARA PROVIMENTO DO CARGO DE POLICIAL MILITAR DO ESTADO DO PARANÁ. NEGATIVA DA ADMINISTRAÇÃO EM REALIZAR O TESTE DE APTIDÃO FÍSICA DA CANDIDATA, GRÁVIDA DE 24 (VINTE E QUATRO) SEMANAS, EM DATA DIVERSA. ATO ILEGAL, VIOLADOR DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. PROTEÇÃO DA GRAVIDEZ, DA MATERNIDADE E DO LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR. CASO DE FORÇA MAIOR QUE ADMITE A REALIZAÇÃO DE SEGUNDA CHAMADA. EXEGESE DO ENUNCIADO Nº 40 DAS 4ª E 5ª CÂMARAS CÍVEIS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA CARACTERIZADA. PRECEDENTES. RESERVA DA VAGA. POSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.”

Inconformado, o Estado do Paraná interpôs recurso extraordinário suscitando violação do disposto nos artigos 5º, *caput*; 6º; 37 e 226, § 7º, do Texto Constitucional, sob o argumento de que, ao permitir à recorrida a realização de novo teste de aptidão física após o término de sua gravidez, o acórdão recorrido *contraria frontalmente o princípio da isonomia, contido no caput do art. 5º, da CF, considerando-se que aos demais candidatos era vedada a realização do teste de aptidão física em data diversa daquela fixada pela comissão*

RE 1058333 / PR

organizadora. De igual modo foram contrariados os princípios contidos no art. 36, da CF, a saber, os princípios da impessoalidade, da prevalência do interesse público, da finalidade administrativa e da eficiência.

Afirmou, ainda, que o STF já se manifestou sobre a questão quando do julgamento do RE 630.733, momento em que a Corte assentou a impossibilidade de remarcação de testes físicos em concursos em virtude de circunstâncias pessoais dos candidatos.

A repercussão geral do tema foi reconhecida por esta Corte, em aresto com a seguinte ementa:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. TESTE DE APTIDÃO FÍSICA. CANDIDATA GESTANTE. DIREITO À REMARCAÇÃO SEM PREVISÃO EDITALÍCIA. TEMA 335 DA REPERCUSSÃO GERAL. RE 630.733. INAPLICABILIDADE. DIREITO À IGUALDADE, À DIGNIDADE HUMANA E À LIBERDADE REPRODUTIVA. PRINCÍPIOS DA IMPESSOALIDADE E DA EFICIÊNCIA NO CONCURSO PÚBLICO. RECONHECIDA A EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.”

Em seu parecer, a Procuradoria-Geral da República opina pelo desprovimento do recurso extraordinário:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONCURSO PÚBLICO. TESTE DE APTIDÃO FÍSICA. CANDIDATA GESTANTE. REMARCAÇÃO DA PROVA. REALIZAÇÃO MATERIAL DO DIREITO À IGUALDADE. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. LIBERDADE REPRODUTIVA. PROTEÇÃO À FAMÍLIA. PARECER PELO DESPROVIMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

1. Não se pode confundir o direito da candidata gestante à remarcação da prova física em concurso público com o direito de adiamento da prova por motivos diversos, em razão da essencialidade do tema em debate, bem como da necessidade

RE 1058333 / PR

de se igualar materialmente a mulher e o homem nos certames públicos.

2. Parecer pelo desprovimento do recurso extraordinário.”

Eis breve síntese do processo.

A questão a ser debatida no presente feito resume-se a saber se é possível a remarcação de teste de aptidão física em concurso em virtude de gravidez de candidata à época de sua aplicação, ainda que inexistia previsão editalícia neste sentido.

O acórdão recorrido manteve a concessão da segurança com base nos seguintes fundamentos:

“No caso sob apreciação, dúvida não há de que a impetrante, ora apelada, teve violado direito líquido e certo.

Não se ignora que o Edital nº 1107/2012, nos itens 15.6 e 20.1, veda a realização de segunda prova para o candidato que não comparecer ao exame, verbis:

(...)

Encampando estas regras editalícias, o Enunciado nº 40 das 4ª e 5ª Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná estabelece que, **“Em concurso público inexistente direito de candidatos, em razão de circunstâncias pessoais, à prova de segunda chamada nos teste de aptidão física, salvo casos excepcionabilíssimos e contrária disposição editalícia”**.

Ocorre que a condição de gestacional da impetrante enquadra-se justamente na excepcionalidade, por constituir hipótese de força maior, a autorizar a realização do teste em outra data.

(...)

Além disso, a condição especial da apelada não deve ser interpretada em seu desfavor.

Isso porque, a Constituição Federal dispõe sobre a proteção à maternidade e à gestante, em seu artigo 6º, bem como preceitua, no § 7º do artigo 226, o princípio do livre planejamento familiar, o qual determina que o desenvolvimento da família deve ser de decisão exclusiva de seus próprios

RE 1058333 / PR

membros, sem a ocorrência de interferências externas.

Por oportuno, anote-se que em casos análogos, envolvendo a impossibilidade de candidata gestante participar de exame físico em concurso público, o colendo Superior Tribunal de Justiça já decidiu pela autorização de remarcação do teste, entendendo que o período de gravidez trata-se de caso de força maior.

(...)

