

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 28.105 - RO
(2008/0239587-8)**

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

RECORRENTE : MARILETE ALBERTON

**ADVOGADO : ANTÔNIO FONTOURA COIMBRA - DEFENSOR
PÚBLICO E OUTROS**

RECORRIDO : ESTADO DE RONDÔNIA

PROCURADOR : JERSILENE DE SOUZA MOURA E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

MARILETE ALBERTON interpõe recurso ordinário em mandado de segurança com fundamento no art. 105, II, "b", da Constituição Federal, contra acórdão do **Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia**, assim ementado:

CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO. EXAME DE SAÚDE. PATOLOGIA. REPERCUSSÃO CLÍNICA.

O candidato, aprovado em concurso público, portador de patologia cujo risco de manifestação e de contaminação é presumido e não há prova pré-constituída em contrário, não tem direito líquido e certo à nomeação e posse no cargo.

Em suas razões recursais, afirma a recorrente, em síntese, que inexistente embasamento legal, tampouco editalício, que a proíba de ser investida no cargo de Auxiliar de Serviços Gerais – Zelador, pelo fato de ser portadora de Hepatite "B".

Aduz que a Lei Complementar Estadual n. 68/92, ao elencar como causa de aposentadoria por invalidez a circunstância de o servidor público ser portador de Hepatite "B", não pode ser aplicada de modo discriminatório.

Ressalta que os exames médicos atestam a presença da referida patologia, mas na forma não ativa e assintomática, ou seja, "o sistema imunológico apresenta tolerância ao vírus, sendo o risco da evolução da doença quase nulo, podendo a pessoa ser considerada portadora sã da doença,

Superior Tribunal de Justiça

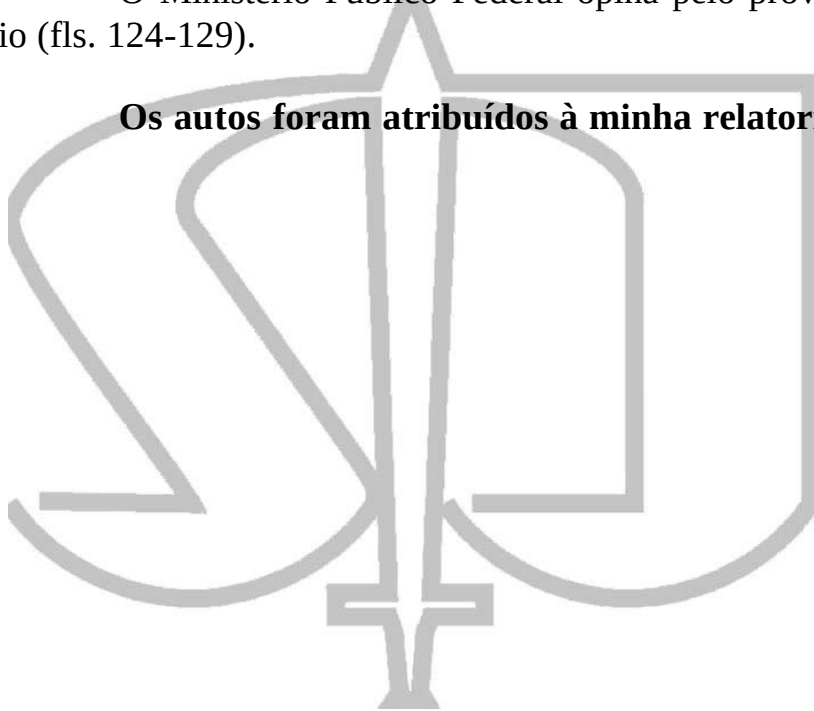
podendo ainda ser uma cicatriz sorológica onde o indivíduo já teve e caminha para a cura, pois o anticorpo permanece por um longo período no soro e por isso reage ou melhor, aparece no exame como hepatite B" (fl. 96).

Requer o provimento do recurso ordinário, para que seja integralmente concedida a segurança inicialmente pleiteada.

Contrarrazões às fls. 191-196 e prévio juízo de admissibilidade positivo à fl. 117.

O Ministério Público Federal opina pelo provimento do recurso ordinário (fls. 124-129).

Os autos foram atribuídos à minha relatoria em 2/9/2013.



**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 28.105 - RO
(2008/0239587-8)**

EMENTA

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. CONCURSO. EXCLUSÃO DE CANDIDATO PORTADOR DE HEPATITE B. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO. NULIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. A eliminação de candidato em concurso público por inaptidão constatada em exame médico pressupõe fundamentação adequada quanto à incompatibilidade de eventual patologia com as atribuições do cargo público almejado. Precedente: RMS 26.101/RO, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª T., DJe 13/10/2009.

