

03/09/2013

SEGUNDA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 528.684 MATO GROSSO DO SUL

RELATOR : **MIN. GILMAR MENDES**
RECTE.(S) : FRANCIS HELEN DORNELAS
ADV.(A/S) : JOSÉ DO ESPÍRITO SANTO E OUTRO(A/S)
RECDO.(A/S) : ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADV.(A/S) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

Recurso extraordinário. 2. Concurso público. Polícia Militar do Estado de Mato Grosso do Sul. 3. Edital que prevê a possibilidade de participação apenas de concorrentes do sexo masculino. Ausência de fundamento. 4. Violação ao art. 5º, I, da Constituição Federal. 5. Recurso extraordinário provido.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 3 de setembro de 2013.

Ministro **GILMAR MENDES**

Relator

Documento assinado digitalmente

03/09/2013

SEGUNDA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 528.684 MATO GROSSO DO SUL

RELATOR : **MIN. GILMAR MENDES**
RECTE.(S) : FRANCIS HELEN DORNELAS
ADV.(A/S) : JOSÉ DO ESPÍRITO SANTO E OUTRO(A/S)
RECDO.(A/S) : ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADV.(A/S) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): Trata-se de recurso extraordinário, interposto com fundamento no art. 102, III, “a”, da Constituição Federal, que impugna acórdão do Superior Tribunal de Justiça ementado nos seguintes termos:

“RESP – ADMINISTRATIVO – CONCURSO PÚBLICO – SEXOS MASCULINO E FEMININO – Não pode haver distinção, em face da isonomia, dos direitos de homem e mulher, embora, pela própria natureza, certas atividades, sejam próprias para o homem ou mais recomendadas para a mulher. O acesso é facultado às carreiras militares. Hoje, fica à deliberação do Estado, naquele concurso, precisar de pessoas para atividades recomendadas para homem e não para mulher. Em sendo assim, não vejo que a simples distinção, em si mesma, possa afrontar o princípio da isonomia”. (Fl. 319).

Nas razões recursais, aponta-se violação ao art. 5º, *caput*, I, da Constituição Federal.

A recorrente sustenta que, no caso, inexistente fundamento para discriminação com base em sexo dos candidatos para realização do concurso destinado ao ingresso no Curso de Formação de Oficiais da Polícia Militar do Estado de Mato Grosso do Sul.

A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pelo provimento do recurso (fls. 367-371).

RE 528684 / MS

Na origem, a ora recorrente impetrou mandado de segurança, pleiteando a participação no concurso para ingresso ao Curso de Formação de Oficiais da PM/MS, uma vez que o edital do certame previa apenas a possibilidade de participação concorrentes do sexo masculino.

Tendo em vista que a ação mandamental impugnava ato de Secretário de Estado, foi impetrada originariamente no TJMS, o qual concedeu a segurança, consignando que o referido discrimen afrontava o princípio isonomia. Confira-se a ementa do citado acórdão:

“MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – CARÊNCIA DE AÇÃO – AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO – PRELIMINAR QUE SE CONFUNDE COM O MÉRITO – CURSO DE FORMAÇÃO DE OFICIAIS DA POLÍCIA MILITAR – SEXO MASCULINO – EXIGÊNCIA DESCABIDA – LIMINAR CONVALIDADA – CONCEDIDA.

A proibição de acesso ao concurso público para admissão ao Curso de Formação de Oficiais da Polícia Militar estadual para os candidatos do sexo feminino agride o princípio da isonomia e da igualdade, razão pela qual deve a segurança ser concedida em definitivo, permitindo-se a inscrição”. (Fl. 182).

Os autos subiram ao Superior Tribunal de Justiça, em virtude da interposição de recurso especial pelo Estado de Mato Grosso do Sul.

O STJ entendeu que a referida discriminação não ofenderia o princípio da isonomia, motivo pelo qual deu provimento ao REsp estadual, nos seguintes termos:

“Sem dúvida, não pode haver distinção, em face do princípio da isonomia, dos direitos de homem e mulher, embora, pela própria natureza, certas atividades sejam próprias para o homem ou mais recomendadas para a mulher. O acesso é facultado às carreiras militares. Hoje, fica à deliberação do Estado, naquele concurso, precisar de pessoas em atividades recomendadas para homem e não para mulher. Em sendo assim, não vejo que a simples distinção, em si mesma, possa

RE 528684 / MS

afrontar o princípio da isonomia". (Fl. 316).

Em face desse acórdão, interpôs-se o presente recurso extraordinário, ao argumento de que a discriminação de sexos para realização do certame em questão afrontaria diretamente o princípio isonômico.

Por meio da Petição 64.550/2011 (fl. 398), a recorrente esclareceu que, em virtude de medida liminar, seguiu a carreira militar sendo, à época, major da Polícia Militar do Estado do Mato Grosso do Sul.