Em verdade, negar a realização de novo teste físico à impetrante é que implica em ofensa ao princípio da isonomia, porquanto a condição peculiar da gestante demanda um tratamento distinto e desigual, o que não ocorreu, tanto que a administração, de forma simplista, aplicou o item editalício que determina a exclusão da candidata, incorrendo assim em ilegalidade, diante da flagrante ofensa ao princípio da razoabilidade.” (grifos no original)

Analizando detidamente o caso, entendo que a conclusão a que chegou a Corte *a quo* não merece reparo, sendo mister o desprovemento do recurso extraordinário interposto.

Inicialmente, destaco que, conforme indicado pelo Relator quando do reconhecimento da repercussão geral deste recurso extraordinário, o caso ora analisado não guarda pertinência com o debate travado quando do julgamento do RE 630.733, porquanto, naquela oportunidade, a Corte estabeleceu a impossibilidade de remarcação do teste de aptidão física em razão de problema temporário de saúde, o que, por óbvio, não possui relação com o presente caso.

A necessidade de realização de concurso público para investidura em cargos ou empregos públicos, positivada no inciso II, do art. 37, da Constituição Federal, representa essencial mecanismo de garantia dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, previstos no *caput* do mesmo dispositivo.

Esta diretriz consubstancia garantia não somente voltada à preservação dos pilares constitucionais da Administração Pública, mas também constitui verdadeiro meio de promoção de acessibilidade e

RE 1058333 / PR

igualdade dos cidadãos na disputa pelos cargos e empregos públicos, como afirma Fabrício Motta:

“Fica clara a importância do concurso público como *procedimento administrativo indispensável à eficácia do direito fundamental de disputar, em igualdade de condições, os cargos e empregos públicos*. Nesse diapasão, mais do que um direito objetivo de se disputar certames, reconhece-se a existência de um *dever público* de realizá-los, de forma isonômica, sempre que o interesse público o exigir.” (grifos no original)

(MOTTA, Fabrício. Concurso público. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di; MOTTA, Fabrício; FERRAZ, Luciano de Araújo. *Servidores Públicos na Constituição Federal*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 28.)

Emerge, neste contexto, a centralidade que o princípio da isonomia ocupa nas seleções públicas, uma vez que corolário da impessoalidade e moralidade administrativas.

Sendo assim, cabe examinar se a possibilidade de remarcação de teste de aptidão física de candidata grávida à época de sua realização fere a igualdade entre os candidatos do certame.

Para responder esta questão, é necessário perquirir o conceito e o alcance que o princípio da isonomia detém no ordenamento jurídico constitucional tal como delineado na Constituição da República.

O eminente jurista Celso Antônio Bandeira de Mello, em reconhecida obra sobre o conteúdo jurídico do princípio da igualdade, ensina que nem todo tipo de discriminação representa afronta à isonomia, discorrendo sobre as possibilidades constitucionais de diferenciação entre cidadãos, consideradas desigualdades fáticas que a justifiquem:

“8. Os vários exemplos aduzidos desde o início deste estudo servem para demonstrar que *qualquer elemento residente nas coisas, pessoas ou situações*, pode ser escolhido pela lei como fator discriminatório, donde se segue que, de regra, não é no traço de diferenciação escolhido que se deve buscar algum

RE 1058333 / PR

desacato ao princípio isonômico.

Os mesmos exemplos, tanto como formulados na parte vestibular deste trabalho, servem para sugerir, claramente, que as discriminações são recebidas como *compatíveis com a cláusula igualitária e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica* entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, *desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição*. O alcance desta ressalva, contudo, para ser bem compreendido, depende de esclarecimentos ulteriores, procedidos mais além.” (grifos no original)

(MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 17.)

Em capítulo posterior, o autor reforça que, para que não haja afronta ao princípio da igualdade, é necessária a consonância da discriminação com interesses protegidos na Constituição, bem como estatui critérios objetivos para o exame de eventual diferenciação infundada, assim sintetizados:

“a) que a desequiparação não atinja de modo atual e absoluto, um só indivíduo;

b) que as situações ou pessoa desequiparadas pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços, *nelas residentes*, diferenciados;

c) que exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma jurídica;

d) que, *in concreto*, o vínculo de correlação supra-referido seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa – ao lume do texto constitucional – para o bem público.” (grifos no original)

(MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 41.)

RE 1058333 / PR

Da mesma forma, o Ministro Roberto Barroso e a professora Aline Osório, em substancioso artigo doutrinário que examina o princípio da igualdade no Brasil contemporâneo, estabelecem a necessária distinção entre os aspectos material e formal da igualdade, reconhecendo a existência de três dimensões desta diretriz:

“A igualdade veda a hierarquização dos indivíduos e as desequiparações infundadas, mas impõe a neutralização das injustiças históricas, econômicas e sociais, bem como o respeito à diferença. Em torno de sua maior ou menos centralidade nos arranjos institucionais, bem como no papel do Estado na sua promoção, dividiram-se as principais ideologias e correntes políticas dos últimos séculos. No mundo contemporâneo, a igualdade se expressa particularmente em três dimensões: a *igualdade formal*, que funciona como proteção contra a existência de privilégios e tratamentos discriminatórios; a *igualdade material*, que corresponde às demandas por redistribuição de poder, riqueza e bem estar social; e a *igualdade como reconhecimento*, significando o respeito devido às minorias, sua identidade e suas diferenças, sejam raciais, religiosas, sexuais ou quaisquer outras.” (grifos no original)

(BARROSO, Luís Roberto; OSÓRIO, Aline. “Sabe com quem está falando?”: notas sobre o princípio da igualdade no Brasil contemporâneo. Revista Direito & Práxis, Rio de Janeiro, v. 7, n. 13, 2016, p. 207-208.)