2. Laudo produzido no âmbito administrativo que nem sequer menciona as formas de contágio da doença, tampouco a presença de eventuais sintomas dela decorrentes, no intuito de demonstrar eventual incompatibilidade com o exercício do cargo pretendido (zelador), o qual, a propósito, não envolve nenhuma peculiaridade a justificar maiores cautelas.

3. O ato atacado nesta ação mandamental, que, em certame destinado ao preenchimento de cargo público, resultou na eliminação da recorrente pelo simples fato de que é ela portadora de Hepatite Crônica Viral Tipo "B", sem a demonstração de possível incompatibilidade com o exercício do cargo, não apresenta seu principal requisito de validade, por faltar-lhe a necessária fundamentação.

4. No atual cenário brasileiro, em que se busca dissipar toda e qualquer forma de discriminação, não se mostra razoável, sob nenhum ponto de vista, a exclusão de uma candidata em concurso público apenas pelo fato de estar ela acometida de uma moléstia que, a despeito de inspirar cuidados permanentes, não apresenta sintomas ou risco iminente de contaminação, a não ser pelas formas já declinadas, alheias às atividades normais do cargo.

5. Recurso ordinário em mandado de segurança provido.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

Tem-se, na origem, mandado de segurança impetrado contra ato do Secretário de Estado da Administração do Governo de Rondônia, consubstanciado na exclusão da impetrante de concurso destinado ao preenchimento do cargo de Auxiliar de Serviços Gerais – Zelador, tendo em vista tratar-se de pessoa portadora de Hepatite Crônica Viral Tipo "B" (CID 10 B - 18.1).

No Estado de Rondônia, como requisito básico para a investidura em cargo público, a Lei Complementar n. 68/92 exige que o candidato tenha "aptidão física e mental, comprovada em inspeção médica" (art. 8, VI), norma essa repetida em uma das cláusulas do edital do certame.

A princípio, é pacífica a jurisprudência desta Corte acerca da inadequação da via mandamental quando o acolhimento da pretensão autoral exige o confronto de laudos técnicos, para fins de averiguar a efetiva presença de direito líquido e certo relacionado à situação especial de candidato a cargo público.

Confirmam-se, a propósito, os seguintes julgados:

DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CONCORRÊNCIA. PORTADOR DE NECESSIDADES ESPECIAIS. MOLÉSTIA. INEXISTÊNCIA. LISTA. LEGISLAÇÃO. SUBMISSÃO. PERÍCIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. EXCLUSÃO. CERTAME. PRETENSÃO MANDAMENTAL. PREVALECIMENTO. LAUDO PARTICULAR. CONFRONTO PROBATÓRIO. NECESSIDADE. PRODUÇÃO. PERÍCIA JUDICIAL. INVIABILIDADE. PROCESSO MANDAMENTAL. INEXISTÊNCIA. DILAÇÃO PROBATÓRIA.

1. Constitui o mandado de segurança espécie processual destinada à proteção de direito líquido e certo não amparável por *habeas corpus* ou *habeas data*, entendendo-se como tal aquele apreensível da compulsão dos articulados iniciais e da prova previamente coligida pela parte autora, sobretudo porque, quanto a este último aspecto, é

inexistente fase procedimental de dilação probatória.

2. Tratando-se de caso concreto em que o impetrante, na condição de candidato a concurso público pela concorrência especial destinada a portadores de necessidades especiais, pretende contrapor-se à sua eliminação decorrente de resultado do laudo pericial administrativo que afastou a sua alegada debilidade, é forçoso reconhecer não ser a via mandamental adequada para tanto, à míngua justamente de dilação probatória, necessária, no caso concreto, tendo em vista que o impetrante apresenta o seu próprio laudo pericial particular, situação essa em que salutar seria a produção de uma avaliação judicial feita por perito equidistante das partes.

3. Agravo regimental não provido. (AgRg no **RMS 45.517/DF**, Rel. Ministro **Mauro Campbell Marques**, 2ª T., DJe 12/8/2014)

PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. CONCURSO PÚBLICO. DIVERGÊNCIA ENTRE LAUDOS MÉDICOS DA JUNTA OFICIAL E OS TRAZIDOS PELO PARTICULAR. INSTRUÇÃO PROBATÓRIA. EXTINÇÃO NA ORIGEM SEM APRECIACÃO DO MÉRITO. PRECEDENTES DO STJ. POSSIBILIDADE DA VIA ORDINÁRIA, ART. 19, DA LEI N. 12.016/2009.