Em resposta ao despacho de fl. 400, informou a permanência do objeto e do interesse no julgamento do recurso extraordinário.

A Procuradoria-Geral da República ofereceu parecer pelo provimento do recurso (fls. 367-391).

É o relatório.

03/09/2013

SEGUNDA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 528.684 MATO GROSSO DO SUL

V O T O

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): Inicialmente, cumpre destacar que o acórdão recorrido foi publicado em data anterior a de 3 de maio de 2007, de modo que não se exige, nos termos da jurisprudência desta Corte, demonstração da repercussão geral da questão constitucional discutida.

No caso, o edital regente do concurso para ingresso no Curso de Formação de Oficiais da Polícia Militar do Estado de Mato Grosso do Sul previa a possibilidade de participação apenas de concorrentes do sexo masculino (fls. 31-32).

É cediço que as restrições a direitos individuais devem ser estabelecidas por leis que atendam aos requisitos da generalidade e da abstração, evitando, assim, tanto a violação do princípio da igualdade material quanto a possibilidade de que, por meio de leis individuais e concretas, o legislador acabe por editar autênticos atos administrativos.

Isso quer dizer que há limitação constitucional concernente na proibição de edição de leis restritivas de caráter casuístico ou discriminatório que, assim, infrinjam ao postulado material da igualdade, o qual é indutor de uma incompatibilidade para o estado democrático de direito, qual seja: a impossibilidade de prática de atos discriminatórios ou arbitrários.

Sobre o significado do princípio – proibição de leis restritivas de conteúdo casuístico ou discriminatório, vale registrar o magistério de Canotilho:

“As razões materiais desta proibição sintetizam-se da seguinte forma: (a) as leis particulares (individuais e concretas), de natureza restritiva, violam o princípio material da igualdade, discriminado, de forma arbitrária, quanto à imposição de encargos para uns cidadãos em relação aos outros; (b) as leis individuais e concretas restritivas de direitos, liberdades e garantias representam a manipulação da forma

RE 528684 / MS

da lei pelos órgãos legislativos ao praticarem um ato administrativo individual e concreto sob as vestes legais (os autores discutem a existência, neste caso, de abuso de poder legislativo e violação do princípio da separação de poderes; (c) as leis individuais e concretas não contêm uma normatização dos pressupostos da limitação, expressa de forma previsível e calculável e, por isso, não garantem aos cidadãos nem a proteção da confiança nem alternativas de ação e racionalidade de atuação” (Canotilho, J. J. Gomes. Direito constitucional. 4ª edição. Coimbra, Almedina, 1986, p. 614).

Nessa linha, o Min. Celso de Mello, no julgamento do AI-AgR 360.461, assim dissertou sobre o princípio da igualdade:

“Sabemos, tal como já decidiu o STF (RTJ 136/444, Rel. P/ o ac. Min. Celso de Mello, que o princípio da isonomia – cuja observância vincula todas as manifestações do Poder Público – deve ser considerado, em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios (RDA 55/114), sob duplo aspecto: a) o da igualdade na lei e b) o da igualdade perante a lei.

A igualdade na lei – que opera numa fase de generalidade puramente abstrata – constitui exigência destinada ao legislador, que, no caso processo de formação do ato legislativo, nele não poderá incluir fatores de discriminação responsáveis pela ruptura da ordem isonômica

[...]

A igualdade perante a lei, de outro lado, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório. A eventual inobservância desse postulado pelo legislador, em qualquer das dimensões referidas, imporá, ao ato estatal por ele elaborado e produzido, a eiva de inconstitucionalidade”.

A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que é ilegítima exigência prevista apenas no edital quando instaura prescrição para os cargos a serem preenchidos mediante concurso público sem fundamento

RE 528684 / MS

legal e razoabilidade no critério de fixação das atividades a serem desempenhadas.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados: RE-AgR 558.833, rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJe 25.9.2009; RE-AgR 559.823, rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe 1º.2.2008; e o RE-AgR 327.784, rel. Min. Sepúlveda Pertence, este último a seguir ementado:

“Policia! Militar do Distrito Federal: concurso público: limite de idade: restrição não prevista em lei ordinária (L. 7.289/84), não cabendo ao edital militar o que a lei não restringiu: precedentes”.

Em alguns casos, todavia, esta Corte tem entendido que determinadas diferenciações não ensejam violação ao princípio da isonomia. Isso decorre do fato de que os critérios diferenciadores encontram amparo na lei e fundamentação adequada. A propósito, confirmam-se os seguintes julgados: RE-AgR 285.146, de minha relatoria, Segunda Turma, DJ 7.4.2006 e o RE-AgR 597.539, rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, DJe 29.5.2009.

No presente caso, no entanto, não há qualquer fundamento plausível à exceção ao princípio da isonomia. Confirma-se a fundamentação utilizada pelo acórdão pelo recorrido:

“Sem dúvida, não pode haver distinção, em face da isonomia, dos direitos de homem e mulher, embora, pela própria natureza, certas atividades sejam próprias para o homem ou mais recomendadas para a mulher. O acesso é facultado às carreiras militares. Hoje, fica à deliberação do Estado, naquele concurso, precisar de pessoas para atividades recomendadas para homem e não para mulher. Em sendo assim, não vejo que a simples distinção, em si mesma, possa afrontar o princípio da isonomia”. (Fl. 316).

Nessa linha, o acórdão recorrido denegou a segurança, restabelecendo disposição editalícia que excluía as concorrentes do sexo

RE 528684 / MS

feminino, sem amparo legal, motivo ou justificativa relevante e a despeito do princípio da isonomia.

De fato, conforme assentado no acórdão do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, o instrumento editalício não denota motivação para a distinção entre homens e mulheres.

Por outro lado, a fundamentação adotada pelo acórdão recorrido, que entendeu pertinente, no caso, a deliberação estatal para precisar “*atividades recomendadas para homem e não para mulher*” (fl. 316), destoia da jurisprudência desta Corte, que se firmou no sentido de que a imposição de discrimen de gênero, para fins de concurso público, só é compatível com a Constituição nos excepcionais casos em que reste inafastável a fundamentação proporcional e a legalidade da imposição. Isso porque:

“(…) a exigência de observância da igualdade se configura, também, enquanto tarefa fundamental do Estado [...] como comando positivo de conformação de toda a actuação dos poderes públicos e, desde logo, do legislador, o princípio da igualdade constitui-se como elemento essencial de vinculação jurídica de toda a actividade estatal de concretização e realização dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, também de estruturação e racionalização das ponderações bem invocadas como fundamento, justificação e delimitação do alcance das restrições que aí se desenvolvam”. (NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Editora Coimbra. Coimbra, 2003. p. 799) .

A própria ordem constitucional, em seu art. 5º, inciso I, fornece critério de avaliação a ser respeitado e considerado pelo legislador infraconstitucional e pela administração pública sobre a possibilidade do estabelecimento de restrição ao princípio da igualdade.

A simples restrição, sem motivação e independentemente de qualquer critério, para afastar a participação de mulheres dos quadros da polícia militar, retira a sua admissibilidade constitucional, em face do princípio da igualdade.

RE 528684 / MS

A propósito da necessidade de fundamentação passível de controle, no contexto da igualdade de gênero presente na Lei Fundamental de Bonn, afirmam PIEROTH e SCHLINK:

“A aptidão e a necessidade de um tratamento desigual para se conseguir um fim legítimo têm de poder ser fundamentadas, sem que a diferença entre homem e mulher ou as marcas distintivas constantes do art. 3º, n. 3, tenham importância como critérios. Se uma tal fundamentação não for bem-sucedida, o tratamento desigual fracassa no art. 3º; no entanto, se for bem-sucedida, então ela subsiste em face do art. 3º, mesmo quando conduza a um tratamento jurídico diferente de, por um lado, homens e, por outro lado, mulheres, de pessoas de diferente língua ou origem, de diferente convicção religiosa ou ideológica. ‘Diferenciações que assentam em outras diferenças da pessoa ou em diferenças de circunstâncias da vida não são tocadas pela proibição da diferenciação’.” (Bodo Pieroth e Bernhard Schlink, *Direitos Fundamentais*, cit., p. 216).
(grifo dos autores)

No caso, o edital não apresenta justificativa nem fundamenta a motivação utilizada para o estabelecimento da diferenciação no certame com base no critério de gênero, o que demonstra, suficientemente, a sua incompatibilidade com o art. 5º, inciso I, da Constituição Federal.

Na espécie, a ausência da indispensável fundamentação para *discrímen* é realçada pela declaração do então Comandante-Geral da Polícia Militar do Estado de Mato Grosso do Sul, acostada à fl. 347 dos autos:

“Declaro a pedido da parte interessada, que a Polícia Militar do Estado do Mato Grosso do Sul, em cumprimento ao disposto na Lei Complementar nº 067, de 14 de julho de 1993 extinguiu o Quadro específico para Policiais Femininas, portanto, vimos promovida a fusão dos quadros, a partir do que contemplou-se de forma igualitária ambos os sexos.

RE 528684 / MS

Do que concluímos nada haver, por parte do atual Cmdo, que possa impedir a permanência da 2º Ten PM FRANCIS HÉLEN DORNELAS GIMENEZ, nas fileiras da Corporação, exceto pelo manifesto da Justiça em tramitação”.

Dessa forma, constato que o aresto recorrido incorreu em violação ao art. 5º, I, da Constituição Federal, ao denegar a segurança e cancelar a discriminação. Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado desta Corte:

“CONCURSO PÚBLICO - CRITÉRIO DE ADMISSÃO - SEXO. A regra direciona no sentido da inconstitucionalidade da diferença de critério de admissão considerado o sexo - artigo 5º, inciso I, e par. 2. do artigo 39 da Carta Federal. A exceção corre a conta das hipóteses aceitáveis, tendo em vista a ordem sócio-constitucional. O concurso público para preenchimento de vagas existentes no Oficialato da Polícia Militar, no Quadro de Saúde – primeiro-tenente, médico e dentista - enquadra-se na regra constitucional, no que proíbe a distinção por motivo de sexo”. (RE 120.305, rel. Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, DJ 9.6.1995).

Registro, ainda, que o provimento do presente recurso não configura aplicação da teoria do fato consumado. Com efeito, é pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que situações de fato geradas pela concessão de provimentos judiciais provisórios como a liminar e a antecipação de tutela não podem revestir-se de eficácia jurídica definitiva.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso extraordinário para reformar o acórdão recorrido e restabelecer o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul.

03/09/2013

SEGUNDA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 528.684 MATO GROSSO DO SUL

V O T O

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Também me ponho de acordo. Eu queria apenas fazer uma referência que foi feita, rapidamente, pelo Ministro-Relator.

É que poderia até haver – e eu não acho que fosse inconstitucional – concursos específicos para carreiras ou fileiras, nas carreiras militares, de homens e de mulheres, porque, aí, há discrimen para determinadas categorias.

Aqui, o que parece ter havido é discriminação, e, é por isso que, realmente, as mulheres não entravam, e há uma frase um pouco forte para nós, principalmente: "que algumas atividades são próprias de homens, algumas, próprias de mulheres". Já disseram isso, aqui, neste Supremo Tribunal Federal: que não se podia deixar que mulher entrasse, uma das razões - e a fala é de 98, foi até divulgado, Vossa Excelência era Ministro da AGU, na época, deve se lembrar -, não cabia mulheres do Supremo Tribunal Federal porque, inclusive, nem havia toalete feminino, o que era realmente algo impressionante de ser dito, e dito de forma séria.

Também acompanho o Ministro Gilmar, apenas dizendo isto: para mim, quando se tem na Constituição que todos são iguais na lei - apesar da expressão perante a lei, na verdade, é na lei - não significa que sexo, cor, idade não possam ser fatores de discrimen legítimo, constitucional. Podem! Se a carreira é uma carreira para policiais femininos, para determinadas atividades que são previstas legalmente para isso, não haveria nenhuma inconstitucionalidade. Só que, aqui, proibiu-se por proibir. O caso é de preconceito, constitucionalmente vedado.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Não criando esse quadro, na verdade, veda-se....

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Exatamente. Quer dizer, determinadas atividades são próprias de

RE 528684 / MS

homem, ponto. Até acho que algumas são, mas não são no campo público, de jeito nenhum. Normalmente, elas são dissociáveis no campo particular.

Por isso que eu acho que, realmente, não houve discriminação **no** concurso, mas discriminação **do** concurso. O concurso discriminou pela sua só condição, pelo seu edital. E por essa razão é que eu acompanho, portanto, o Relator, como acompanho, também - e fico satisfeita - e reitero o que disse o Ministro Gilmar Mendes: não é pelo fato de ela já ter, de forma extremamente honrosa, chegado à condição de major, porque o fato consumado geraria, aqui, uma situação em que toda a liminar deferida estratificaria a situação, consolidaria. E vale, aqui, a velha lição e muito boa lição do Hely Lopes Meirelles: liminar não gera direito, não convalida situações e não gera obrigações. Razão pela qual nada tem a ver, portanto, com este momento; tem a ver com o direito que a recorrente, no caso, tem a ser tratada igualmente nos casos em que não haja fator de discriminação válida, constitucional.

Por isso, eu acompanho, também, o Ministro-Relator.

#



SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 528.684

PROCED. : MATO GROSSO DO SUL

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES

RECTE.(S) : FRANCIS HELEN DORNELAS

ADV.(A/S) : JOSÉ DO ESPÍRITO SANTO E OUTRO(A/S)

RECDO.(A/S) : ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

ADV.(A/S) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso extraordinário para reformar o acórdão recorrido e restabelecer o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul (arts. 557, §1º-A, CPC e 21, §2º, RISTF), nos termos do voto do Relator. Falou, pela recorrente, o Dr. José do Espírito Santo. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello. **2ª Turma**, 03.09.2013.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e Teori Zavascki. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello.

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

Ravena Siqueira
Secretária Substituta