Como se haure dos excertos acadêmicos colacionados, na atual quadra histórica, uma leitura da isonomia focada tão somente em seu aspecto formal não satisfaz a completude que exige o princípio. Assim, a igualdade não se esgota com a previsão normativa de acesso igualitário a bens jurídicos, mas engloba também a previsão de medidas que efetivamente possibilitem tal acesso e sua efetivação concreta.

Enfatizo que a temática não é nova na jurisprudência desta Corte constitucional. A necessidade de realização de ações e medidas que

RE 1058333 / PR

busquem dar concretude à igualdade em sua vertente material, levando-se em conta as discrepâncias fáticas que permeiam o tecido social, foi reconhecida pelo STF em diversos precedentes.

No julgamento da ADPF 186, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe 20.10.2014, foi declarada constitucional a política de instituição de cotas raciais pela Universidade de Brasília. Um dos principais postulados que levaram a Corte a assim decidir foi o justo reconhecimento da diferenciação entre igualdade formal e igualdade material. Colho do voto do eminente Relator o seguinte excerto:

“É escusado dizer que o constituinte de 1988 – dada toda a evolução política, doutrinária e jurisprudencial pela qual passou esse conceito – não se restringiu apenas a proclamar solenemente, em palavras grandiloquentes, a igualdade de todos diante da lei.

À toda evidência, não se ateve ele, simplesmente, a proclamar o princípio da isonomia no plano formal, mas buscou emprestar a máxima concreção a esse importante postulado, de maneira a assegurar a igualdade material ou substancial a todos os brasileiros e estrangeiros que vivem no País, levando em consideração – é claro – a diferença que os distingue por razões naturais, culturais, sociais, econômicas ou até mesmo acidentais, além de atentar, de modo especial, para a desequiparação ocorrente no mundo dos fatos entre os distintos grupos sociais.”

Posteriormente, quando da apreciação da ADC 41, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe 17.08.2017, foi reconhecida a constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014, que reserva 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal direta e indireta a pessoas negras. Também neste julgado, a Corte reafirmou posicionamento no sentido de que a realização dos objetivos presentes na Carta Cidadã demanda ações estatais no sentido da equiparação substancial daqueles em posição de desigualdade.

RE 1058333 / PR

Assentadas estas premissas, entendo que o acórdão recorrido não violou, em nenhuma medida, o princípio inscrito no *caput* do art. 5º do Texto Constitucional, tendo em conta que vedar a possibilidade de remarcação de teste de aptidão física em concursos às gestantes significaria, em verdade, alijar, de forma permanente, essas candidatas de processos seletivos para cargos públicos que exigem determinada qualificação física.

Desta forma, como bem salientado pelo Tribunal de origem, a interpretação defendida pelo recorrente quanto ao rigor na manutenção da data escolhida pela Administração Pública para aplicação do TAF ofende o princípio da isonomia, tendo em vista a especial condição das gestantes. Além disso, a conduta impugnada transgride, também, outros valores constitucionais básicos, como a dignidade da pessoa humana, a promoção da igualdade entre homens e mulheres e a proteção à maternidade:

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III – a dignidade da pessoa humana;

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à **igualdade**, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a **proteção à maternidade** e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta

RE 1058333 / PR

Constituição.” (grifo nosso)

A magnitude destes preceitos constitucionais pode ser concebida, no âmbito do direito internacional dos direitos humanos, na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, que assim prevê em seu art. 4º:

“1. A adoção pelos Estados-Partes de medidas especiais de caráter temporário destinadas a acelerar a igualdade de fato entre o homem e a mulher não se considerará discriminação na forma definida nesta Convenção, mas de nenhuma maneira implicará, como consequência, a manutenção de normas desiguais ou separadas; essas medidas cessarão quando os objetivos de igualdade de oportunidade e tratamento houverem sido alcançados.

2. A adoção pelos Estados-Partes de medidas especiais, inclusive as contidas na presente Convenção, destinada a proteger a maternidade, não se considerará discriminatória.”
(grifo nosso)

Ademais, ao excluir a candidata do certame em razão de sua condição de gestante, o Estado recorrente desconsidera o direito à liberdade reprodutiva. Sobre o ponto, Flávia Piovesan e Wilson Ricardo Buquetti Pirotta, após minuciosa análise de instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, como a Conferência do Cairo sobre População e Desenvolvimento de 1994, a Quarta Conferência Mundial sobre a Mulher e a Declaração de Beijing, assim definem:

“À luz dos preceitos enunciados nos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, pode-se concluir, sem buscar um elenco exaustivo, que os direitos reprodutivos incluem: a) **o direito de adotar decisões relativas à reprodução sem sofrer discriminação, coerção ou violência;** b) o direito de decidir livre e responsavelmente o número de filhos e o intervalo entre seus nascimentos; c) o direito a ter

RE 1058333 / PR

acesso a informações e meios seguros, acessíveis; e d) o direito de acesso ao mais elevado padrão de saúde reprodutiva.” (grifo nosso)

(PIOVESAN, Flávia; PIROTTA, Wilson Ricardo Buquetti. A proteção dos direitos reprodutivos no direito internacional e no direito interno. In: PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 455.)