1. Na origem, cuida-se de impetração contra ato administrativo que tornou sem efeito a nomeação de candidata aprovada com base no entendimento firmado por junta médica. A impetrante argumenta que, apesar de ter sido considerada inapta, sua doença tem características que tornam incerto o prognóstico.

2. O acórdão recorrido considerou a via mandamental inadequada, já que seria impossível visualizar de plano que o laudo da junta médica seria nulo, em cotejo com as informações médicas de fonte particular. Assim, com base nos dados carreados aos autos, acordou que qualquer deliberação exigiria a realização de perícias e de contraditório.

3. "A legitimidade do mérito do ato administrativo só pode ser afastada judicialmente mediante a realização de perícia médica, a fim de que se apure, com a certeza técnica recomendável, se é o laudo médico da Administração ou o laudo médico do particular que está em dissonância com a realidade. Ocorre que é vedada a dilação probatória em mandado de segurança" (RMS 32.164/BA, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 12.11.2010).

4. Precedentes no mesmo sentido: MS 15.141/DF, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Corte Especial, DJe 24.5.2011; RMS 31.996/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 31.3.2011; AgRg no RMS 31.552/GO, Rel. Celso Limongi (Desembargador

convocado do TJ/SP), Sexta Turma, DJe 13.9.2010; e AgRg no RMS 28.071/PE, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJe 28.9.2009.

5. "A sentença ou o acórdão que denegar mandado de segurança, sem decidir o mérito, não impedirá que o requerente, por ação própria, pleiteie os seus direitos e os respectivos efeitos patrimoniais" (art. 19, da Lei n. 12.016/2009).

Agravo regimental improvido. (AgRg no **RMS 33.928/SC**, Rel. Ministro **Humberto Martins**, 2ª T., DJe 27/10/2011)

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. INAPTIDÃO EM ETAPA ANTERIOR AO CURSO DE FORMAÇÃO. PERDA DE OBJETO. NÃO-OCORRÊNCIA. EDITAL QUE NÃO PREVÊ, EXPRESSAMENTE, DETERMINADA ENFERMIDADE COMO CAUSA DE INAPTIDÃO. POSSIBILIDADE DE DETECÇÃO DE ENFERMIDADES NO EXAME CLÍNICO PREVISTO NA REGRA EDITALÍCIA. COMPATIBILIDADE DA MOLÉSTIA COM O EXERCÍCIO DO CARGO. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. NECESSIDADE. DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. [...]

2. O fato de não constar do edital menção a determinada moléstia como causa de inaptidão, não tem o condão de assegurar o êxito no exame de saúde, porquanto, cotejando-se os ditames das demais regras editalícias que tratam da matéria, verifica-se que a Junta Médica pode, no exame clínico, constatar a existência de outras enfermidades que incapacitem o candidato.

3. Na via mandamental, a matéria submetida ao crivo do Poder Judiciário reclama a apresentação de prova robusta e pré-constituída do direito perseguido, sendo certo que meras alegações não são capazes de contornar essa exigência.

4. Desborda da via eleita, porquanto dependente de dilação probatória, verificar, na via estreita do mandado de segurança, se a enfermidade constatada no exame de saúde possui, ou não, gravidade capaz de impelir à conclusão de inaptidão para o exercício do cargo público pretendido.

5. Recurso ordinário em mandado de segurança conhecido, mas desprovido. (**RMS 28.376/MS**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, 5ª T., DJe 14/10/2011)

ADMINISTRATIVO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. POSSE. REQUISITOS.

Superior Tribunal de Justiça

APTIDÃO FÍSICA E MENTAL. LEGALIDADE. DILAÇÃO PROBATÓRIA. INVIABILIDADE DA VIA ELEITA.

I – A posse em cargo público está condicionada ao atendimento de certos requisitos previstos no edital e na lei, dentre os quais a aptidão física para o exercício das atribuições do cargo. Não atendido esse requisito, a negativa da administração em dar posse ao candidato não pode ser considerada abusiva ou ilegal.

II - Na estreita via mandamental não se possibilita a dilação probatória. A certeza e a liquidez do direito vindicado devem ser demonstradas de plano. Precedentes.

Recurso desprovido. (RMS 13.514/TO, Rel. Ministro **Felix Fischer**, 5ª T., DJ 31/3/2003)

Contudo, conforme já decidido por esta Corte Superior de Justiça, "é incabível a eliminação de candidato considerado inapto em exame médico em concurso público por motivos de ordens abstrata e genérica, situadas no campo da probabilidade. **Impõe-se que o laudo pericial discorra especificamente sobre a incompatibilidade da patologia constatada com as atribuições do cargo público pretendido**" (RMS 26.101/RO, Rel. Ministro **Arnaldo Esteves Lima**, 5ª T., DJe 13/10/2009).

