14.7.2008

Terceira Turma Cível

Agravo - N. 2008.001257-3/0000-00 - Campo Grande.
Relator - Exmo. Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli.
Agravante - Estado de Mato Grosso do Sul.
Proc. Est. - Leandro Pedro de Melo.
Agravado - Ministério Público Estadual.
Prom. Just. - Emy Louise Souza Almeida Albertini.
Intdo - Secretária de Estado de Administração.
Intdo - Fundação Escola de Governo.

E M E N T A – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – CONCURSO PÚBLICO DE FORMAÇÃO PARA SOLDADO DA POLÍCIA MILITAR – TUTELA ANTECIPADA – PRESENÇA DA VEROSSIMILHANÇA DO DIREITO ALEGADO – EXIGÊNCIA DE REALIZAÇÃO DE EXAME DE HIV – ATO DISCRIMINATÓRIO – PERIGO DE DANO DE DIFÍCIL REPARAÇÃO – PREJUÍZO ÀS PESSOAS PORTADORAS DO VÍRUS – MANUTENÇÃO DA DECISÃO SINGULAR – RECURSO IMPROVIDO.

Concede-se a tutela antecipada quando a prova inequívoca da verossimilhança das alegações restar consubstanciada no edital do concurso que prevê exigência discriminatória consistente na realização de exame de HIV pelos candidatos, e se demonstrado o fundado receio de dano aos candidatos portadores do vírus que serão obrigados a apresentar o exame em tela por ocasião da fase seguinte à Etapa de Exame de Saúde e Antropométrico, sendo tolhidos de exercer o direito à dignidade.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Terceira Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e com o parecer, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 14 de julho de 2008.

Des. Paulo Alfeu Puccinelli – Relator

R E L A T Ó R I O

O Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli

Estado de Mato Grosso do Sul interpõe recurso de agravo de instrumento, irresignado com a decisão interlocutória proferida pelo Juiz de Direito da Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos da Comarca de Campo Grande que, nos autos da ação civil pública que lhe promove o Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul, deferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, com fundamento no artigo 273, inciso I, do Código de Processo Civil para determinar a suspensão da exigência do exame de HIV, contido no item 9.4, alínea **o** do Edital n° 1/2007 – SAD/ESCOLA GOV/PM/MS do Concurso Público para Ingresso no Curso de Formação de Soldado da Polícia Militar e, com supedâneo no artigo 11 da Lei n° 7.347/85, fixou, para o caso de descumprimento da medida, multa diária de R$ 1.000,00 (mil reais), em vigor na data do pagamento.

Sustenta que a lei exige para a antecipação dos efeitos da tutela a prova inequívoca da situação e a verossimilhança da alegação, requisito este que é imprescindível e deve vir acompanhado do receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou, ainda, ao abuso de direito.

Alega que no caso dos autos não se extrai as condições necessárias para a antecipação do provimento jurisdicional, já que ausentes os requisitos acima, sem se mencionar que falta abuso de defesa ou de manifesto propósito protelatório.

Enfatiza que o ordenamento jurídico pátrio não respalda a pretensão da parte recorrida, que objetiva, em última análise, suspender a exigibilidade do exame de HIV dos candidatos que participarão do exame de saúde do certame para o preenchimento das fileiras da Polícia Militar deste Estado.

Assevera que o agravado alega, por diversas vezes que a sorologia positiva de HIV será considerada como condição *sine qua non* de inabilitação do candidato no presente certame, ou seja, será considerado desclassificado e que, para tanto, estará por violar os princípios da igualdade e da não-discriminação, tese amparada pelo douto magistrado *a quo* que acrescentou violação, também, do princípio da dignidade da pessoa humana.

Acentua que se verifica do edital que realmente há a necessidade da realização dos exames em questão, mas no item 9.8 consta expressamente que o exame do HIV não possui caráter eliminatório (f. 16 dos autos), ou seja, mesmo que o exame venha a ser considerado positivo ou negativo não possui caráter de eliminar o candidato do certame.

Salienta que o exame em tela tem por objetivo promover ações sociais por parte da administração a fim de viabilizar a adequação das funções do cargo e eventuais condições especiais de saúde do candidato aprovado, consoante se vê das disposições da Lei Estadual n° 3.106/2005, em seu artigo 5°, inciso I e Edital n° 006/2007, publicado no D.O n° 7.116, de 19.12.2007.

Acrescenta que mesmo que se pudesse admitir a ocorrência de tratamento diferenciado de forma arbitrária pelo edital, ao exigir o exame de HIV, seria imperioso ponderar se é viável juridicamente suspender a exigência do item 9.4 do edital, sob o fundamento de violação aos princípios da igualdade, da não-discriminação e da dignidade da pessoa humana.

Afirma que eventual lesão ao princípio da igualdade deve ser analisada com o princípio da supremacia do interesse público, com o princípio que assegura o direito adquirido, com o principio da eficiência e da moralidade.

Insiste que, *in casu,* não se trata de preconceito ou discriminação, mas sim de critério objetivo adotado pela Administração com vistas ao melhor desempenho dos militares, de forma a evitar o comprometimento do desempenho específico da atividade militar, em total consonância com o princípio da eficiência.