O direito à liberdade reprodutiva já foi reconhecido por esta Corte em diversos momentos, e reafirmado no julgamento da ADPF 54, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe 30.04.2013, quando o Tribunal declarou ser inconstitucional a interpretação de que a interrupção de gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos arts. 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal.

Registro, ainda, conforme afirmado pelo professor Phillip Gil França em artigo em que examina a jurisprudência dos Tribunais Superiores sobre o tema ora em debate, que a proibição de remarcação de TAF para candidatas grávidas é inconstitucional por ofender a livre iniciativa daquelas para buscar a atividade profissional que almejam:

“Isso porque, não se sustenta juridicamente a proibição de uma candidata grávida poder cumprir com as provas de aptidão física exigidas em um concurso público pela razão, exclusiva, de sua gravidez. **É um impeditivo inconstitucional de seu livre discernimento de perseguir o destino profissional que escolheu, fato que agride o direito fundamental à livre iniciativa.**

Pelo seu estado de gravidez, ser impedida de continuar a disputar a vaga em que cumpre com os requisitos constitucionais e legais para se submeter ao exercício da atividade pública escolhida, denota a atividade de um Estado autoritário, que previamente aponta, de forma contrária aos valores constitucionais, quem não deve continuar a disputar uma determinada vaga pública, mesmo se mostrando apta à competição de tal cargo público, quando isonomicamente

RE 1058333 / PR

tratada.

(...)

Isto é, torna-se imperioso, em casos de proteção proporcional das gestantes em concursos, a adequação da relação entre os candidatos e a Administração Pública, com o agendamento em data adequada para a gestante realizar sua prova de aptidão física, em respeito ao valor constitucional da isonomia.” (grifo nosso)

(FRANÇA, Phillip Gil. É possível a realização de novo teste de aptidão física em concurso público no caso de gravidez, sem que isso caracterize violação do edital ou do princípio da isonomia. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di; NOHARA, Irene Patrícia (Coords.). *Teses jurídicas dos Tribunais Superiores: direito administrativo I*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 462-464.)

Examino, por fim, as alegações do recorrente no sentido que o acórdão recorrido teria ofendido os princípios da impessoalidade e da eficiência.

Nas palavras de Marçal Justen Filho,

“A impessoalidade não afasta a exigência de tratamento igualitário para os iguais e não igualitário para os desiguais. Mas cabe essencialmente às normas legais consagrarem as discriminações. O conteúdo essencial do princípio reside em impedir que algum sujeito receba tratamento mais vantajoso ou prejudicial do que o reservado para o conjunto da população. Ninguém pode ser dispensado de encargo ou receber vantagens em virtude de haver conquistado a simpatia ou ser destinatário da antipatia do agente estatal.” (grifo nosso)

(FILHO, Marçal Justen. *Curso de Direito Administrativo*. 13 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 105.)

Logo, não constato qualquer maltrato à impessoalidade na remarcação do teste de aptidão física de candidata gestante, uma vez que, conforme exposto no conceito acima referido, o que a proibição

RE 1058333 / PR

constitucional visa rechaçar é o estabelecimento de prerrogativas ou empecilhos aos administrados, ao arrepio da legislação, em virtude de características pessoais, situação que em nada se assemelha à da mulher grávida, que goza, como amplamente demonstrado, de expressas proteções constitucionais.

Assinalo, neste contexto, que inexistente, sequer, qualquer privilégio, visto que as candidatas que remarcarem o TAF serão posteriormente submetidas às mesmas avaliações que todos os candidatos, sob iguais padrões de verificação. Não verifico, também por isso, a procedência da argumentação do recorrente quanto à suposta violação do princípio da eficiência.

O aludido princípio, aplicado à dinâmica dos concursos públicos, refere-se ao imperativo de que a Administração escolha os melhores candidatos, a partir da aplicação de provas com rígidos critérios objetivos, que selecionarão os mais aptos, em tese, a exercerem as funções públicas.

Portanto, a fundamentação do recorrente no sentido de que a remarcação do TAF afetaria a eficiência no desempenho das atribuições das candidatas gestantes não encontra esteio na realidade, uma vez que aquelas candidatas também serão submetidas às mesmas provas em momento oportuno, o que evidencia que inexistente qualquer mácula à higidez dos critérios adotados nos processos seletivos.

Ante o exposto, voto pelo desprovimento do recurso extraordinário, assentando a possibilidade de remarcação de teste de aptidão física de candidata gestante à época de sua realização, ainda que inexistente previsão editalícia neste sentido.

É como voto.

21/11/2018**PLENÁRIO****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.058.333 PARANÁ****VOTO**

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, cumprimento, em primeiro lugar, o Ministro Luiz Fux, não só pelo reconhecimento da repercussão geral, como também pela sua decisão a propósito deste assunto. Serei muito breve, porque estou me aliando às posições já manifestadas.

A igualdade, no mundo contemporâneo, manifesta-se em três dimensões. A primeira é uma dimensão formal que impede discriminações e tratamentos privilegiados; a segunda dimensão é a da igualdade material, associada às demandas por distribuição de riqueza e poder na sociedade; e a terceira dimensão é a da igualdade como reconhecimento, que visa proteger a identidade e as minorias nas suas diferenças, de uma maneira geral.

A meu ver, estamos aqui no plano da igualdade como reconhecimento. Não que as mulheres sejam propriamente uma minoria – acho até que estão tomando conta –, porém, a circunstância é a de que é um grupo historicamente vulnerável e, mais do que isso, tem circunstâncias peculiares da própria condição feminina, por exemplo – o que é relevante aqui –, só as mulheres engravidam.