No âmbito federal, vigora a Lei n. 9.783/99 (art. 50), segundo a qual "**os atos administrativos deverão ser motivados**, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: **I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses**; **II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções**; **III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública**; **IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório**; **V - decidam recursos administrativos**; **VI - decorram de reexame de ofício**; **VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais**; **VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo**".

De todo modo, ainda que fosse silente a legislação estadual a esse respeito, não poderia a eliminação de determinado candidato em concurso público prescindir da devida motivação, ou seja, deve o Administrador demonstrar, inequivocamente, a incompatibilidade das condições do candidato, em razão da moléstia que o aflige, com o exercício do cargo almejado, sob pena de configurar inadmissível ato de discriminação.

De acordo com o laudo apresentado pelo Núcleo de Perícia Médica (NUPEM), a impetrante, ora recorrente, foi considerada inapta para o

Superior Tribunal de Justiça

serviço público por ser portadora de Hepatite Crônica Viral Tipo "B" (CID 10B - 18.1), em replicação ou não, **doença que seria grave, contagiosa e especificada em lei como invalidante** (fl. 60).

Observo, contudo, que o laudo produzido no âmbito administrativo nem sequer menciona as formas de contágio da doença, tampouco a presença de eventuais sintomas dela decorrentes, no intuito de demonstrar eventual incompatibilidade com o exercício do cargo pretendido (zelador), que, a propósito, não envolve nenhuma peculiaridade a justificar maiores cautelas.

Em contrapartida, o laudo médico apresentado pela impetrante (fl. 44), além de atestar que o seu quadro clínico é ótimo e assintomático, além da sua perfeita aptidão para o serviço, não deixa dúvidas quanto às formas de transmissão do vírus da Hepatite "B", quais sejam, pela relação sexual ou por contato sanguíneo, a exemplo da transfusão.

Ademais, o simples fato de constar referida moléstia como hipótese legal de aposentadoria por invalidez não retira da impetrante o direito de exercer o cargo para o qual logrou aprovação, por constituir a inativação mera faculdade do servidor acometido das doenças especificadas naquela norma.

É inegável, portanto, que o ato atacado por intermédio desta ação mandamental, que, em certame destinado ao preenchimento de cargo público, resultou na eliminação da recorrente pelo simples fato de que é ela portadora de Hepatite Crônica Viral Tipo "B", sem a demonstração de possível incompatibilidade com o exercício do cargo, não apresenta seu principal requisito de validade, por faltar-lhe a necessária fundamentação.

Vale registrar, apenas para conhecimento, que a **Administração Pública**, seja ela federal, estadual ou municipal, no intuito de adequar os seus atos às exigências legais e constitucionais, **tem retirado**, dos editais de concursos públicos, **a exigência compulsória de sorologia para Hepatite B e HIV da relação de exames médicos exigidos, sobretudo por afrontar o princípio da dignidade da pessoa humana.**

Também estabelece a Constituição Federal de 1988 que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas.

No âmbito federal, vige, atualmente, a Portaria Interministerial n. 869/1992, que, ao deliberar sobre as exigências para posse em cargo público,

Superior Tribunal de Justiça

proibiu, "no âmbito do Serviço Público Federal, a exigência de teste para detecção do vírus de imunodeficiência adquirida, tanto nos exames pré-admissionais quanto nos exames periódicos de saúde".

De maneira semelhante, a Portaria n. 1.246/2010 do Ministério do Trabalho e Emprego – considerando os termos da Convenção da Organização Internacional do Trabalho – OIT n. 111, que proíbe todo tipo de discriminação em emprego ou profissão, e a Lei n. 9.029/95, que proíbe a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego ou a sua manutenção – impede, "de forma direta ou indireta, nos exames médicos por ocasião da admissão, mudança de função, avaliação periódica, retorno, demissão ou outros ligados à relação de emprego, a testagem do trabalhador quanto ao HIV".

No atual cenário brasileiro, em que se busca dissipar toda e qualquer forma de discriminação, não se mostra razoável, sob nenhum ponto de vista, a exclusão de uma candidata em concurso público apenas pelo fato de estar ela acometida de moléstia que, a despeito de inspirar cuidados permanentes, não apresenta sintomas ou risco iminente de contaminação, a não ser pelas formas já declinadas, alheias às atividades normais do cargo.

À vista do exposto, **dou provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança**, para determinar a posse imediata da impetrante no cargo de Auxiliar de Serviços Gerais – Zelador, a ser exercido no Município de Ariquemes/RO, desde que atendidos os demais requisitos previstos no edital.