Aponta que pode-se ainda argumentar como obstáculo ao ingresso do portador de HIV a previsão da sua reforma, nos termos do artigo 95, inciso II, da Lei Complementar n° 53/90, pela incapacidade.

Entende que, se o resultado positivo da sorologia para HIV tivesse caráter eliminatório, ainda assim discriminação alguma haveria, visto que se passa a combater subsidiariamente a possibilidade de exigência dos referidos exames com cunho eliminatório, destacando-se que no certame em questão não foi a esse conferida hipótese de exclusão, razão por que inexiste dano irreparável ou de difícil reparação.

Prequestiona as normas constitucionais suscitadas na peça recursal.

Ao final, requer que seja admitido o agravo de instrumento, concedendo *ex lege* o efeito suspensivo à antecipação de tutela deferida nos autos n° 001.07.076586-4, informando o douto juízo, via fax-símile ou outro meio eletrônico eficaz para sobrestar tal decisão e, ainda, pede que seja provido o recurso, cassando-se a antecipação da tutela concedida.

O agravado apresentou contra-minuta às f. 112/129, nas quais prequestiona a infringência ao princípio da legalidade estabelecido pelo artigo 37, *caput,* da Carta Magna, e à Lei Estadual n° 3.106/2005 e pugna pelo improvimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 143/150 destes autos, opina pelo improvimento do agravo de instrumento.

Não foi concedido efeito suspensivo ao recurso.

V O T O

O Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli (Relator)

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul contra decisão interlocutória proferida pelo Juiz de Direito da Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos da Comarca de Campo Grande que, nos autos da ação civil pública que lhe promove o Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul, deferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, com fundamento no artigo 273, inciso I, do Código de Processo Civil, para determinar a suspensão da exigência do exame de HIV, contido no item 9.4, alínea **o** do Edital n° 1/2007 – SAD/ESCOLA GOV/PM/MS do Concurso Público para Ingresso no Curso de Formação de Soldado da Polícia Militar e, com supedâneo no artigo 11 da Lei n° 7.347/85, fixou, para o caso de descumprimento da medida, multa diária de R$ 1.000,00 (mil reais), em vigor na data do pagamento.

De pronto, constata-se que a pretensão recursal ora manifestada não merece prosperar.

Como sabido, o artigo 273 do Código de Processo Civil prevê a possibilidade de o juiz antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que presente a prova inequívoca da verossimilhança das alegações da parte e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

A propósito:

> *"Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:*
>
> *I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou*
>
> *II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu".*

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, in Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante, 7ª ed., RT, São Paulo, 2003, p. 646 e 647, ao comentarem sobre o dispositivo legal, lecionam:

> *"A tutela antecipatória dos efeitos da sentença de mérito é providencia que tem natureza jurídica mandamental, que se efetiva mediante execução 'latu sensu', com o objetivo de entregar ao autor, total ou parcialmente, a própria pretensão deduzida em juízo ou os seus efeitos. É tutela satisfativa no plano dos fatos, já que realiza o direito, dando ao requerente o bem da vida por ele pretendido com a ação de conhecimento. (...) tem por objetivo conceder, de forma antecipada, o próprio provimento jurisdicional pleiteado ou seus efeitos. Ainda que fundada na urgência (CPC 273 I), não tem natureza cautelar, pois sua finalidade precípua é adiantar os efeitos da tutela de mérito, de sorte a propiciar sua imediata execução (...)".*

Ao analisar os requisitos, os autores acima mencionados, expõem:

> *"Essa prova inequívoca é do 'fato título do pedido (causa de pedir). Tendo em vista que a medida foi criada apenas em benefício do autor, com a finalidade de agilizar a entrega da prestação jurisdicional, deve ser concedida com parcimônia, de sorte a garantir a obediência ao princípio constitucional da igualdade de tratamento da partes.*
>
> *(...) Para a concessão da tutela antecipada exige a lei uma de duas situações alternativas: a) ou a existência do periculum in mora; b) ou a existência do abuso de direito de defesa do réu, independentemente da existência de periculum in mora".* (Ob.cit, p. 648 e 650)

Por sua vez, Eduardo Melo de Mesquita, in As Tutelas Cautelar e Antecipada, São Paulo, RT, 2002, p. 411, comenta:

> *"Apesar da péssima redação do dispositivo, a prova inequívoca da verossimilhança do alegado é um plus ao fumus boni iuris, exigido para a concessão da cautelar, que o legislador entendeu devesse ser incrementado ao instituto da antecipação da tutela. (...) Outro aspecto diferenciador dos institutos ora enfrentados, intimamente ligado à verossimilhança e ao fumus boni iuris, é a possibilidade de revogação ou modificação a medida fulcrada na aparência".*

Dessa forma, conclui-se que é necessária a comprovação da prova inequívoca da verossimilhança e do perigo da demora ou a existência de abuso de direito de defesa do réu para ser concedida a tutela antecipatória dos efeitos da sentença de mérito.

Da análise do caso em tela, verifica-se que estão presentes os requisitos autorizadores da concessão da medida antecipatória pleiteada pelo agravado.

Com relação à prova inequívoca da verossimilhança das alegações, numa análise perfunctória, entendo que tal requisito encontra-se consubstanciado no Edital n° 1/2007 – SAD/ESCOLAGOV/PMMS, publicado no Diário Oficial n° 7.095, o qual, no item 9.4, alínea **o**, apresenta como obrigatória a realização de exame de HIV pelo candidato ao cargo de Soldado da Polícia Militar de Mato Grosso do Sul.

Ora, como dito pelo juiz singular, tal exigência, *prima facie,* viola o direito da dignidade da pessoa humana, valor constitucional supremo previsto no artigo 1°, inciso III, da Constituição Federal, e evidencia desrespeito ao princípio da igualdade e a discriminação àquelas pessoas soropositivas, o que ocorre ante a simples solicitação do exame para detecção do HIV, sendo irrelevante o fato do item 9.8 prever que esse exame tem caráter eliminatório (f. 57-TJMS).

Aliás, vale acrescentar que a previsão da citada alínea **o**, do item 9.4, fere expressamente a determinação contida na Lei Estadual n° 3.106, de 25 de novembro de 2005, que, em seus artigos 2°, inciso I e 3°, *in verbis:*

> *"Art. 2°. Para os efeitos desta Lei, considera-se discriminação aos portadores do vírus HIV ou a pessoas com Aids:*
>
> *I – solicitar exames para a detecção do vírus do HIV ou da AIDS para inscrição em concurso público ou seleção para ingresso no serviço público.*
>
> *(..)*
>
> *Art. 3°. Ao portador do vírus HIV e as pessoas com AIDS é garantido o exercício dos direitos ao trabalho, ao estudo, ao lazer, bem como ao usufruto de todos os direitos sociais, sendo expressamente vedada a sua demissão, suspensão, afastamento ou impedimento do exercício de direito de qualquer natureza, em razão da sua condição de saúde".* (grifo nosso)

Se não bastasse isso, o edital, ao estabelecer a obrigatoriedade do exame em questão, fere também o artigo 3°, incisos III e IV, da Carta Magna, o qual, como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, aponta a erradicação da marginalização e a promoção do bem-estar de todos os cidadãos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Quanto ao fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, este decorre do fato de que o certame encontra-se em franca realização, tendo já ocorrido a Etapa I – Prova Escrita Objetiva, a qual foi aplicada no dia 17 de fevereiro do corrente ano, consoante alegado em contraminuta (f. 126-TJMS), e a não-concessão da tutela importaria em grave prejuízo aos candidatos portadores do vírus e já inscritos, os quais serão obrigados a apresentar o exame em lume por ocasião da Etapa III – Exame de Saúde de Antropométrico previsto no item 9.2 e 9.4, sendo tolhidos de participar das provas do concurso e de exercer o direito à dignidade.

Ante isso, presentes os requisitos necessários à concessão da tutela antecipada, deve ser mantida a decisão ora guerreada que determinou a suspensão da exigência do exame de HIV contida no item 9.4, alínea **o,** do Edital n° 1/2007-SAD/ESCOLAGOV/PMMS do Concurso Público para Ingresso no Curso de Formação/Soldado PM.

Nesse sentido, é pacífica a jurisprudência deste Colendo Tribunal de Justiça, *in verbis:*

> *"E M E N T A – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO DE CHAVES E PEDIDO DE TUTELA – COMPROVAÇÃO DOS REQUISITOS PARA CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 273 E INCISOS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – RECURSO NÃO PROVIDO.*
>
> *Concede-se a antecipação dos efeitos da tutela quando preenchidos os requisitos estipulados no artigo 273 e incisos do Código de Processo Civil".*(Agravo de Instrumento n° 2007.030887-3/0000-00 – Terceira Turma Cível – Relator: Des. Hamilton Carli – julgado em 18.02.2008 – publicado no DJMS em 27.02.2008)
>
> *"(...)*
>
> *Presentes os requisitos da prova inequívoca da verossimilhança das alegações e do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, concede-se a antecipação da tutela".* (Agravo de Instrumento n° 2007.025454-9/0000-00 – Terceira Turma Cível – Relator: Des. Rubens Bergonzy Bossay – julgado em 26.11.2007 – publicado no DJ-MS em 11.12.2007)

"(...)O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (...) (artigo 273, I, do Código de Processo Civil).

Visualizada a verossimilhança das alegações e configurado o receio de dano irreparável, não pairam dúvidas quanto à imperiosidade de que sejam antecipados os efeitos da tutela almejada". (Agravo de Instrumento n° 2006.003696-2/0000-00 – Quarta Turma Cível – Relator: Des. Rêmollo Letteriello – julgado em 20.06.2006 – publicado no DJ-MS em 12.07.2006)

Diante dessas razões, conheço deste agravo de instrumento e nego-lhe provimento.

D E C I S Ã O

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E COM O PARECER, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay.
Relator, o Exmo. Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli.
Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Paulo Alfeu Puccinelli, Rubens Bergonzi Bossay e Hamilton Carli.

Campo Grande, 14 de julho de 2008.

eg