Também, da mesma forma que o Ministro Alexandre, considero uma benção, mas agradeço aos céus que nós, homens, não tenhamos de conduzir essa benção, mas a verdade é que só as mulheres engravidam.

Portanto, se elas ficarem em uma posição inferiorizada pelo fato de engravidarem, por evidente que há uma violação ao princípio da igualdade, há uma clara discriminação. A Constituição e a legislação dão proteção especial à gestante, e, assim, penso que este deva ser o vetor interpretativo a pautar a atuação de juízes e tribunais sempre que esta questão se coloque.

Por essa razão, considero incompatível com a interpretação adequada da Constituição a inserção, em um edital de concurso público,

RE 1058333 / PR

de cláusula que impeça a realização de testes físicos à mulher grávida em data diferente daquela em que realizada pelos candidatos de uma maneira geral.

E acho mais ainda, que é prescindível a presença de cláusula assegurando esse direito no edital do concurso, porque é um direito que decorre diretamente da Constituição, não precisaria ser explicitado no edital, e, se vier a sê-lo, penso que será apenas com caráter declaratório, e não com caráter constitutivo.

Já fui Procurador do Estado, Doutor César Augusto Binder, e também já tive que defender causas difíceis, e Vossa Excelência se houve com a proficiência de sempre, merece o nosso reconhecimento por isso, porém considero que a Quarta Câmara do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná aplicou o melhor direito à hipótese.

De modo que, tal como o Relator, a quem cumprimento e acompanhamento, estou negando provimento ao recurso.

21/11/2018

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.058.333 PARANÁ

VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhor Presidente, cumprimento todos, em especial a Dra. Raquel Dodge e o eminente Procurador do Estado do Paraná pelas sustentações orais.

Confesso que não tenho mais nenhum argumento de peso a apresentar, diante do voto extremamente bem elaborado, como sempre, do eminente Ministro Luiz Fux, que caminhou exatamente na linha que entendo a mais adequada, no sentido de negar provimento ao recurso, reconhecendo o direito líquido e certo da ora recorrida, impetrante do mandado de segurança, da remarcação do teste de aptidão no concurso público para policial militar.

A maternidade em absoluto é uma doença, mas exige, sim, cuidados especiais. Trata-se de peculiaridade que permite seja entendida como um fator de *discriminen* para assegurar a igualdade material das mulheres frente ao gênero masculino.

A mulher, que é tão discriminada, enfrenta tantas dificuldades no mercado de trabalho em comparação aos homens, nessa fase especial da gravidez, sem dúvida, demanda cuidados que assegurem a remarcação do teste de aptidão física. Destaco que, na espécie, o edital não proibia, apenas vedava a remarcação em caso de uma doença. E, nessa mesma linha, é inaplicável o nosso precedente de repercussão geral.

Senhor Presidente, o Ministro Fux honrou-me, trazendo à lembrança julgado da minha lavra perante a Primeira Turma. Portanto, eu me eximo de maiores considerações, cumprimento mais uma vez Sua Excelência e nego provimento ao recurso.

21/11/2018**PLENÁRIO****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.058.333 PARANÁ****VOTO**

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Presidente, começo por elogiar o voto do Ministro Luiz Fux, sempre cuidadoso, as sustentações orais do Doutor César e da nossa estimada Procuradora-Geral.

E, rapidamente, farei apenas algumas observações, porque, como acaba de afirmar a Ministra Rosa Weber, os fundamentos aqui trazidos no voto do Ministro-Relator e nos votos que me precederam, relativos ao princípio da igualdade especificamente, foram devidamente demonstrados.

Apenas lembraria, que o direito não acaba com o preconceito, mas busca vedar a sua manifestação e, com isso, impedir a igualdade material - e me parece que seja isso -, fazer com que as pessoas passem a ser tratadas igualmente, na medida da sua condição de igual ou desigualmente, na medida da sua desigualdade legítima, como me parece que seja o *discrímen* feito na espécie. Quer dizer, não é pelo gênero mulher.

E acentuaria ainda, o que se criam para os discriminados - no caso as mulheres, não são, como lembrou bem o Ministro Barroso, apenas minoria numérica, mas minoria de direitos, porque o preconceito está introjetado em uma sociedade estruturada como a nossa -, com toda certeza, são as dificuldades que fazem com que o preconceito permaneça e a discriminação se faça de maneira subliminar, mas com efeitos muito reais.

Aqui, lembro que, até a década de 80, as mulheres não eram aprovadas em concursos para juiz se fossem mães solteiras. E isso era devidamente posto à mostra nos chamados testes psicotécnicos. Nunca se perguntou a um homem se ele era pai solteiro, como se o pai fosse dispensável, o que não é, na educação e na vida de quem tem o convívio e a possibilidade de ter o pai e a mãe na vida. O pai não é definitivamente

RE 1058333 / PR

descartável.

No entanto, o pai solteiro era aprovado para concurso de juiz. Até a década de 80, não tínhamos mães solteiras. E, hoje, devo dizer que continua havendo muita dificuldade para as mulheres magistradas por causa da gravidez, do afastamento, não conseguindo promoções.

Por exemplo, juízas federais em relação às juízas estaduais. Para as juízas estaduais, ainda se consegue que fique durante algum tempo ali. As juízas federais, com deslocamento muito distante, às vezes - que não têm alguém da família para apoiar exatamente no período da gravidez ou do estado puerperal, ou mesmo no período subsequente -, não conseguem sequer ter continuidade na carreira. Não são poucas as que desistem dessa carreira, estou dizendo da magistratura, sendo que o Poder Judiciário tem exatamente a guarda da Constituição, sendo o princípio da igualdade o mais repetido.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Vossa Excelência me permite?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Por favor.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Permita-me um breve registro histórico, na linha do que Vossa Excelência está dizendo. Quando era jovem, no Rio – mais jovem, agora sou jovem há muito tempo –, havia, nos concursos para magistratura, um teste que se chamava investigação social.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Que era nessa fase chamada de psicotécnico.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - E, desse teste, eles excluía os esquerdistas, *gays* e mulheres desquitadas ou mães solteiras.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - E os que tivessem alguma deficiência. Por isso que a única norma, a única política de ação positiva que a Constituição estabeleceu na norma originária é exatamente em relação aos deficientes, que também não eram aprovados para concursos de juiz.

Isso é uma demonstração de uma sociedade na qual o preconceito

RE 1058333 / PR

prevalece, não de maneira explícita, o que, às vezes, para nós mulheres, é até pior, porque é mais cínico, mas como uma forma de dificuldade imposta - e vou falar rapidissimamente do princípio da eficiência -, mas que são atuações, são procedimentos, são condutas que demonstram permanentemente como estamos ainda a ter de cuidar desta matéria.

Lembro, Ministro Alexandre, quando Vossa Excelência, de uma maneira extremamente leve e bem-humorada, traz um tema que realmente a gente precisa de escancarar: quem fica grávida é mulher, quem faz a lei é homem, simples assim. Por isso estamos discutindo - isso foi dito aqui há uns anos pelo Ministro Carlos Britto - temas que não se teria se houvesse uma outra configuração, mas a configuração é essa.

Mas temos uma Constituição no Brasil, e uma Constituição para ser cumprida, que mais vezes repete o princípio da igualdade expressamente e que foi muito criticada quando foi promulgada, por causa desse dispositivo do inciso I do art. 5º, ao dizer que homens e mulheres são iguais em direitos e deveres, nos termos desta Constituição.

Dizia-se: "Para que isso, se tem o princípio da igualdade?" Porque somos discriminadas! Por isso, pela singela circunstância de que se tornava necessário tentar superar, que é o que estamos fazendo permanentemente, entendendo perfeitamente que a interpretação dada pelo Estado busca fazer com que o concurso não sofra interrupções. E nem precisa!

Estou falando isso em relação ao princípio da eficiência, que foi enfatizado nos documentos do processo e na fala do eminente Procurador, do Doutor César, porque há mecanismos administrativos de Direito para fazer com que, se for necessário, possa ser assegurado que um determinado cargo não seja provido até a finalização, com a continuidade do evento seletivo, com a possibilidade de isso ser feito ainda em um prazo, conforme o caso, em que o concurso não tenha sido devidamente homologado. Enfim, há muitos mecanismos para se superar, e o princípio da eficiência estará resguardado e o concurso público não sofrerá interrupção, nem o serviço público ficará comprometido com a necessidade de contratação, como foi aqui

RE 1058333 / PR

aventado.

Por tudo e portanto, tenho para mim que o que se tem hoje, e continua se tendo, é muito aquém do que imaginávamos que a esta altura, trinta anos depois, teríamos em termos de concretização, de densificação do princípio da igualdade.

Por isso mesmo é que estou acompanhando a conclusão do Ministro-Relator no sentido de negar provimento ao recurso, afirmando, mais uma vez, que o Direito Constitucional brasileiro garante a igualdade não apenas na letra, mas no sentido e na finalidade desta Constituição, que é formar uma sociedade livre, justa, igualitária e solidária.

É como voto, Presidente.

21/11/2018**PLENÁRIO****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.058.333 PARANÁ****VOTO**

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Ministro Barroso, Vossa Excelência lembrava desse teste que era aplicado no Rio de Janeiro para os concursos públicos de juiz, e me veio à mente um outro tipo de preconceito, também revestido sob a forma de eufemismo, mas dessa feita um preconceito racial.

Quando era mais jovem, também como Vossa Excelência, morava no Rio de Janeiro. Eram muito comuns os anúncios, em jornais, por meio dos quais se procuravam empregadas ou empregados domésticos e se escrevia assim: "Procuram-se pessoas de boa aparência." Isso significava que estavam excluídos os negros.

Essa discussão que travamos hoje, na sessão desta tarde, demonstra como o preconceito se reveste de várias formas. E, uma das formas de afastar a mulher do mercado de trabalho ou mesmo da participação na vida pública e da Administração Pública é esta: impedir que ela, grávida, possa postergar o seu exame de aptidão física.

Queria dizer que estou totalmente de acordo com o Ministro-Relator, a quem parabenizo, mesmo na sua ausência, pelo brilhante voto que traz à colação. Acompanho-o integralmente e fico muito satisfeito pelo fato de o Plenário reafirmar, mais uma vez, a proteção à mulher, sobretudo à gestante.

Mas mais do que isso, segundo os diversos pronunciamentos, o Plenário está protegendo a gestante não só pelo fato de ela estar grávida, mas sim com fundamento, basicamente - e vários se pronunciaram nesse sentido -, no art. 227 da nossa Carta Magna, que diz o seguinte:

"Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização [...]"

Portanto, quando protegemos a gestante, na verdade, estamos protegendo o nascituro, o futuro brasileiro. E digo isso porque,

RE 1058333 / PR

recentemente, a Segunda Turma concedeu uma ordem de *habeas corpus* coletivo protegendo justamente as gestantes que estavam encarceradas preventivamente, autorizando, ou melhor, determinando a prisão preventiva segundo estabelece, aliás, a lei processual.

Então, mulheres gestantes, presas gestantes ou mães de filhos de até doze anos, e, por proposta do Ministro Gilmar Mendes, mães de crianças com alguma deficiência física, teriam direito, nesse período, de permanecerem em prisão domiciliar. Penso que foi uma medida civilizatória. Nós nos baseamos não só na condição feminina, que merece toda proteção no caso da mulher presa, mas também no art. 227, em que nós visamos basicamente o bem-estar do brasileiro, ou do futuro brasileiro que estava encarcerado.

Essa nossa decisão, Senhor Presidente, Vossa Excelência sabe e também comemorou, mereceu uma menção elogiosa no relatório da Comissão de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos. Acho que isso, para o Supremo Tribunal Federal, é um motivo, penso eu, de orgulho.

É importante reafirmar isso, porque essa decisão não foi compreendida por determinados setores da sociedade, entendendo que estávamos, de forma discricionária, ou até arbitrária, libertando criminosas, quando, na verdade, estávamos seguindo estritamente a Constituição e protegendo, na verdade, a criança que está para nascer ou a criança que está atrás das grades juntamente com as mães aprisionadas.

Faço esse registro, Senhor Presidente, para aproveitar este momento e dizer que, mais uma vez, a Corte reitera a proteção da mulher, a proteção da mulher grávida, mas, sobretudo, da criança.

E, com esses singelos argumentos, acompanho o Relator exatamente no mesmo sentido do seu voto.

21/11/2018

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.058.333 PARANÁ

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Também

eu, Presidente, cumprimentando o Relator pelo belíssimo voto e aqueles que o acompanharam, acredito que aqui não há que invocar o tema anterior da repercussão geral, no qual, de fato, consideramos que havia uma ordem que presidia o sistema de concurso, a questão de uma eventual doença; já se disse, gravidez nada tem a ver com doença, e o Tribunal houve por bem, e agora o Relator, deixar isso bem esclarecido.

E, aí, felizmente, acredito - vendo o copo, podemos dizer, meio cheio ou meio vazio -, podemos saudar, nesses trinta anos, o incremento, a participação intensa da mulher na sociedade; a presença, no Supremo Tribunal Federal, de duas notáveis Colegas, a presença da Procuradora-Geral da República. Nós que recebemos, constantemente, a visita de estrangeiros, os quais olham para esse quadro e dizem: "Bom, o Brasil tem avanços significativos".

E também na própria Magistratura como um todo, estadual e federal, se vê, de forma muito marcante e feliz, a presença

RE 1058333 / PR

feminina. De modo que, a despeito dos reparos e dos avanços que sempre se podem reclamar, é inequívoco que avançamos e progredimos significativamente nessa seara.

E acho que é importante, de fato, fixar aquilo que aparentemente era conatural, que não se precisava sequer exigir que se escrevesse no próprio edital. Parece-me que, quando discutimos a questão à luz da funcionalidade, da eficiência do sistema de serviço público, nunca levamos em conta a questão da gravidez.

De modo que, cumprimentando o eminente Relator, acompanho-o às inteiras.

21/11/2018**PLENÁRIO****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.058.333 PARANÁ**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, tudo muito bonito, mas estava aqui a questionar-me onde o cioso Estado do Paraná teria claudicado, teria errado.

Presto um esclarecimento: na minha vida de Juiz, que já é um pouco longa, sempre busco a coerência e reconheço que fiquei vencido no julgamento, sob o ângulo da repercussão geral, referido inclusive quanto ao empréstimo desse instituto ao processo – processo revelador de recurso interposto em data anterior à regulamentação do instituto – o da repercussão geral. Fiquei vencido no caso.

E não será hoje que partirei para a via trilha da incoerência para assunção de postura conflitante com o que sustentei no voto isolado no Plenário, quando do exame do recurso extraordinário aludido, Tema nº 335, ou seja, o de nº 630.733.

Por que divergi naquele caso? Porque defrontei-me com situação jurídica a revelar força maior, na espécie caso fortuito – doença que acometera ou da qual fora acometido o candidato. E, no tocante a ele, negou-se a possibilidade de uma segunda época na prova de esforço.

Ressaltei no voto – e pedi o voto para lembrar-me dos parâmetros, das premissas lançadas – que devemos apreciar a situação caso a caso, tendo em conta as peculiaridades do processo. Processo possui balizas. Processo revela relação subjetiva quanto aos envolvidos e relação objetiva. Há valores que precisam ser sopesados. Não cabe simplesmente empunhar a bandeira, como disse inicialmente no voto, do belo, e imaginar até mesmo – o que não imagino – a prática de discriminação pelo Estado do Paraná.

Reconheço que é um projeto muito ousado inscrever-se em um concurso público para a Polícia Militar e, ao mesmo tempo, engravidar, e uma gravidez – penso, presumindo o que normalmente ocorre – querida, uma gravidez buscada.

Não se trata daquela situação que se mostrou – sob a minha óptica – mais favorável para admitir-se a segunda época, na prova de esforço, em

RE 1058333 / PR

que envolvida força maior, na espécie caso fortuito, já que, como costume denominar, a deformidade sublime – não cogito de aleijão –, deformidade porque a mulher fica fisicamente alterada ante a gravidez, e sublime porque porta um ser. A gravidez não é uma doença e assim não pode ser tomada como a configurar força maior e, portanto, caso fortuito.

No precedente, a maioria, a sempre douta maioria – e toda vez que fico vencido, principalmente de forma isolada, questiono-me sobre o acerto ou desacerto da óptica revelada – proclamou, na dicção do Relator do recurso extraordinário nº 630.733/DF:

"Recurso Extraordinário. 2. Remarcação de teste de aptidão física em concurso público em razão de problema temporário" – admitiu o problema – "de saúde. 3. Vedação expressa em edital" – e eu vou chegar no caso concreto, a lei do certame, do concurso, que é o edital – "Constitucionalidade. 4. Violação ao princípio da isonomia" – e eu perguntaria: quantos e quantos, marchando como se deve marchar quando se visa um cargo público, observaram o edital? E acometidos de doenças sequer pretenderam a remarcação? Continua a ementa do acórdão – "Violação do princípio da isonomia. Não ocorrência" – aí é uma discriminação inversa, mas em se tratando da mulher, há de se estabelecer a exceção, principalmente a mulher grávida – "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" – e devemos tratar igualmente homens e mulheres, e não concebo a discriminação, considerado o homem e, com maior razão, considerada a mulher – "à luz dos postulados da impessoalidade" – e Administração Pública está submetida ao princípio da legalidade estrita e à impessoalidade – "e da supremacia do interesse público. 5. Inexistência de direito constitucional à remarcação de provas em razão de circunstâncias pessoais" – e a gravidez é uma circunstância pessoal – "dos candidatos. 6. Segurança jurídica. Validade das provas de segunda chamada

RE 1058333 / PR

realizadas até a data da conclusão do julgamento. 7. Recurso Extraordinário a que se nega provimento."

No caso concreto, o edital mostrou-se claro na vedação a uma segunda prova, inclusive a de esforço. A gravidez, reafirmo, não é imprevisível. Dizer-se que se deve desconhecer a tese fixada sob o ângulo da repercussão geral, no precedente ao qual me referi, no extraordinário de nº 630.733, a pretexto de agasalhar-se esse fato, a gravidez é um passo, para mim, demasiadamente largo, que não dou.

Tem-se mais: qual foi a ação ajuizada para lograr-se a remarcação? Uma ação que tem, como primeira condição, direito líquido e certo: o mandado de segurança. Reconheceu-se a presença desse direito líquido e certo, contrariando-se o que apontei como lei do certame, ou seja, o edital, que obriga indistintamente a Administração Pública e aqueles que se apresentam para concorrer, objetivando a ocupação do cargo visado pelo concurso.

Ante esse contexto, não tenho como concluir que a decisão prolatada se afina com a Constituição Federal – no que impõe o tratamento isonômico, pouco importando o gênero –, no que submete a Administração Pública ao princípio da legalidade estrita. E o edital é claríssimo, a obstaculizar – e todos os candidatos ficaram alertados quanto a isso – a remarcação das provas.

Presidente, diz-se – não me lembro de quem é a frase, mas, penso que é de Machado Guimarães – que há mais coragem em ser justo parecendo injusto, do que em ser injusto para salvaguardar as aparências, simples aparências, da Justiça.

Sem incoerência, considerado o voto isolado no precedente que diz da impossibilidade, ante o edital, de remarcar-se as provas, precedente formalizado sob o ângulo da repercussão geral em 2013, provejo o recurso interposto pelo Estado do Paraná. E digo que sou um grande admirador do sexo oposto.

21/11/2018

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.058.333 PARANÁ

VOTO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: **Peço vênia**, Senhor Presidente, **para acompanhar, integralmente, o magnífico voto** proferido pelo eminente Ministro LUIZ FUX. *Em consequência*, **nego provimento** ao presente recurso extraordinário.

Por tal razão, também acolho a proposta de tese **formulada** pelo eminente Ministro LUIZ FUX, **no sentido de que** “*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*”

É o meu voto.

21/11/2018

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.058.333 PARANÁ

PROPOSTA

(de tese em repercussão geral)

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, à semelhança do que procurei fazer no voto, é uma tese sintética, enxuta, baseada nos seguintes termos: *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.*

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.058.333

PROCED. : PARANÁ

RELATOR : MIN. LUIZ FUX

RECTE.(S) : ESTADO DO PARANÁ

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARANÁ

RECDO.(A/S) : EVELINE BONFIM FENILLI SPINOLA

ADV.(A/S) : GILBERTO KANDA (43415/PR, 260147/SP)

Decisão: O Tribunal, por maioria, apreciando o tema 973 da repercussão geral, negou provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Marco Aurélio. Em seguida, por unanimidade, fixou-se 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". Não participaram, justificadamente, da votação da tese, os Ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski. Falaram: pelo recorrente, o Dr. César Augusto Binder, Procurador do Estado do Paraná; e, pela Procuradoria-Geral da República, a Dra. Raquel Elias Ferreira Dodge, Procuradora-Geral da República. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 21.11.2018.

Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Procuradora-Geral da República, Dra. Raquel Elias Ferreira Dodge.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário