

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

**A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO DIANTE DA DISCRIMINAÇÃO POSITIVA
DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA EM CONCURSOS PÚBLICOS: UMA ANÁLISE
CRÍTICA**

Lidiane Burgo Rodrigues
Orientador: Prof. Dr. Thiago Marrara

Ribeirão Preto
2014

Lidiane Burgo Rodrigues

**A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO DIANTE DA DISCRIMINAÇÃO POSITIVA
DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA EM CONCURSOS PÚBLICOS: UMA ANÁLISE
CRÍTICA.**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Departamento de Direito Público da Faculdade de
Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São
Paulo para a obtenção do título de bacharel em
Direito.

Orientador: Prof. Dr. Thiago Marrara

Ribeirão Preto
2014

Autorizo a reprodução total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

FICHA CATALOGRÁFICA

Rodrigues, Lidianne Burgo

A Atuação do Poder Judiciário diante da Discriminação Positiva da Pessoa com Deficiência em Concursos Públicos: uma análise crítica.

Lidianne Burgo Rodrigues – Ribeirão Preto, 2014.

p.181 ; 30 cm

Trabalho de Conclusão de Curso – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo.

Orientador: Thiago Marrara.

1. Concurso Público. 2. Pessoa com Deficiência. 3. Reserva de vagas. 4. Análise jurisprudencial.

Nome: RODRIGUES, Lidiane Burgo.

Título: A Atuação do Poder Judiciário diante da Discriminação Positiva da Pessoa com Deficiência em Concursos Públicos: uma análise crítica.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

DEDICATÓRIA

A Deus, pela luz constante em meu caminho.

Aos meus pais, Mauro e Lúcia, por todo esforço e incentivo durante todo o percurso até aqui, pelo apoio incondicional diante das adversidades e por terem fornecido os pilares essenciais à construção daquilo que sou hoje.

A minha irmã, Fabiana, por toda paciência, parceria, companheirismo e apoio incondicionais, pela compreensão desmedida e pelas precisas chamadas de atenção.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Professor Thiago Marrara, por ter depositado em mim a confiança para a elaboração deste trabalho, pelos valiosos ensinamentos traçados durante a graduação, pela preocupação e incentivo no início de 2011 quando cheguei à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto.

Agradeço ao Professor Pietro Alarcón, da Instituição Toledo de Ensino de Bauru, por ter sido o responsável por instigar em mim a vontade de conhecer o direito, em meu primeiro ano de graduação.

Agradeço à Turma II, pela acolhida, por ter me proporcionado grandes amizades que levarei para o resto da vida, por ter modificado o meu conceito sobre o que significa ser uma turma, por ter me mostrado que Ribeirão também era o meu lugar.

Em especial, agradeço às colegas que hoje são a família que eu pude escolher Ana Gabriela, Ana Maria, Marina e Natália, por toda amizade incondicional, pela convivência, por todas as histórias vividas, por todo apoio e aprendizado conjunto.

Agradeço pela amizade constante, sobretudo neste ano a Isabela, Maria Fernanda e Natasha, por estarem presentes em minha vida e pelo incentivo constante.

Agradeço a minha melhor ouvinte e colega de apartamento, Fernanda, por toda a paciência e pelo incentivo no desenvolver desse estudo.

Agradeço a amiga Lucélia, por não ter permitido que o distanciamento físico alterasse a nossa amizade e pela contribuição à elaboração deste trabalho.

Agradeço ao amigo Daniel, por estar ao meu lado em todos os momentos, pelo apoio acadêmico, por sua amizade verdadeira.

Agradeço ao Bruno, por ter sido meu apoio nesse período e por ter entrado em minha vida.

Agradeço a Dra. Elaine de Antonio Faria, por ter me possibilitado vivenciar uma inigualável experiência durante o período de estágio, por todo ensinamento jurídico, pela amizade e pelo exemplo profissional e ético que buscarei seguir.

Temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades.

Boaventura de Souza Santos

RESUMO

Este Trabalho de Conclusão de Curso tem por finalidade analisar a reserva de vagas para a pessoa com deficiência no âmbito dos concursos públicos, enfatizando os posicionamentos jurisprudenciais a respeito dos aspectos relevantes ao tema. A princípio, elabora-se uma análise dos dispositivos que embasam a proteção à pessoa com deficiência na atual Constituição, lastreada no princípio igualitário, desde as primeiras Constituições. A seguir, abordam-se as principais normas em âmbito internacional e sua relevância para o aprimoramento do tema. Parte-se, então, para uma análise protetiva no teor da Constituinte de 88, demonstrando-se no primeiro capítulo, a trajetória evolutiva até consagração dos direitos da pessoa com deficiência, em 1.988, evidenciando a necessidade de que sejam instituídas ações afirmativas para trazer concretude ao propósito inclusivo. O segundo capítulo traz a conceituação de deficiência, suas categorias e pretende demonstrar a evolução do conceito de pessoa com deficiência. Após, são estabelecidos os diversos dispositivos infraconstitucionais que regulamentam a operacionalização da reserva nos certames e sua racionalidade, demonstrando-se os critérios legais existentes e o posicionamento doutrinário acerca do tema. No terceiro capítulo, colacionam-se os posicionamentos jurisprudenciais das principais Cortes Pátrias no tocante à pessoa com deficiência em concursos públicos, a fim de identificar os principais problemas que envolvem o tema e as saídas indicadas pela jurisprudência, buscando propor outras soluções.

Palavras-chave: Concurso público. Pessoa com deficiência. Reserva de vagas. Análise jurisprudencial.

ABSTRACT

This work intends to analyze the reserve of vacancies to people with disabilities in the scope of public tender, emphasizing the jurisprudential positions about the relevant aspects of the theme. At first, draws up an analysis of the devices that base the protection to the person with disability in the current Constitution, based on the egalitarian principle, since the earlier Constitutions. Immediately thereafter, the main standards in the international scope are approached, and also their relevance to the theme. Finally, a protective analysis of the Constitution of 1988 is constructed in the first chapter, considering the evolutionary trajectory until the consummation of the rights of people with disabilities in 1988, showing the need of the affirmative actions to bring concreteness to the inclusive purpose. The second chapter brings the concept of disability, its categories and intends to show the evolution of the concept of person with disability. Next, the various infraconstitutional devices which regulate the operationalization of the reserve in the exhibitions and the rationality are established, showing the existing legal criteria and the doctrinaire positions about the theme. In the third chapter, we bring up the jurisprudential positions of the main Courts in regard to person with disability in public tender, intending to identify the problematic of the theme and the solutions that are indicated by the Courts, and we seek to put forward others solutions.

Keywords: Public tender. Disabled person. Reserved places. Jurisprudential analysis.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. ARCABOUÇO NORMATIVO QUE ABRANGE O TRATAMENTO DADO À PESSOA COM DEFICIÊNCIA	13
1.1 A abordagem no sistema jurídico brasileiro do tratamento dado à pessoa com deficiência até a Constituição Federal de 1988	13
1.2 Principal regulamentação protetiva em âmbito internacional.....	18
1.2.1 Organização das Nações Unidas (ONU).....	20
1.2.2 Organização Internacional do Trabalho (OIT).....	23
1.2.3 A Organização dos Estados Americanos (OEA).....	25
1.3 Análise do Direito Constitucional Positivo Pós-88	26
1.3.1 O direito à igualdade	27
1.3.2 O direito ao trabalho.....	31
1.3.3 Competência.....	33
1.4 Outras iniciativas inclusivas	34
2. RACIONALIDADE DA DISCRIMINAÇÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA EM CONCURSOS PÚBLICOS	37
2.1 Pessoa com deficiência: a abrangência do conceito	41
2.1.1 Conceito e tipificação de deficiência	42
2.1.2 O conceito de pessoa com deficiência trazido pela Convenção.....	46
2.2 Critérios legais à operacionalização da reserva de vagas	49
2.2.1 Percentual de vagas destinado à reserva	50
2.2.2 Regras atinentes ao edital	58
2.2.3 Classificação, listas de aprovados e nomeação dos candidatos	59
3. INTERPRETAÇÃO CONCEDIDA À DISCRIMINAÇÃO POSITIVA A PARTIR DA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL	62
3.1 Arredondamento	63
3.2 Incidência do percentual destinado à reserva	69
3.3 Classificação e Nomeação	75
3.4 Surdez unilateral e visão monocular	82
4. CONCLUSÃO.....	85
REFERÊNCIAS	89
ANEXOS	97

Anexo 1: Recurso Extraordinário nº 227.299, julgado pelo STF	97
Anexo 2: Mandado de Segurança nº 26.310, julgado pelo STF	101
Anexo 3: Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 440.998, julgado pelo STF ..	105
Anexo 4: Mandado de Segurança nº 31.628, julgado pelo STF	113
Anexo 6: Mandado de Segurança nº 11.983, julgado pelo STJ	127
Anexo 7: Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 18.669, julgado pelo STJ	142
Anexo 8: Mandado de Segurança nº 30.861, julgado pelo STF	152
Anexo 9: Agravo Regimental em Mandado de Segurança nº 29.910, julgado pelo STF ...	157
Anexo 10: Mandado de Segurança nº 18.966, julgado pelo STJ	160

INTRODUÇÃO

O presente estudo possui por escopo a análise da política inclusiva destinada à pessoa com deficiência no que tange à reserva de vagas em Concursos Públicos, sua regulamentação e aplicação, bem como à maneira sobre como a implementação dos dispositivos legais existentes têm se refletido nos julgados brasileiros nas instâncias superiores.

A análise se revela bastante necessária, uma vez que o Brasil, segundo informes descritos pelo CENSO 2010, possui 45.606.048 brasileiros, dos quais 23,9% desse contingente populacional apresenta algum tipo de deficiência, seja visual, auditiva, motora e mental ou intelectual. Essa proporção demonstra uma composição populacional expressiva para a qual se designam políticas inclusivas com o intuito de que sejam erradicados estigmas históricos de segregação social. É nesse contexto que a ação afirmativa da reserva legal destinada à pessoa com deficiência em concursos públicos se insere e delimita o corte sistêmico realizado para fins desse estudo.

O tema é bastante controverso na medida em que, não obstante a reserva de vagas à pessoa com deficiência tenha sido legalmente incorporada pela Constituição Federal de 1988, o teor constitucional não estabeleceu com clareza os procedimentos atinentes à operacionalização da reserva.

Em que pese haja previsões normativas de ordem internacional e infraconstitucional que irradiam efeitos sobre o desencadear do concurso público, o aparato legal ainda é insuficiente para que sejam dirimidas as contradições que permeiam o tema, evidenciando, assim, a necessidade da intervenção do Poder Judiciário para a resolução das questões.

Dessa forma, optou-se pela elaboração de um estudo pautado sob a perspectiva trazida pelo direito pós-88, precipuamente, sem pôr à margem outros dispositivos constitucionais que precederam a atual Constituição. Foi apenas com a Constituinte de 1988 houve a consagração da evolução da luta das pessoas com deficiência pela equiparação de direitos e o direito à igualdade foi insculpido junto ao rol dos direitos e garantias fundamentais, elencados no art. 5º da Constituição Federal.

Nesse prisma, serão objeto de análise os dispositivos constitucionais que regulamentam o tema e evidenciam o tratamento equitativo a essa classe de pessoas. Sobressai-se o teor do art. 37, inciso VIII, que prevê a necessária reserva de percentual de vagas para a pessoa com deficiência à composição dos quadros da Administração Pública direta e indireta. Todavia, verifica-se que o legislador constituinte deixa a cargo do legislador infraconstitucional dispor sobre os critérios aos quais serão submetidos os candidatos com deficiência no certame, criando uma relação de dependência da atuação deste ou da Administração Pública para a efetivação da política inclusiva.

Decorrente do dispositivo supramencionado, o Decreto 3.298/99 estabeleceu em seu art. 37 que à pessoa com deficiência fica assegurada paridade de condições no que tange ao direito de inscrição em processo de seleção a cargos públicos para funções consideradas compatíveis à deficiência apresentada pelo candidato, e acrescenta o parâmetro mínimo de 5% das vagas à reserva, podendo, no entanto, o percentual alcançar até 20% das vagas previstas.

Partindo-se desses pressupostos legais, acrescenta-se que a Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência da Organização das Nações Unidas (ONU) trouxe inovação ao conceito de pessoa com deficiência e foi incorporada ao patamar constitucional, formal e materialmente, por efeito da Emenda Constitucional 45. Desse modo, busca-se aferir a proporcionalidade entre a interpretação prática conferida à discriminação positiva e a proposta igualitária promovida pelo Legislador Constituinte a partir da análise jurisprudencial.

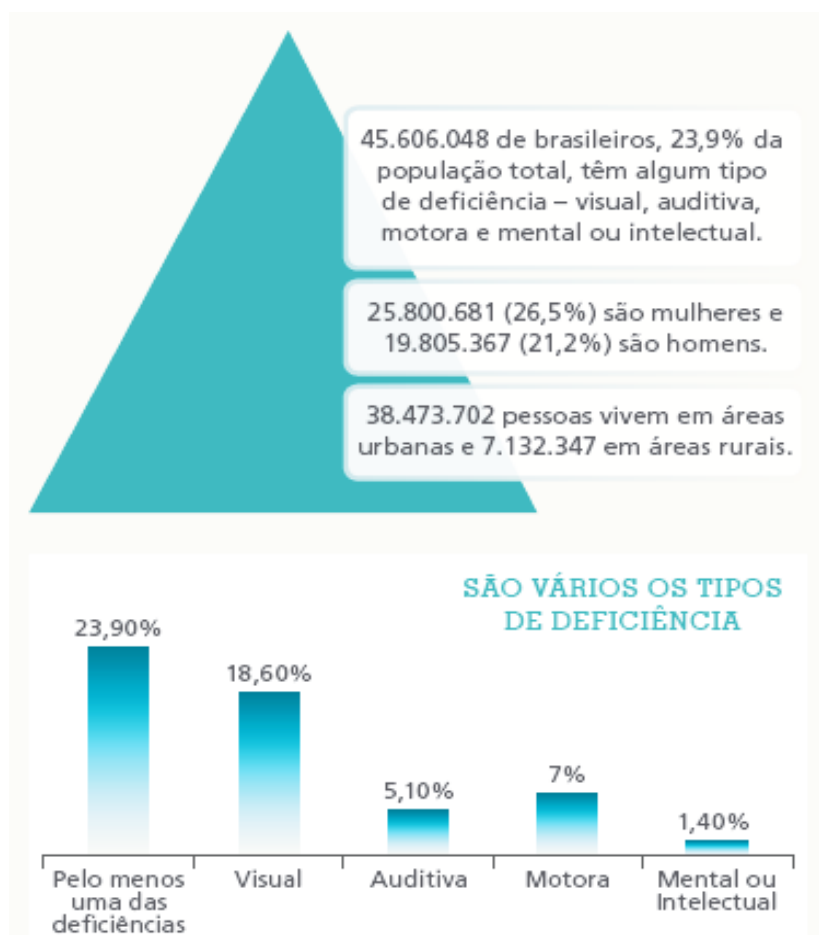
Nesse passo, serão abordadas em rol não exaustivo problematizações quanto à aplicação das normas aos casos concretos, que vêm inflando o Poder Judiciário e gerando densas discussões. Dentre as frentes objeto de análise nesse estudo, mencionam-se aquelas em que há previsão inadequada no edital dos critérios legais à aceitação da inscrição da pessoa com deficiência, as situações em que a regulamentação é omissa no tocante à reserva, quanto ao mecanismo utilizado à nomeação, os casos em que a aplicação prática da reserva excede o percentual máximo previsto pela lei, a hipótese de arredondamento quando a aplicação do percentual do edital for inferior a uma vaga e outros casos relevantes para essa investigação.

Serão elencadas situações em que o entendimento jurisprudencial converge no sentido de que se permita a utilização da medida inclusiva em prol da pessoa com deficiência. Serão, também, identificadas situações em que a utilização da ação afirmativa ainda é controversa, em razão da ausência de clareza quanto aos critérios reguladores da matéria, o

que subsidia a nebulosidade a respeito dos limites quanto à utilização da legislação existente, e mesmo para quais casos a ação afirmativa deva ou não incidir.

Assim, detectado o aparato legal em âmbitos constitucional, infraconstitucional e internacional, que, em conjunto regulamentam o tema, a aplicação das regras, seus desdobramentos e problematizações, buscam-se averiguar possíveis soluções no tocante à aplicabilidade da medida inclusiva. O estudo consiste em verificar se há um parâmetro limítrofe à operacionalização da ação afirmativa que melhor atenda aos preceitos balizadores da atividade da Administração Pública, que, simultaneamente, esteja em consonância à proposta constitucional de proteção.

Tabela 1 – Deficientes no Brasil e tipos de deficiência



Fonte: OLIVEIRA, Luiza Maria Borges. **Cartilha do Censo 2010 – Pessoas com Deficiência**. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR), Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (SNPD). Coordenação-Geral do Sistema de Informações sobre a Pessoa com Deficiência; Brasília : SDH-PR/SNPD, 2012.

1. ARCABOUÇO NORMATIVO QUE ABRANGE O TRATAMENTO DADO À PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Este capítulo se aterá a análise da evolução ocorrida no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro sob o prisma constitucional, bem como quanto à influência e efeitos projetados no ordenamento jurídico pelos diplomas internacionais e à contribuição que propiciaram ao aprimoramento das normas que regem o tema.

Em que pese o tratamento específico à pessoa com deficiência em âmbito constitucional possa ser considerado tardio, corroborado apenas pela Constituição Federal de 1988, serão aqui analisadas as previsões constitucionais elencadas nos textos que a precederam. Entende-se que tais precedentes constitucionais constituíram embasamento ao tema objeto desse estudo, que possui o intuito de promover investigação que forneça subsídios necessários à aproximação da real intenção do legislador ao conferir à medida inclusiva caráter constitucional.

Busca-se, ainda, fornecer indícios para que se verifique a compatibilidade entre a ação afirmativa sob uma perspectiva constitucional e a atuação do Poder Judiciário brasileiro e seus efeitos, que serão objeto de análise posterior.

A despeito da conclusão a que se chegue a partir desse estudo, impende ressaltar a majoração da relevância dada ao tema paulatinamente, não só em âmbito interno, como, também, sob a égide de previsões internacionais, que, através de Convenções, Declarações, Resoluções da ONU e outros documentos, evidenciaram a quantidade de tentativas visando cristalizar medidas protetivas à pessoa com deficiência. Nesse passo, resta clara a necessidade da consagração de meios específicos à efetivação das políticas inclusivas ante a obscuridade que circunda muitos de seus aspectos, seja em razão da omissão da lei, seja em razão do uso de termos imprecisos ou mesmo pela atuação insuficiente da Administração Pública, conforme se verificará no desencadear deste trabalho.

1.1 A abordagem no sistema jurídico brasileiro do tratamento dado à pessoa com deficiência até a Constituição Federal de 1988

A Constituição de 1.988 constituiu papel fundamental à consagração dos direitos para o exercício da cidadania em sua plenitude às pessoas com deficiência, sobretudo, a partir da inclusão da igualdade dentre o rol de direitos e garantias considerados fundamentais. Não obstante, faz-se necessário elencar a existência de precedentes constitucionais que, mesmo que de maneira não específica, já perfilhavam o intuito protetivo.

Partindo-se do viés constitucional inclusivo, alude-se ao previsto pela Constituição de 1824, à época do Império, que insculpe o direito à igualdade no teor do inciso XIII do art. 179, evidenciando a preocupação do legislador desde as primeiras Constituições:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

(...)

XIII. A Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, o recompensará em proporção dos merecimentos de cada um.¹

Sob essa mesma perspectiva, identifica-se o teor igualitário na Constituição de 1891, no parágrafo segundo do art. 72.

Art.72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 2º Todos são iguaes perante a lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926)²

Em continuidade à análise constitucional-evolutiva, vê-se resguardada a igualdade no art. 113, inciso I da Constituição de 1934, *litteris*:

Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

1) Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéias políticas.³

¹ BRASIL. **Constituição Política do Império do Brazil de 1824**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 2 mar. 2014.

² BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 2 mar. 2014.

³ BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1934**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 2 mar. 2014.

Conforme o entendimento de Luiz Alberto David Araujo, essa Constituição revela conteúdo incipiente relativo à inclusão da pessoa com deficiência a partir do teor do art. 138, que trazia⁴:

Art 138 - Incumbe à União, aos Estados e aos Municípios, nos termos das leis respectivas:

- a) assegurar amparo aos desvalidos, criando serviços especializados e animando os serviços sociais, cuja orientação procurarão coordenar;
- b) estimular a educação eugênica;⁵

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de Novembro de 1937, traz em seu art. 122:

Art 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

1º) todos são iguais perante a lei.⁶

A Constituição de 1946 assegura a igualdade perante a lei em seu art. 141:

Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 1º Todos são iguais perante a lei⁷

Ao fazer uma interpretação do dispositivo supramencionado, Francisco Campos esclarece que não por acaso, nem mesmo arbitrariamente, o legislador constituinte providenciou de cuidadosamente elencar o direito à igualdade de modo que precedesse os demais direitos individuais. Uma vez que o fez, “quis significar expressivamente, embora de maneira tácita, que o princípio da igualdade rege todos os direitos em seguida a ele enumerados”.⁸

A Constituição de 1967 elenca a igualdade no bojo do art. 150:

⁴ ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas com deficiência**. 4. ed., ver., ampl. e atual. Brasília: Corde, 2011, p. 67.

⁵ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934**

⁶ BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 2 mar. 2014.

⁷ BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 2 mar. 2014.

⁸ CAMPOS, Francisco. Igualdade de todos perante a lei. **RDA - Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, ed. esp., p. 47-85, dez., 2013, p. 47-48.

Art 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 1º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção, de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. O preconceito de raça será punido pela lei.⁹

A Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, ditou o novo texto da Constituição Federal de 24 de Janeiro de 1967, traz consigo em seu art. 153:

Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 1º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. Será punido pela lei o preconceito de raça.¹⁰

É a partir dessa emenda que há previsão de grande avanço ao trazer no bojo do art. 175, parágrafo 4º, que a “educação de excepcionais” será objeto a ser regido por lei especial, entre outras matérias, demonstrando a primeira menção reveladora de proteção específica às pessoas com deficiência.

Explica Manoel Gonçalves Ferreira Filho que o conceito de “excepcionais” a que se refere o artigo abarca “aqueles que por motivos físicos ou mentais se encontram em situação de inferioridade em relação aos chamados ‘normais’”.¹¹

Ainda quanto aos precedentes da Constituição de 1988, merece relevo o avanço considerável trazido pela Emenda nº 12, de 17 de outubro de 1978, que, ao alterar a Constituição Federal de 1967, propiciou aos deficientes a melhoria das condições sociais e econômicas:

Artigo único - É assegurado aos deficientes a melhoria de sua condição social e econômica especialmente mediante:

I - educação especial e gratuita;

II - assistência, reabilitação e reinserção na vida econômica e social do país;

III - proibição de discriminação, inclusive quanto à admissão ao trabalho ou ao serviço público e a salários;

IV - possibilidade de acesso a edifícios e logradouros públicos.¹²

⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**, op. cit.

¹⁰ BRASIL. **Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969**, op. cit.

¹¹ FERREIRA FILHO, Manoel Antonio. **Comentários à Constituição Brasileira: Emenda Constitucional n. 1 de 17.10. 1969**, com as alterações introduzidas pelas Emendas Constitucionais até a de nº 27, de 27-11-1985. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 702.

Não obstante a Emenda n.º 12 não ter sido incorporada pelo legislador junto ao corpo do texto constitucional, deixa evidente a preocupação em proteger essa parcela de cidadãos. Ao não integrar o texto junto às demais previsões constitucionais, demonstra o interesse de proteção, mas não de inclusão.¹³

Dessa maneira, a imersão protetiva só ocorreu, de fato, com o advento da Constituição de 1988, que expressamente trouxe consigo a proteção da pessoa com deficiência, viabilizando efetivação da inclusão social, não apenas pela previsão genérica do princípio da igualdade dentre o rol de direitos e garantias fundamentais, mas, também, por estar distribuída em diversas previsões específicas de proteção.

Não havia, até antes de 1988, nas Constituições brasileiras, previsão expressa quanto a normas para incluir socialmente o portador de deficiência. Efetivamente, foi a Constituição de 1988 que veio romper com aquele modelo até então utilizado, quando instituiu regras que objetivavam incluir socialmente o portador de deficiência, por meio do trabalho, assegurando-lhes toda a proteção contra a discriminação.¹⁴

Tendo em vista que a Constituição deve ser reflexa aos anseios sociais, considera-se o contexto histórico que antecede a Constituinte de 88, enaltecendo-se os movimentos de transformação social vivenciados mundialmente que deram causa a inúmeras modificações sociais nas mais distintas vertentes, dentre as quais está inserida a ótica da pessoa com deficiência.

No Brasil, a influência se deu com maior veemência a partir da Declaração da Organização das Nações Unidas, que instituiu o ano de 1981 como ano internacional das pessoas deficientes, bem como em razão da Resolução nº 37/52, que proclamou, em 1982, a instauração da década da pessoa com deficiência através de uma ação social.

Esse documento determinou como sendo finalidade do programa a promoção de medidas inclusivas e igualitárias em prol das pessoas com deficiência, numa tentativa de dirimir as disparidades sofridas por essa minoria em âmbitos social e econômico.¹⁵

¹² BRASIL. **Emenda Constitucional nº 12, de 17 de outubro de 1978**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc12-78.htm>. Acesso em: 13 mar. 2014.

¹³ ARAUJO. **A proteção constitucional...** op. cit., p. 69.

¹⁴ MARANHÃO, Rosanne de Oliveira. **O portador de deficiência e o direito do trabalho**. São Paulo: LTR, 2005, p. 80.

¹⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Programa de ação mundial para as pessoas com deficiência**. Disponível em: <<http://www.cedipod.org.br/w6pam.htm>>. Acesso em: 13 mar. 2014.

Sintetizando os ideais erigidos, e, consolidando uma série de direitos almejados por diversos grupos à margem da sociedade, em 5 de outubro de 1988, foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil. Sobre essa conjuntura, explica Lanna Júnior:

O esforço de unificação nacional das pessoas com deficiência, durante a década de 1980, passou por rearranjos políticos importantes que resultaram na organização do movimento por grupos com a mesma manifestação da deficiência. Esse rearranjo foi visto por muitos militantes da época como insucesso na tentativa de criar uma organização nacional, unificada em torno da Coalizão. No entanto, a experiência de articulação do movimento adquirida no início da década de 1980 foi bastante profícua para que, independentemente do tipo de deficiência, se conseguisse incorporar os princípios de igualdade na Constituição de 1988.¹⁶

Foi assim que, após muito tempo de luta pela efetivação de direitos, a Constituição de 88 elencou medidas protetivas dirigidas especificamente à pessoa com deficiência.

1.2 Principal regulamentação protetiva em âmbito internacional

A respeito da regulamentação em âmbito internacional atinente aos direitos e garantias destinadas à pessoa com deficiência, serão analisados excertos dos principais documentos em âmbito mundial, provenientes da Organização das Nações Unidas, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), e da Organização dos Estados Americanos (OEA), sem, contudo, esgotar a legislação proveniente de entidades internacionais que trate a respeito do tema.

A análise é de fundamental importância, pois “as normas internacionais concorrem para a dinâmica evolução do princípio da igualdade e da ideia recente da busca da igualdade real”.¹⁷

Constitui justificativa ao estudo a previsão constitucional que estabelece a não exclusão de direitos e garantias provenientes de tratados internacionais dos quais o Brasil seja signatário, por efeito do art. 5º, Parágrafo 2º, que assim especifica:

¹⁶ LANNA JÚNIOR, Mário Cléber Martins (Comp.). **História do Movimento Político das Pessoas com Deficiência no Brasil**. 1 ed. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, 2010, p. 71.

¹⁷ GUGEL, Maria Aparecida. **Pessoas com deficiência e o direito ao concurso público: reserva de cargos e empregos públicos, administração pública direta e indireta**. Goiânia: UCG, 2006, p. 54.

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:

[...]

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.¹⁸

Com o advento da Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, acrescentou-se ao texto constitucional o parágrafo 3º, no bojo do art. 5º, o que concedeu maior relevância aos tratados internacionais à medida que os equiparou às emendas constitucionais, vez que rito para a aprovação segue conforme ao procedimento aplicado às propostas de emenda constitucional.¹⁹

Vejamos:

Art. 5º

[...]

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.²⁰

Assim, pode-se aferir que após o marco da Emenda Constitucional 45, ocorrem alterações no plano dos tratados internacionais de direitos humanos. Sobre o tema, elucida Telma Rostelato:

Diante disso, enfatiza-se que diversos tratados internacionais sobre direitos humanos, que já haviam sido ratificados pelo Brasil, em data anterior à entrada em

¹⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 mar. 2014.

¹⁹ Há entendimento que determine que os tratados aprovados segundo o rito de Emenda Constitucional não surtem efeitos imediatos como tal. “O art. 5º, § 3º, diz que os tratados aprovados com o *quórum* qualificado que estabelece “serão equivalentes às emendas constitucionais”: aqui reside a origem da confusão entre os congressistas (e também na doutrina). A leitura rápida do dispositivo leva à falsa impressão de que os tratados assim que aprovados já teriam valor de emenda no Brasil. Na verdade, para que tal ocorra, deve ainda haver *arratificação* do Presidente da República, o que ainda não ocorreu em relação ao tratado aqui cuidado (sobre a necessidade dessa ratificação, cf. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, **Curso de direito internacional público**, 3ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: RT, 2009, pp. 190-204).” (GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direitos das pessoas com deficiência. A convenção ainda não vale como emenda constitucional**. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2024, 15 jan. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12204/direitos-das-pessoas-com-deficiencia#ixzz39Y0csUWM>>. Acesso em: 25 jul. 2014).

²⁰ BRASIL. **Constituição de 1988**, op. cit.

vigor desta Emenda, permanecem intactos, apesar de terem o *status* de norma infraconstitucional.²¹

Flávia Piovesan não coaduna ao posicionamento, sustentando que passaram a coexistir duas categorias de tratados de direitos humanos: os materialmente constitucionais e os material e formalmente constitucionais, e explica:

Todos os tratados internacionais de direitos humanos são materialmente constitucionais, por força do parágrafo 2º do art. 5º. Para além de serem materialmente constitucionais, poderão, a partir do parágrafo 3º do mesmo dispositivo, acrescer a qualidade de formalmente constitucionais, equiparando-se às emendas à Constituição, no âmbito formal.²²

Partindo-se desses pressupostos, a abordagem se aterá aos principais excertos dos documentos provenientes das organizações internacionais e que apresentam notável relevância à temática da pessoa com deficiência que irradiam seus efeitos no âmbito do ordenamento interno.

1.2.1 Organização das Nações Unidas (ONU)

Fundada em 24 de outubro de 1945, a Organização das Nações Unidas foi a responsável pela confecção da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, cujo art. 1º retrata a liberdade e igualdade em dignidade e direitos a todas as pessoas desde o nascimento, devendo agir com espírito de fraternidade em relação umas às outras.

Dispõe, ainda, que “Toda pessoa, sem considerar sua condição, tem direito ao trabalho, à livre escolha do mesmo, a condições equitativas e satisfatórias e à proteção contra

²¹ ROSTELATO, Telma Aparecida. **Portadores de deficiência e prestação jurisdicional**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 87.

²² Segundo Flávia Piovesan, “destacam-se quatro correntes interpretativas acerca da hierarquia dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, que sustentam: a) a hierarquia supraconstitucional destes tratados; b) a hierarquia constitucional; c) a hierarquia infraconstitucional, mas supralegal e d) a paridade hierárquica entre tratado e lei federal”. A autora assente ao entendimento de que a hierarquia dos tratados de direitos humanos é constitucional, pois “por força do art. 5º § 2º, todos os tratados de direitos humanos, independentemente do quórum de provação, são materialmente constitucionais”. (PIOVESAN, Flávia. **Caderno de Direito Constitucional**. Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. 2006, p. 29-33).

o desemprego”, garantindo a todos os homens o direito, sem distinção, à “igual remuneração por igual trabalho”.²³

Assim, é nítido o reconhecimento universal da proteção do direito ao trabalho a todos os homens em paridade de condições. Daí advém as raízes da repulsa às formas de opressão e discriminação, constituindo considerável contribuição à posterior consolidação dos direitos fundamentais.

Nesse esteio, em 20 de dezembro de 1971, foi promulgada pela Assembleia Geral das Nações Unidas a Declaração dos Direitos do Deficiente Mental, que estabeleceu diretrizes mundiais à proteção pontual do deficiente mental, no intuito de lhes proporcionar a readaptação, e, concomitantemente, o desenvolvimento de suas aptidões a fim de promover a integração social dessas pessoas.

Em tom de amplitude de direitos e garantias, foi aprovada pela ONU, em 9 de dezembro de 1975, a Declaração dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência. Essa declaração estatui seu teor como base comum à proteção dos direitos da pessoa portadora de deficiência e repudia quaisquer formas de discriminação em razão da deficiência, bem como conclama o respeito à dignidade humana e aos direitos fundamentais às pessoas com deficiência.

Ilustrando as diretrizes protetivo-inclusivas nos âmbitos social e laboral, destacam-se:

§6 - As pessoas deficientes têm direito a tratamento médico, psicológico e funcional, incluindo-se aí aparelhos protéticos e ortópteros, à reabilitação médica e social, educação, treinamento vocacional e reabilitação, assistência, aconselhamento, serviços de colocação e outros serviços que lhes possibilitem o máximo desenvolvimento de sua capacidade e habilidades e que acelerem o processo de sua integração social.

§7 - As pessoas deficientes têm direito à segurança econômica e social e a um nível de vida decente e, de acordo com suas capacidades, a obter e manter um emprego ou desenvolver atividades úteis, produtivas e remuneradas e a participar dos sindicatos.

§8 - As pessoas deficientes têm direito de ter suas necessidades especiais levadas em consideração em todos os estágios de planejamento econômico e social.²⁴

²³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 2 abr. 2014.

O ano de 1981 foi o elegido pela ONU como “International Year of Disable Persons”, Ano Internacional das Pessoas Deficientes. Em 3 de dezembro de 1982, a ONU aprovou o Programa de Ação Mundial para as Pessoas com Deficiência através da Resolução n. 37/52, que promove, dentre outros aspectos, a igualdade de oportunidade nos campos da educação e trabalho e a participação plena das pessoas com deficiência em âmbito social e para o desenvolvimento. Dando continuidade à política de inclusão, essa mesma resolução proclama a “United Nations Decade of Disabled Persons”, decênio que compreende os anos de 1983 até 1992 a fim de que fosse efetivado, de fato, o referido Programa Mundial.²⁵

Salienta-se, ainda, a aprovação das Normas sobre Equiparação de Oportunidades, em 1993, pela ONU, bem como no ano seguinte, a aprovação da Declaração de Salamanca, que, inspirada no princípio inclusivo, confere atenção especial ao atendimento educacional especializado à pessoa com deficiência.²⁶

Corroborando o viés protetivo, faz-se necessário elencar a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, aprovados pela ONU e assinados em 30 de Março de 2007 em Nova York. O Estado brasileiro depositou o instrumento de ratificação em 1º de Agosto de 2008, e a referida Convenção foi promulgada por meio do Decreto nº 6.949, de 25 de Agosto de 2009.²⁷

Dessa forma, depreende-se que no momento em que o Brasil ratifica o Protocolo Facultativo da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, já demonstra o respeito aos direitos humanos, e passa a garantir os direitos dessas pessoas também em âmbito interno²⁸, conferindo-lhe status constitucional, conforme previsão do art. 5º, parágrafo 3º, da Constituição Federal de 1988.²⁹

²⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **Declaração de Direitos das Pessoas Deficientes de 1975.** Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-dos-Portadores-de-Defici%C3%A2ncia/declaracao-de-direitos-das-pessoas-deficientes.html>>. Acesso em: 20 mai. 2014.

²⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **Programa de ação mundial para as pessoas com deficiência**, op. cit.

²⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **Declaração de Salamanca sobre princípios, políticas e práticas na área das necessidades educativas especiais.** Disponível em: <http://redeinclusao.web.ua.pt/files/fl_9.pdf>. Acesso em: 1 jun. 2014.

²⁷ BRASIL. **Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 1 jun. 2014.

²⁸ RESENDE, Ana Paula de; VITAL, Flávia Maria de Paiva (coords.). **A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência** – Versão Comentada. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos.

1.2.2 Organização Internacional do Trabalho (OIT)

Criada em 1919, em decorrência do Tratado de Versalhes, a Organização Internacional do Trabalho possui por convicção fundante a justiça social para a obtenção da paz universal. O Brasil é parte fundadora da organização e possui representatividade desde seu início.³⁰ Dentre os objetivos almejados estão a “eliminação de todas as formas de discriminação em matéria de emprego e ocupação, a promoção do emprego produtivo e de qualidade, a extensão da proteção social e o fortalecimento do diálogo social”.³¹

Comprovando que a preocupação em relação ao trabalho da pessoa com deficiência não é tão recente, no ano de 1923, a OIT recomendou que os Estados signatários aprovassem leis que compelissem entidades públicas e privadas a empregarem parcela de portadores de deficiência ocasionada pela guerra.

Nesse sentido, em 26 de Junho de 1955, ocorreu a publicação da Recomendação n. 99, que foi o primeiro texto de norma internacional a tratar da relação empregatícia da pessoa com deficiência, elencando princípios, métodos de orientação vocacional e treinamento profissional, formas para a ampliação das oportunidades de emprego às pessoas com deficiência, bem como a definição do próprio conceito de “deficiente”.³²

Coordenadoria Nacional para a Integração da Pessoa com Deficiência. 2008. Disponível em: <<http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/convencao-direitos-humanos-pessoascomdeficienciamentada.pdf>>. Acesso em: 1 jun. 2014. p. 16.

²⁹ “[...] em 13 de dezembro de 2006, foi adotada pela ONU a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência nos termos da Resolução da Assembleia Geral n. 61/06. Até Março de 2010 a Convenção contava com 84 Estados-Partes, incluído o Brasil, que a ratificou em 1º de agosto de 2008, conferindo-lhe *status* constitucional, nos termos do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal de 1988.” (PIOVESAN, Flávia. Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência: inovações, alcance e impacto. In: FERRAZ, Carolina Valença et al (Orgs.). **Manual dos direitos da pessoa com deficiência**. Edição digital. São Paulo: Saraiva: 2012, p. 20).

³⁰ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. **História**. Disponível em: <<http://www.oit.org.br/content/hist%C3%B3ria>>. Acesso em: 1 jun. 2014.

³¹ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. **Apresentação**. Disponível em: <<http://www.oit.org.br/content/apresenta%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 1 jun. 2014.

³² MARANHÃO, Rosanne de Oliveira, op. cit. p. 45.

Por sua vez, a Convenção n. 111, de 1.958 da OIT, aprovada pelo Brasil pelo Decreto Legislativo nº 104, de 1964,³³ ratificada em 26 de novembro de 1965, passou a vigorar em âmbito nacional um ano após, trazendo em seu bojo a definição de discriminação logo no art. 1:

toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão.³⁴

A Convenção n. 159, de 1983, aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 51, em 1989, pelo Congresso Nacional, passou a ter vigência em 18 de maio de 1991. Conceitua a pessoa com deficiência como “todas as pessoas cujas possibilidades de obter e conservar um emprego adequado e de progredir no mesmo fiquem substancialmente reduzidas devido a uma deficiência de caráter físico ou mental devidamente comprovada”.³⁵

Conforme se depreende da análise da referida Convenção, a ideia já elencada pela Convenção n. 111 é reiterada, no que tange à igualdade de oportunidades aos trabalhadores que apresentam algum tipo de deficiência em relação aos demais. É assim que legitima a utilização de ações afirmativas com o intuito de efetivar a igualdade material, conforme o entendimento de Patrícia Tuma Martins Bertolin³⁶, a partir da análise do seguinte dispositivo:

Art. 4 — Essa política deverá ter como base o princípio de igualdade de oportunidades entre os trabalhadores deficientes e dos trabalhadores em geral. Dever-se-á respeitar a igualdade de oportunidades e de tratamento para as trabalhadoras deficientes. As medidas positivas especiais com a finalidade de atingir a igualdade efetiva de oportunidades e de tratamento entre os trabalhadores deficientes e os demais trabalhadores, não devem ser vistas como discriminatórias em relação a estes últimos.³⁷

³³ BRASIL. **Decreto Legislativo nº 104, de 1964.** Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1960-1969/decretolegislativo-104-24-novembro-1964-350532-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

³⁴ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. **Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação - Convenção nº. 111.** Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/472>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

³⁵ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. **Reabilitação Profissional e Emprego de Pessoas Deficientes – Convenção nº. 159.** Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/505>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

³⁶ BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins. A discriminação às pessoas com deficiência nas relações de trabalho. In: GARCIA, Maria; PIOVESAN, Flávia (orgs.). **Grupos vulneráveis.** v. 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2011. Coleção doutrinas essenciais. p. 1064-1082, p. 1066.

³⁷ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. **Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação - Convenção nº. 111,** op. cit.

Explica:

“Fica claro, então, que as práticas positivas, de incentivo, oriundas do Poder Estatal não constituem discriminação, e sim são necessárias para atingir a igualdade efetiva de oportunidades de tratamento entre os trabalhadores deficientes, para que seja respeitado o princípio constitucional da igualdade.”³⁸

Compartilha-se, então, do entendimento de que o texto trazido pela Convenção carrega incentivo para que a aplicação de medidas para a promoção e cooperação dos organismos públicos e particulares, participantes de atividades de reabilitação profissional, seja objeto de consulta às organizações representativas de empregadores e empregados, e às organizações representativas da pessoa com deficiência³⁹. Portanto, é necessário que sejam incrementadas políticas em favor da readaptação profissional e políticas inclusivas voltadas ao mercado de trabalho, conforme o complemento às Recomendações já expostas, trazido pela Recomendação n. 168.

1.2.3 A Organização dos Estados Americanos (OEA)

Fundada na Colômbia em 1948, a Organização dos Estados Americanos (OEA) foi criada para promover uma ordem de paz e justiça, solidariedade, dentre outros objetivos. A Organização parte de seus princípios basilares – a democracia, os direitos humanos, a segurança e o desenvolvimento - à consecução de seus objetivos mais importantes.⁴⁰

Seguindo tais diretrizes, foi aprovada em 26 de Maio de 1999, a Convenção Interamericana para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência. No Brasil, foi promulgada pelo Decreto n. 3.956, de 8 de Outubro de 2001.⁴¹

A partir da análise do teor da convenção, a fim esclarecer a legitimidade da utilização de ações afirmativas, leciona Patrícia Tuma Martins Bertolin que, em que pese garanta à pessoa com deficiência o direito de não ser discriminada, em decorrência dos

³⁸ MELO, Sandro Nahmias. **O direito ao trabalho da pessoa portadora de deficiência**: ação afirmativa, o princípio constitucional da igualdade. São Paulo: LTr, 2004, p. 93.

³⁹ GENOFRE, Gisele Accarino Martins. **A inclusão social e laboral da pessoa deficiente**. 2013. 139 f. Tese (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 41-42.

⁴⁰ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Quem somos**. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/sobre/quem_somos.asp>. Acesso em: 20 mai. 2014.

⁴¹ BRASIL. **Decreto nº. 3.956, de 8 de outubro de 2001**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3956.htm>. Acesso em: 20 mai. 2014.

princípios da dignidade humana e da igualdade, não se configura discriminação nas formas diferenciadas de tratamento adotadas pelo Estado que promovam a integração social ou o desenvolvimento pessoal das pessoas com deficiência, desde que não limitem em si mesmas o direito à igualdade dessas pessoas, e contanto que não estejam obrigadas a aceitar o tratamento diferenciado.⁴²

Demonstrando que os direitos da pessoa com deficiência ainda estão em estágio de aprimoramento, em 2006, a Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos, aprovou a “Declaração do Decênio das Américas das Pessoas com Deficiência – pelos Direitos e Dignidade das Pessoas com Deficiência”, estendendo o período até o ano de 2016, para que os Estados membros adotem gradativamente as medidas necessárias para a efetiva aplicação do Programa de Ação estabelecido em sua respectiva ordem jurídica interna.⁴³

Dentre os objetivos do documento, destaca-se:

Emprego – Promover a inclusão digna, produtiva e remunerada das pessoas com deficiência no mundo do trabalho, seja dependente ou independente, nos setores tanto público como privado, utilizando como base a formação técnica e profissional, bem como a igualdade de oportunidades de trabalho, incluindo a disponibilidade de ambientes acessíveis.

A partir da análise dos excertos dos postulados internacionais mencionados, verifica-se notável avanço quanto aos direitos e garantias dirigidos à pessoa com deficiência. Ainda que a aplicação do teor dos documentos apresentados tenha por objetivo norteador a promoção da inclusão social, na prática, ainda se verifica é uma realidade fática distante das passadas largas dadas em âmbito legal, mas que segue em avanço gradativo por um caminho promissor.

1.3 Análise do Direito Constitucional Positivo Pós-88

A partir do advento da Constituição Federal de 1988, ocorre uma mudança de perspectiva quanto à atuação estatal no que tange à promoção e efetivação dos direitos sociais.

⁴² BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins, op. cit. p. 1069.

⁴³ LANNA JÚNIOR, Mario Cleber Martins, op. cit., p. 86.

Para o entendimento quanto aos motivos justificantes do caráter inclusivo do percentual de reserva preestabelecido por lei, faz-se necessária análise do conteúdo proveniente das normas constitucionais vigentes que regem o tema.

Assim sendo, a Carta Maior enumera logo em seu artigo 1º os fundamentos nos quais se alicerça a República Federativa do Brasil, que consistem na soberania, cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, bem como no pluralismo político.⁴⁴

Nesse sentido, evidenciando o comprometimento do agir estatal à promoção de uma vida digna e à redução das desigualdades, o art. 3º traz à tona os objetivos do Estado Constitucional de Direito:

- I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II - garantir o desenvolvimento nacional;
- III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.⁴⁵

Conforme restará demonstrado, a análise do princípio da isonomia respalda a existência de ações afirmativas que precipuamente pretendam sanar desigualdades por meio da própria lei em prol daquele que é tratado de maneira desigual.⁴⁶

1.3.1 O direito à igualdade

Considerada um marco à inserção específica dos direitos sociais no país, a Constituição de 1988 cuidou de insculpir o direito à igualdade junto ao rol de direitos fundamentais.

Não obstante a igualdade esteja consubstanciada no ordenamento jurídico brasileiro desde a Constituição de 1824, enquanto ainda império, a Constituição de 1988 a consigna numa proposta igualitária diferenciada, tendo em vista que

⁴⁴ BRASIL. **Constituição de 1988**, op. cit.

⁴⁵ Ibidem.

⁴⁶ MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. A igualdade e as ações afirmativas. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 1, p. 23-26, jan./jun. 2003, p. 24.

o constituinte pátrio de 87/88 fez emergir, com peculiar força jurídica, no sistema constitucional por eles promulgado, o princípio da igualdade como um dos pilares mestres do edifício fundamental do Direito Positivo pátrio.⁴⁷

Nota-se que o intuito do legislador se manteve em 1988, no sentido de fazer com que o princípio isonômico seja o alicerce à consolidação dos direitos depois dele enumerados, assim como já se verificava na Constituição de 1946, em seu art. 141, que deveria ser assim interpretado: “A Constituição assegura com igualdade os direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes”.⁴⁸

Tanto é assim, que já no Preâmbulo a igualdade vem postulada, apresentada como um dos “valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”⁴⁹. Por nele estar contida, também traça as “diretrizes políticas, filosóficas e ideológicas da Constituição”, compondo, portanto, “uma de suas linhas mestras interpretativas”⁵⁰. Assim, verifica-se que o princípio isonômico se revela de maneira explícita ou implícita em inúmeros dispositivos da Constituição.

No entanto, é no bojo do art. 5º que se erige a igualdade junto ao rol dos direitos fundamentais, exercendo papel irradiador de praticamente todos os outros princípios basilares do amálgama constitucional positivado, bem como das regras que conjuntamente o compõem, conforme elucida Carmem Lúcia Antunes Rocha⁵¹, que acrescenta que o princípio isonômico é guiado apenas por um outro: o princípio da dignidade da pessoa humana.

É assim que uma vez preservados os direitos à dignidade da pessoa humana e à igualdade, obtém-se por resultante lograr adequadamente o exercício do direito à cidadania.⁵²

Dessa maneira, para uma análise pormenorizada quanto ao teor e alcance da desigualação da pessoa com deficiência em concursos públicos, à luz do princípio da isonomia, é necessário apreciá-lo em duplo escopo: em âmbito formal, perante a lei, e sob a perspectiva material, igualdade na lei.

⁴⁷ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação afirmativa. O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 33, p. 283-295, n. 131, jul./set. 1996, p. 288.

⁴⁸ CAMPOS, Francisco, op. cit., p. 48.

⁴⁹ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Op. cit.

⁵⁰ MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 8. ed., São Paulo: Atlas, 2011, p. 53.

⁵¹ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes, op. cit., p. 289.

⁵² ROSTELATO, Telma Aparecida, op. cit., p. 81.

A igualdade formal consiste em não conceder quaisquer benefícios à determinada pessoa ou classe de pessoas em detrimento das demais. Significa designar um mesmo tratamento a todos os indivíduos, sem que, para tanto, verifique-se alguma distinção ou privilégio. Em outras palavras, expressa que a aplicação do direito deve coincidir à lei e ao ato normativo.⁵³

Até a década de 60, constata-se que as Constituições brasileiras apresentavam compatibilidade a essa acepção do princípio, apenas. No entanto, a interpretação constitucional não deve se ater a essa vertente, exclusivamente, conforme explica José Afonso da Silva:

Nossas Constituições, desde o Império, inscreveram o princípio da *igualdade*, como *igualdade perante a lei*, enunciado que, na sua literalidade, se confunde com a mera *isonomia formal*, no sentido de que a lei e sua aplicação tratam a todos igualmente, sem levar em conta as distinções de grupos. A compreensão do dispositivo vigente, nos termos do art. 5º, *caput*, não deve ser assim tão estreita. O intérprete há que aferi-lo com outras normas constitucionais, [...] especialmente com as exigências da justiça social, objetivo da ordem econômica e da ordem social.⁵⁴

Dessa forma, a compreensão a ser dada ao teor do Princípio na temática constitucional não deve estar restrita à aplicação formalista, limitada à mera aplicação de normas sem que sejam observadas as diversidades em sua concretude, uma vez que “a Constituição procura aproximar os dois tipos de isonomia, na medida em que não se limita ao simples enunciado da igualdade perante a lei”.⁵⁵

Nesse prisma, toma forma o preceito de que a isonomia material coincida à equiparação de oportunidades e de tratamento, viabilizando a máxima Aristotélica que prevê a possibilidade de tratamento diferenciado aos desiguais. É assim que

O princípio da igualdade interdita tratamento desuniforme às pessoas. Sem embargo, consoante se observou, o próprio da lei, sua função precípua, reside exata e precisamente em dispensar tratamentos desiguais. [...] Donde, a algumas são deferidos determinados direitos e obrigações que não assistem a outras, por abrigadas em diversa categoria, regulada por diferente plexo de obrigações e direitos.⁵⁶

⁵³ ARAUJO, Luiz Alberto David. **A Proteção Constitucional das pessoas com deficiência**, op. cit., p. 83.

⁵⁴ SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 74.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.12-13.

No esteio dos ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, para se aferir a compatibilidade entre o tratamento diferenciado e o princípio constitucional da igualdade, faz-se necessária observância a determinados critérios, quais sejam: o fator de *discrimen*, a correlação lógica entre tal fator e a desequiparação pretendida, bem como a consonância entre a discriminação e os interesses constitucionalmente protegidos.⁵⁷

Entretanto, para que as diferenciações estabelecidas pela lei não excedam sua finalidade e sejam desarrazoadas, deve haver proporcionalidade entre a medida escolhida e o fim perseguido. Explica-se:

A desigualdade na lei produz-se quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas. Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente por isso razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos. Assim, os tratamentos normativos diferenciados são compatíveis com a Constituição Federal, quando verificada a existência de uma finalidade razoavelmente proporcional ao fim visado.⁵⁸

E mais. Segundo o entendimento de Flávia Piovesan, há três vertentes relacionadas à concepção da igualdade, quais sejam: a igualdade formal, que é identificada pela igualdade perante a lei; a igualdade material, que reflete o ideal da justiça social e distributiva, e vai além, pois reconhece a igualdade material também como correspondente à justiça orientada ao reconhecimento de entidades. Ou seja, consideram-se critérios relacionados ao gênero, orientação social, raça, dentre outros⁵⁹, incluindo-se, nesse ponto, a perspectiva da pessoa com deficiência como critério diferencial à aplicação do princípio.

É dessa forma que “ao lado do direito à igualdade, surge também, como direito fundamental, o direito à diferença”.⁶⁰

⁵⁷ Ibidem, p. 21.

⁵⁸ MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**, op. cit., p.107.

⁵⁹ PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. **Cadernos de Pesquisa**, v. 35, n. 124, p. 43-55, jan./abr., 2005, p. 47.

⁶⁰ Ibidem.

Faz-se aqui intervenção com o uso das palavras de Luiz Carlos Vilas Boas Andrade Júnior, que ao tecer seus ensinamentos quanto aos limites da promoção da igualdade, postula:

[...] é imperioso destacar que uma desigualdade pode decorrer de uma diferença (e normalmente decorre), mas com esta não se confunde. É ululante que homens e mulheres, brancos e negros, entre outros, são diferentes; contudo, não pode o Estado intervir para igualá-los. O que ocorre é que, em razão dessas diferenças, a sociedade passa a dar um tratamento diferenciado aos diversos grupos, garantindo oportunidades a uns que são negadas a outros. Assim, a ação afirmativa incidirá sobre a desigualdade, promovendo iguais oportunidades, nunca sobre a diferença, em que pese aquela decorrer desta.⁶¹

Segundo o autor, a sociedade é que passar a conferir tratamento diferenciado a alguns em prejuízo de outros em razão das diferenças apresentadas. Por essa razão, as ações afirmativas deverão incidir sobre a desigualdade e não sobre as diferenças.

Portanto,

se, para a concepção formal de igualdade, ela é tomada como pressuposto, como um dado e um ponto de partida abstrato, para a concepção material de igualdade esta é tomada como resultado ao qual se pretende chegar, tendo como ponto de partida a visibilidade às diferenças. Isto é, essencial se mostra distinguir a diferença e a desigualdade. A ótica material objetiva construir e afirmar a igualdade como respeito à diversidade. O reconhecimento de identidades e o direito à diferença é que conduzirão a uma plataforma emancipatória e igualitária.⁶²

1.3.2 O direito ao trabalho

Revelando verdadeira projeção do princípio da igualdade previsto pelo artigo 5º, o disposto no art. 7º, inciso XXXI, que traz expressamente vedação ao tratamento discriminatório do trabalhador portador de deficiência em relação aos demais empregados, no que se refere à distinção salarial ou quanto aos critérios à admissão.⁶³

⁶¹ ANDRADE JÚNIOR, Luiz Carlos Vilas Boas. Limites da (promoção da) igualdade. **Revista de Direito Constitucional e Internacional** – RDCI. São Paulo: Revista dos Tribunais. a. 19, ed.77, out./dez., 2011, p. 207-227, p. 224.

⁶² PIOVESAN, Flávia. Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência: inovações, alcance e impacto, op. cit., p. 17.

⁶³ BRASIL. **Constituição de 1988**, op. cit.

Nesse sentido, explica Nagib Slaibi Filho que “a regra do artigo 7º, inciso XXXI, que defere prerrogativas aos deficientes físicos, na verdade, ao lhes dar maiores condições, não os coloca em posição de supremacia, mas, sim, de igualdade de condições”.⁶⁴

É nesse segmento que se encaixa o consignado pelo artigo 37, inciso VIII, da Constituição Federal, que traz de maneira taxativa disposição no que tange à reserva de vagas nos quadros públicos:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão.⁶⁵

Do previsto, afere-se que o legislador remeteu a tarefa de regulamentar os critérios desde o percentual da reserva aos requisitos à admissão da pessoa com deficiência ao legislador infraconstitucional, segundo os limites de competência esboçados pelos artigos 23, inciso II e 24, inciso XIV da Constituição Federal.

Resguarda, no entanto, o tratamento protetivo, na medida em que pretende efetivar o direito fundamental às pessoas com deficiência à participação de forma equânime à composição dos quadros da Administração Pública, que, em consonância à acessibilidade aos cargos e empregos públicos e à investidura por concurso público (incisos I e II do art. 37), revela-se como providência de promoção da inclusão social.⁶⁶

Em prol da necessidade da medida, o ensinamento de Raquel Melo Urbano de Carvalho:

Não consiste em proteção exagerada ou discriminação adicional. Ao contrário, trata-se de ação afirmativa manifestamente protetiva aos portadores de deficiência que não deve ser confundida com paternalismo demagógico, assistencialismo eleitoreiro, caridade religiosa ou favor estatal. Tem-se aqui determinação que reconhece direito aos deficientes com base na realidade em que se inserem, nos limites que observam

⁶⁴ SLAIBI FILHO, Nagib. **Anotações à Constituição de 1988**: aspectos fundamentais. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 203.

⁶⁵ BRASIL. **Constituição de 1988**, op. cit.

⁶⁶ CUNHA, Tania Regina Noronha. **A reserva de cargos e empregos públicos para as pessoas com deficiência, analisando os entraves que elas têm encontrado no acesso ao serviço público**. Rede Saci em 11/09/2007. Disponível em: <<http://saci.org.br/index.php?modulo=akemi¶metro=20417>>. Acesso em: 25 mai. 2014.

e no atendimento mínimo das demandas administrativas, tendo como fundamento regra expressa da Constituição.⁶⁷

Destarte, tem-se que o bojo do artigo 37, inciso VIII revela verdadeiro teor de ação afirmativa, uma vez que

a cota ou percentual de cargos ou empregos públicos reservados a uma categoria desiguallada historicamente por preconceito ou discriminação injusta, que se pretende superar, desigualando, agora, positiva e afirmativamente”.⁶⁸

É manifesta, portanto, através da

adoção de medidas legais e de políticas públicas que objetivam eliminar as diversas formas e tipos de discriminação que limitam oportunidades de determinados grupos sociais.⁶⁹

Por conseguinte, a ação afirmativa nada mais é que o próprio conteúdo da igualdade jurídica, essencialmente, da maneira como é pensado e aplicado, sob a égide democrática, no Direito Constitucional contemporâneo.⁷⁰

1.3.3 Competência

Quanto à competência material e legislativa, no que diz respeito ao resguardo e à integração da pessoa com deficiência, a Constituição as determina, respectivamente, nos artigos 23 e 24, conforme se verifica:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

[...]

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência.

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

[...]

XIV - proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência.⁷¹

No tocante ao teor do art. 23, afere-se que o amparo à saúde, assistência pública, proteção e garantias às pessoas com deficiência, são prerrogativas comuns das quais dispõem titularidade a União, Estados e Municípios, bem como o Distrito Federal. No que

⁶⁷ CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. A reserva de vagas em concursos públicos. In: GARCIA, Maria; PIOVESAN, Flávia (orgs.). **Grupos vulneráveis - Coleção doutrinas essenciais**. v. 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2011. p. 1103-1126. p. 1107.

⁶⁸ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes, op. cit., p. 292.

⁶⁹ GUGEL, Maria Aparecida. **Pessoas com deficiência e o direito ao concurso público**: reserva de cargos e empregos públicos, administração pública direta e indireta, op. cit., p. 25.

⁷⁰ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes, op. cit., p. 295.

⁷¹ BRASIL. **Constituição de 1988**, op. cit.

rege a competência legislativa, estabelece o art. 24 os entes legítimos a legislar a matéria sobre a proteção e integração da pessoa com deficiência e à sua extensão. Assim sendo, a União, os Estados e o Distrito Federal são competentes para legislar de forma concorrente sobre a matéria protetiva à pessoa com deficiência, inclusive no tocante aos concursos públicos.

Portanto, do texto constitucional exposto, constata-se que a reserva nos cargos e empregos públicos para as pessoas com deficiência insculpida, sobretudo, no bojo do art. 37, inciso “VIII” da Constituição Federal, constitui verdadeira forma de ação afirmativa e possui por intuito a eliminação das diferentes formas de discriminação, em especial, daquelas que versam sobre o acesso ao trabalho dessas pessoas. Não obstante, atenta-se à advertência proposta por Maria Aparecida Gugel:

referida discriminação positiva, como toda ação afirmativa, deve ser temporária. O seu exaurimento no tempo deve acontecer, uma vez comprovada que a situação de exclusão da pessoa com deficiência não mais ocorra, e que ela tenha sido promovida à condição de igualdade real.⁷²

Portanto, não se pode por à margem a temporariedade da medida, visto que deverá cessar assim que cumprida sua finalidade.

1.4 Outras iniciativas inclusivas

Visando instituir, de fato, os preceitos constitucionais expostos, destacam-se as políticas recentes de inclusão adotadas pelo Estado brasileiro, demonstrando o esforço na promoção do tratamento inclusivo às pessoas com deficiência. Nessa perspectiva, o ano de 2004 foi declarado como Ano Ibero-americano das Pessoas com Deficiência pelos países participantes da XIII Cúpula Ibero-americana, da qual o Brasil faz parte, realizada na Bolívia no ano de 2003. Na ocasião, o Brasil se tornou um dos responsáveis à promoção de ações de resultem na igualdade de oportunidades para as pessoas com deficiência nas três esferas da federação.⁷³

⁷² GUGEL, Maria Aparecida. **Pessoas com deficiência...** op. cit., p. 72.

Para a autora, a igualdade real é alcançada no momento em que por meio de ações positivas do Estado se promovem os objetivos da República, conclamados no art. 3º, incisos III e IV, da Constituição, oferecendo maneiras específicas para possibilitar o acesso ao sistema de grupos minoritários, viabilizando a esses grupos a possibilidade de exercício de direitos fundamentais. p. 49.

⁷³ LANNA JÚNIOR, Mario Cleber Martins, op. cit., p. 85-86.

Além disso, o Decreto nº 7.037/2009, atualizado pelo Decreto nº 7.177/2010, instituiu o Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3), que possui como eixos estruturantes a questão do desenvolvimento atrelado aos Direitos Humanos, bem como a proposta de universalizar direitos num contexto de desigualdades, destacando-se neste eixo um dos objetivos que consiste na “Promoção dos direitos das pessoas com deficiência e garantia de acessibilidade igualitária”.⁷⁴

Demonstrando que a proteção no tocante à pessoa com deficiência está em estágio de aprimoramento contínuo, em 2011, o Decreto 7.612, de 17 de novembro de 2011,⁷⁵ instituiu o Plano Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência, ressaltando o compromisso assumido a partir da Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, ratificada em 2009 pelo Brasil, através do Decreto nº. 6.949/09, com status equivalente ao da Emenda Constitucional, conforme fora mencionado.⁷⁶

Por tudo isso, não há que se falar em qualquer irregularidade no tocante à medida inclusiva. Pelo contrário:

A reserva de cargos e empregos públicos na Administração Pública direta e indireta é uma forma de discriminação positiva e um meio para que a pessoa com deficiência recupere o tempo de exclusão, eis que participará do concurso público, observadas as necessárias adaptações no modo em que o prestará em face da deficiência declarada, em igualdade de condições com os demais candidatos, quanto ao conteúdo das provas, à avaliação, aos critérios de aprovação, ao horário, ao local de aplicação das provas e à nota mínima exigida para todos os demais candidatos.⁷⁷

Na busca do aprimoramento legal sob a ótica da pessoa com deficiência, converge a propositura do Projeto de Lei 7.699/2006, de autoria do Senador Paulo Paim, que pretende instituir o Estatuto da Pessoa com Deficiência. O documento tem por tônica a promoção da equiparação de oportunidades, conjugada à punição das discriminações permeadas pela ilicitude, dentre outras providências.

Segundo Mara Gabrilli, deputada federal e relatora do Projeto, a ideia de criação do Estatuto é a de que os direitos consignados pela Convenção da ONU sejam

⁷⁴ Outros dois Programas já haviam sido instituídos. O primeiro, pelo Decreto nº 1.904, de 13 de maio de 1996, e o segundo, pelo Decreto nº 4.229, de 13 de maio de 2002.

⁷⁵ BRASIL. **Decreto nº. 7.612, de 17 de novembro de 2011.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7612.htm>. Acesso em: 25 mai. 2014.

⁷⁶ DEFICIÊNCIA, Viver sem Limite – Plano Nacional dos Direitos da Pessoa com. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR), Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (SNPD), 2013. Disponível em: < <http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/viver-sem-limite/nova-cartilha-2013-pe>>. Acesso em: 1 jun. 2014.

⁷⁷ GUGEL, Maria Aparecida. **Pessoas com deficiência e o direito ao concurso público:** reserva de cargos e empregos públicos, administração pública direta e indireta, op. cit., p. 52.

colocados em prática, pois embora o documento mencionado tenha sido incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro com força de Emenda Constitucional, não possui eficácia normativa por se tratar de uma carta de intenções.⁷⁸

Até o momento, o Projeto encontra-se em tramitação em regime de prioridade e aguarda a apreciação do Plenário.⁷⁹

À luz do conteúdo das normas que foram objeto de estudo neste capítulo, serão analisados os critérios infraconstitucionais previstos à operacionalização, a fim de fornecer elementos a uma análise crítica entre a política inclusiva amparada constitucionalmente e seu reflexo nas Cortes brasileiras.

⁷⁸ GABRILLI, Mara. **Estatuto da pessoa com deficiência**. Disponível em: <<http://www.maragabrilli.com.br/federal/destaque/2133-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia>>. Acesso em: 1 jun. 2014.

⁷⁹ CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projetos de Leis e Outras Proposições**. PL 7966/2006. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=339407>>. Acesso em: 1 jun. 2014.

2. RACIONALIDADE DA DISCRIMINAÇÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA EM CONCURSOS PÚBLICOS

A partir do conteúdo já abordado, resta inequívoco que o tratamento diferenciado dado à pessoa com deficiência deve se insculpir a partir do princípio igualitário, na medida e proporção da desigualdade individualmente considerada, sobretudo, após a Constituição de 1.988. O advento da Constituição também trouxe implicações para o âmbito administrativa ao fornecer os elementos necessários ao surgimento do “direito administrativo inclusivo”⁸⁰. O conceito desse vértice jurídico está relacionado ao

[...] conjunto de institutos destinados a combater desigualdades nocivas e a promover a diversidade na sociedade brasileira por meio de práticas das entidades que compõem a Administração Pública.⁸¹

É nesse aspecto que a ótica da inclusão social verificada no resguardo de vagas à pessoa com deficiência se insere.

Evidenciando a premência da execução de uma política inclusiva, pondera Flavia Piovesan:

Se o combate à discriminação é medida emergencial à implantação do direito à igualdade, todavia, por si só, é medida insuficiente. Faz-se necessário combinar a proibição da discriminação com políticas compensatórias que acelerem a igualdade enquanto processo. Isto é, para assegurar a igualdade não basta apenas proibir a discriminação, mediante legislação repressiva. São essenciais as estratégias promocionais capazes de estimular a inserção e inclusão de grupos socialmente vulneráveis nos espaços sociais.⁸²

Por essas razões, coaduna-se ao entendimento de Fabrício Motta, que após salientar a premência da observância do princípio igualitário conclui que em razão de a Administração Pública ser o instrumento pelo qual são operacionalizadas as ações estatais, deve ser também a responsável por fortalecer a proteção aos direitos e garantias fundamentais, sob o prisma de uma sociedade evolutiva, do progresso social, científico e tecnológico. Isso

⁸⁰ MARRARA, Thiago; CESÁRIO, Natália de Aquino. O Centro de Estudos em Direito e Desigualdades (CEDD) e a pesquisa em direito administrativo na FDRP/USP. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v.1, n. 2, p. 427-435, 2014, p. 431-432. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/75916>>. Acesso em: 15 jul. 2014.

⁸¹ Ibidem.

⁸² PIOVESAN, Flávia. Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência: inovações, alcance e impacto, op. cit., p. 19.

porque “o cidadão deve ser o fim supremo de toda atuação da Administração. O Estado deve agir para diminuir as desigualdades e resguardar a dignidade humana”.⁸³

Amparando essa perspectiva, Glauco Salomão Leite:

As quotas de cargos e empregos públicos para pessoas com deficiência refletem nítida preocupação do constituinte no que diz respeito ao processo de inclusão desse grupo no mercado de trabalho, nomeadamente no serviço público. Parte, então, do pressuposto da capacidade laboral desses indivíduos para determinadas funções públicas, afastando interpretações que os considerassem inválidos para qualquer profissão.⁸⁴

Dessa forma, não se fala em incapacidade da pessoa com deficiência para a atividade laboral, não havendo impedimento no que concerne ao exercício do serviço público. Corroborando essa frente, Telma Rostelato assevera que:

É necessária a conscientização de que as pessoas com deficiência não são inválidas e nem incapazes, merecem tratamento igualitário, inclusive em observância ao princípio constitucionalmente resguardado, salientando-se que, não raras vezes estas pessoas portadoras de deficiência comprovam deter superioridade intelectual, se comparadas com aqueles considerados “normais”.⁸⁵

Além disso, ressalta-se o entendimento de Alexandre de Moraes quanto ao teor da norma insculpida no art. 37, inciso VIII, da Constituição Federal: “trata-se de garantia indispensável para consagrar tratamento isonômico ao acesso aos cargos, funções e empregos públicos, respeitando as desigualdades derivadas da deficiência e a necessária meritocracia essencial à formação de órgãos e instituições fortes”.⁸⁶

É cediço que o concurso público decorre de previsão expressa no art. 37, II, da Constituição Federal, que assim dispõe:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

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

⁸³ MOTTA, Fabrício. A Reserva de Vagas nos Concursos Públicos para os Portadores de Deficiência – Análise do art. 37, inc. VIII da Constituição Federal. In: MOTTA, Fabricio (coord.). **Concurso Público e Constituição**. 1 ed., 2. tir. Belo Horizonte: Fórum: 2007. p. 182-210. p. 189-190.

⁸⁴ LEITE, Glauco Salomão. O sistema de quotas obrigatórias na Administração Pública e a Pessoa com Deficiência. In: FERRAZ, Carolina Valença et al (orgs.). **Manual dos direitos da pessoa com deficiência**. Edição digital. São Paulo: Saraiva: 2012, p. 79.

⁸⁵ ROSTELATO, Telma. Pessoas com deficiência. A inclusão social e a integração: o retrato do século XXI. **Revistas Científicas Eletrônicas FAIT**. 2 ed., mai. 2013. Disponível em: <http://fait.revista.inf.br/imagens_arquivos/arquivos_destaque/yN6SV3TNtbu44Xv_2014-4-16-17-25-12.pdf>. Acesso em: 20. jun. 2014.

⁸⁶ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional administrativo**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 148.

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

Define o procedimento do concurso público e seus fundamentos, José dos Santos Carvalho Filho, conceituando o concurso público como

[...] o instrumento que melhor representa o sistema de mérito, porque traduz um certame de que todos podem participar nas mesmas condições, permitindo-se que sejam escolhidos realmente os melhores candidatos.

Baseia-se o concurso em três postulados fundamentais. O primeiro é o princípio da igualdade, pelo qual se permite que todos os interessados em ingressar no serviço público disputem a vaga em condições idênticas para todos. Depois, o princípio da moralidade administrativa, indicativo de que o concurso veda favorecimentos e perseguições pessoais, bem como situações de nepotismo, em ordem a demonstrar que o real escopo da Administração é o de selecionar os melhores candidatos. Por fim, o princípio da competição, que significa que os candidatos participam de um certame, procurando alçar-se a classificação que os coloque em condições de ingressar no serviço público.⁸⁷

Segundo o ensinamento de Adilson Abreu Dallari, o direito de igual acesso aos interessados para ingressar no serviço público decorre de raízes constitucionais. No que tange à obrigatoriedade do concurso para o ingresso no serviço público, salienta o autor que é proveniente do princípio republicano, sendo reforçada, dentre outras disposições, pelo princípio da isonomia.⁸⁸

Complementa Serge Atchabahian ao dizer que o teor do dispositivo “consagra a igualdade de acesso aos cargos públicos para brasileiros e estrangeiros, desde que respeitadas as restrições legais impostas, posto que indispensáveis em situação de exceção”.⁸⁹

Há previsão no âmbito da União que dita quais os requisitos exigidos para que seja viável a investidura em cargo público. Nesse condão, a pessoa com deficiência, como qualquer outra, para que possa concorrer aos cargos que a lei reservou, deverá atender às condições básicas impostas pelo art. 5º, da Lei 8.112, de 11 de dezembro, de 1990, além de critérios específicos que serão analisados no decorrer deste capítulo.

⁸⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 634.

⁸⁸ DALLARI, Adilson Abreu. Princípio da isonomia e concursos públicos. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 6, abr./mai./jun. 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-6-ABRIL-2006-ADILSON%20ABREU%20DALLARI.pdf>>. Acesso em: 1 jul. 2014. p. 1-2.

⁸⁹ ATCHABAHIAN, Serge. **Princípio da igualdade e ações afirmativas**. São Paulo: RCS Editora, 2006, p. 130.

Art. 5º São requisitos básicos para investidura em cargo público:

I - a nacionalidade brasileira;

II - o gozo dos direitos políticos;

III - a quitação com as obrigações militares e eleitorais;

IV - o nível de escolaridade exigido para o exercício do cargo;

V - a idade mínima de dezoito anos;

VI - aptidão física e mental.⁹⁰

Nesta senda, o concurso público consiste em procedimento de avaliação, pois é instrumento à aferição do mérito do candidato, em que será selecionando para ser investido no cargo ou emprego aquele que estiver mais bem capacitado para sanar as necessidades da Administração.

Faz-se, aqui, ponderação importante nos dizeres de Luiz Alberto David Araujo, posto que as vagas reservadas “não são um passe livre para as pessoas com deficiência ingressarem no serviço público”, mesmo porque “elas devem fazer o mesmo concurso que os demais e obter a nota mínima exigida”.⁹¹

Assim sendo, a previsão constitucional, para uma correta interpretação, deve ser associada aos preceitos que regem a administração pública. Significa dizer que a reserva de percentual às pessoas com deficiência não as exime da obrigatoriedade do concurso público, que decorre de âmbito constitucional.⁹²

É inerente a qualquer procedimento concursal para ingresso nos quadros públicos que uma nota mínima seja instituída para aferição da suficiência da capacidade do indivíduo para o exercício da função. Esse patamar que fragmenta os candidatos aptos ao cargo daqueles que não obtiveram a pontuação necessária para ocupá-lo deve ser fixado de forma livre e igualitária, aplicando-se a todas as pessoas que são concorrentes no certame, indistintamente.⁹³

Concomitantemente, a todos os indivíduos devem ser oferecidas as mesmas oportunidades à composição dos quadros da Administração, em decorrência do Princípio da acessibilidade aos cargos e empregos públicos. Daí a necessidade da análise pormenorizada com relação a quem são as pessoas que podem ser adequadamente qualificadas como “com

⁹⁰ BRASIL. Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18112cons.htm>. Acesso em: 29 mai. 2014.

⁹¹ ARAUJO, Luiz Alberto David. **Barrados. Pessoa com deficiência sem acessibilidade**: como cobrar, o que cobrar e de quem cobrar. 1 ed. Petrópolis: KBR, 2011, p. 24.

⁹² MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**, op. cit. p. 779.

⁹³ ARAUJO, Luiz Alberto David, op. cit., p. 24.

deficiência”, da mesma forma no tocante aos critérios para a operacionalização da reserva, pois a medida inclusiva quando equivocadamente aplicada pode dar causa à desigualação, destoando dos fins que a justificam.

A fim de respaldar a análise dos critérios discriminantes na seara dos concursos públicos, seu alcance, requisitos e procedimento de operacionalização, além dos pressupostos legais já lançados, necessária se faz a identificação da extensão do conceito de “pessoa com deficiência”.

2.1 Pessoa com deficiência: a abrangência do conceito

Delimitar o conceito de pessoa com deficiência foi tentativa do ordenamento jurídico brasileiro, assim como de várias normas oriundas de outros Estados. Há entraves à delimitação de um conceito ideal, pois esse grupo já foi classificado como “minorias”, “especial”, “deficiente”, “incapaz”, tendo o legislador constituinte aderido à qualificação de “pessoa portadora de deficiência”.

Não obstante a discussão da melhor terminologia não constituir o cerne da pesquisa, optou-se por utilizar no transcrever desse trabalho a expressão “pessoa com deficiência” de maneira genérica, abarcando indistintamente todas as formas de deficiência, segundo melhor entendimento de Luiz Alberto David Araújo, que considera essa designação a mais adequada, na medida em que a pessoa “tem” uma determinada deficiência, e não “a porta”.⁹⁴

Essa é a expressão aludida pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que adquiriu condição equânime à de Emenda Constitucional depois de ratificada pelo Brasil através do Decreto n. 6.949/99. Assim, muito embora não corresponda à expressão empregada pela Constituição Federal - que utiliza em seu teor “pessoa portadora de deficiência” (arts. 23, II; 24, XIV; 37, VIII; 203, IV) ou “portador de deficiência” (arts. 7º, XXXI; 208, III) - não há ofensa ao texto constitucional, pois entende-se que foi alterada pela expressão elencada na Convenção.⁹⁵

⁹⁴ ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional...** op. cit., p. 16.

⁹⁵ Ibidem. Para o autor, o correto seria constar “pessoa com deficiência” no lugar de “pessoa portadora de deficiência” no texto constitucional. p. 16.

Superado o esclarecimento terminológico, “a conceituação da deficiência é fundamental no âmbito do concurso público à medida que previne enquadramentos equivocados, declarados pelo próprio candidato e/ou pela equipe multidisciplinar”.⁹⁶

2.1.1 Conceito e tipificação de deficiência

A apreensão preliminar do termo “deficiência” o remete a algum tipo de limitação, insuficiência. Nessa acepção, o art. 3º do Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999 - que regulamenta Lei nº 7.853/89, que trata da Política Nacional para a Integração das Pessoas Portadoras de Deficiência, conceitua o que vem a ser deficiência, deficiência permanente e incapacidade:

- I - deficiência – toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano;
- II - deficiência permanente – aquela que ocorreu ou se estabilizou durante um período de tempo suficiente para não permitir recuperação ou ter probabilidade de que se altere, apesar de novos tratamentos; e
- III - incapacidade – uma redução efetiva e acentuada da capacidade de integração social, com necessidade de equipamentos, adaptações, meios ou recursos especiais para que a pessoa portadora de deficiência possa receber ou transmitir informações necessárias ao seu bem-estar pessoal e ao desempenho de função ou atividade a ser exercida.⁹⁷

Em 2001, com a ratificação da Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência – Convenção da Guatemala - promulgada pelo Decreto nº. 3.956, de 8 de outubro do mesmo ano, houve aditamento à definição de deficiência, acrescentando-se ao conceito a influência do aspecto social. A deficiência consiste, então, em “restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária, causada ou agravada pelo ambiente econômico e social”.⁹⁸

Em tom de completude ao conceito, a legislação ainda estabelece uma conceituação técnica no tocante às deficiências hábeis a ensejarem a proteção jurídica. É a esse o ponto ao qual se refere redação do art. 4º do Decreto 3.298/99. Dessa forma, a legislação tipifica as deficiências conforme a seguinte classificação:

⁹⁶ GUGEL, Maria Aparecida. **Pessoas com deficiência...** op. cit., p. 33.

⁹⁷ BRASIL. **Decreto n. 3.298, de 20 de dezembro de 1999.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3298.htm>. Acesso em: 15. jun. 2014.

⁹⁸ BRASIL. **Decreto nº. 3.956, de 8 de outubro de 2001.** op. cit.

I - deficiência física - alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções;

II - deficiência auditiva - perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500HZ, 1.000HZ, 2.000Hz e 3.000Hz;

III - deficiência visual - cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60°; ou a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores;

IV - deficiência mental – funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como:

- a) comunicação;
- b) cuidado pessoal;
- c) habilidades sociais;
- d) utilização dos recursos da comunidade
- e) saúde e segurança;
- f) habilidades acadêmicas;
- g) lazer; e
- h) trabalho;

V - deficiência múltipla – associação de duas ou mais deficiências.⁹⁹

No que tange à deficiência física, faz-se necessário o acréscimo de algumas subdivisões:

Amputação - perda total ou parcial de um determinado membro ou segmento de membro;

Paraplegia - perda total das funções motoras dos membros inferiores;

Paraparesia - perda parcial das funções motoras dos membros inferiores;

Monoplegia - perda total das funções motoras de um só membro (inferior ou superior);

Monoparesia - perda parcial das funções motoras de um só membro (inferior ou superior);

Tetraplegia - perda total das funções motoras dos membros inferiores e superiores;

Tetraparesia - perda parcial das funções motoras dos membros inferiores e superiores;

Triplegia - perda total das funções motoras em três membros;

Tri paresia - perda parcial das funções motoras em três membros;

Hemiplegia - perda total das funções motoras de um hemisfério do corpo (direito ou esquerdo);

Hemiparesia - perda parcial das funções motoras de um hemisfério do corpo (direito ou esquerdo);

Ostomia - intervenção cirúrgica que cria um ostoma (abertura, ostio) na parede abdominal para adaptação de bolsa de fezes e/ou urina; processo cirúrgico que visa à construção de um caminho alternativo e novo na eliminação de fezes e urina para o exterior do corpo humano (colostomia: ostoma intestinal; urostomia: desvio urinário);

Paralisia Cerebral - lesão de uma ou mais áreas do sistema nervoso central, tendo

⁹⁹ BRASIL. Decreto n. 3.298, de 20 de dezembro de 1999. op. cit.

como consequência alterações psicomotoras, podendo ou não causar deficiência mental;

Nanismo - deficiência acentuada no crescimento.¹⁰⁰

Cumprе acrescentar, a despeito da ausência de previsão no bojo dos documentos aqui descritos, que a visão monocular tem sido abarcada como modalidade de deficiência visual. Isso porque diversos estados brasileiros a compreendem como modalidade de deficiência por meio de Lei Estadual,¹⁰¹ além de ser, também, entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que a reconhece por meio da Súmula 377 como tipo de deficiência, garantindo às pessoas que a detém o direito a concorrer às vagas destinadas ao percentual reservado às pessoas com deficiência.¹⁰²

Ademais, idêntica previsão integra o Projeto de Lei de âmbito federal nº 7.699/06, que pretende instituir o Estatuto da Pessoa com Deficiência, possivelmente a ser objeto de análise no Congresso Nacional no ano corrente, acrescentando a mencionada deficiência à tipificação de modalidade de deficiência visual.¹⁰³

Assim sendo, por exclusão, aduz-se que as pessoas que possuem surdez unilateral, aquelas que possuem deficiência mental leve, ou ainda que apresentem deficiência física que não gere impossibilidade na execução normal das atividades do corpo, não são abrangidas pelo cômputo destinado para fins do percentual de reserva.¹⁰⁴

¹⁰⁰ BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. **A inclusão de pessoas com deficiência no mercado de trabalho**. 2. ed. Brasília: MTE, SIT, 2007. Disponível em: <http://www3.mte.gov.br/fisca_trab/inclusao_pessoas_defi12_07.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2014.

¹⁰¹ São exemplos de estados que aprovaram lei nesse sentido: São Paulo, Lei n 14.481, de 13 de Junho de 2011; Paraná, Lei nº 16.945, de 18 de novembro de 2011; Maranhão, Lei nº 9.206, de 7 de junho de 2010; Espírito Santo, Lei nº 8.755, de 17 de dezembro de 2007, Amazonas, Lei 3.340 de 30 de dezembro de 2008; dentre outros.

¹⁰² “Embora em uma análise mais acurada esteja fora das hipóteses previstas no Decreto n. 3.298/99 e, em nosso sentir, a visão monocular não tenha o condão de obstruir a participação plena e efetiva dessa pessoa na sociedade em igualdade de condições com as demais, ela tem tido presença marcante no preenchimento das vagas reservadas em concursos públicos que demandem maior exigência de conhecimento e remunerem com melhores salários”. RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes. Direito à intimidade e à vida privada. In: FERRAZ, Carolina Valença et al (orgs.). **Manual dos direitos da pessoa com deficiência**. Edição digital. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 57.

¹⁰³ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projetos de Leis e Outras Proposições**. PL 7966/2006, op. cit.

Art. 2º Considera-se deficiência toda restrição física, intelectual ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária e/ou atividades remuneradas, causada ou agravada pelo ambiente econômico e social, dificultando sua inclusão social, enquadrada em uma das seguintes categorias:

[...]

II - deficiência auditiva:

a) perda unilateral total;

¹⁰⁴ BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. **A inclusão de pessoas com deficiência no mercado de trabalho**, op. cit., p. 21.

No mais, haja vista a consideração de que todos os seres humanos possuem algum tipo de limitação, denota-se a impossibilidade de que conceito de deficiência esteja restrito a apenas uma forma de impedimento, uma vez que se encontra interligado às barreiras sociais que impedem o desenvolvimento dos seres humanos na plenitude de seus atributos.¹⁰⁵ Dessa forma, deve-se considerar que “a falha, a falta, não se situa no indivíduo, mas em seu relacionamento com a sociedade”.¹⁰⁶

Nesse aspecto, reafirmando o prisma social inerente à nova conceituação de deficiência, a Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, promulgada pelo Decreto nº 6.949/09, traz o que vem a ser a deficiência já no Preâmbulo, na alínea “e”, estabelecendo-a como

um conceito em evolução e que a deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.¹⁰⁷

À luz do exposto, o conceito de deficiência deve ser compreendido levando-se em conta o grau de dificuldade para a inclusão social e não que sua constatação seja feita a partir de uma falha sensorial ou motora, apenas.¹⁰⁸

E mais:

Se a deficiência é tida como algo inerente à diversidade humana, é possível afirmar, sem qualquer jogo de palavras, que as pessoas cegas, surdas, paraplégicas e tetraplégicas apresentam atributos, como já disse, que devem ser equiparados aos demais atributos humanos, como gênero, raça, idade, orientação sexual, origem, classe social, entre outros. Tais atributos, porém, não contêm qualquer deficiência. A deficiência está, doravante, nas barreiras sociais que excluem essas pessoas do acesso aos direitos humanos básicos.¹⁰⁹

Portanto, significa dizer que a deficiência se verifica em âmbito social e não na pessoa, redefinição essa que implica alteração em efeitos práticos importantes também na seara dos concursos públicos.

¹⁰⁵ FERRAZ, Fernando Basto; ARAUJO, Elizabeth Alice Barbosa Silva de. O conceito de pessoa com deficiência e seu impacto nas ações afirmativas brasileiras no mercado de trabalho. In: **XIX Encontro Nacional do CONPEDI**, 19., 2010, Fortaleza. Anais..., 2010. p. 8841-8859. p. 8844. Disponível em: <<http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/541>>. Acesso em: 25 jun. 2014.

¹⁰⁶ ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional ...** op. cit., p. 20.

¹⁰⁷ BRASIL. **Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009**, op. cit.

¹⁰⁸ ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional ...** op. cit., p. 21.

¹⁰⁹ FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. O novo conceito constitucional de pessoa com deficiência: um ato de coragem. In: FERRAZ, Carolina Valença et al (orgs.). **Manual dos direitos da pessoa com deficiência**. Edição digital. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 19-32, p. 14.

2.1.2 O conceito de pessoa com deficiência trazido pela Convenção

A definição trazida pela Convenção nº 159 da OIT, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto nº 129, de 18 em maio de 1991¹¹⁰, estabelece como pessoa deficiente toda aquela tenha as possibilidades à obtenção e conservação de um emprego adequado e à ascensão neste substancialmente reduzidas em razão de deficiência de caráter físico ou mental, desde que devidamente comprovada.

Segundo a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, promulgada pelo Decreto 6.949/09, são consideradas pessoas com deficiência aquelas que

têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.¹¹¹

O mesmo documento reconhece, ainda, logo no Preâmbulo, “a diversidade das pessoas com deficiência”.¹¹²

Dessa maneira, ao conjugar os dispositivos descritos, deve-se concluir que sob a ótica da nova concepção a existência de um impedimento não é critério objetivo a ser considerado isoladamente à caracterização, haja vista a necessidade de que este esteja atrelado a uma dificuldade ou barreira social para que uma pessoa possa ser considerada “com deficiência”. Assim, o novo conceito passa a enfatizar a dimensão social, abandonando o apego estritamente médico que conceituava a pessoa com deficiência, verificado na legislação pretérita à Convenção.

Nesse sentido, elucida Ricardo Tadeu Marques da Fonseca:

Os impedimentos de caráter físico, mental, intelectual e sensorial são, a meu sentir, atributos, peculiaridades ou predicados pessoais, os quais, em interação com as diversas barreiras sociais, podem excluir as pessoas que os apresentam da participação da vida política, aqui considerada no sentido mais amplo.¹¹³

Isso porque depois de promulgada pelo Decreto nº 6.949/2009 e aprovada pelo Congresso Nacional nos termos Decreto Legislativo nº 186 sob o quórum previsto no rito à aprovação de Emenda Constitucional (Art. 5º, § 3º, CF), entende-se que a Convenção sobre

¹¹⁰ BRASIL. **Decreto n. 129, de 22 de maio de 1991**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0129.htm>. Acesso em 29 jun. 2014.

¹¹¹ BRASIL. **Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009**. Op. cit.

¹¹² Ibidem.

¹¹³ FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. O Novo Conceito Constitucional de Pessoa Com Deficiência: Um Ato De Coragem, op. cit., p. 24.

os Direitos das Pessoas com Deficiência suplantou o conceito de deficiência que antes vigorava:

O texto da Convenção da ONU trouxe que a expressão correta é “pessoa com deficiência”, pois a deficiência é o resultado da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras na sociedade, ou seja, às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação desse grupo no ambiente social, em igualdade de oportunidades com as demais.¹¹⁴

Nesse sentido, fortalece o exposto o entendimento de Luiz Alberto David Araújo, que conclui:

A Convenção, portanto, trata a questão da deficiência de maneira diferente. Inova, avança e torna revogada a legislação brasileira anterior. Inegável que o decreto regulamentar era mais fácil de ser aplicado. Trazia índices, referências mais precisas. No entanto, não se pode deixar de louvar a Convenção e seu novo conceito, porque exigirá melhor critério e mais discussão do que o anterior. O Direito não é simples, e muitas vezes, traz soluções complexas. É o caso da Convenção, que está propondo uma mudança no pensar dos brasileiros (e de outros tantos povos), trazendo um conceito mais amplo, voltado ao ambiente da pessoa. Talvez esse conceito permita que mais pessoas se enquadrem na ideia de pessoa com deficiência. Pode ser que deficiências que antes eram enquadradas percam essa qualidade. A Convenção produziu, portanto, direta e importante modificação na ordem interna.¹¹⁵

Corroborando o explanado, o Plano Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência, instituído pelo Decreto nº 7.612, de 17 de Novembro de 2011, por meio do art. 2º, assentiu à definição erigida pela Convenção, evidenciando que a nova conceituação de pessoa com deficiência foi absorvida pelo ordenamento jurídico brasileiro.¹¹⁶

Para efeito dos concursos públicos, Maria Aparecida Gugel explica a premência da análise da nova conceituação a partir da interpretação concedida pela Convenção:

No conceito há elementos importantes que caracterizam o destinatário da norma, sobretudo para o âmbito das relações de trabalho e em concursos públicos para a composição da reserva de vagas (cotas), a saber: a pessoa com deficiência deve ter impedimentos de longo prazo; a deficiência deve ser de natureza física, mental

¹¹⁴ PALUMBO, Livia Pelli. A efetivação dos direitos das pessoas com deficiência pelos sistemas de proteção dos direitos humanos: sistema americano e europeu. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**, v. 1, n. 2, p. 114-135, 2013, p. 116.

¹¹⁵ ARAUJO, Luiz Alberto David. A convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência e seus reflexos na ordem jurídica interna no Brasil. In: FERRAZ, Carolina Valença et al (coords.). **Manual dos direitos da pessoa com deficiência**. Edição digital. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 56.

¹¹⁶ Art. 2º São consideradas pessoas com deficiência aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas. (BRASIL. **Decreto nº. 7.612, de 17 de novembro de 2011**, op. cit.).

(transtornos mentais), intelectual (déficit cognitivo) e sensorial, indicando a existência de diversidade na área da deficiência, as barreiras que estão no ambiente e obstruem a participação plena e efetiva na sociedade.¹¹⁷

Acrescente-se que o legislador infraconstitucional trouxe à baila definição sobre o que vem a ser “impedimentos de longo prazo” através da Lei nº 12.435, de 6 de julho de 2011, que alterou a Lei nº 8.742/1993, atinente à organização da Assistência Social. Nesse esteio, constitui parte integrante à definição de pessoa com deficiência, convergente àquela elencada pela Convenção, o previsto pelo art. 20, Parágrafo 2º, inciso II, ao determinar que impedimentos de longo prazo consistam naqueles que incapacitem “a pessoa com deficiência para a vida independente e para o trabalho pelo prazo mínimo de (dois) anos”.¹¹⁸

Outro aspecto pertinente se refere ao grau da deficiência, pois a ação afirmativa aqui tratada não se aplicará indiscriminadamente às pessoas que tenham deficiências em quaisquer níveis, pois o critério ensejador da proteção não possui crivo estritamente objetivo.

Há que se atentar para o grau da deficiência porque este deve ocasionar dificuldade acentuada à adaptação em sua realidade social para que enseje a proteção especial trazida pela norma. Muitas vezes, em casos de deficiência leve não se verificam alterações ou impedimentos na realidade social do indivíduo. A medida inclusiva, portanto, não deve ser destinada a essas pessoas. Dessa forma, a aferição da imersão ou não do indivíduo no conceito de pessoa com deficiência não dará sob a perspectiva da deficiência, pois a averiguação só pode ser realizada diante do caso concreto, no prisma da inclusão social.¹¹⁹

Por outro lado, “não se pode exigir que a deficiência seja tão acentuada que implique plena impossibilidade de exercer funções na Administração, fato gerador, inclusive, de aposentadoria para os servidores públicos”.¹²⁰

A partir do exposto, conclui-se que o conceito de pessoa com deficiência apenas deverá se aplicar à medida que sejam verificadas, em consonância à situação de impedimento do indivíduo no caso concreto, circunstâncias ausentes de paridade nas

¹¹⁷ GUGEL, Maria Aparecida. O direito ao trabalho e ao emprego: a proteção na legislação trabalhista. In: FERRAZ, Carolina Valença et al (coords.). **Manual dos direitos da pessoa com deficiência**. Edição digital. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 156.

¹¹⁸ BRASIL. **Lei n. 12.435, de julho de 2011**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12435.htm>. Acesso em: 2 jul. 2014.

¹¹⁹ ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas com deficiência**. Op. cit., p. 46-47.

¹²⁰ MOTTA, Fabrício. **A Reserva de Vagas nos Concursos Públicos para os Portadores de Deficiência** – Análise do art. 37, inc. VIII da Constituição Federal, op. cit., p.192.

interações sociais, em quaisquer de suas frentes, suportadas por essa pessoa em razão do impedimento que apresenta.

No entanto, “a qualificação da pessoa como portadora de deficiência, em havendo divergência sobre ela, pode ser discutida em ação judicial”¹²¹. Entrementes, oportuna e faz a advertência de Lauro Luiz Gomes Ribeiro:

Um parêntese: o passar do tempo tem demonstrado que devemos tomar cuidado com a excessiva elasticidade exegética do conceito constitucional para não passar a reconhecer como pessoa com deficiência indivíduos sem limitação séria o suficiente para justificar tal condição e que trarão um inchaço indesejado ao segmento das pessoas com deficiência, permitindo que ocupem indevidamente espaço em políticas de ação afirmativa.¹²²

Desse modo, não deve ocorrer ampliação desmedida do conceito sob pena de desvirtuar o caráter essencial da medida protetiva, concedendo-a a destinatários que não são os verdadeiros titulares da reserva constitucional.

2.2 Critérios legais à operacionalização da reserva de vagas

Parte-se da diretiva constitucional que estabelece regra específica à composição dos quadros de pessoal da Administração Pública, através dos contornos do art. 37, ao se debruçar sobre o teor do inciso VIII, que garante a reserva de vagas na Administração Direta e Indireta. Daí se extrai que o legislador remeteu a tarefa de regulamentar os critérios à admissão e os relativos ao percentual da reserva à órbita infraconstitucional, deixando clara, apenas, a obrigação do Estado em instituir a política de integração da pessoa com deficiência nas relações sociais.

Depois que a Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência foi incorporada ao ordenamento jurídico interno, nos moldes do art. 5º Parágrafo 3º, da Constituição Federal, as diretrizes traçadas por esse documento passaram a constituir, também, diretrizes à atuação das três esferas de Poder.

Especificamente, no que norteia o acesso aos cargos e empregos públicos, o conteúdo do art. 27 da Convenção, além de reiterar elementos já consagrados no texto

¹²¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, op. cit., p. 659.

¹²² RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes. **Direito à intimidade e à vida privada**, op. cit., p. 56

constitucional, reúne o elencado nessa vertente pelas Convenções anteriores, da ONU e da OIT, e enfatiza o reconhecimento pelos Estados Partes do direito ao trabalho da pessoa com deficiência, da igualdade de oportunidades em relação aos demais, da livre escolha do ofício.

Urge salientar a proibição de discriminação relacionada às formas de emprego e às relações delas decorrentes, bem como que seja assegurada a realização das adaptações necessárias no local de trabalho, dentre outras previsões. O dispositivo traz menção específica na alínea “g”, em que incorpora o compromisso dos Estados Partes em “empregar pessoas com deficiência no setor público”.¹²³

Nesta senda, serão verificados os critérios instituídos pela seara infraconstitucional. Tratam, precipuamente, da quantidade de vagas resguardadas, do procedimento de inscrição e sobre as especificidades que devem constar do edital.

2.2.1 Percentual de vagas destinado à reserva

Em relação ao número de vagas reservadas à pessoa com deficiência, a Lei nº 8.112, de 11 de Dezembro de 1990, que regulamenta o regime jurídico aplicável aos

¹²³ Artigo 27. Trabalho e emprego. 1.Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência ao trabalho, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. Esse direito abrange o direito à oportunidade de se manter com um trabalho de sua livre escolha ou aceitação no mercado laboral, em ambiente de trabalho que seja aberto, inclusivo e acessível a pessoas com deficiência. Os Estados Partes salvaguardarão e promoverão a realização do direito ao trabalho, inclusive daqueles que tiverem adquirido uma deficiência no emprego, adotando medidas apropriadas, incluídas na legislação, com o fim de, entre outros:

- a) Proibir a discriminação baseada na deficiência com respeito a todas as questões relacionadas com as formas de emprego, inclusive condições de recrutamento, contratação e admissão, permanência no emprego, ascensão profissional e condições seguras e salubres de trabalho;
- b) Proteger os direitos das pessoas com deficiência, em condições de igualdade com as demais pessoas, às condições justas e favoráveis de trabalho, incluindo iguais oportunidades e igual remuneração por trabalho de igual valor, condições seguras e salubres de trabalho, além de reparação de injustiças e proteção contra o assédio no trabalho;
- c) Assegurar que as pessoas com deficiência possam exercer seus direitos trabalhistas e sindicais, em condições de igualdade com as demais pessoas;
- d) Possibilitar às pessoas com deficiência o acesso efetivo a programas de orientação técnica e profissional e a serviços de colocação no trabalho e de treinamento profissional e continuado;
- e) Promover oportunidades de emprego e ascensão profissional para pessoas com deficiência no mercado de trabalho, bem como assistência na procura, obtenção e manutenção do emprego e no retorno ao emprego;
- f) Promover oportunidades de trabalho autônomo, empreendedorismo, desenvolvimento de cooperativas e estabelecimento de negócio próprio;
- g) Empregar pessoas com deficiência no setor público;
- h) Promover o emprego de pessoas com deficiência no setor privado, mediante políticas e medidas apropriadas, que poderão incluir programas de ação afirmativa, incentivos e outras medidas;
- i) Assegurar que adaptações razoáveis sejam feitas para pessoas com deficiência no local de trabalho;
- j) Promover a aquisição de experiência de trabalho por pessoas com deficiência no mercado aberto de trabalho;
- k) Promover reabilitação profissional, manutenção do emprego e programas de retorno ao trabalho para pessoas com deficiência.

2.Os Estados Partes assegurarão que as pessoas com deficiência não serão mantidas em escravidão ou servidão e que serão protegidas, em igualdade de condições com as demais pessoas, contra o trabalho forçado ou compulsório.

servidores públicos em esfera federal (Estatuto do Servidor), cujo teor assim determina no bojo do art. 5º, Parágrafo 2º:

Às pessoas portadoras de deficiência é assegurado o direito de se inscrever em concurso público para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras; para tais pessoas serão reservadas até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso.¹²⁴

Em que pese a Lei Federal 7.853/89 seja de aplicação a todos os entes da Federação e regulamente em caráter prévio as diretrizes aplicáveis no que se refere à política de integração da pessoa com deficiência, elencou apenas normas gerais a fim de resguardar o exercício dos direitos das pessoas com deficiência em igualdade de tratamento e oportunidades.¹²⁵ Dentre estas, destaca-se o traçado pelo art. 2º, Parágrafo único, inciso III, nas alíneas “c” e “d”:

Art. 2º Ao Poder Público e seus órgãos cabe assegurar às pessoas portadoras de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos, inclusive dos direitos à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à previdência social, ao amparo à infância e à maternidade, e de outros que, decorrentes da Constituição e das leis, propiciem seu bem-estar pessoal, social e econômico.

Parágrafo único. Para o fim estabelecido no caput deste artigo, os órgãos e entidades da administração direta e indireta devem dispensar, no âmbito de sua competência e finalidade, aos assuntos objetos esta Lei, tratamento prioritário e adequado, tendente a viabilizar, sem prejuízo de outras, as seguintes medidas:

[...]

III - na área da formação profissional e do trabalho:

[...]

c) a promoção de ações eficazes que propiciem a inserção, nos setores públicos e privado, de pessoas portadoras de deficiência;

d) a adoção de legislação específica que discipline a reserva de mercado de trabalho, em favor das pessoas portadoras de deficiência, nas entidades da Administração Pública e do setor privado, e que regulamente a organização de oficinas e congêneres integradas ao mercado de trabalho, e a situação, nelas, das pessoas portadoras de deficiência;¹²⁶

Nessa esteira, a norma incumbiu tarefa ao Poder Público de assegurar a esse grupo vulnerável o pleno exercício de seus direitos básicos, entretanto, não trouxe previsão referente à participação da pessoa com deficiência em concursos públicos. Ausentou-se,

¹²⁴ BRASIL. **Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990**, op. cit.

¹²⁵ Art. 1º Ficam estabelecidas normas gerais que asseguram o pleno exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas portadoras de deficiências, e sua efetiva integração social, nos termos desta Lei.

§ 1º Na aplicação e interpretação desta Lei, serão considerados os valores básicos da igualdade de tratamento e oportunidade, da justiça social, do respeito à dignidade da pessoa humana, do bem-estar, e outros, indicados na Constituição ou justificados pelos princípios gerais de direito.

§ 2º As normas desta Lei visam garantir às pessoas portadoras de deficiência as ações governamentais necessárias ao seu cumprimento e das demais disposições constitucionais e legais que lhes concernem, afastadas as discriminações e os preconceitos de qualquer espécie, e entendida a matéria como obrigação nacional a cargo do Poder Público e da sociedade. BRASIL. **Lei n. 7.853, de 24 de outubro de 1989**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17853.htm>. Acesso em: 7 jul. 2014.

¹²⁶ Ibidem.

ainda, quanto ao percentual de vagas reservadas. Tal situação ofereceu condições para que a matéria fosse objeto de ensaio da Lei 8.112, positivada no ano subsequente.

Conquanto, a previsão insculpida no art. 5º, Parágrafo 2º da Lei 8.112/90, mostrou-se pouco eficaz. Isso porque o percentual convencionado pelo artigo à reserva apresenta caráter facultativo máximo de até 20% do total das vagas, o que concede margem para que seja interpretado sem qualquer teor vinculativo. Dessa forma, condicionou-se a aplicabilidade da norma à discricionariedade do administrador, fornecendo indícios à fixação de índices irrisórios à reserva, ou que sequer fossem mencionados percentuais no edital, colocando à prova a garantia constitucional que resguarda a inclusão através dessa ação afirmativa.

Assim, o Decreto nº 3.298/99, editado para regulamentar a Lei 7.853/89, fixou percentual mínimo à reserva destinada à pessoa com deficiência, nos termos do art. 37, Parágrafo 1º:

Art. 37. Fica assegurado à pessoa portadora de deficiência o direito de se inscrever em concurso público, em igualdade de condições com os demais candidatos, para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que é portador.

§ 1º O candidato portador de deficiência, em razão da necessária igualdade de condições, concorrerá a todas as vagas, sendo reservado no mínimo o percentual de cinco por cento em face da classificação obtida.¹²⁷

Conjugando-se o disposto no referido artigo aos ditames do art. 5º, Parágrafo 2º, da Lei nº 8.112/90, extrai-se regra atinente ao percentual da reserva, que deve se ater aos limites estabelecidos pelas normas infraconstitucionais mencionadas.¹²⁸ Logo, a porcentagem destinada à reserva da pessoa com deficiência a ser adotada pela Administração Pública em quaisquer concursos públicos por ela realizados deve estar adstrita aos percentuais limítrofes, ou seja, de 5 a 20% do total das vagas dispostas no edital.

Assim sendo, Estados e Municípios podem editar leis fixando os percentuais destinados à reserva, desde que respeitados os parâmetros legais consignados.

¹²⁷ BRASIL. **Decreto n. 3.298, de 20 de dezembro de 1999**, op. cit.

¹²⁸ SILVEIRA, Raquel Dias da. Discriminações legais em concursos públicos e princípio da igualdade: um estudo sob os paradigmas das ações afirmativas e das políticas públicas de inclusão das minorias nas últimas décadas. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 19, jul./ago./set., 2009, p. 8.

A escolha do percentual a ser fixado deve ficar a cargo do Administrador, que para tanto, deve prezar pela observância do princípio da razoabilidade, no intuito de viabilizar concretude do preceito constitucional¹²⁹, pautando-se num agir inclusivo.

Nesse aspecto, sugere Maria Aparecida Gugel:

“reputa-se, assim, importante que toda administração pública estabeleça uma meta percentual em torno de 12%, média aproximada entre 5% e 20%, de forma a mais rapidamente incluir em seus quadros pessoas com deficiência, objetivando alcançar o comando de discriminação positiva constitucional”.¹³⁰

A justificativa que o posicionamento reside no ponto de que apesar da vinculação do administrador à observância dos critérios de oportunidade, conveniência e equidade, o princípio da discricionariedade acaba sendo preponderante, muitas vezes. Por essa razão, este último princípio deve ser relativizado para dar guarida ao comando constitucional.

O Estado tem por razão fundante e por objetivo derivado da matriz constitucional “servir à proteção e à realização dos direitos fundamentais”¹³¹, uma vez que “a teoria funcional do Direito Público se volta à obtenção de resultados que efetivamente e não apenas intencional ou retoricamente satisfaçam a essa vocação”.¹³²

Numa outra perspectiva, Álvaro Ricardo Souza Cruz, assevera ser importante destacar que o percentual - aquele estabelecido pela Lei Federal – “não é fixo para os demais entes federativos, que podem seguramente modificá-los se assim o desejarem”.¹³³

Diante das regulamentações demonstradas, verifica-se que o Poder Público tem o “dever jurídico” de fixar parcela dos cargos e empregos públicos à pessoa com deficiência, mesmo porque “a Administração Pública deveria ser a maior incentivadora dos direitos sociais”¹³⁴. Elucida José dos Santos Carvalho Filho:

[...] não há dúvida de que as pessoas portadoras de deficiência têm direito subjetivo à participação nos concursos públicos, ao mesmo tempo em que o Poder Público tem o dever jurídico de fixar o percentual de cargos e empregos públicos a elas destinados. Se a lei do ente federativo não o tiver feito, deve fazê-lo o edital do

¹²⁹ MOTTA, Fabrício. A Reserva de Vagas nos Concursos Públicos para os Portadores de Deficiência – Análise do art. 37, inc. VIII da Constituição Federal, op. cit., p. 196.

¹³⁰ GUGEL, Maria Aparecida. **Pessoas com deficiência...** op. cit., p. 76.

¹³¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno:** legitimidade: finalidade: eficiência: resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 111.

¹³² Ibidem.

¹³³ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. O Direito à Diferença. 3 ed. Belo Horizonte: Arraes Editores. 2009, p. 216-217.

¹³⁴ MARRARA, Thiago; CESÁRIO, Natália de Aquino. O Centro de Estudos em Direito e Desigualdades (CEDD) e a pesquisa em direito administrativo inclusivo na FDRP/USP, op. cit., p. 434.

concurso. Caso ambos sejam silentes, cabe ao interessado pleitear no Judiciário a admissibilidade da participação e a respectiva reserva de vaga.¹³⁵

De qualquer modo, verifica-se que o direito ao ingresso nos quadros da Administração pode ser obtido através da atividade do Poder Judiciário, mesmo nos casos em que inexistia previsão legal ou editalícia de percentual dirigido à reserva.

O Parágrafo 2º do art. 37, do Decreto nº 3.298/99, estatui regra complementar à reserva de vagas, estabelecendo que em casos nos quais a aplicação do percentual reservado resulte em número fracionado, deve ocorrer o arredondamento automático para o número inteiro imediatamente posterior:

§ 2º Caso a aplicação do percentual de que trata o parágrafo anterior resulte em número fracionado, este deverá ser elevado até o primeiro número inteiro subsequente.¹³⁶

Especificamente, no que rege os concursos para ingresso na magistratura, o artigo 73 da Resolução nº 75/09, do Conselho Nacional de Justiça, converge à previsão mínima de 5% destinada à reserva de vagas, conforme a instituída pelo Decreto. No entanto, diverge quanto ao arredondamento, haja vista que o Decreto o autoriza, enquanto a referida Resolução o veda.¹³⁷ Significa dizer, na prática, que a reserva terá lugar apenas nos concursos em que forem oferecidas ao menos vinte vagas, ante a necessidade de que a aplicação do percentual não coincida a número fracionário, diante da vedação de arredondamento superior. A vedação ao arredondamento revela afronta à garantia prevista na Constituição.

Retomando-se o conteúdo do Parágrafo 2º, do art. 5º, da Lei nº 8.112/90, impende análise da condicionante imposta, visto que atrela o direito da pessoa com deficiência a compor parcela reservada em concurso público a cargo “cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de são portadoras”. A mesma previsão aparece reiterada no caput do art. 37, do Decreto 3.298/99, reafirmando a premência de sua averiguação.

Apesar de haver previsão constitucional que permita a fixação de requisitos específicos à admissão quando a natureza do cargo ou função assim exigir,¹³⁸ não significa

¹³⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos, op. cit., p., 658-659.

¹³⁶ BRASIL. **Decreto n. 3.298, de 20 de dezembro de 1999**, op. cit.

¹³⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 600-601.

¹³⁸ BRASIL. **Constituição de 1988**, op. cit.

Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes.

dizer que a pessoa com deficiência não detenha capacidade para o exercício dessa atribuição, tampouco que os direitos à inscrição ou à nomeação possam ser obstados perante essa justificativa.

Dessa forma, não deve a previsão constitucional servir de óbice à inscrição da pessoa com deficiência, à sua contratação ou permanência no cargo. Assim como Patrícia dos Santos Bonfante, compreende-se que “essa norma constitucional diga respeito às exigências referentes à profissionalização, não à pessoa, principalmente no que diz respeito à sua condição física”.¹³⁹

O entendimento que se deve atribuir à normativa diz respeito a critérios estritamente profissionais e não faz qualquer remissão à pessoa, sobretudo, naquilo que concerne à sua condição, quanto a ter uma determinada deficiência, ou não.

No momento em que o administrador público fixa condições e requisitos ao acesso aos cargos e empregos públicos deve agir guiado pelo princípio da razoabilidade. Dessa forma, limita-se à imposição de pressupostos que sejam intrínsecos a peculiaridades relacionadas às atribuições inerentes ao cargo ou emprego público. Uma exigência possível seria quanto à necessidade de determinada qualificação profissional, não se falando, portanto, em excepcionar pessoas.¹⁴⁰

Dessa forma, a aferição da compatibilidade entre a deficiência da pessoa e as atribuições por ela exercidas deverá ser realizada durante o estágio probatório por uma equipe multiprofissional e não no momento da elaboração do edital.¹⁴¹

[...]§ 3º Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir.

¹³⁹ BONFANTE, Patrícia dos Santos. Reserva de vagas em concursos públicos para pessoas com deficiências: do edital à nomeação. *Amicus Curiae*, v. 4, n. 4, 2007, p. 12. Disponível em: <<http://periodicos.unesc.net/index.php/amicus/article/viewFile/221/225>>. Acesso em: 20 mar. 2014.

¹⁴⁰ GUGEL, Maria Aparecida. *Pessoas com deficiência...* op. cit., p. 95.

¹⁴¹ BRASIL. **Decreto n. 3.298, de 20 de dezembro de 1999**, op. cit.

Art. 43. O órgão responsável pela realização do concurso terá a assistência de equipe multiprofissional composta de três profissionais capacitados e atuantes nas áreas das deficiências em questão, sendo um deles médico, e três profissionais integrantes da carreira almejada pelo candidato.

§ 1º A equipe multiprofissional emitirá parecer observando:

I - as informações prestadas pelo candidato no ato da inscrição; II - a natureza das atribuições e tarefas essenciais do cargo ou da função a desempenhar; III - a viabilidade das condições de acessibilidade e as adequações do ambiente de trabalho na execução das tarefas; IV - a possibilidade de uso, pelo candidato, de equipamentos ou outros meios que habitualmente utilize; e V - a CID e outros padrões reconhecidos nacional e internacionalmente.

Nesse sentido, dispõe Glauco Salomão Leite:

Com efeito, para que a pessoa com deficiência ocupe cargo ou emprego público é necessário que as atribuições sejam compatíveis com a deficiência do candidato. Embora se faça exigência de apresentação, pelo candidato portador de deficiência, no ato da inscrição, de laudo médico atestando a espécie e o grau ou nível da deficiência, com expressa referência ao código correspondente da Classificação Internacional de Doença – CID, bem como a provável causa da deficiência, durante o estágio probatório é que será analisada, por equipe multiprofissional, a compatibilidade entre as atribuições do cargo e a deficiência apresentada pelo candidato.¹⁴²

Nessa perspectiva, parece acertada recente previsão consignada na Resolução nº 246, do Conselho da Justiça Federal (CJF), de 13 de junho de 2013, que assente ao exposto no bojo do art. 11.¹⁴³

Urge salientar o explanado por Luiz Alberto David Araujo:

O estágio probatório e o período de experiência têm a finalidade de permitir que a pessoa com deficiência possa desenvolver suas tarefas e comprovar suas habilidades. Se não forem satisfatórias, esta deverá ser demitida ou desligada do

§ 2º A equipe multiprofissional avaliará a compatibilidade entre as atribuições do cargo e a deficiência do candidato durante o estágio probatório.

Art. 44. A análise dos aspectos relativos ao potencial de trabalho do candidato portador de deficiência obedecerá ao disposto no art. 20 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

Complementado pelo teor do art. 20, da Lei 8.112/90:

Art. 20. Ao entrar em exercício, o servidor nomeado para cargo de provimento efetivo ficará sujeito a estágio probatório por período de 24 (vinte e quatro) meses, durante o qual a sua aptidão e capacidade serão objeto de avaliação para o desempenho do cargo, observados os seguintes fatores: (Vide EMC nº 19)

I - assiduidade; II - disciplina; III - capacidade de iniciativa; IV - produtividade; V- responsabilidade.

§ 1º 4 (quatro) meses antes de findo o período do estágio probatório, será submetida à homologação da autoridade competente a avaliação do desempenho do servidor, realizada por comissão constituída para essa finalidade, de acordo com o que dispuser a lei ou o regulamento da respectiva carreira ou cargo, sem prejuízo da continuidade de apuração dos fatores enumerados nos incisos I a V do caput deste artigo. (Redação dada pela Lei nº 11.784, de 2008)

§ 2º O servidor não aprovado no estágio probatório será exonerado ou, se estável, reconduzido ao cargo anteriormente ocupado, observado o disposto no parágrafo único do art. 29.

§ 3º O servidor em estágio probatório poderá exercer quaisquer cargos de provimento em comissão ou funções de direção, chefia ou assessoramento no órgão ou entidade de lotação, e somente poderá ser cedido a outro órgão ou entidade para ocupar cargos de Natureza Especial, cargos de provimento em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS, de níveis 6, 5 e 4, ou equivalentes. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

§ 4º Ao servidor em estágio probatório somente poderão ser concedidas as licenças e os afastamentos previstos nos arts. 81, incisos I a IV, 94, 95 e 96, bem assim afastamento para participar de curso de formação decorrente de aprovação em concurso para outro cargo na Administração Pública Federal. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

§ 5º O estágio probatório ficará suspenso durante as licenças e os afastamentos previstos nos arts. 83, 84, § 1º, 86 e 96, bem assim na hipótese de participação em curso de formação, e será retomado a partir do término do impedimento. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 10.12.97). BRASIL. **Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990**, op. cit.

¹⁴² LEITE, Glauco Salomão. O sistema de quotas obrigatórias na Administração Pública e a Pessoa com Deficiência, op. cit., p. 81.

¹⁴³ Art. 11. A avaliação sobre a compatibilidade da deficiência com as atribuições do cargo ocorrerá durante o estágio probatório.

emprego, uma vez que, feitas as tentativas necessárias, se revelou sem condições para a tarefa em questão.¹⁴⁴

De forma análoga consiste a exigência de “aptidão plena”, trazida no inciso II do art. 38 do Decreto para a ocupação de determinada carreira, pois sua averiguação ocorrerá a partir de avaliação por meio da prova aplicada no concurso, assim como através dos exames a que forem submetidos os candidatos, sendo desqualificados aqueles que não apresentarem aptidões física, sensorial ou mental, necessárias para o exercício da função.¹⁴⁵

Significa dizer que a aptidão plena do candidato será medida a partir da prova que realizou para provimento em determinado cargo, bem como a partir do desempenho nos exames admissionais efetuados. Vez que tenha logrado êxito nos métodos de avaliação descritos, atendido estará o requisito de aptidão plena. Dessa forma, não pode constituir objeção à participação da pessoa com deficiência num determinado concurso público, pois

[...] se aceita essa interpretação de que a exigência de aptidão plena exclui automaticamente a pessoa com deficiência do concurso, a própria norma constitucional estaria a violar princípios por ela expostos.¹⁴⁶

Acrescente-se ao exposto a existência de proibição expressa de que autoridade competente obste a inscrição de pessoa com deficiência em concurso público para ingresso nos quadros da Administração Pública Federal direta e indireta.¹⁴⁷

No mais, o art. 38 do Decreto nº 3.289/99, esclarece que a reserva de vagas não se aplicará para os cargos comissionados, ou em função de confiança, bem como quanto aos que se delimitam à livre nomeação e exoneração.¹⁴⁸ Não incidirá o percentual de reserva,

¹⁴⁴ ARAUJO, Luiz Alberto David. **Barrados...** op. cit., p. 21.

¹⁴⁵ GUGEL, Maria Aparecida. **Pessoas com deficiência...** op. cit., p. 74.

¹⁴⁶ BONFANTE, Patrícia dos Santos. Reserva de vagas em concursos públicos para pessoas com deficiências: do edital à nomeação, op. cit. p. 12.

¹⁴⁷ Art. 40. É vedado à autoridade competente obstar a inscrição de pessoa portadora de deficiência em concurso público para ingresso em carreira da Administração Pública Federal direta e indireta.

§ 1º No ato da inscrição, o candidato portador de deficiência que necessite de tratamento diferenciado nos dias do concurso deverá requerê-lo, no prazo determinado em edital, indicando as condições diferenciadas de que necessita para a realização das provas.

§ 2º O candidato portador de deficiência que necessitar de tempo adicional para realização das provas deverá requerê-lo, com justificativa acompanhada de parecer emitido por especialista da área de sua deficiência, no prazo estabelecido no edital do concurso. BRASIL. **Decreto n. 3.298, de 20 de dezembro de 1999**, op. cit.

¹⁴⁸ Art. 38. Não se aplica o disposto no artigo anterior nos casos de provimento de:

[...] II - cargo ou emprego público integrante de carreira que exija aptidão plena do candidato. Ibidem.

ainda, sobre os cargos e empregos públicos integrantes de “carreira que exija aptidão plena do candidato”.

2.2.2 Regras atinentes ao edital

No que se refere ao edital, a norma insculpida no art. 39, do Decreto 3.298/99, é clara quanto às especificidades relacionadas à reserva de vagas. Tais contornos devem estar previstos de maneira expressa junto às demais regras que norteiam o certame.

Assim, o mencionado dispositivo estabelece em seus incisos quais determinações deverão constar expressamente do edital, a fim de viabilizar que a pessoa com deficiência possa concorrer em paridade de condições em relação aos demais candidatos, quais sejam:

- I - o número de vagas existentes, bem como o total correspondente à reserva destinada à pessoa portadora de deficiência;
- II - as atribuições e tarefas essenciais dos cargos;
- III - previsão de adaptação das provas, do curso de formação e do estágio probatório, conforme a deficiência do candidato; e
- IV - exigência de apresentação, pelo candidato portador de deficiência, no ato da inscrição, de laudo médico atestando a espécie e o grau ou nível da deficiência, com expressa referência ao código correspondente da Classificação Internacional de Doença - CID, bem como a provável causa da deficiência.

Dessa maneira, tem-se que, necessariamente, deverão constar do edital que rege concurso público, cláusulas que especifiquem de forma clara a distribuição de vagas e o percentual balizado entre 5 a 20% e outras condições práticas à realização do certame.

Em decorrência da previsão editalícia, no momento da inscrição a pessoa com deficiência deverá apresentar laudo médico a fim de esclarecer a tipicidade, o grau ou nível da deficiência que apresentar, o que viabilizará sua inscrição para a concorrência ao percentual destinado à reserva. É assim que se configura a existência de duas inscrições: uma dirigida à pessoa com deficiência, e outra aos demais candidatos. No entanto, ambas estão submetidas igualmente aos regramentos consubstanciados no edital.

Incumbe ressaltar que o fato de que candidato seja pessoa com deficiência não constitui critério objetivo para que necessariamente integre o percentual destinado à reserva e se submeta às diferenciações previstas pelo legislador. Isso porque a deficiência não indica obrigatoriedade à utilização da medida protetiva fixada pela lei.

Ocorre que o candidato, ao se inscrever, pode optar por não se utilizar da vaga a ele reservada em razão de sua condição, uma vez que a decisão é personalíssima, e, por essa razão, merece ser respeitada.¹⁴⁹

Nesse caso, o nome do candidato, se classificado, não constará da lista de classificação especial, reservada às pessoas com deficiência, mas da lista geral, apenas.

Ainda na inscrição, o candidato com deficiência pode solicitar medidas diferenciadas à realização do concurso, a fim de viabilizar condições à efetiva realização da prova de maneira adequada às necessidades que apresenta, conforme disposição do art. 40, § 2º, do Decreto 3.298/99. Poderá, ainda, solicitar tempo adicional ao previsto para a realização da prova, devendo o pedido ser instruído com justificativa e com parecer emitido por especialista da área da deficiência do candidato.

Nesse aspecto, não há que se falar em ofensa ao propósito igualitário, pois o mesmo estatuto normativo condiciona a participação da pessoa com deficiência nos concursos públicos em paridade de condições no que concerne ao conteúdo das provas, à avaliação e aos critérios de aprovação, horário e local de aplicação de provas, bem como à nota mínima exigida para os demais candidatos, resguardado tratamento específico delimitado no corpo do Decreto.¹⁵⁰

2.2.3 Classificação, listas de aprovados e nomeação dos candidatos

Conforme estatui regra do art. 42 do Decreto, a publicação do resultado final e classificação dos candidatos habilitados será realizada em duas listas, sendo que, uma delas contará com a pontuação de todos os candidatos, enquanto a outra se aterá às pontuações alcançadas pelos candidatos com deficiência, apenas.¹⁵¹

¹⁴⁹ ARAUJO, Luiz Alberto David. **Barrados...** op. cit., p. 2.

¹⁵⁰ BRASIL. **Decreto n. 3.298, de 20 de dezembro de 1999**, op. cit.

Art. 41. A pessoa portadora de deficiência, resguardadas as condições especiais previstas neste Decreto, participará de concurso em igualdade de condições com os demais candidatos no que concerne:

I - ao conteúdo das provas; II - à avaliação e aos critérios de aprovação; III - ao horário e ao local de aplicação das provas; e IV - à nota mínima exigida para todos os demais candidatos.

¹⁵¹ Art. 42. A publicação do resultado final do concurso será feita em duas listas, contendo, a primeira, a pontuação de todos os candidatos, inclusive a dos portadores de deficiência, e a segunda, somente a pontuação destes últimos.

Segundo bem se salientou, a deficiência nem sempre enseja a aplicação do preceito legal protetivo.¹⁵² Dessa maneira, não se fala em utilização da medida para causar prejuízo à pessoa que com ela deveria ser beneficiada.

Nessa linha, ao analisar a classificação geral, dentre os primeiros candidatos poderá constar algum que tenha se candidatado como pessoa com deficiência. A partir daí tem início as vagas reservadas.¹⁵³

Entrementes, atenta-se para uma ressalva:

Se um candidato se inscreveu para a vaga reservada por ser comprovadamente pessoa com deficiência, e terminou o concurso entre os primeiros classificados nas vagas regulares, ele não usará a reservada, porque não precisa dela. Quem precisará da vaga reservada será aquele candidato que, não estando na lista regular dos aprovados, tirou nota igual ou superior à nota mínima e está entre os primeiros da lista reservada.¹⁵⁴

Imperioso acrescentar explicação trazida por Eliana Franco Neme:

[...] o candidato portador de deficiência que realizou o concurso público e foi aprovado em primeiro lugar, apesar de declarar-se portador e de pretender a disputa das vagas reservadas, demonstrou que não precisa da proteção. Se foi aprovado em primeiro lugar, tem condições de se integrar socialmente sem a necessidade de utilização dessa igualdade criada fictícia pela lei. A norma não foi feita para ele, ela foi feita para os portadores de deficiência que têm dificuldade de se colocar em condições de igualdade com as pessoas não portadoras. É para esses portadores de deficiência que se destina a norma, para os que se integram sem a sua ajuda ela deixa de existir. Nesse caso, o correto parece ser aceitar que o candidato, apesar de portador de deficiência, não precisa de proteção integrativa e deve preencher uma das vagas não reservadas, deixando as vagas reservadas à disposição daqueles que foram os alvos da lei.¹⁵⁵

Outro aspecto merecedor de análise mais atenta refere-se ao da obtenção de nota mínima no certame. Não deve haver confusão entre a obrigatoriedade de atingimento da nota mínima na prova necessária para a aprovação no concurso e a previsão de “nota de corte”, que é determinada a partir do número de candidatos inscritos.

Há determinados editais que preveem cláusula específica que condiciona a classificação do candidato no concurso ao alcance de uma nota mínima, pré-instituída, sendo

¹⁵² “Na verdade, há uma presunção de que toda pessoa portadora de deficiência precisa do benefício, o que não é uma verdade”. ARAUJO, Luiz Alberto David. Buscando significados a partir de critérios de interpretação constitucional e, muitas vezes, encontrando um desconcertante preconceito. In: ARAUJO, Luiz Alberto David (coord.) **Defesa dos direitos das pessoas com deficiência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 214.

¹⁵³ ARAUJO, Luiz Alberto David. **Barrados...** op. cit., p. 25.

¹⁵⁴ Ibidem.

¹⁵⁵ NEME, Eliana Franco. Dignidade, igualdade e vagas reservadas. In: ARAUJO, Luiz Alberto David (coord.). **Defesa dos direitos das pessoas portadoras de deficiência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 148.

automaticamente eliminados aqueles que não a atingem na realização do concurso. Quanto à nota de corte, corresponde àquela obtida em razão dos candidatos aprovados na lista geral sob os termos do edital e que toma por base o número total de classificados.

A partir dessa distinção, constata Glauco Salomão Leite que

O candidato portador de deficiência pode ser excluído do concurso por não ter atingido a nota mínima. No entanto, não pode ser eliminado por não atender a uma ‘nota de corte’, porque, em tal situação, sua exclusão se daria por não ter ficado classificado entre os classificados da lista geral. É justamente para essa hipótese que se adota a política de quotas. A pessoa com deficiência, não aprovada em lista geral, mas que atingiu a nota mínima exigida, concorrerá, apenas com outros candidatos com necessidades especiais, às vagas reservadas.¹⁵⁶

Chega-se à conclusão de que a partir da distinção existente, a utilização da nota mínima para a aprovação no concurso em detrimento da nota de corte fará com que se mantenha o significado prático do sistema legal de reserva de vagas.

Não há previsão legal que regule como se regerá a forma de convocação e nomeação dos candidatos aprovados no concurso.

No entanto, para que se conceda efetividade à reserva, é necessário que ocorra a nomeação do candidato com deficiência em parte das vagas. Nesse aspecto, Maria Aparecida Gugel dispõe que o parâmetro à nomeação estabelece relação com a ordem de classificação, contanto que a convocação esteja em consonância à alternância e à proporcionalidade entre a lista geral e a lista especial de candidatos, em função do número de vagas a serem preenchidas.¹⁵⁷

Para Álvaro Ricardo de Souza Cruz, “o correto seria condicionar a nomeação dos candidatos não deficientes à nomeação dos candidatos deficientes”¹⁵⁸. Segundo o autor, esse critério condicionante “permitiria um tratamento prioritário para a minoria em questão, impedindo fraudes e emprego de subterfúgios tendentes à violação do direito à diferença”.¹⁵⁹

Destarte, esse aspecto será analisado a fundo em tópico específico em que serão colacionados posicionamentos jurisprudenciais que pormenorizam o procedimento acerca da matéria.

¹⁵⁶ LEITE, Glauco Salomão, op. cit., p.81.

¹⁵⁷ GUGEL, Maria Aparecida. **Pessoas com deficiência...** op. cit., p. 76.

¹⁵⁸ CRUZ, Álvaro Ricardo Souza de, op. cit., p. 218.

¹⁵⁹ Ibidem.

3. INTERPRETAÇÃO CONCEDIDA À DISCRIMINAÇÃO POSITIVA A PARTIR DA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

O núcleo da análise jurisprudencial a ser realizada neste capítulo se consubstancia na regra matriz constitucional elencada no art. 37, VIII, que traz a garantia da inserção ao trabalho da pessoa com deficiência no âmbito da Administração Pública.

Esse impositivo constitucional, do qual é inerente o propósito isonômico, originou a edição de diversas leis a fim de que a matéria recebesse regulamentação para a fim de que fossem especificados os critérios necessários à concretização da medida inclusiva prevista.

No entanto, conforme se verificou, a muitos desses dispositivos legais vigentes carece a clareza necessária para conceder efetividade de plano à política inclusiva. Por essa razão, embates entre os princípios constitucionais de acesso da pessoa com deficiência aos cargos públicos e os princípios da igualdade e impessoalidade são frequentes, resolvendo-se apenas nas instâncias do Poder Judiciário.

Acrescente-se que em aspectos como o procedimento de nomeação, o legislador infraconstitucional foi omissivo e deixou de prever qualquer regulamentação sobre o caminho a ser seguido. Há, ainda, situações em que a omissão do percentual parte edital do concurso ou do próprio Administrador Público. Entretanto, essa postura omissiva é inconstitucional, pois "ao Poder Público cabe regular e incentivar essa participação, e isso porque, como sabido, trata-se de inegável instrumento de inclusão social".¹⁶⁰

É nesse prisma que o estudo se debruça sobre questões relevantes acerca da matéria, utilizando-se das soluções casuísticas apontadas pelos tribunais pátrios, confrontando-as aos critérios vigentes instituídos legalmente e aos posicionamentos doutrinários expostos. Busca-se aferir o posicionamento jurisprudencial à guisa dos anseios constitucionais e dos princípios que alicerçam a atuação da Administração Pública.

¹⁶⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, op. cit., p. 659.

3.1 Arredondamento

No intuito de efetivar o comando constitucional que prevê a ação afirmativa, dois dispositivos infraconstitucionais trataram de consignar o tema.

Conforme se asseverou, a regra trazida pela Lei 8.112/90 conferiu o percentual máximo de até 20% das vagas como parâmetro à fixação do coeficiente. Mais tarde, o Decreto 3.298/99 trouxe complemento à regra e instituiu o patamar mínimo de 5% às pessoas com deficiência. Elencou, ainda, critério a ser aplicado aos casos em que da incidência do percentual reservado pela lei resulte número fracionado. Nesses casos, a lei determina a ocorrência da elevação da fração ao próximo número inteiro.

À luz das diretivas legais, passa-se a análise das determinações jurisprudenciais.

O Supremo Tribunal Federal (STF), em análise do Recurso Extraordinário (RE) nº 227.299, julgado em 14 de junho de 2000, do qual foi Relator o Ministro Ilmar Galvão¹⁶¹, manifestou-se no sentido de promover a reserva à pessoa com deficiência para não ocasionar infringência ao dispositivo constitucional.

O caso remete a concurso para provimento ao cargo de advogado da Câmara Municipal de Divinópolis, em Minas Gerais. Ocorre que, apesar de regra municipal regulamentadora do art. 37, inciso VIII, da Constituição Federal ter previsto a reserva de 5% das vagas oferecidas no certame, não houve candidato com deficiência nomeado por efeito da reserva.

Explica-se. Considerando-se que foram oito as vagas oferecidas no concurso, ao aplicar-se o percentual previsto, obtém-se a fração de quatro décimos. A legislação municipal não regulamentou as situações em que a aplicação resultasse em número fracionado. Por essa razão, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais entendeu pela inexistência da reserva no caso em comento.

A Suprema Corte, por unanimidade, considerou haver ofensa à previsão constitucional e determinou a elevação do percentual obtido no certame até o primeiro

¹⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 227.229-1 - MG**. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Brasília, Julgamento em 14 jun. 2000, Diário da Justiça 6 out. 2000. Vide anexo 1.

número inteiro, garantindo-se, dessa forma, que ao menos uma das vagas fosse disponibilizada à pessoa com deficiência.

Logo, o STF optou pela prevalência da máxima efetividade do dispositivo constitucional, balizando seu posicionamento a partir da regra do arredondamento insculpida no Decreto 3.298/99, conforme se verifica pelo esboçado pelo Ministro Ilmar Galvão em voto condutor:

[...] em face da obrigatoriedade da reserva de vagas para portadores de deficiências, que a fração, a exemplo do disposto no Decreto nº 3.298/99, seja elevada ao primeiro número inteiro subsequente, no caso 01 (um), como medida necessária a emprestar-se eficácia ao texto constitucional, que, caso contrário, sofreria ofensa.

Aquiesce ao raciocínio o prelecionado por Maria Aparecida Gugel:

[...] No exemplo proposto, o resultado da operação 10 vagas por 5% é fracionado, ou seja, 0,5. Não importa, pois a regra determina que se ao aplicar o percentual da reserva mínima de 5% resultar em número fracionado, referido número deverá ser elevado até o primeiro número subsequente.¹⁶²

Todavia, a celeuma evidenciada pelo critério reside na aplicação de coeficiente que exceda o percentual máximo de 20% instituído pela Lei 8.112/90.

De fato. Parece ocorrer em casos desse tipo mais que mera extrapolação do percentual fixado pela norma infraconstitucional. Aparenta-se violar o direito dos demais candidatos, que, impedidos de pleitearem o cargo em razão da reserva têm o amplo acesso obstado.

Tendo em vista a indissociabilidade entre atos praticados pela Administração Pública e o Princípio da razoabilidade, o Judiciário ao conceder o arredondamento indistintamente a todos os casos em que o percentual resulte em coeficiente fracionário inferior a número inteiro não estaria agindo em contrariedade ao princípio? Desse modo, em que medida o Poder Judiciário estaria contribuindo à consecução do interesse público?

Conforme bem apontam Cláudio Couto Terrão e Rachel Campos Pereira de Carvalho, “os críticos dessa corrente afirmam que se deve aplicar, antes de tudo, a regra do

¹⁶² GUGEL, Maria Aparecida. **Pessoas com deficiência ...** op. cit., p. 106.

amplo acesso, em privilégio à igualdade, sob pena de transformar a ação afirmativa em meio ilegal de discriminação ou desequiparação inversa”.¹⁶³

Pode-se aduzir, ainda, que decisões nesse sentido eivam a ação afirmativa em sua finalidade essencial - equiparar oportunidades -, visto que nos casos em que uma única vaga é prevista a operacionalização da regra do arredondamento condiciona o acesso à vaga às pessoas com deficiência, exclusivamente, vez que causa a preterição dos demais candidatos. Conquanto, a ausência da reserva específica no certame não constitui barreira à inscrição das pessoas com deficiência à vaga, o que faz parecer que esta seja a compreensão mais acertada a ser atribuída à questão.

Nesse diapasão, o Egrégio Tribunal reformou seu entendimento sobre a matéria e estabeleceu novo posicionamento a partir do Mandado de Segurança (MS) 26.310, decidido em 20 de novembro de 2007.¹⁶⁴

Na casuística, restou decidido, por maioria, em razão da condição de excepcionalidade da incidência da reserva, que o arredondamento deveria se manter restrito às porcentagens mínima e máxima que a lei instituiu. Dessa maneira, abandonou-se a aplicação objetiva do critério legal do arredondamento automático. Nesse passo, a garantia indistinta de que ao menos uma vaga fosse reservada em qualquer procedimento de seleção para ingresso aos quadros da Administração deixou de ser regra absoluta.

Refere-se à situação em que o edital não previu percentual aplicável à reserva. Dos quatro cargos vagos, dois não se encontravam em disponibilidade, um estava em fase de extinção e outro era objeto de disputa judicial, de modo que restaram apenas duas vagas. Aplicando-se os percentuais limítrofes à reserva, de 5% e 20%, tem-se a reserva de um décimo de vaga, e a de quatro décimos, respectivamente.

Pretendeu a impetrante que uma das vagas fosse reservada em decorrência da aplicação da reserva mínima, em razão de considerar que o número de cargos oferecidos não implica o afastamento da incidência da norma constitucional.

¹⁶³ TERRÃO, Claudio Couto; CARVALHO, Rachel Campos Pereira de. Reserva de vagas na administração pública para as pessoas com deficiência: ação afirmativa e concurso público. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, ed. especial, ano XXVIII. Disponível em <<http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/924.pdf>>. Acesso em: 3 abr. 2014.

¹⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança 26.310-5 - DF**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, Julgamento em 20 nov. 2007, Diário da Justiça 31 out. 2007. Vide anexo 2.

O STF, por maioria, decidiu pelo indeferimento do mandado de segurança. Em voto condutor, explica o ministro Marco Aurélio, relator do acórdão, que a reserva de uma das vagas “implica verdadeira igualização”, o que promove dubiedade à regra que preza pela não distinção entre os candidatos. Aplicando-se a reserva segundo a pretensão da impetrante, concorreriam a uma vaga as pessoas com deficiência e à outra, os candidatos remanescentes, situação que não encontra amparo junto ao princípio da razoabilidade. O ministro salienta que a reserva exige determinado número de vagas, não podendo ocorrer nos casos em que existentes apenas duas. Por essas razões, indeferiu-se a ordem. Foram vencidos os votos do ministro Menezes Direito e da ministra Cármen Lúcia.

Em decorrência do verificado, o STF entendeu pela validade do edital do concurso, ainda que não tenha condicionado nenhuma vaga à categoria especial, tendo em vista que a reserva de uma das duas vagas disponibilizadas resultaria infringência ao percentual máximo previsto pela norma.

A par do exposto, pacificou-se o posicionamento da Suprema Corte. Mesmo nos casos em que poucas vagas sejam oferecidas, é entendimento inequívoco a prevalência dos parâmetros mínimo e máximo, ilustrados pelos parâmetros da Lei 8.112/90 e do Decreto 3.298/99.

Passa-se, então, à análise de caso em que houve apenas uma vaga disponibilizada no certame. Mediante análise de Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 440.988 do Distrito Federal, de 28 de fevereiro de 2012, em acórdão de relatoria do Ministro Dias Toffoli¹⁶⁵, verificou-se obstado o arredondamento de coeficiente fracionário ao número inteiro subsequente.

Trata-se de situação em que a interessada impetrou Mandado de Segurança endereçado ao Superior Tribunal de Justiça, por meio do qual almejava ingressar à segunda etapa de concurso público para concorrer a uma única vaga de “engenheiro agrônomo” em virtude de ter obtido melhor classificação. Não obstante, a candidata foi preterida em razão da incidência da reserva à pessoa com deficiência. A segurança foi concedida em parte, viabilizando a participação da impetrante na segunda fase do certame.

¹⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 440.988 - DF**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, Julgamento em 28 fev. 2012, Diário da Justiça 30 mar. 2012. Vide anexo 3.

O teor do acórdão do STJ gerou a interposição de recursos extraordinários pela União e pelo candidato que havia se beneficiado com a reserva, nos quais o argumento consistia em ofensa ao dispositivo constitucional, notadamente ao art. 37, VIII. O Ministério Público Federal exarou parecer contrário aos interessados, determinando não merecer prosperar a irresignação de ambos.

Nesse condão, entendeu a Corte Suprema não serem dignas de acolhida as alegações consignadas pelos agravantes. O relator fez uso em seu voto das palavras do ministro Cezar Peluso, compactuadas nos autos do RE nº 408.727 - SE¹⁶⁶ a partir de outros precedentes. Do voto, reproduz-se o excerto:

[...] Parece-me oportuno, para melhor compreensão da matéria, a formulação de caso hipotético, em que sejam apenas duas as vagas oferecidas. Bem de ver, em tal exemplo mais evidente se afigura a ilegalidade da solução pretendida, em vista da falta de razoabilidade da pretensão, a qual conduziria, incontestavelmente, a resultado absolutamente desconforme com os termos expressos da lei. Vale dizer: no exemplo formulado, corresponderia converter o percentual contemplado na lei, de 20%, em 50% das vagas ofertadas. Sem dúvida admitir-se isto conduziria a incorrer-se no absurdo de afrontar-se lei infraconstitucional regulamentadora da Constituição. A proteção dos interesses dos deficientes, conquanto matéria de alta relevância, não autoriza o rompimento dos princípios balizadores das regras de hermenêutica que devem presidir ao tratamento da lei infraconstitucional elaborada em afinidade com a Lei Maior. Igualmente, não deve conduzir ao resultado que o impetrado quer emprestar ao caso sob exame.¹⁶⁷

Nesse prisma, negou-se de forma unânime provimento ao agravo regimental, consoante o voto do relator. É nessa linha que aporta o atual entendimento do Pretório Excelso.

O Superior Tribunal de Justiça parece ter entendimento análogo ao consubstanciado pelo posicionamento do Supremo. Ou seja, o percentual reservado às pessoas com deficiência deve ser mitigado em situações que sua operacionalização resulte em índices superiores ao corroborado pela própria lei, sob pena de violação ao conteúdo do art. 37, II, da Constituição Federal, mesmo nos casos em que o número de vagas oferecidas é reduzido.¹⁶⁸

¹⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 408.797 -SE**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, Julgamento em 14 nov. 2010, Diário da Justiça 8 out. 2010.

¹⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 440.988 – DF**, op. cit.

¹⁶⁸ Nesse sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial 1137619 - RJ**. Relator: Ministra Regina Helena Costa, Julgamento em 12 nov. 2013, Diário da Justiça 19 nov. 2004; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 38.595 - MG**. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, Julgamento em 5 nov. 2013, Diário da Justiça 12 nov. 2013; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 36.359 - PR**. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, Julgamento em 27 nov. 2012, Diário da Justiça 5 dez. 2012;

É desse modo que se preza para que os candidatos concorram em igualdade de oportunidades às vagas ofertadas.

Parte da doutrina compartilha do posicionamento esboçado. Glauco Salomão Leite preconiza que “em tal situação não se aplica a regra que impõe o arredondamento da fração para o número inteiro posterior, de sorte que as duas vagas estarão abertas a quaisquer candidatos, com ou sem deficiência”.¹⁶⁹

Entretanto, há entendimentos que divergem desse posicionamento, sob o argumento de que se estaria preterindo o cumprimento à norma constitucional. Diante da prevalência constitucional, portanto, seria possível exceder o parâmetro legal de 20% fixado pela norma.¹⁷⁰ No entanto, não parece ser essa a aceção mais razoável.

Fabício Motta também não assente ao posicionamento, uma vez que a interpretação literal, segundo o autor, faz do teor constitucional “letra morta”, e acrescenta:

Tratar-se-ia de interpretação literal e estritamente legalista, incompatível com a moderna hermenêutica, que iria de encontro aos princípios e valores consagrados na Magna Carta. Nesse diapasão, a exegese parte de duas premissas erradas: primeiramente, considera que o percentual é estanque e não pode ser arredondado em casos determinados para privilegiar valores constitucionalmente consagrados [...]; em segundo lugar, parece também considerar que a Administração está sendo prejudicada com a admissão de portadores de deficiência, que não possuiriam a mesma capacidade de trabalho que as pessoas que não contam com tais dificuldades.¹⁷¹

Todavia, tais argumentos não devem prevalecer. Há uma premente necessidade de abandonar o apego estritamente legalista à luz do irradiado pelos ditames constitucionais,¹⁷² devendo, portanto, interpretar-se lei e Constituição de maneira conjunta, como integrantes de um sistema uno que é o direito, conforme preconiza Gustavo Binembom:

Com a constitucionalização do Direito Administrativo, a lei deixa de ser o fundamento único e último da atividade administrativa. A Constituição – esta entendida como sistema de regras e princípios – passa a ser o cerne da vinculação administrativa à juridicidade. A legalidade, embora ainda muito importante, passa a construir apenas um princípio do sistema de princípios e regras constitucionais. Passa-se, assim, a falar em princípio da juridicidade administrativa para designar a

¹⁶⁹ LEITE, Glauco Salomão, op.cit., p. 81.

¹⁷⁰ DINO NETO, Nicolao. Acessibilidade a cargos e empregos públicos e reserva de vagas para pessoas com deficiência: uma abordagem preambular. **Revista de Direitos Difusos**, v.52, dez. 2010, p. 97-109, p. 102.

¹⁷¹ MOTTA, Fabício, op. cit., p. 197-198.

¹⁷² Maria Sylvia descreve como uma das tendências do direito administrativo brasileiro contemporâneo o “alargamento do princípio da legalidade”, a fim de abranger não só a lei, mas, também, os princípios e valores que regem o Estado Democrático de Direito. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, op. cit., p. 27; 29).

conformidade da atuação da Administração Pública ao direito como um todo, e não apenas à lei.¹⁷³

Diante do exposto, verifica-se que os tribunais têm instituído com clareza critérios no tocante aos limites mínimos e máximos que podem ser instituídos, respeitando-se aqueles casos em que haja previsão específica proveniente de ente estadual ou municipal regulando a matéria, na medida em que almeja refletir os interesses locais.¹⁷⁴ Sendo assim, contanto que respeitados os limites delineados pelas normas citadas, poderão reger os certames.

3.2 Incidência do percentual destinado à reserva

Frente às questões desprovidas de regramento claro e específico, dada a insuficiência do aparato legal, encontra-se questão atinente à incidência do percentual dirigido à reserva. A dúvida permeia dispositivo constitucional insculpido no art. 37, VIII, ao dizer que “a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência (...)”.

Pretendeu o legislador que o coeficiente incidisse sobre os cargos oferecidos em cada concurso, ou, por outro lado, referiu-se ao quadro de pessoal, às pessoas que compõe o ente para o qual se destinam as vagas no previstas no edital?

Numa primeira perspectiva, considerando-se que o legislador não integrou a expressão “concursos públicos” ao preceito constitucional, não se considera que a previsão infraconstitucional que a encampou reflita exatamente o anseio constitucional.

¹⁷³ BINENBOJM, Gustavo. **Temas de direito administrativo e constitucional**: artigos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 12.

¹⁷⁴ A título de exemplo, a lei complementar 2.515/12 do município de Ribeirão Preto que dispõe:
Artigo 18 - A deficiência física e a limitação sensorial não constituirão impedimento ao exercício de cargo público e funções temporárias contratadas em caráter emergencial, salvo quando consideradas incompatíveis com a natureza das atribuições a serem desempenhadas.
§ 1º - Serão reservados os seguintes percentuais para as pessoas portadoras de deficiência, cuja admissão dar-se-á através de concurso ou processo seletivo públicos:
I - 20% (vinte por cento), quando se tratar de concurso ou processo seletivo para preenchimento de até 10 (dez) vagas; II - 10% (dez por cento), quando se tratar de concurso ou processo seletivo para preenchimento de 10 (dez) até 100 (cem) vagas, acrescidas 02 (duas) ao resultado obtido pela aplicação desse percentual; III - 5% (cinco por cento), quando se tratar de concurso ou processo seletivo para preenchimento de mais de 100 (cem) vagas, acrescidas 02 (duas) ao resultado obtido, pela aplicação desse percentual.
§ 2º - As vagas destinadas as pessoas portadoras de deficiência serão definidas, especificamente, pela administração Municipal, observando o percentual reservado por este artigo. Disponível em: <<http://www.ribeiraopreto.sp.gov.br/leis/pesquisa/ver.php?id=34078&chave=>>>. Acesso em: 20 jul. 2014.

No entanto, ainda que esteja ausente do dispositivo constitucional, a reserva prevista legalmente para os concursos públicos foi o instrumento encontrado pelo legislador para garantir que parte das vagas dos entes públicos fosse ocupada por pessoas com deficiência, ante a dificuldade de operacionalizar o dispositivo constitucional inclusive de outra maneira.

Diante dessa perspectiva, usufruindo-se de “uma interpretação conforme a Constituição Federal, os percentuais mínimo (5%) e máximo (20%) previstos na legislação infraconstitucional são referentes ao quantitativo de cargos a ou empregos públicos, e não a determinado concurso público”.¹⁷⁵

Nesse sentido, extrai-se excerto do voto do Ministro Ilmar Galvão no Recurso Extraordinário 227.299-1

[...] o artigo 37, inc. VIII, da Carta Magna assegura aos portadores de deficiências percentual de cargos e empregos públicos na Administração, sendo, dessa forma, o número total de cargos e empregos o dado a ser considerado quando da abertura de concursos públicos, para a reserva de vagas a deficientes físicos.¹⁷⁶

Converge nesse ponto entendimento consignado pelo Ministro César Peluso, no bojo do Mandado de Segurança nº. 25.074:

[...] o que assegura a Constituição é que os portadores de deficiência têm direito a ocupar determinado número de cargos e empregos públicos, considerados em cada quadro funcional, segundo a percentagem que lhe reserve a lei, o que só pode apurar-se no confronto do total de cargos e dos empregos, e não, é óbvio, perante o número aleatório de vagas que se ponham em cada concurso.¹⁷⁷

Infere-se que para a aplicação dessa regra, seria necessário que o edital refletisse os quadros da unidade administrativa a qual se destina, pois a determinação do número de vagas destinadas à reserva se daria à razão da quantidade de pessoas com deficiência e sem deficiência já providas nos cargos. Desse modo, o edital traria a previsão de um número fixo de vagas, de acordo com a necessidade real de inclusão em cada ente, contanto que se situe nos contornos dos limites legais mínimo e máximo já mencionados.

¹⁷⁵ SANTOS, Alexandre Gomes Bezerra dos. Reserva de vagas em concursos públicos para candidatos portadores de deficiência: uma breve análise à luz do Artigo 37, incisos I e VIII, da Constituição Federal. In: **Revista da FARN**. Natal, v. 7, n. 2, p. 129-141, jul./dez 2008, p. 130.

¹⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 227.229-1 – MG**, op. cit.

¹⁷⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Mandado de Segurança 25.074**. Relator: Ministro César Peluso, Diário da Justiça 22 out. 2004. Extraído do Mandado de Segurança 26.310-5 – DF.

Por consequência, assim que ocupadas todas as vagas destinadas à reserva em conformidade ao consignado no edital - desde que assente aos limites de 5% a 20% dos cargos sejam ocupados por pessoas com deficiência - o provimento de novas vagas reservadas estaria atrelado à vacância de cargos existentes, ou à criação de novos.

Essa regra que não infringe os percentuais legais parece mais se aproximar do intuito inclusivo previsto pelo legislador constituinte no inciso VIII do art. 37. Todavia, a dificuldade reside no levantamento do “número ideal”, de fato, proporcional e razoável, a ser reservado no edital pelo administrador, o que inviabiliza a utilização desse critério, de modo que a aplicação à razão do número de vagas a previstas no edital revela maior facilidade à sua operacionalização¹⁷⁸ e, por esse motivo, é mais frequente.

Assim, justificando o posicionamento em que a operacionalização do coeficiente incidirá sobre as vagas a serem oferecidas no concurso, colaciona-se excerto jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, nos termos do Ministro Arnaldo Esteves Lima em julgamento de Mandado de Segurança nº 11.983 - DF, a saber:

A norma constitucional dirige-se aos cargos e empregos públicos, quer dizer, o percentual a que se refere deve incidir sobre as vagas disponíveis. Para tanto, basta ver que a Lei 8.112/90 é expressa ao preconizar que aos portadores de deficiência “serão reservadas até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso”.¹⁷⁹

A operacionalização da reserva em convivência a esse critério se dá de maneira simples, resulta da aplicação do percentual reservado sobre o número de vagas previstas no edital. Por consequência, hipoteticamente havendo um certame em que são oferecidas 20 vagas, considerando-se que o contingente à reserva seja de 5%, uma das vagas será destinada necessariamente à pessoa com deficiência.

Esse é o posicionamento que a jurisprudência atual tem acompanhado. Recentemente, em Agravo Regimental em Mandado de Segurança nº. 31.628 – DF, publicado

¹⁷⁸ Nesse sentido, preleciona Maria Aparecida Gugel: O destaque que se faz nesse ponto é para a falta de fixação da reserva real sobre o número total dos cargos e empregos públicos existentes em cada órgão, a exemplo do parâmetro utilizado no setor privado em que se sabe o número de empregados com deficiência que cada empresa deve contratar para o cumprimento da lei. GUGEL, Maria Aparecida. **O direito ao trabalho e ao emprego ...** op. cit., p. 149.

¹⁷⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Mandado de Segurança 11.983 - DF**. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Brasília, Julgamento em 12 dez. 2007, Diário da Justiça 9 mai. 2008. Vide anexo 6.

em 06/02/2013, decidiu a Suprema Corte, de forma pacífica, por negar provimento ao agravante.¹⁸⁰

A situação remete a caso em que alega o agravante ter direito à nomeação para o cargo de analista judiciário. Em suas razões, explica ter ocorrido equívoco na incidência do percentual para o cálculo das vagas reservadas. No entanto, os argumentos suscitados não foram acolhidos pelo Tribunal.

Do voto do relator, Ministro Gilmar Mendes, colaciona-se excerto: “[...] o cálculo para se chegar à totalidade das vagas a serem destinadas aos deficientes físicos deve ser realizado sobre a totalidade das vagas, não havendo que se falar em exclusão daquelas inicialmente previstas no edital”.

Desta feita, os posicionamentos jurisprudenciais dos Tribunais pátrios têm assentido à determinação fixada pelo Supremo Tribunal Federal, conforme se verificou.¹⁸¹

Por outro lado, discussão emblemática atinente ao tema da reserva de vagas consiste em aferir se a incidência da reserva se dará à razão da oferta de vagas disponibilizadas, se a partir do quadro de especialidades – caso haja especificação no certame –, ou ainda, se será fixada pela localidade, de acordo com os órgãos de lotação. Com a finalidade de confrontar os critérios aludidos, impõe-se análise do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 8.482 – DF, julgado em 10/08/2005 pelo Superior Tribunal de Justiça e sua posterior reforma pelo Supremo Tribunal Federal.¹⁸²

O caso alude aprovação em segundo lugar do impetrante para cargo público na especialidade de Engenharia Agrônômica, na área de Vigilância Agropecuária, para o Município de Jaguarão – RS. No edital, estavam previstas 54 vagas, das quais 5% foram cotadas à reserva. Registre-se que o concurso em questão compunha-se de duas fases: a primeira, constituindo-se de prova objetiva, eliminatória e classificatória; a segunda, em curso de formação, dividido em duas turmas, em caráter unicamente eliminatório.

¹⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Mandado de Segurança 31.628 - DF**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, Julgamento em 6 fev. 2013. Vide anexo 4.

¹⁸¹ Nesse sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Mandado de Segurança 31.628 -DF**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, Julgamento em 6 fev. 2013, Diário da Justiça 20 ago. 2013.

¹⁸² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Mandado de Segurança 8.482 - DF**. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Brasília, Julgamento em 10 ago. 2005, Diário da Justiça 14 nov. 2005.

A controvérsia decorre a partir do momento em que foram convocados os candidatos para o curso de formação. O impetrante questiona a convocação de um quarto candidato com deficiência à segunda etapa, pelo fato de que diante da totalidade de vagas previstas no edital, da aplicação do percentual previsto serão disponibilizadas três vagas à reserva. Alega, em síntese, que houve extrapolação do limite imposto nos termos do edital.

Em razão de o edital prever vagas regionalizadas, o candidato deveria escolher a localidade de lotação. Para a cidade de Jaguarão, localidade pela qual optou o impetrante, estavam previstas apenas duas vagas.

Foram convocados para a primeira turma 10 candidatos, dos quais um proveniente da lista especial. Para a segunda, 44 candidatos, sendo 3 pessoas com deficiência. Ocorre que foi preterido em virtude da convocação do quarto colocado da lista especial em decorrência da reserva. Impetrou Mandado de Segurança com o qual obteve liminar que lhe garantiu participação na segunda etapa do certame.

Justificou-se a convocação de quatro candidatos com deficiência sob o argumento de que a reserva ocorreu consideradas as turmas separadamente, motivo que causou irrisignação ao impetrante, vez que deixou de ser nomeado.

O STJ, todavia, não concedeu a segurança ao impetrante, razão pela qual interpôs Recurso Ordinário em Mandado de Segurança de nº 25.666 - DF perante o Supremo Tribunal Federal.¹⁸³

A manifestação da Corte Máxima se deu no sentido de que fosse respeitado o limite legal de 20% que designa a lei, concedendo a segurança outrora obstada pelo STJ. Do voto do Relator, Ministro Joaquim Barbosa, extraem-se as diretrizes ao parâmetro definidor da incidência do percentual da reserva em situações análogas à explanada. Segundo o entendimento do relator, é plenamente possível haver especificações em áreas distintas. Nessa égide, explica:

A base de cálculo dos limites das vagas destinadas à específica concorrência corresponde ao número total de vagas disponíveis para cada especialidade. Assim, peculiaridades da estrutura do concurso que não afetem o número total de vagas disponíveis para cada nicho de concorrência não influirão na quantidade de vagas reservadas.

¹⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 25.666 - DF**. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, Julgamento em 29 set. 2009, Diário da Justiça 31 dez. 2009. Vide anexo 5.

Significa dizer que o fato de que o concurso determine a formação de duas turmas para a seleção dos candidatos não altera o número total de vagas oferecidas aos candidatos, motivo pelo qual a segurança foi concedida ao impetrante. Coaduna-se ao exposto o posicionamento de Maria Aparecida Gugel, exceto quanto ao arredondamento na aplicação da reserva, conforme já se asseverou.¹⁸⁴

Isto posto, em analogia à regra se verifica a mesma lógica aplicável para os casos de vagas supervenientes, que surgirem durante a validade do concurso. Nesse ponto, extrai-se trecho do voto do Ministro Félix Fischer em Recurso em Mandado de Segurança nº 30.841 – GO, de 13/04/2010:

[...] distribuídas as vagas supervenientes com parâmetro em cada localidade, o percentual fixado para um dado concurso poderia redundar em situação na qual nenhuma vaga fosse realmente assegurada aos deficientes, ainda que o somatório das demais nomeações se mostrasse suficiente para esse desiderato.¹⁸⁵

E mais:

[...] para fins do preenchimento das vagas que apareceram ao longo do certame, não foi levada em consideração a localidade originária dos interessados – é dizer, todos quantos desejaram puderam concorrer a alguma delas. Nesses termos, por uma questão de paralelismo, também a reserva dos deficientes deveria se pautar pelo critério aberto.

De mais a mais, chama-se a atenção para o fato de que entendimento contrário poderia ensejar situações propícias ao desvio de finalidade, na medida em que se facultasse à autoridade competente orientar a nomeação de tais ou quais candidatos para novas vagas, conforme elas se vinculassem a uma dada sede apartada.¹⁸⁶

Dessa forma, o critério é assente ao comando constitucional do art. 37, VIII, e revela orientação a ser seguida pelas demais entidades julgadoras. O Superior Tribunal de Justiça de provimento ao Recurso Ordinário, reconhecendo, à vista disso, que a aplicação incidirá sobre o total de novas vagas geradas no certame para efeitos de nomeação e posse dos candidatos que demonstrarem interesse para tanto.

¹⁸⁴ Esclareça-se de imediato que o administrador não poderá escolher a localidade para destinar as vagas (ou a vaga) reservadas para pessoas com deficiência. A reserva ocorre sobre o total de vagas ofertadas e ainda que o quadro de carreira esteja estruturado em especialidades, deverá haver a reserva, arredondando-se para o primeiro número inteiro subsequente se o percentual for fracionado. (GUGEL, Maria Aparecida. **Pessoas com deficiência...** op. cit., p. 75).

Nesse sentido, Raquel Melo Urbano de Carvalho: “(...) a lista específica não será elaborada por localidade, mas considerando-se a classificação, em todo o Estado, dos deficientes aprovados para exercício do cargo público objeto do concurso”. (CARVALHO, Raquel Melo Urbano de, op. cit., p.1125).

¹⁸⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Mandado de Segurança 8.482 – DF**, op. cit.

¹⁸⁶ Ibidem.

3.3 Classificação e Nomeação

Verificou-se que a pessoa com deficiência inscrita em concurso público nessa condição concorre às vagas que lhe forem reservadas nos termos do edital com os demais inscritos nessa condição, concomitantemente, concorre às vagas que não foram objeto da reserva, conforme o esboçado em capítulo anterior.¹⁸⁷ A reserva mínima de 5% instituída pelo Decreto 3.298/99 visa justamente garantir a nomeação dos candidatos predestinados à reserva, impossibilitando atividade discricionária do administrador, nesse quesito.

De acordo com o proposto pelo art. 42 do Decreto 3.298/99, a publicação do resultado final se dará em duas listas, sendo, a primeira, determinando a pontuação geral de todos os candidatos; da segunda, constará apenas o desempenho dos candidatos com deficiência.¹⁸⁸

Nesse aspecto, vislumbra-se a dificuldade em se atribuir qual o melhor procedimento para fixar a ordem de nomeação dos aprovados, uma vez que o legislador infraconstitucional relegou a tarefa de regulamentação. Soma-se a esse fator a ausência de pacificação jurisprudencial acerca do tema.

Não há, portanto, regra que determine o momento da nomeação dos candidatos. A lacuna legal impende a necessidade de que o procedimento seja esmiuçado pelo edital que rege o certame, definindo como se desdobrarão as etapas que precedem o preenchimento das vagas disponibilizadas. As disposições editalícias regulamentares muitas vezes são insatisfatórias ou obscuras, o que evoca a análise jurisprudencial proposta.

Passa-se à aferição do Mandado de Segurança nº 11.983 – DF, objeto de análise perante o Superior Tribunal de Justiça em 12 de dezembro de 2007.¹⁸⁹

O caso remonta situação fática em que dois candidatos aprovados segundo os critérios da listagem especial, ocupando o terceiro e quarto lugares, respectivamente. Insurgem contra suposto equívoco presente na lista geral dos candidatos aprovados e

¹⁸⁷ ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional....** op. cit., p 96.

¹⁸⁸ Nem todos os candidatos com necessidades especiais de um concurso público serão beneficiados pelas vagas integrantes das quotas. Caso um candidato com necessidades especiais, que tenha tido acesso a educação de qualidade e tenha adquirido preparo suficiente para ser aprovado por mérito próprio dentro das vagas gerais, então esse candidato não se utilizará das vagas reservadas. Assim, apenas aqueles que não forem classificados dentro das vagas gerais é que concorrerão às vagas reservadas. (LEITE, Glauco Salomão, op. cit., p. 79.).

¹⁸⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Mandado de Segurança 11.983 – DF**, op. cit.

classificados, uma vez que nela não se encontram colocados corretamente. O certame foi elaborado visando provimento de 272 cargos de Procurador Federal de 2ª Categoria. Diante de 14 vagas destinadas à reserva – 5% do total de vagas -, apenas 6 candidatos lograram êxito no alcance da nota mínima exigida pelo edital.

Houve a retificação da listagem. No entanto, foram posicionados em colocação não condizente àquela obtida na realização do concurso, de acordo com os critérios diferenciados dirigidos às pessoas com deficiência. O ocorrido ofereceu subsídios à impetração do *writ*. Assim, explana o relatório:

Defendem, em essência, que, reservadas 5% (cinco por cento) das vagas, a cada 19 (dezenove) candidatos regulares aprovados, deveria constar 1 (um) portador de deficiência. Ao final, pleiteiam a concessão de segurança para que seja declarado o direito de figurarem na lista de candidatos aprovados e classificados, nas posições correspondentes a 60º (sexagésimo) e 80 (octogésimo) lugares.¹⁹⁰

A instituição que elaborou o concurso justificou as posições sob o argumento de que os impetrantes “figuraram na lista geral dos candidatos desclassificados por não possuírem nota suficiente para se classificarem na lista dos candidatos classificados”. Acrescentam, ainda, que os interessados apenas tiveram suas provas corrigidas em razão da reserva de vagas, haja vista a nota de corte a prova objetiva para correção da prova discursiva ter sido 59,80 pontos, tendo, os impetrantes, obtido 51,00 e 48,20 pontos, respectivamente.¹⁹¹

O Ministro Arnaldo Esteves Lima, relator do caso em comento, explica que o que faz a norma constitucional é reservar as vagas e não as posições que serão ocupadas pelos candidatos que usufruem da reserva na classificação do certame.

Assente ao posicionamento doutrinário dominante de que os candidatos da lista especial não se submetem à nota de corte do concurso, apenas estão vinculados à obtenção na nota mínima. De outra parte, alega que a nota final obtida na prova norteia o preenchimento das vagas existentes, o que determina a ordem de nomeação, consequentemente. Assim explica:

Desse modo, considerando a aprovação de 6 (seis) candidatos portadores de deficiência, as posições alcançadas pelos impetrantes na lista especial, quais sejam, 3º (terceiro) e 4º (quarto) lugares, e, ainda, o número total de vagas existentes, 272

¹⁹⁰ Ibidem.

¹⁹¹ Sobre “nota de corte”, verificar: Superior Tribunal de Justiça. **Mandado de Segurança nº 8.411 – DF**. Relator: Ministro Gilson Dipp. DJ 21/06/2004; Superior Tribunal de Justiça. MS nº 8.482 –DF. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. DJ 14/09/2005.

(duzentos e setenta e duas), tem-se que eles deveriam constar nas posições 269 (duzentos e sessenta e nove) e 270 (duzentos e setenta), respectivamente.¹⁹²

Destarte, concedeu-se a segurança em parte, determinando que a classificação final reflita as notas obtidas ao final do procedimento de avaliação à luz da quantidade de cargos oferecidos.

A essa vertente não converge o posicionamento doutrinário preponderante, pois “não se deve admitir que, em nome de uma suposta discricionariedade administrativa, o gestor público convoque os classificados para as vagas gerais e deixe por último aqueles com deficiência”.¹⁹³

Entretanto, parece mais razoável proposta ofertada pelo Ministro Napoleão Maia Filho, que destoa do voto condutor narrado. Aduz que ao utilizar de critério que respeite a tratamento desigual na seleção, e, posteriormente, ignorá-lo na nomeação, destitui-se a eficácia da norma constitucional.

Não obstante voto vencido, acertadamente concede-se a ordem, determinando-se que na convocação também se realize o teor protetivo elucidado pelo mandamento constitucional. Assim, sugere que

[...] tão logo se complete a percentagem dos não deficientes, o primeiro portador de deficiência seja nomeado, quer dizer, quando forem nomeados dezenove, nomeie-se um deficiente; mais dezenove, mais um deficiente, e assim por diante, até o final.¹⁹⁴

Para Maria Aparecida Gugel, o posicionamento mais adequado é aquele que possui como critério norteador à nomeação a observância de alternância e proporcionalidade entre a lista geral e especial, atrelando-se à quantidade de vagas disponibilizadas pelo edital.¹⁹⁵

¹⁹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Mandado de Segurança 11.983 – DF**, op. cit.

¹⁹³ LEITE, op. cit., p. 81.

¹⁹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Mandado de Segurança 11.983 – DF**, op. cit.

¹⁹⁵ GUGEL, Maria Aparecida. **Pessoas com deficiência...** op. cit., p. 76.

Consoante tal entendimento, inspeciona-se Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 18.669, julgado em sede do Superior Tribunal de Justiça, em 7 de outubro de 2004, do qual foi Relator o Ministro Gilson Dipp.¹⁹⁶

O aludido caso remete a situação em que o recorrente participou de concurso público para provimento ao cargo de Analista Judiciário – especialidade Odontologia, do Tribunal Federal Regional da 2ª Região. Inscrito como pessoa com deficiência, o agravante logrou êxito ocupando a primeira posição dentre os candidatos participantes do certame nessa mesma condição. Foram nomeados os candidatos da listagem geral de classificados que ocupavam a primeira e a segunda colocações, respectivamente.

Tomando conhecimento de vaga nova vaga disponível, o agravante pleiteou a ocupação no cargo junto ao Conselho Administrativo, sem sucesso, contudo. Diante da negativa, impetrou Mandado de Segurança, requerendo a desconstituição de ato que nomeou a segunda colocada para que em seu lugar fosse nomeado, ou, ainda, que o nomeasse para a vaga ociosa. O insucesso do impetrante no feito embasou o recurso, objeto desta análise.

Diante dessa conjuntura, colaciona-se parte do esposado pelo Ministro Gilson Dipp, no tocante à classificação e nomeação para o referido caso:

[...] seguir a orientação da Corte de origem, de que apenas com a nomeação de 10 (dez) candidatos pode um deficiente ocupar uma vaga, é ignorar a norma contida nos dispositivos acima transcritos, bem como o princípio da relativização da isonomia, chegando à absurda conclusão de que para assegurar 01 (uma) vaga ao candidato deficiente, levando em conta o percentual de 5%, o concurso teria necessariamente, que oferecer pelo menos 20 (vinte) vagas. Não é esse o escopo protetivo nas normas aplicáveis ao caso.¹⁹⁷

E mais:

Entenda-se que não se pode considerar que as primeiras vagas se destinam a candidatos não deficientes e apenas a eventuais ou últimas a candidatos deficientes. Ao contrário, o que deve ser feito é a nomeação alternada de um e outro, até que seja alcançado o percentual limítrofe de vagas oferecidas pelo Edital a esses últimos.¹⁹⁸

¹⁹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 18.669 - RJ**. Relator: Ministro Gilson Dipp. Brasília, Julgamento em 7 out. 2004, Diário da Justiça 29 nov. 2004. Vide anexo 7.

¹⁹⁷ Ibidem.

¹⁹⁸ Ibidem.

Desse modo, o recurso foi provido sob o pressuposto de que o tratamento diferenciado concedido à pessoa com deficiência ocorre a fim de minorar o déficit que a acomete.

Conforme se asseverou, pairam sobre o tema posicionamentos jurisprudenciais distintos. Em vista das perspectivas apresentadas, compreende-se como entendimento mais adequado aquele que veda o critério discricionário do administrador no momento da convocação dos candidatos.

Desse modo, o entendimento esposado no julgamento do Mandado de Segurança nº 11.983 – DF não parece assentir ao intuito protetivo corroborado pelo legislador constituinte, uma vez que esvazia o viés inclusivo ao convocar os candidatos da lista especial apenas ao final da lista de classificados.

No entanto, o critério utilizado em voto condutor no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 18.669 também não parece de todo acertado. A solução proposta pelo Tribunal consiste em convocação alternada entre os candidatos da lista geral e lista especial, até que o percentual previsto no edital seja alcançado.

Coaduna-se ao entendimento de que deva ocorrer alternância na convocação dos candidatos, haja vista não condizer ao preceito igualitário visado pela norma que a nomeação dos candidatos da lista especial apenas ocorra na eventualidade de surgirem novas vagas, ou que sejam remetidas apenas as últimas colocações aos candidatos da lista especial.

Entretanto, a simples nomeação alternada desrespeita o anseio isonômico que respalda a política de ação afirmativa, uma vez que infringe direito dos demais candidatos na medida em que cria condição de desigualdade aos candidatos que não concorrem em condição especial.

Logo, deve-se levar em consideração não apenas que a nomeação seja feita de maneira alternada, pois deve também assentir à proporcionalidade. Pareadas, alternância e proporcionalidade concedem a efetividade adequada à ação afirmativa e caminham ao

encontro da norma constitucional, sem, contudo, ferir os preceitos inerentes ao concurso público.¹⁹⁹

Nessa perspectiva, repousa compreensão dada pelo Ministro Napoleão Maia Filho em seu voto no Mandado de Segurança nº 11.983- DF,²⁰⁰ ao propor que a nomeação de um candidato da lista especial seja feita a cada dezenove candidatos da lista geral, considerando-se que 5% do total de vagas foram destinadas à reserva. Faz-se, contudo, uma ressalva. Utilizar-se de dos critérios alternância e proporcionalidade não significa dizer que para nomear um candidato da lista especial o edital necessariamente deve prever 20 vagas. Não é esse o escopo protetivo almejado pela norma.

Para elucidar, então, as minúcias em relação à razoabilidade do critério, colaciona-se entendimento do Supremo Tribunal Federal em Mandado de Segurança nº 30.861 – DF, julgado em 22 de maio de 2012, no qual foi Relator o Ministro Gilmar Mendes.²⁰¹

A problemática surge diante de situação em que foram disponibilizadas duas vagas para determinado concurso público. Conforme entendimento já exposto, inicialmente não houve destinação de reserva a candidato com deficiência devidamente inscrito nessa condição, pois se de outra maneira fosse, infringiria o limite máximo que a lei determina à reserva, 20%, correspondendo a caso em que a reserva não pode operar.

Desse modo, a nomeação dos candidatos da lista especial se daria à medida que surgissem novas vagas, ou seja, a partir de cadastro reserva. A impetrante ocupa a primeira colocação da lista especial e narra terem sido nomeados cinco candidatos ao cargo de Técnico de Saúde, sem que nenhuma nomeação da lista especial tenha se verificado. Pleiteia sua imediata nomeação, pois ao considerar a incidência do percentual mínimo, 0,25 vaga, e seu consequente arredondamento, resulta-se em uma vaga reservada, o que corresponde exatamente ao limite máximo preestabelecido pela norma, 20%.

¹⁹⁹ “[...] o instituto do concurso público possui princípios endógenos, imanentes à sua natureza e inseparáveis de sua noção, que independem de consagração normativa, doutrinária ou jurisprudencial para que sejam reconhecidos” (MOTTA, Fabrício. Princípios Constitucionais aplicáveis aos concursos públicos. **Revista Interesse Público**, a. 5, n. 27, set./out., 2004. Porto Alegre: Editora Notadez. p. 31/54. Extraído de STJ. RMS 18.401 – PR. DJE 02/05/2006).

²⁰⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Mandado de Segurança 11.983 – DF**, op. cit.

²⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança 30.861 - DF**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, Julgamento em 22 mai. 2012, Diário da Justiça 8 ago. 2012. Vide anexo 8.

Diante disso, o entendimento foi unânime no sentido de conceder a segurança à impetrante. Nos termos do voto do Relator, explica-se:

[...] a regra do arredondamento não pode ser ignorada.

Desse modo, o Supremo Tribunal Federal, buscando garantir razoabilidade à aplicação do disposto no Decreto 3.289/99, entendeu que o referido diploma deve ser interpretado em conjunto com a Lei 8.112/90. Assim, as frações, mencionadas no art. 37, § 2º, do Decreto 3.298/99, deverão ser arredondadas para o primeiro número subsequente, desde que respeitado limite máximo de 20% das vagas oferecidas no certame. (art. 5º, § 2º, da Lei 8.112/90).

[...]

No caso em comento, a nomeação do candidato portador de deficiência após quatro nomeações da classificação geral obedeceria aos limites máximo (20%) e mínimo (5%) legalmente previstos, motivo pelo qual vislumbro direito líquido e certo a amparar pretensão da impetrante.²⁰²

Na ausência de previsão legislativa e editalícia, o critério esposado pelo Ministro do STJ, Napoleão Maia Filho, já mencionado, que propõe alternância e proporcionalidade, deve ser entendido em conjunto ao posicionamento emanado da Suprema Corte, no voto do Ministro Gilmar Mendes, conferindo, desse modo, razoabilidade aos critérios instituídos no plano infraconstitucional.

Nesse esteio, a Resolução nº 21.899/04, do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), normatiza exatamente o explanado no art. 12, Parágrafo 3º:

O primeiro candidato portador de deficiência classificado no concurso público será nomeado para ocupar a quinta vaga aberta, enquanto os demais serão nomeados a cada intervalo de vinte cargos providos.²⁰³

A nebulosidade que permeia o procedimento da nomeação nos concursos públicos assim se resolve, portanto. Quando concedida a primeira vaga a candidato da lista especial depois de quatro já terem sido ocupadas por candidatos da livre concorrência, consente-se aos limites legais impostos. Em continuidade, a nomeação alternada e proporcional de candidato classificado na lista especial resguarda observância ao percentual mínimo de 5%. Juntos, tais critérios identificam procedimento que deveria ter sido consignado pelo legislador infraconstitucional.

²⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança 30.861 – DF**, op. cit.

²⁰³ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução TSE nº 21.899, de 19 de agosto de 2004**. Disponível em <http://www.centraldeconcursos.com.br/docs/Diversos/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20TSE%2021899-2004-novas_normas_para_o_concurso-20060731.doc>. Acesso em: 20 jul. 2014.

À luz do exposto, tem cabimento o preconizado por Pietro Alarcón de que “ciência e jurisprudência devem se encontrar no reconhecimento de valores e fins constitucionais, o norte necessário num processo deliberativo sobre as expectativas dos atores do presente diante do passado e do futuro.”²⁰⁴

3.4 Surdez unilateral e visão monocular

A jurisprudência emanada do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de reconhecer a visão monocular como modalidade de deficiência hábil a ensejar a participação da pessoa que a tem em concurso público de modo a compor percentual previsto à pessoa considerada com deficiência para efeito do certame.

Nesse prisma, o Superior Tribunal de Justiça, inclusive, sumulou o entendimento, conforme já exposto, no bojo da Súmula 377. Há, por conseguinte, inúmeros julgados oriundos dessa Corte nesse sentido.²⁰⁵

A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é pacífica no sentido de reconhecer o direito do portador de visão monocular de inscrever-se em concurso público dentro do número de vagas reservadas a deficientes físicos. Incide, no caso, a Súmula 377 do STJ: “*O portador de visão monocular tem direito de concorrer, em concurso público, às vagas reservadas aos deficientes*”.²⁰⁶

Por outro lado, no tocante à deficiência auditiva unilateral, o Superior Tribunal de Justiça recentemente alterou seu posicionamento a respeito, passando a não mais considerá-la para efeito de inclusão no contingente inclusivo fixado pelos editais dos concursos públicos.

Até então, era entendimento sedimentado pelo Tribunal o de que a vaga reservada deveria ser assegurada às pessoas que possuísem perda auditiva unilateral:

²⁰⁴ ALARCÓN, Pietro de Jesus Lora. Funções do direito constitucional: reflexões sobre a história e a interpretação do projeto normativo para a sociedade plural. In: **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, n. 19, jan./jun. 2012, p. 375-394, p. 385.

²⁰⁵ Nesse sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso de Mandado de Segurança 20.190 - DF**. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido, Brasília, Julgamento em 12 jun. 2008, Diário de Justiça 15 nov. 2008; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Mandado de Segurança 38.890 - DF**. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, Brasília, Julgamento em 27 nov. 2008, Diário de Justiça 15 nov. 2008; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso de Mandado de Segurança 26.105 - PE**. Relator: Ministro Félix Fischer, Brasília, Julgamento em 30 mai. 2008, Diário de Justiça 30 jun. 2008; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Mandado de Segurança 19.257 - DF**. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima, Brasília, Julgamento em 10 out. 2006, Diário de Justiça 30 out. 2006.

²⁰⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Mandado de Segurança 38.890 - CE**. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, op. cit.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que, no concurso público, é assegurada a reserva de vagas destinadas aos portadores de necessidades especiais acometidos de perda auditiva, seja ela unilateral ou bilateral.²⁰⁷

No entanto, o Agravo Regimental em Mandado de Segurança 29.910 – DF, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 21/06/2011, deu margem a precedente jurisprudencial, ao determinar que “por si só, a perda auditiva unilateral não é condição apta a qualificar o candidato a concorrer às vagas destinadas aos portadores de deficiência.”²⁰⁸

Em razão do julgado, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça sofreu recente modificação, a partir do Mandado de Segurança nº 18.966 – DF, publicado em 30/03/2014.²⁰⁹ Passou a considerar que a após edição do Decreto 5.296/2004, houve alteração da redação do art. 4º, II, do Decreto 3.298/99, excluindo a perda auditiva unilateral da tipificação que caracteriza a deficiência auditiva.

Em votação acirrada, prevaleceu entendimento de que a perda auditiva unilateral não é considerada deficiência para efeito da reserva legal destinada aos concursos públicos.²¹⁰ Esse, portanto, é o posicionamento que tem prevalecido a partir de então nesse Tribunal.²¹¹

Diante disso, é pertinente a advertência a respeito da ampliação do conceito de deficiência, pois a partir do momento em que se passa a proteger pessoas com uma deficiência considerada “leve”, a inclusão destas pode vir a ocasionar prejuízo aos mais vulneráveis, e

²⁰⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso de Mandado de Segurança 34.436 – PE**. Relator: Ministro Herman Benjamin, Diário da Justiça 22 mai. 2012.

²⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Mandado de Segurança 29.910 - DF**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, Julgamento em 21 jun. 2011, Diário da Justiça 1 ago. 2011. Vide anexo 9.

²⁰⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Mandado de Segurança 18.699 - DF**. Relator: Ministro Castro Meira. Brasília, Diário da Justiça 20 mar. 2014. Vide anexo 10.

²¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Mandado de Segurança 18.966 – DF**. Relator: Ministro Castro Meira, Rel. para Acórdão: Ministro Humberto Martins, CORTE ESPECIAL, julgado em 2 out. 2013, Diário da Justiça 20 mar. 2014.

²¹¹ Nesse sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo Regimental no Agravo de Recurso Especial 364.588 – PE**. Relator: Ministro Humberto Martins, julgado em 3 abr. 2014, DJe 14/4/2014;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1307.814 - AL**, Rel. Ministro Ari Pargendler, julgado em 11 mar. 2014, Diário da Justiça 31 mar. 2014;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial 1.374.669 – RJ**. Relator: Ministro Sérgio Kukina, julgado em 08 mai. 2014, Diário de Justiça 19 mai. 2014.

desvirtuar, por consequência, o caráter da reserva, da ação afirmativa e do próprio concurso público.

Cabe ao Poder Judiciário confluir os interesses da Administração Pública ao impositivo constitucional que fomenta a implementação de políticas inclusivas destinadas à pessoa com deficiência à composição dos quadros públicos. Por sua vez,

“[...] a Administração Pública está necessariamente vinculada ao cumprimento da Constituição e, por isso, os resultados devem ser alcançados, de modo que se o não forem, salvo cabal motivação de impossibilidade superveniente, está-se diante de uma violação constitucional praticada pelo gestor público [...]”²¹²

A tarefa, todavia, é árdua diante dos impedimentos revelados, sobretudo, pela imprecisão do legislador infraconstitucional, que foi falho na tarefa inclusiva. Seja pela subjetividade dos termos utilizados na lei, seja em razão da omissão de critérios operacionalizadores que viabilizassem a eficácia da discriminação positiva, conforme propôs a Constituição.

No entanto, diante de quaisquer conflitos em que colidam o princípio do acesso ao deficiente (art. 37, VIII) e os princípios de igualdade e da impessoalidade (art. 37. *caput* e II, CF), a conclusão adequada apenas poderá ser obtida diante da análise do caso em concreto para que seja alcançada solução compatível ao princípio da razoabilidade.²¹³

Simultaneamente, não se pode por à margem os compromissos assumidos com a ratificação da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, dentre os quais o do reconhecimento de que a deficiência é um conceito em evolução, evidenciando a premência de que a medida alcance os verdadeiros destinatários da norma, exigindo que o crivo das instâncias superiores se realize com cautela.

²¹² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro paradigmas...** op. cit., p. 111.

²¹³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, op. cit., p. 658.

4. CONCLUSÃO

É inequívoco o tratamento concedido pelo Constituinte Originário à pessoa com deficiência. Ao longo da evolução constitucional brasileira, verificou-se que a proteção legal cedida a essa minoria se consubstanciou de forma tímida e tardia. No entanto, em reflexo aos anseios oriundos por essa frente populacional, que por muito tempo foi alvo da indiferença do Estado e do meio social, a Constituição Federal de 1988 arraigou instrumentos à consignação protetiva às pessoas com deficiência, dissipando-os no teor de seus dispositivos.

Assim sendo, tratou de elencar de forma clara a regra cravada no bojo do art. 37, inciso VIII. O dispositivo impõe tarefa ao legislador infraconstitucional a propiciar concretude ao propósito constitucional da participação da pessoa com deficiência nos quadros da Administração Pública, tendo sido essa a regra norteadora desse estudo do início ao fim, sempre à luz do princípio igualitário.

Conforme se verificou, a maneira encontrada para efetivar esse propósito foi através de ações afirmativas, que, pautadas no princípio isonômico almejaram propiciar a seus destinatários métodos hábeis à inclusão. Nessa perspectiva, foram editadas leis a fim de regulamentar a política inclusiva de modo a equiparar oportunidades. A proposta não é injustificada, dado que 45,6 milhões de pessoas no país têm algum tipo deficiência e necessitam da política inclusiva para a efetivação de seus direitos.

O tratamento protetivo concedido à pessoa com deficiência em âmbito nacional é vasto e atualmente tem passado por constantes evoluções, consoante se verificou. Após grande influência da legislação internacional que rege o tema, o legislador infraconstitucional instaurou o Plano Nacional destinado às pessoas com deficiência, em 1989. No entanto, as principais regras decorreram das previsões do Decreto 3.298/99, responsável por operacionalizar os preceitos corroborados em 1989, e, por esse motivo foram objeto de grande parte desse estudo.

Convém acrescentar, que a legislação previu os limites aos quais os editais devem se submeter ao delimitar a reserva. O respeito aos percentuais mínimo e máximo, fixados em 5% e 20%, respectivamente, têm se revelado pacificados pela jurisprudência,

propiciando solução aos conflitos em diversas situações em que o edital não é suficientemente claro na indicação do quórum à reserva.

Todavia, em que pese tenham sido confeccionados vários diplomas legais a respeito da temática da deficiência, muitos pontos restaram controversos diante das regras trazidas pela legislação, de modo a ocasionar uma série de dúvidas e questionamentos quanto à sua aplicação.

Além dos inúmeros dispositivos internos previstos, verificou-se a alteração do conceito de pessoa com deficiência, trazida pela Convenção Internacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência através do Decreto Legislativo nº 186, do ano de 2008. Para o âmbito dos concursos públicos, incorrem diversas implicações práticas, já que a inovação conceitual incorporou a relação com o meio social ao conceito, abandonando-se o apego ao critério médico, exclusivamente.

Sobretudo, quanto aos critérios que determinam a quem realmente se destina e percentual da reserva nos concursos públicos, pois a inscrição da pessoa com deficiência para que concorra nessa qualidade deverá estar condicionada ao atendimento de diversos requisitos, que consistem em apresentar impedimentos que sejam de longo prazo; que essa deficiência seja de natureza física, mental, intelectual ou sensorial; que o candidato indique a existência de alguma diversidade na área da deficiência, além de especificar os obstáculos que impedem sua participação plena e efetiva na sociedade, consoante se verificou.

Daí a conclusão de que determinadas pessoas antes não abarcadas no conceito estritamente médico, agora disponham da possibilidade de inclusão – como nos casos de determinados transtornos mentais – e em via reversa, pessoas antes incluídas não mais se enquadrem o conceito, haja vista o novo conceito ter incrementado o prisma social.

Por essas razões, impende ao Poder Judiciário no julgamento de questões acerca do tema, valer-se dos critérios ilustrados em convergência àqueles regentes da atividade administrativa, sobretudo, dos postulados fundamentais que norteiam o concurso público, quais sejam: o princípio isonômico, o do amplo acesso de candidatos e do princípio da competição, sem que se coloque à margem o princípio da eficiência.

O concurso público deverá possibilitar condições igualitárias ao acesso em respeito aos princípios da democracia, eficiência e isonomia. No entanto, as dificuldades dos candidatos com deficiência deverão ser levadas em consideração, conforme as especificidades de cada caso, tendo em vista que as dificuldades encontradas pela pessoa com deficiência no ingresso aos quadros públicos têm início antes mesmo da inscrição.

Nesse prisma, chega-se à conclusão de que o posicionamento jurisprudencial tem buscado melhor refletir o intuito inclusivo proposto pelo Legislador Originário, verificado a partir do abandono ao apego excessivo à literalidade da lei no tocante ao critério do arredondamento, diante da alteração do critério à nomeação e do próprio enquadramento de uma determinada deficiência para efeito da vaga reservada. A alteração da orientação jurisprudencial evidenciada também demonstra a tentativa de aproximar a realidade social ao alcance da norma.

É justamente essa a finalidade da norma, equiparar oportunidades sem promover o favorecimento de determinados candidatos em detrimento dos demais, fornecendo meios à efetivação da inclusão. A diferenciação concedida não está restrita até o momento da realização da prova, pois se estende às condições de trabalho e à consequente adaptação do ambiente, possibilitando a atividade laboral da pessoa com deficiência.

Contudo, ainda há distância entre o objetivo definido e a realidade fática. O afastamento é mais insistente em relação aos critérios de nomeação, uma vez não estabelecidos pela legislação, impedem, muitas vezes, que o instrumento inclusivo previsto atinja a sua finalidade única: incluir, oferecendo margem à atividade discricionária e ilegal do administrador, que pode condicionar a nomeação do candidato com deficiência aprovado à sua conveniência. Por essa razão, o administrador deve ser valer dos princípios de alternância e proporcionalidade nos moldes em que se verificou para que melhor se solucione essa questão.

Diante do exposto, é tarefa conjunta do Administrador Público, Poder Judiciário e sociedade a promoção de tentativas para que sejam transpostas as barreiras que dificultam o acesso à inclusão da pessoa com deficiência de forma natural no acesso aos cargos e empregos públicos.

O Administrador Público, no momento da fixação do número de cargos destinados ao percentual, deve não apenas refletir o impositivo legal, mas demonstrar a real necessidade inclusiva do órgão para o qual se destina o concurso. Ao Poder Judiciário, cabe tarefa no sentido de buscar avaliar casos concretos à luz do pressuposto isonômico sem se afastar do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade.

À sociedade incumbe a conscientização em relação às reais condições desse grupo de pessoas, que não estão adstritas à ótica dos concursos públicos, apenas, devendo combater os estereótipos e preconceitos e reconhecer suas reais habilidades a fim de reduzir a interação da pessoa com deficiência com as barreiras sociais e promover a real inclusão para que um dia a utilização dessa ação afirmativa deixe de ser necessária.

REFERÊNCIAS

ALARCÓN, Pietro de Jesus Lora. Funções do direito constitucional: reflexões sobre a história e a interpretação do projeto normativo para a sociedade plural. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, n. 19, jan./jun. 2012, p. 375-394.

ANDRADE JÚNIOR, Luiz Carlos Vilas Boas. Limites da (promoção da) igualdade. **Revista de Direito Constitucional e Internacional – RDCI**, São Paulo, a. 19, ed.77, out./dez., 2011, p. 207-227.

ARAUJO, Luiz Alberto David. A convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência e seus reflexos na ordem jurídica interna no Brasil. In: FERRAZ, Carolina Valença et al (coords.). **Manual dos direitos da pessoa com deficiência**. Edição digital. São Paulo: Saraiva, 2012.

ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas com deficiência**. 4. ed., rev., ampl. e atual. Brasília: Corde, 2011.

ARAUJO, Luiz Alberto David. **Barrados. Pessoa com deficiência sem acessibilidade: como cobrar, o que cobrar e de quem cobrar**. 1. ed. Petrópolis: KBR, 2011.

ARAUJO, Luiz Alberto David. Buscando significados a partir de critérios de interpretação constitucional e, muitas vezes, encontrando um desconcertante preconceito. In: ARAUJO, Luiz Alberto David (coord.). **Defesa dos direitos das pessoas com deficiência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ATCHABAHIAN, Serge. **Princípio da igualdade e ações afirmativas**. 2. ed. São Paulo: RCS Editora, 2006.

BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins. A discriminação às pessoas com deficiência nas relações de trabalho. In: GARCIA, Maria; PIOVESAN, Flávia (orgs.). **Grupos vulneráveis - Coleção doutrinas essenciais**. v. 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2011. Coleção doutrinas essenciais. p. 1064-1082.

BONFANTE, Patrícia dos Santos. Reserva de vagas em concursos públicos para pessoas com deficiências: do edital à nomeação. **Amicus Curiae**, v. 4, n. 4, 2007. Disponível em: <<http://periodicos.unesc.net/index.php/amicus/article/viewFile/221/225>>. Acesso em: 20 mar. 2014.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projetos de Leis e Outras Proposições**. PL 7966/2006. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=339407>. Acesso em: 1 jun. 2014.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 2 mar. 2014.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 10 mar. 2014.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 mar. 2014.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1934.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 2 mar. 2014.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 2 mar. 2014.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 2 mar. 2014.

_____. **Constituição Política do Império do Brasil de 1824.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 2 mar. 2014.

_____. **Decreto Legislativo nº 104, de 1964.** Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1960-1969/decretolegislativo-104-24-novembro-1964-350532-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

_____. **Decreto n. 3.298, de 20 de dezembro de 1999.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3298.htm>. Acesso em: 15. jun. 2014.

_____. **Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 1 jun. 2014.

_____. **Decreto nº. 3.956, de 8 de outubro de 2001.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3956.htm>. Acesso em: 20 mai. 2014.

_____. **Decreto nº. 7.612, de 17 de novembro de 2011.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7612.htm>. Acesso em: 25 mai. 2014.

_____. **Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 10 mar. 2014.

_____. **Emenda Constitucional nº 12, de 17 de outubro de 1978.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc12-78.htm>. Acesso em: 13 mar. 2014.

_____. **Lei n. 12.435, de julho de 2011.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12435.htm>. Acesso em: 2 jul. 2014.

_____. **Lei n. 7.853, de 24 de outubro de 1989.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17853.htm>. Acesso em: 7 jul. 2014.

_____. **Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18112cons.htm>. Acesso em: 29 mai. 2014.

_____. Ministério do Trabalho e Emprego. **A inclusão de pessoas com deficiência no mercado de trabalho.** 2. ed. Brasília: MTE, SIT, 2007. Disponível em: <http://www3.mte.gov.br/fisca_trab/inclusao_pessoas_defi12_07.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Mandado de Segurança 11.983 - DF.** Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Brasília, Julgamento em 12 dez. 2007, Diário da Justiça 9 mai. 2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Mandado de Segurança 18.699 - DF.** Relator: Ministro Castro Meira. Brasília, Diário da Justiça 20 mar. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Mandado de Segurança 8.482 - DF.** Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Brasília, Julgamento em 10 ago. 2005, Diário da Justiça 14 nov. 2005.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Mandado de Segurança 38.890 - CE.** Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Brasília, Julgamento em 27 nov. 2012, Diário da Justiça 5 dez. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 18.669 - RJ.** Relator: Ministro Gilson Dipp. Brasília, Julgamento em 7 out. 2004, Diário da Justiça 29 nov. 2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Mandado de Segurança 31.628 - DF.** Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, Julgamento em 6 fev. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Mandado de Segurança 29.910 - DF.** Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, Julgamento em 21 jun. 2011, Diário da Justiça 1 ago. 2011

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 440.988 - DF.** Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, Julgamento em 28 fev. 2012, Diário da Justiça 30 mar. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 408.797 -SE.** Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, Julgamento em 14 nov. 2010, Diário da Justiça 8 out. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança 26.310-5 - DF**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, Julgamento em 20 nov. 2007, Diário da Justiça 31 out. 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança 30.861 - DF**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, Julgamento em 22 mai. 2012, Diário da Justiça 8 ago. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 227.229-1 - MG**. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Brasília, Julgamento em 14 jun. 2000, Diário da Justiça 6 out. 2000.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 25.666 - DF**. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, Julgamento em 29 set. 2009, Diário da Justiça 31 dez. 2009.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução TSE nº 21.899, de 19 de agosto de 2004**. Disponível em <http://www.centraldeconcursos.com.br/docs/Diversos/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20TSE%2021899-2004-novas_normas_para_o_concurso-20060731.doc>. Acesso em: 20 jul. 2014.

CAMPOS, Francisco. Igualdade de todos perante a lei. **RDA - Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, ed. esp., p. 47-85, dez., 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas: 2014.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. A reserva de vagas em concursos públicos. In: GARCIA, Maria; PIOVESAN, Flávia (orgs.). **Grupos vulneráveis - Coleção doutrinas essenciais**. v. 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2011. p. 1103-1126.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O Direito à Diferença**. 3. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores. 2009.

DALLARI, Adilson Abreu. Princípio da isonomia e concursos públicos. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 6, abr./mai./jun. 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-6-ABRIL-2006-ADILSON%20ABREU%20DALLARI.pdf>>. Acesso em: 1 jul. 2014.

DEFICIÊNCIA, Viver sem Limite – **Plano Nacional dos Direitos da Pessoa com. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR)**, Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (SNPD), 2013. Disponível em: <<http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/viver-sem-limite/nova-cartilha-2013-pe>>. Acesso em: 1 jun. 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DINO NETO, Nicolao. Acessibilidade a cargos e empregos públicos e reserva de vagas para pessoas com deficiência: uma abordagem preambular. **Revista de Direitos Difusos**, v. 52, , p. 97-109, dez. 2010.

FERRAZ, Fernando Basto; ARAUJO, Elizabeth Alice Barbosa Silva de. O conceito de pessoa com deficiência e seu impacto nas ações afirmativas brasileiras no mercado de trabalho. In: **XIX Encontro Nacional do CONPEDI**, 19., 2010, Fortaleza. Anais..., 2010. p. 8841-8859. p. 8844. Disponível em: <<http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/541>>. Acesso em: 25 jun. 2014.

FERREIRA FILHO, Manoel Antonio. **Comentários à Constituição Brasileira: Emenda Constitucional n. 1 de 17.10. 1969**, com as alterações introduzidas pelas Emendas Constitucionais até a de nº 27, de 27-11-1985. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. O novo conceito constitucional de pessoa com deficiência: um ato de coragem. In: FERRAZ, Carolina Valença et al (orgs.). **Manual dos direitos da pessoa com deficiência**. Edição digital. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 19-32.

GABRILLI, Mara. **Estatuto da pessoa com deficiência**. Disponível em: <<http://www.maragabrilli.com.br/federal/destaque/2133-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia>>. Acesso em: 1 jun. 2014.

GENOFRE, Gisele Accarino Martins. **A inclusão social e laboral da pessoa deficiente**. 2013. 139 f. Tese (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direitos das pessoas com deficiência. A convenção ainda não vale como emenda constitucional**. Jus Navigandi, Teresina, a. 14, n. 2024, 15 jan. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12204/direitos-das-pessoas-com-deficiencia#ixzz39Y0csUWM>>. Acesso em: 25 jul. 2014.

GUGEL, Maria Aparecida. O direito ao trabalho e ao emprego: a proteção na legislação trabalhista. In: FERRAZ, Carolina Valença et al (coords.). **Manual dos direitos da pessoa com deficiência**. Edição digital. São Paulo: Saraiva, 2012.

GUGEL, Maria Aparecida. **Pessoas com deficiência e o direito ao concurso público: reserva de cargos e empregos públicos, administração pública direta e indireta**. Goiânia: UCG, 2006.

LANNA JÚNIOR, Mário Cléber Martins (comp.). **História do Movimento Político das Pessoas com Deficiência no Brasil**. 1. ed. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, 2010.

LEITE, Glauco Salomão. O sistema de quotas obrigatórias na Administração Pública e a Pessoa com Deficiência. In: FERRAZ, Carolina Valença et al (orgs.). **Manual dos direitos da pessoa com deficiência**. Edição digital. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARANHÃO, Rosanne de Oliveira. **O portador de deficiência e o direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

MARRARA, Thiago; CESÁRIO, Natália de Aquino. O Centro de Estudos em Direito e Desigualdades (CEDD) e a pesquisa em direito administrativo na FDRP/USP. **Revista Digital**

de **Direito Administrativo**, v.1, n. 2, p. 427-435, 2014, p. 431-432. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/75916>>.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. A igualdade e as ações afirmativas. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 1, p. 23-26, jan./jun. 2003.

MELO, Sandro Nahmias. **O direito ao trabalho da pessoa portadora de deficiência: ação afirmativa, o princípio constitucional da igualdade**. São Paulo: LTr, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 8 ed., São Paulo: Atlas, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional administrativo**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade: finalidade: eficiência: resultados**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MOTTA, Fabrício. A Reserva de Vagas nos Concursos Públicos para os Portadores de Deficiência – Análise do art. 37, inc. VIII da Constituição Federal. In: MOTTA, Fabrício (coord.). **Concurso Público e Constituição**. 1. ed., 2. tir. Belo Horizonte: Fórum: 2007. p. 182-210.

NEME, Eliana Franco. Dignidade, igualdade e vagas reservadas. In: ARAUJO, Luiz Alberto David (coord.). **Defesa dos direitos das pessoas portadoras de deficiência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, Luiza Maria Borges. **Cartilha do Censo 2010 – Pessoas com Deficiência**. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR), Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (SNPD). Coordenação-Geral do Sistema de Informações sobre a Pessoa com Deficiência; Brasília: SDH-PR/SNPD, 2012.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **Declaração de Direitos das Pessoas Deficientes de 1975**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-dos-Portadores-de-Defici%C3%Aancia/declaracao-de-direitos-das-pessoas-deficientes.html>>. Acesso em: 20 mai. 2014.

_____. **Declaração de Salamanca sobre princípios, políticas e práticas na área das necessidades educativas especiais**. Disponível em: <http://redeinclusao.web.ua.pt/files/fl_9.pdf>. Acesso em: 1 jun. 2014.

_____. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 2 abr. 2014.

_____. **Programa de ação mundial para as pessoas com deficiência.** Disponível em: <<http://www.cedipod.org.br/w6pam.htm>>. Acesso em: 13 mar. 2014.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Quem somos.** Disponível em: <http://www.oas.org/pt/sobre/quem_somos.asp>. Acesso em: 20 mai. 2014.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Apresentação.** Disponível em: <<http://www.oit.org.br/content/apresenta%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 1 jun. 2014.

_____. **Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação - Convenção nº. 111.** Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/472>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

_____. **História.** Disponível em: <<http://www.oit.org.br/content/hist%C3%B3ria>>. Acesso em: 1 jun. 2014.

_____. **Reabilitação Profissional e Emprego de Pessoas Deficientes – Convenção nº. 159.** Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/505>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. **Cadernos de Pesquisa**, v. 35, n. 124, p. 43-55, jan./abr. 2005.

_____. **Caderno de Direito Constitucional.** Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. 2006.

_____. Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência: inovações, alcance e impacto. In: FERRAZ, Carolina Valença et al (orgs.). **Manual dos direitos da pessoa com deficiência.** Edição digital. São Paulo: Saraiva, 2012.

RESENDE, Ana Paula de; VITAL, Flávia Maria de Paiva (Coords.). **A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência – Versão Comentada.** Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Coordenadoria Nacional para a Integração da Pessoa com Deficiência. 2008. Disponível em: <<http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/convencao-direitos-humanos-pessoascomdeficienciacomentada.pdf>>. Acesso em: 1 jun. 2014.

RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes. Direito à intimidade e à vida privada. In: FERRAZ, Carolina Valença et al (orgs.). **Manual dos direitos da pessoa com deficiência.** São Paulo: Saraiva, 2012.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação afirmativa. O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 33, p. 283-295, n. 131, jul./set. 1996.

ROSTELATO, Telma Aparecida. **Portadores de deficiência e prestação jurisdicional.** Curitiba: Juruá, 2009.

_____. Pessoas com deficiência. A inclusão social e a integração: o retrato do século XXI. **Revistas Científicas Eletrônicas FAIT**. 2. ed., mai. 2013. Disponível em: <http://fait.revista.inf.br/imagens_arquivos/arquivos_destaque/yN6SV3TNtbu44Xv_2014-4-16-17-25-12.pdf>. Acesso em: 20. jun. 2014.

SANTOS, Alexandre Gomes Bezerra dos. Reserva de vagas em concursos públicos para candidatos portadores de deficiência: uma breve análise à luz do Artigo 37, incisos I e VIII, da Constituição Federal. **Revista da FARN**, Natal, v. 7, n. 2, p. 129-141, jul/dez 2008.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVEIRA, Raquel Dias da. Discriminações legais em concursos públicos e princípio da igualdade: um estudo sob os paradigmas das ações afirmativas e das políticas públicas de inclusão das minorias nas últimas décadas. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 19, jul./ago./set., 2009.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Anotações à Constituição de 1988**: aspectos fundamentais. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

TERRÃO, Claudio Couto; CARVALHO, Rachel Campos Pereira de. Reserva de vagas na administração pública para as pessoas com deficiência: ação afirmativa e concurso público. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, ed. especial, a. XXVIII. Disponível em <<http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/924.pdf>>. Acesso em: 3 abr. 2014.

ANEXOS**Anexo 1: Recurso Extraordinário nº 227.299, julgado pelo STF** ²¹⁴*Supremo Tribunal Federal***757**COORD. DE ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA
D.J. 06.10.2000

14/06/2000 EMENTÁRIO Nº 2 0 0 7 - 4

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 227.299-1 MINAS GERAIS

RELATOR : MIN. ILMAR GALVÃO
RECORRENTE: ROZILENE BÁRBARA TAVARES
ADVOGADOS: JACOB LOPES DE CASTRO MÁXIMO E OUTROS
RECORRIDA: CÂMARA MUNICIPAL DE DIVINÓPOLIS
ADVOGADO: PEDRO DE ALCÂNTARA TEIXEIRA

EMENTA: ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. RESERVA DE VAGAS PARA PORTADORES DE DEFICIÊNCIA. ARTIGO 37, INCISO VIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

A exigência constitucional de reserva de vagas para portadores de deficiência em concurso público se impõe ainda que o percentual legalmente previsto seja inferior a um, hipótese em que a fração deve ser arredondada.

Entendimento que garante a eficácia do artigo 37, inciso VIII, da Constituição Federal, que, caso contrário, restaria violado.

Recurso extraordinário conhecido e provido.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por seu Tribunal Pleno, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em conhecer e dar provimento ao recurso extraordinário. Votou o Presidente.

Brasília, 14 de junho de 2000.

CARLOS VELLOSO - PRESIDENTE

ILMAR GALVÃO - RELATOR



STF 102.002

²¹⁴ Estão contidos no julgado apenas a ementa e o voto do relator.

Supremo Tribunal Federal

760

14/06/2000

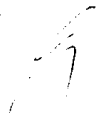
TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 227.299-1 MINAS GERAISV O T O

O SENHOR MINISTRO ILMAR GALVÃO - (Relator): A Lei federal nº 7.853/89 estabeleceu normas gerais sobre o exercício de direitos individuais e sociais por pessoas portadoras de deficiências, determinando, na alínea d do inciso III do seu artigo 2º, que ao Poder Público cabe adotar legislação específica que discipline a reserva de mercado de trabalho em benefício dos deficientes nas entidades da Administração Pública.

No âmbito federal, a Lei nº 8.112/90, no § 2º do artigo 5º, dispõe que serão reservadas, para pessoas portadoras de deficiência, **até 20% (vinte por cento)** das vagas oferecidas em concursos públicos.

Mais recentemente, o Decreto nº 3.298, de 20/12/99, regulamentando a Lei nº 7.853/89, veio disciplinar, na Administração federal, esse direito, assegurando um mínimo de 5% (cinco por cento) das vagas para portadores de deficiência e **explicitando**, no art. 37, § 2º, que, no caso do percentual resultar em número fracionado, este deverá ser elevado até o primeiro número inteiro subsequente.



RE 227.299-1 MG*Supremo Tribunal Federal***761**

A Administração Pública municipal de Divinópolis, por meio da Lei Complementar n° 09/92, estabeleceu uma reserva de 5% das vagas oferecidas nos concursos públicos aos portadores de deficiência, sem regular, entretanto, a situação dos resultados fracionados.

De ter-se, em face da obrigatoriedade da reserva de vagas para portadores de deficiências, que a fração, a exemplo do disposto no Decreto n° 3.298/99, seja elevada ao primeiro número inteiro subsequente, no caso 01 (um), como medida necessária a emprestar-se eficácia ao texto constitucional, que, caso contrário, sofreria ofensa.

Registre-se, por fim, que o artigo 37, inc. VIII, da Carta Magna assegura aos portadores de deficiências percentual de cargos e empregos públicos na Administração, sendo, dessa forma, o número total de cargos e empregos o dado a ser considerado quando da abertura de concursos públicos, para a reserva de vagas a deficientes físicos.

Ante o exposto, meu voto conhece do recurso e lhe dá provimento.

* * * * *

CBH/emo

*Supremo Tribunal Federal***762****PLENÁRIO****EXTRATO DE ATA****RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 227.299-1**

PROCED. : MINAS GERAIS

RELATOR : MIN. ILMAR GALVÃO

RECTE. : ROZILENE BÁRBARA TAVARES

ADVDS. : JACOB LOPES DE CASTRO MÁXIMO E OUTROS

RECDA. : CÂMARA MUNICIPAL DE DIVINÓPOLIS

ADV. : PEDRO DE ALCÂNTARA TEIXEIRA

Decisão: A Turma decidiu remeter o presente recurso extraordinário a julgamento do Tribunal Pleno. Unânime. 1ª. Turma, 22.02.2000.

Decisão : O Tribunal, por unanimidade, conheceu e deu provimento ao recurso extraordinário. Votou o Presidente. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Moreira Alves e Nelson Jobim. Plenário, 14.6.2000.

Presidência do Senhor Ministro Carlos Velloso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Néri da Silveira, Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Marco Aurélio, Ilmar Galvão e Maurício Corrêa.

Procurador-Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro.


Luiz Tomimatsu
Coordenador

Anexo 2: Mandado de Segurança nº 26.310, julgado pelo STF²¹⁵

Supremo Tribunal Federal

Coordenadoria de Análise de Jurisprudência
DJE nº 134 Divulgação 30/10/2007 Publicação 31/10/2007
DJ 31/10/2007
Ementário nº 2296 - 1

71

20/09/2007

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA 26.310-5 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO
IMPETRANTE(S) : CLEUMI LUIZ DE ALMEIDA
ADVOGADO(A/S) : ANDRÉ FRANCISCO NEVES SILVA DA CUNHA E
OUTRO(A/S)
IMPETRADO(A/S) : PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

CONCURSO PÚBLICO - CANDIDATOS - TRATAMENTO IGUALITÁRIO. A regra é a participação dos candidatos, no concurso público, em igualdade de condições.

CONCURSO PÚBLICO - RESERVA DE VAGAS - PORTADOR DE DEFICIÊNCIA - DISCIPLINA E VIABILIDADE. Por encerrar exceção, a reserva de vagas para portadores de deficiência faz-se nos limites da lei e na medida da viabilidade consideradas as existentes, afastada a possibilidade de, mediante arredondamento, majorarem-se as percentagens mínima e máxima previstas.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência da ministra Ellen Gracie, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria e nos termos do voto do relator, em indeferir o mandado de segurança, vencidos o ministro Menezes Direito e a ministra Cármen Lúcia. Votou a Presidente. Ausentes, justificadamente, os ministros Carlos Britto, Joaquim Barbosa e Eros Grau.

Brasília, 20 de setembro de 2007.

MARCO AURÉLIO

- RELATOR



²¹⁵ Estão contidos no julgado apenas a ementa e o voto do relator.

*Supremo Tribunal Federal***75****MS 26.310 / DF**V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Reconheço a existência de precedente deste Plenário agasalhando a tese sustentada pelo impetrante. No Recurso Extraordinário nº 227.299-1/MG, relatado pelo ministro Ilmar Galvão, a Corte defrontou-se com situação concreta em que, oferecidas oito vagas, a percentagem de cinco por cento prevista na legislação local como própria à reserva de vagas aos portadores de deficiência desaguou em quatro décimos. Prevaleceu a óptica da necessidade de sempre conferir-se concretude ao inciso VIII do artigo 37 da Constituição Federal. Presente esteve, conforme o voto do relator que se encontra às folhas 32 e 33, o disposto no Decreto nº 3.298/99, que regulamentou a Lei nº 7.853/89. O tema, porém, merece reflexão, reexaminando-se o entendimento que acabou por prevalecer, até mesmo com o meu voto.

A regra é a feitura de concurso público, concorrendo os candidatos em igualdade de situação - inciso II do artigo 37 da Carta da República. O inciso VIII do mesmo artigo preceitua que "a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão". A Lei nº 7.853/89 versou a percentagem mínima de cinco por cento e a Lei nº 8.112/90 veio a estabelecer o máximo de vinte por cento de vagas reservadas aos candidatos portadores de deficiência física.



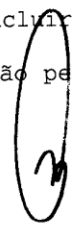
Supremo Tribunal Federal

76

MS 26.310 / DF

Ora, considerado o total de vagas no caso - duas -, não se tem, aplicada a percentagem mínima de cinco ou a máxima de vinte por cento, como definir vaga reservada a teor do aludido inciso VIII. Entender-se que um décimo de vaga ou mesmo quatro décimos, resultantes da aplicação de cinco ou vinte por cento, respectivamente, sobre duas vagas, dão ensejo à reserva de uma delas implica verdadeira igualização, olvidando-se que a regra é a não-distinção entre candidatos, sendo exceção a participação restrita, consideradas vagas reservadas. Essa conclusão levaria os candidatos em geral a concorrerem a uma das vagas e os deficientes, à outra, majorando-se os percentuais mínimo, de cinco por cento, e máximo, de vinte por cento, para cinquenta por cento. O enfoque não é harmônico com o princípio da razoabilidade.

Há de se conferir ao texto constitucional interpretação a preservar a premissa de que a regra geral é o tratamento igualitário, consubstanciando exceção a separação de vagas para um certo segmento. A eficácia do que versado no artigo 37, inciso VIII, da Constituição Federal pressupõe campo propício a ter-se, com a incidência do percentual concernente à reserva para portadores de deficiência sobre cargos e empregos públicos previstos em lei, resultado a desaguar em certo número de vagas, e isso não ocorre quando existentes apenas duas. Daí concluir pela improcedência do inconformismo retratado na inicial, razão pela qual indefiro a ordem.



*Supremo Tribunal Federal***83****PLENÁRIO****EXTRATO DE ATA****MANDADO DE SEGURANÇA 26.310-5**

PROCED.: DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO

IMPTE.(S): CLEUMI LUIZ DE ALMEIDA

ADV.(A/S): ANDRÉ FRANCISCO NEVES SILVA DA CUNHA E

OUTRO(A/S)

IMPDO.(A/S): PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, indeferiu o mandado de segurança, vencidos os Senhores Ministros Menezes Direito e Cármen Lúcia. Votou a Presidente, Ministra Ellen Gracie. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Carlos Britto, Joaquim Barbosa e Eros Grau. Plenário, 20.09.2007.

Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie.
Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Menezes Direito.

Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.


f.º Luiz Tomimatsu
Secretário

Anexo 3: Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 440.998, julgado pelo STF²¹⁶

Supremo Tribunal Federal

DJe 30/03/2012
Inteiro Teor do Acórdão - Página 1 de 14

28/02/2012

PRIMEIRA TURMA

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 440.988 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. DIAS TOFFOLI
AGTE.(S)	: ALONSO DA MOTA LAMAS
ADV.(A/S)	: ANA PAULA SILVA MIRANDA E OUTRO(A/S)
AGTE.(S)	: UNIÃO
ADV.(A/S)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AGDO.(A/S)	: MARIA DO ROSÁRIO TENÓRIO DE FREITAS
ADV.(A/S)	: MICHELLE GONÇALVES DA SILVA E OUTRO(A/S)

EMENTA

Agravo regimental no recurso extraordinário. Concurso público. Reserva de vagas para portadores de deficiência. Arredondamento do coeficiente fracionário para o primeiro número inteiro subsequente. Impossibilidade. Precedentes.

1. A jurisprudência desta Corte fixou entendimento no sentido de que a reserva de vagas para portadores de deficiência deve ater-se aos limites da lei, na medida da viabilidade das vagas oferecidas, não sendo possível seu arredondamento no caso de majoração das porcentagens mínima e máxima previstas.

2. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 28 de fevereiro de 2012.

MINISTRO DIAS TOFFOLI
Relator

²¹⁶ Estão contidos no julgado apenas a ementa e o voto do relator.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 8 de 14

28/02/2012

PRIMEIRA TURMA

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 440.988 DISTRITO FEDERAL

VOTO**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):**

O inconformismo não merece prosperar.

É certo que esta Corte, no julgamento do RE nº 227.299/MG, Tribunal Pleno, Relator o Ministro **Ilmar Galvão**, DJ de 6/10/2000, entendeu, à época, que, independentemente do número de vagas oferecidas, a fração resultante do percentual mínimo destinado aos deficientes físicos deveria ser arredondada para o primeiro número inteiro subsequente. Esse julgado restou assim ementado:

“ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. RESERVA DE VAGAS PARA PORTADORES DE DEFICIÊNCIA. ARTIGO 37, INCISO VIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. A exigência constitucional de reserva de vagas para portadores de deficiência em concurso público se impõe ainda que o percentual legalmente previsto seja inferior a um, hipótese em que a fração deve ser arredondada. Entendimento que garante a eficácia do artigo 37, inciso VIII, da Constituição Federal, que, caso contrário, restaria violado. Recurso extraordinário conhecido e provido.”

Este Supremo Tribunal Federal, entretanto, na sessão Plenária de 20/9/07, modificou seu entendimento sobre a matéria, ao apreciar o MS nº 26.310/DF, Relator o Ministro **Marco Aurélio**, publicado no DJe de 31/10/07, no qual fixou entendimento no sentido de que a reserva de vagas para portadores de deficiência física deve-se ater aos limites da lei, na medida da viabilidade das vagas oferecidas, reconhecendo a impossibilidade de arredondamento no caso de majoração das porcentagens mínima e máxima previstas. Eis a ementa:

“CONCURSO PÚBLICO – CANDIDATOS –

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 9 de 14

RE 440.988 AGR / DF

TRATAMENTO IGUALITÁRIO. A regra é a participação dos candidatos, no concurso público, em igualdade de condições.

CONCURSO PÚBLICO – RESERVA DE VAGAS – PORTADOR DE DEFICIÊNCIA – DISCIPLINA E VIABILIDADE. Por encerrar exceção, a reserva de vagas para portadores de deficiência faz-se nos limites da lei e na medida da viabilidade consideradas as existentes, afastada a possibilidade de, mediante arredondamento, majorarem-se as percentagens mínima e máxima previstas.”

Dada a clareza das fundamentações, colhe-se do voto do relator:

“(…)

A regra é a feitura de concurso público, concorrendo os candidatos em igualdade de situação – inciso II do artigo 37 da Carta da República. O inciso VIII do mesmo artigo preceitua que ‘a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão’. A Lei nº 7.853/89 versou a percentagem mínima de cinco por cento e a Lei nº 8.112/90 veio a estabelecer o máximo de vinte por cento de vagas reservadas aos candidatos portadores de deficiência física.

Ora, considerado o total de vagas no caso – duas –, não se tem, aplicada a percentagem mínima de cinco ou a máxima de vinte por cento, como definir vaga reservada a teor do aludido inciso VIII. Entender-se que um décimo de vaga ou mesmo quatro décimos, resultantes da aplicação de cinco ou vinte por cento, respectivamente, sobre duas vagas, dão ensejo à reserva de uma delas implica verdadeira igualização, olvidando-se que a regra é a não-distinção entre candidatos, sendo exceção a participação restrita, consideradas vagas reservadas. Essa conclusão levaria os candidatos em geral a concorrerem a uma das vagas e os deficientes, à outra, majorando-se os percentuais mínimo, de cinco por cento, e máximo, de vinte por cento, para cinquenta por cento. O enfoque não é harmônico com o princípio da razoabilidade.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 10 de 14

RE 440.988 AGR / DF

Há de se conferir ao texto constitucional interpretação a preservar a premissa de que a regra geral é o tratamento igualitário, consubstanciando exceção a separação de vagas para um certo segmento. A eficácia do que versado no artigo 37, inciso VIII, da Constituição Federal pressupõe campo propício a ter-se, com a incidência do percentual concernente à reserva para portadores de deficiência sobre cargos e empregos públicos previstos em lei, resultado a desaguar em certo número de vagas, e isso não ocorre quando existentes apenas duas. Daí concluir pela improcedência do inconformismo retratado na inicial, razão pela qual indefiro a ordem.”

Nesse mesmo sentido, destaco o seguinte trecho da decisão proferida pelo Ministro **Cezar Peluso** nos autos do RE nº 408.727/SE, DJe de 13/8/09, que bem aborda a questão:

“(…)

É que o Plenário da Corte já fixou que a reserva de vagas para portadores de deficiência física em concursos públicos, prevista no art. 37, VII, da Constituição Federal, deve ser mitigada nas situações em que a aplicação dos critérios legais para a reserva resulte em percentuais superiores aos estabelecidos na própria lei, sob pena de violação ao art. 37, II, da Constituição Federal (MS nº 26.310/DF, rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJ 31.10.2007).

O acórdão recorrido não destoa da jurisprudência desta Corte, como se vê das seguintes razões:

‘(...) Parece-me oportuno, para melhor compreensão da matéria, a formulação de caso hipotético, em que sejam apenas duas as vagas oferecidas. Bem de ver, em tal exemplo mais evidente se afigura a ilegalidade da solução pretendida, em vista da falta de razoabilidade da pretensão, a qual conduziria, incontestavelmente, a resultado absolutamente desconforme com os termos expressos da lei. Vale dizer: no exemplo formulado,

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 11 de 14

RE 440.988 AGR / DF

corresponderia converter o percentual contemplado na lei, de 20%, em 50% das vagas ofertadas. Sem dúvida admitir-se isto conduziria a incorrer-se no absurdo de afrontar-se lei infraconstitucional regulamentadora da Constituição. A proteção dos interesses dos deficientes, conquanto matéria de alta relevância, não autoriza o rompimento dos princípios balizadores das regras de hermenêutica que devem presidir ao tratamento da lei infraconstitucional elaborada em afinidade com a Lei Maior. Igualmente, não deve conduzir ao resultado que o impetrado quer emprestar ao caso sob exame' (fl. 124).

No mesmo sentido, cite-se decisão da minha relatoria:

'(...) Esta Corte, em hipótese análoga, sobre reconhecer constitucionalidade ao disposto no art. 37, § 2º, do Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999, a título de regulamentação da lei nº 7.853, de 1989, no sentido de que fração resultante do percentual por observar deve arredondada sempre para o primeiro número inteiro subsequente, desceu à substância ou à razão última da norma inscrita no art. 37, VIII, da Constituição da República. E fê-lo, ao assentar, na interpretação do art. 5º, § 2º, da Lei nº 8.112, de 1990, que 'o artigo 37, inc. VIII, da Carta Magna assegura aos portadores de deficiências percentual de cargos e empregos públicos na Administração, sendo, dessa forma, o número de cargos e empregos o dado a ser considerado quando da abertura de concursos públicos, para a reserva de vagas a deficientes físicos' (Pleno, RE nº 227.299-MG, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, j. 14.06.200). E, posto que neste juízo provisório, tenho que acertou, porque, a desconsiderar o número dos cargos e empregos para efeito de reserva, a pessoas portadoras de deficiência, de vagas em cargos e empregos públicos, teríamos algumas consequências práticas absurdas, das quais a mais visível seria a de, ao

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 12 de 14

RE 440.988 AGR / DF

final de vários concursos, com uma ou duas vagas em cada um, acabarem sendo todas, ou quase todas, do quadro funcional, preenchidas por aqueles aos quais a Constituição pretendeu apenas garantir ocupem parte (percentual) do número dos cargos ou empregos de cada órgão, por conta e em rol da condição pessoal de portadores de deficiência. A limitação do número de vagas em relação ao número dos cargos ou dos empregos públicos, em cada unidade administrativa, é o único critério que, sem prejudicar o acesso dos demais cidadãos com base nos requisitos ordinários, concretiza a reserva de percentual para uma especial categoria de pessoas. Em palavras menos congestionadas, o que assegura a Constituição é que os portadores de deficiência têm direito de ocupar determinado número de cargos e de empregos públicos, considerados em cada quadro funcional, segundo a percentagem que lhes reserve a lei, o que só pode apurar-se no confronto do total dos cargos e dos empregos, e não, é óbvio, perante o número aleatório das vagas que se ponham em cada concurso. Daí, ser conforme à Constituição a interpretação dada pela Corte àquele conjunto de normas subalternas. De modo que, aplicada ao caso, em que foi garantida ao litisconsorte passivo uma (1) vaga dentro do quadro de sete (7) cargos de Procurador, não enxergo nítido ofensa a direito líquido e certo dos ora impetrantes. Indefiro, pois, a liminar. 3. Já tendo vindo as informações e intervindo quem deveria chamado a título de litisconsorte passivo necessário, remetam-se os autos à Procuradoria-Geral da República' (MS nº 25.074 MC, Rel. Min. CEZAR PELUSO, DJ 22.10.2004).

Verifico que o concurso público para provimento de cargo de Auditor do Tribunal de Contas a que se submeteu o impetrante, ora recorrente, observou a legislação estadual vigente, a saber, Lei nº 3.549/94.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 13 de 14

RE 440.988 AGR / DF

É que, aberto o certame para o preenchimento de três vagas, a aplicação do percentual de 20% (vinte por cento) sobre o total de vagas resultaria na fração decimal 0,6 (seis décimos), que não permite arredondamento para a unidade aritmética imediatamente superior, à luz da jurisprudência dessa Corte.”

Ressalte-se que a Segunda Turma desta Corte negou provimento ao agravo regimental interposto contra essa referida decisão, em acórdão relatado pelo Ministro **Gilmar Mendes**, o qual recebeu a seguinte ementa:

“Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Administrativo. Concurso Público. Reserva de vagas para portadores de deficiência. 3. Artigo 37, VIII, da Constituição Federal. 4. Impossibilidade de arredondamento do coeficiente fracionário para o primeiro número inteiro subsequente. 5. Agravo regimental a que se nega provimento” (RE nº 408.727/SE-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro **Gilmar Mendes**, DJe de 8/10/10).

Assim, considerando-se que, no caso em tela, só havia uma vaga disponível, é certo que o acórdão recorrido não se afastou dessa orientação jurisprudencial firmada por esta Corte, conforme demonstrado nos precedentes acima transcritos.

Ante o exposto, voto pelo não provimento do agravo regimental.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 14 de 14

**PRIMEIRA TURMA****EXTRATO DE ATA****AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 440.988**

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI

AGTE.(S) : ALONSO DA MOTA LAMAS

ADV.(A/S) : ANA PAULA SILVA MIRANDA E OUTRO(A/S)

AGTE.(S) : UNIÃO

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

AGDO.(A/S) : MARIA DO ROSÁRIO TENÓRIO DE FREITAS

ADV.(A/S) : MICHELLE GONÇALVES DA SILVA E OUTRO(A/S)

Decisão: A Turma negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. Unânime. Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. 1ª Turma, 28.2.2012.

Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Cármen Lúcia, Luiz Fux e Rosa Weber.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Coordenadora

Anexo 4: Mandado de Segurança nº 31.628, julgado pelo STF²¹⁷

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 1 de 8

06/02/2013

PLENÁRIO

AG.REG. EM MANDADO DE SEGURANÇA 31.628 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. GILMAR MENDES
AGTE.(S)	: EVANDRO DIAS DE SOUZA
ADV.(A/S)	: MANUELA SIMÕES FALCÃO ALVIM DE OLIVEIRA E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S)	: NATHALIA DE MELO SA RORIZ
AGDO.(A/S)	: PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
ADV.(A/S)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Agravo regimental em mandado de segurança. 2. Direito administrativo. Concurso público. 3. Candidato portador de deficiência. Cargo de analista judiciário do STF. 4. Reserva de vagas. Limites estabelecidos no Decreto 3.298/99 e na Lei 8.112/90. Percentual mínimo de 5% das vagas. Número fracionado. Arredondamento para primeiro número inteiro subsequente. Observância do limite máximo de 20% das vagas oferecidas. O cálculo deve ser realizado levando-se em consideração o número total de vagas. 5. Inexistência de ato abusivo ou ilegal. Ausência de violação a direito líquido e certo. 6. Agravo regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a presidência do Senhor Ministro Joaquim Barbosa, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do relator, ministro Gilmar Mendes.

Brasília, 6 de fevereiro de 2013.

Ministro GILMAR MENDES

Relator

Documento assinado digitalmente.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 4320106.

²¹⁷ Estão contidos no julgado apenas a ementa e o voto do relator.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 6 de 8

06/02/2013

PLENÁRIO

AG.REG. EM MANDADO DE SEGURANÇA 31.628 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): No agravo regimental, não ficou demonstrado o desacerto da decisão agravada.

Verifico que as alegações da parte são impertinentes e decorrem de mero inconformismo com a decisão adotada por este Tribunal.

O agravante não trouxe argumentos suficientes para infirmar a decisão, visando apenas à rediscussão da matéria já decidida em conformidade com a jurisprudência pacífica desta Corte, que se firmou no sentido de que, em se tratando de concurso público, devem ser reservadas, no mínimo, 5% das vagas aos portadores de deficiência e, em caso de obtenção de número fracionado, este deve ser arredondado para o primeiro número inteiro subsequente, desde que observado o limite máximo de 20% da vagas.

Nesse sentido confira-se o seguinte precedente:

“CONCURSO PÚBLICO - CANDIDATOS - TRATAMENTO IGUALITÁRIO. A regra é a participação dos candidatos, no concurso público, em igualdade de condições. CONCURSO PÚBLICO - RESERVA DE VAGAS - PORTADOR DE DEFICIÊNCIA - DISCIPLINA E VIABILIDADE. Por encerrar exceção, a reserva de vagas para portadores de deficiência faz-se nos limites da lei e na medida da viabilidade consideradas as existentes, afastada a possibilidade de, mediante arredondamento, majorarem-se as percentagens mínima e máxima previstas”. (MS 26.310, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, DJe 31.10.2007)

Registre-se que, no presente caso, o fato de terem sido nomeados 147 ou 148 candidatos para o cargo de analista judiciário do STF não fará diferença para resolução da lide. Isso porque 5% de 147 e 148 representa, respectivamente, as frações 7,35 e 7,4 que, arredondadas para o primeiro número inteiro subsequente totalizam, ambas, 8 vagas.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 7 de 8

MS 31628 AGR / DF

Além disso, o cálculo para se chegar à totalidade das vagas a serem destinadas aos deficientes físicos deve ser realizado sobre a totalidade das vagas, não havendo que se falar em exclusão daquelas inicialmente previstas no edital.

Assim, como já demonstrado pela decisão ora agravada, tendo em vista que o impetrante seria o 9º da lista de convocação, consideradas as desistências, não verifico, no caso, qualquer ilegalidade por parte da autoridade coatora em deixar de nomear o impetrante, uma vez que agiu amparada pela legislação que rege a matéria e nos estritos termos da orientação firmada por esta Corte.

Feitas essas considerações, não vislumbro direito líquido e certo a ser amparado pela via do presente mandado de segurança.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 8 de 8

PLENÁRIO**EXTRATO DE ATA****AG.REG. EM MANDADO DE SEGURANÇA 31.628**

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES

AGTE.(S) : EVANDRO DIAS DE SOUZA

ADV.(A/S) : MANUELA SIMÕES FALCÃO ALVIM DE OLIVEIRA E OUTRO(A/S)

ADV.(A/S) : NATHALIA DE MELO SA RORIZ

AGDO.(A/S) : PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, negou provimento ao agravo regimental. Ausentes, neste julgamento, os Ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski. Presidiu o julgamento o Ministro Joaquim Barbosa. Plenário, 06.02.2013.

Presidência do Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber e Teori Zavascki.

Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

p/ Luiz Tomimatsu
Assessor-Chefe do Plenário

Anexo 5: Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 25.666, julgado pelo STF²¹⁸

Supremo Tribunal Federal
 Coordenadoria de Análise de Jurisprudência
 DJe nº 228 Divulgação 03/12/2009 Publicação 04/12/2009
 Ementário nº 2385 - 1

194

29/09/2009

SEGUNDA TURMA

RECURSO ORD. EM MANDADO DE SEGURANÇA 25.666 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. JOAQUIM BARBOSA
RECTE. (S) : ANDRÉ PÖLKGING
ADV. (A/S) : MIGUEL ANTÔNIO JUCHEM E OUTRO (A/S)
ADV. (A/S) : LEANDRO BEMFICA RODRIGUES
RECD. (A/S) : UNIÃO
ADV. (A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO. (A/S) : CLÁUDIO PINTO CORRÊA
ADV. (A/S) : LUCIANA KAEMPF GASTAL E OUTRO (A/S)

EMENTA: CONSTITUCIONAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. RESERVA DE VAGAS À ESPECÍFICA CONCORRÊNCIA. ESTRUTURAÇÃO DE FASE DO CONCURSO EM DUAS TURMAS DE FORMAÇÃO. LEI 8.112/1990, ART. 5º, § 2º. DECRETO 3.298/1999. ESPECIFICIDADES DA ESTRUTURA DO CONCURSO. IRRELEVÂNCIA PARA A ALTERAÇÃO DO NÚMERO TOTAL DE VAGAS OFERECIDAS. MODIFICAÇÃO DO NÚMERO DE VAGAS RESERVADAS. IMPOSSIBILIDADE. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA.

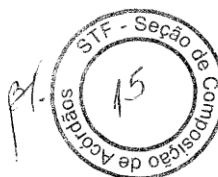
1. Recurso ordinário em mandado de segurança interposto de acórdão do Superior Tribunal de Justiça que entendeu ser plausível o cálculo da quantidade de vagas destinadas à específica concorrência de acordo com o número de turmas do curso de formação.

2. Os limites máximo e mínimo de reserva de vagas para específica concorrência tomam por base de cálculo a quantidade total de vagas oferecidas aos candidatos, para cada cargo público, definido em função da especialidade. Especificidades da estrutura do concurso, que não versem sobre o total de vagas oferecidas para cada área de atuação, especialidade ou cargo público, não influem no cálculo da reserva.

3. Concurso público. Provedimento de cinquenta e quatro vagas para o cargo de fiscal federal agropecuário. Etapa do concurso dividida em duas turmas para frequência ao curso de formação. Convocação, respectivamente, de onze e quarenta e três candidatos em épocas distintas. Reserva de quatro vagas para candidatos portadores de deficiência. Erro de critério. Disponíveis cinquenta e quatro vagas e, destas, reservadas cinco por cento para específica concorrência, três eram as vagas que deveriam ter sido destinadas à específica concorrência. A convocação de quarto candidato, ao invés do impetrante, violou direito líquido e certo à concorrência no certame.

Recurso ordinário em mandado de segurança conhecido e provido.

STF 102.002



²¹⁸ Estão contidos no julgado apenas a ementa e o voto do relator e a proposta oferecida pelo Ministro César Peluso.

*Supremo Tribunal Federal***195****RMS 25.666 / DF**

Julgado prejudicado, por perda de objeto, o Recurso em Mandado de Segurança nº 25.649.

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 ministra Ellen Gracie, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em conhecer e dar provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do relator, prejudicado o RMS nº 25.649.

Brasília, 29 de setembro de 2009.



JOAQUIM BARBOSA

-

Relator

201

Supremo Tribunal Federal

RMS 25.666 / DF

V O T O**O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - (Relator):**

Consistentes as razões do recurso.

O quadro fático em exame foi assim retratado no acórdão recorrido:

[...] a hipótese revela discussão a respeito das vagas destinadas a portadores de deficiência em concurso público concebido de forma regionalizada. No caso, cuida-se do Concurso Público para Provedimento de Vagas no Cargo de Fiscal Federal Agropecuário, regido pelo Edital 1/2001-MA, de 14/10/2001, e que compreende duas etapas: 1ª) prova objetiva, de caráter eliminatório, e de avaliação de títulos, de caráter unicamente classificatório; 2ª) Curso de Formação, de caráter unicamente eliminatório.

O impetrante, André Pölking, e o litisconsorte, Cláudio Pinto Corrêa, concorreram na especialidade Engenheiro Agrônomo, área Vigilância Agropecuária, para a qual estavam previstas 54 (cinquenta e quatro) vagas, conforme (item 2.1.1.1 - fl. 115).

Por ser regionalizado, o candidato deveria fazer uma única opção de cidade de lotação (item 3.2 - fl. 118), em relação à qual concorreriam às vagas. Ambos escolheram a cidade de Jaguarão/RS, onde havia 2 (duas) vagas.

O edital do certame ainda previu que as vagas estariam distribuídas em 2 (duas) turmas para participação no Curso de Formação (segunda etapa), conforme quadro ali constante (item 3.1 - fls. 118/126); e que, para cada especialidade/área haveria reserva de 5% (cinco por cento) aos portadores de deficiência, conforme Decreto 3.298/99 (item 4.1 - fl. 127).

Conforme o Quadro de fls. 120/121, foram convocados para primeira turma 10 (dez) candidatos, sendo 1 (um) deficiente e, para segunda turma, 44 (quarenta e quatro) candidatos, sendo 3 (três) portadores de deficiência. Ressalto, nesse ponto, a

Supremo Tribunal Federal

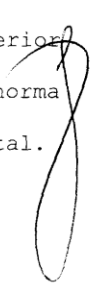
RMS 25.666 / DF

imprecisão do impetrante, que afirmou haverem sido chamados 11 (onze) e 43 (quarenta e três), respectivamente. Essa incorreção, todavia, não modifica o cerne da controvérsia, consoante veremos adiante." (Fls. 433).

Nos termos do art. 37, VIII da Constituição, a reserva de vagas para concorrência específica de portadores de deficiência é, se pragmaticamente cabível, requisito de validade da realização de concurso público para investidura em cargo ou emprego público.

Nos termos do art. 8º, § 2º da Lei 8.112/1990, entre cinco e vinte por cento das vagas disponíveis devem ser reservadas à concorrência específica, em contraposição à ampla concorrência.

Ocorre que o texto da Lei 8.112/1990 utiliza a expressão "vagas oferecidas no concurso" para definir a base de cálculo dos limites mínimo e máximo de reserva. Tal como fundamentado o acórdão recorrido, vicissitudes e idiossincrasias de formação e de organização do concurso público permitiram que "as vagas oferecidas no concurso" fossem cindidas de acordo com cada turma de curso de formação que viesse a ser estipulado pelos responsáveis pelo certame. Conforme entendeu o Superior Tribunal de Justiça, tal interpretação atende à função da norma que prevê a reserva de vagas para ingresso na atividade estatal.



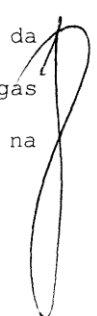
Supremo Tribunal Federal

RMS 25.666 / DF

Independentemente da quantidade de fases e da forma como elas forem estruturadas, cada processo para preenchimento de cargos ou empregos públicos se revela uno e único. O ponto de partida para o certame sempre será a existência de vagas, ou a previsão da abertura de vagas, relacionadas a cargo ou emprego público. Tendo em vista a distinção funcional peculiar do serviço público, é possível especificar áreas de especialização que definam o cargo ou o emprego público em questão.

O concurso público aberto nos termos do Edital 01/2001 - MA foi organizado de modo a dividir os candidatos aprovados em duas turmas do curso de formação. O edital também alocou as vagas disponíveis de acordo com cidades de lotação, de modo que os candidatos deveriam optar também pela localidade em que disponível a vaga logo na inscrição (item 3.2. do Edital 01). Para Jaguarão-RS foram destinadas duas vagas, divididas entre as duas turmas disponíveis.

A base de cálculo dos limites de vagas destinadas à específica concorrência corresponde ao número total de vagas disponíveis para cada especialidade. Assim, peculiaridades da estrutura do concurso que não afetem o número total de vagas disponíveis para cada nicho de concorrência não influirão na quantidade de vagas reservadas.



Supremo Tribunal Federal

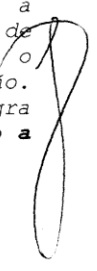
RMS 25.666 / DF

A criação de duas turmas para o curso de formação pode atender a critérios logísticos, de praticidade, adequação aos recursos disponíveis, entre outros. Mas tais distinções são insuficientes para alterar o número total de vagas oferecidas aos candidatos. No caso em exame, o deslocamento temporal entre as turmas do curso de formação nada disse sobre a quantidade total de vagas a que concorriam os candidatos.

Registro, por pertinente, a observação feita pelo Ministério Público Federal acerca das consequências das justificativas apresentadas pela autoridade coatora para sustentar a validade do ato:

"8. Observe-se que a legislação pertinente determina um máximo (20%) e um mínimo (5%) de vagas reservadas para portadores de deficiência que desejem ingressar no serviço público. A partir desses patamares limítrofes, tem a Administração o dever de decidir como e quando convocar servidores a fim de, em obediência aos princípios do direito administrativo, preencher as vagas ofertadas em edital. Ocorre, entretanto, que essa discricionariedade deve ser exercida quando da elaboração do edital, que regerá o certame de seleção.

9. Uma vez que o edital que regulou o concurso no caso em exame fez previsão de que das 54 vagas ofertadas para o cargo pleiteado, 5% seriam destinadas a portadores de deficiência, chega-se ao número de 2,7 vagas. Em obediência ao estabelecido no art. 37, § 2º, do Decreto n.º 3.298/99, o valor é elevado ao primeiro número inteiro subsequente, ou seja, 3. Note-se, portanto, que o edital previu a nomeação de apenas 3 candidatos portadores de deficiência, não estabelecendo que aplicaria o percentual nas convocações para os cursos de formação. Assim, a convocação do 4º candidato contrariou a regra editalícia, ferindo o princípio da legalidade. **Caso a**



205

Supremo Tribunal Federal

RMS 25.666 / DF

administração, ao invés de convocar duas turmas para o curso de formação optasse por convocar 10 turmas, pelo raciocínio do administrador, teríamos a nomeação não de 3, mas de 10 candidatos portadores de deficiência, deixando ainda mais clara a ilegalidade de tal ato.

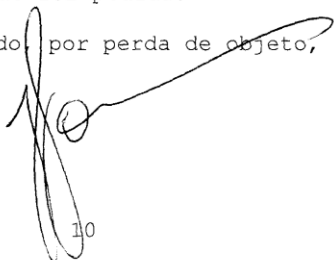
10. É certo que a Administração pode deixar de convocar candidatos aprovados em concurso, uma vez que a aprovação gera mera expectativa de direito, porém, uma vez que sejam convocados, devem as regras do edital serem cumpridas, sobretudo se não houve, ainda que posteriores à realização da prova, retificações no edital." (Grifei).

Em suma, o estabelecimento do número de vagas destinadas à específica concorrência em função da quantidade de turmas do curso de formação outorga à Administração a possibilidade de estabelecer por vias oblíquas os limites entre concorrência ampla e concorrência específica. O ponto fica ainda mais nítido quando se observa que a relação entre o total de vagas disponíveis e as vagas destinadas à específica concorrência é alterada mesmo com o número total de vagas permanecendo estático. Em sentido semelhante, a proporção efetiva é modificada sem a alteração do percentual de reserva estabelecido no início do certame.

Ante o exposto, conheço do recurso ordinário em mandado de segurança e dou-lhe provimento, para conceder a segurança, nos termos em que foi pedida.

Julgo prejudicado, por perda de objeto, o RMS 25.649.

É como voto.



10

*Supremo Tribunal Federal***206**

29/09/2009

SEGUNDA TURMA

RECURSO ORD. EM MANDADO DE SEGURANCA 25.666 DISTRITO FEDERAL

PROPOSTA

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Senhora Presidente, apenas um pedido de esclarecimento ao eminente Relator. O pedido de segurança é para que fim?

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - O pedido é para:

"b) PROVIMENTO final da impetração, concedendo a segurança anulando os atos atacados, ordenando que na homologação do resultado do concurso para a vaga questionada seja excluído o nome do candidato que lá constou e incluído o nome do impetrante, sendo ainda o mesmo nomeado para o referido cargo, com efeitos retroativos a 20.03.2002, data em que deveria ter sido nomeado, com vantagens temporais e pecuniárias também a vigorar a partir da mesma data."

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - E esse ocupante atual foi citado para o mandado de segurança?

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE (PRESIDENTE) - Sim, ele é o interessado, Cláudio Pinto Corrêa.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Por que, então, não concedemos desde logo a segurança nos termos do que foi impetrado, se Vossa Excelência está reconhecendo a



*Supremo Tribunal Federal***207****RMS 25.666 / DF**

ilegalidade do ato da Administração? Por que determinar à Administração que o reexamine? Se estamos reconhecendo que o ato é ilegal, é de atender, desde logo, ao mandado de segurança.


A solução proposta pelo eminente advogado é que não me parece admissível, porque se trata de cargo público. E a Administração não pode criar um cargo só para contemplar quem, há oito anos, ocupa o que não existe. Mas, enfim, acho que a solução aí seria dar provimento simplesmente e conceder a ordem nos termos em que foi pedida.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU - Estou de acordo.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - De acordo.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Também eu, Senhora Presidente.

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE (PRESIDENTE) - Também eu.

Portanto, a Turma, à unanimidade conhece do recurso e lhe dá provimento nos termos do voto do Relator, prejudicado o Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 25.649, entre as mesmas partes. 

SEGUNDA TURMA**EXTRATO DE ATA****RECURSO ORD. EM MANDADO DE SEGURANÇA 25.666**

ORIGEM : MS

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. JOAQUIM BARBOSA

RECTE.(S) : ANDRÉ PÔLKING

ADV.(A/S) : MIGUEL ANTÔNIO JUCHEM

ADV.(A/S) : LEANDRO BEMFICA RODRIGUES

RECDO.(A/S) : UNIÃO

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INTDO.(A/S) : CLÁUDIO PINTO CORRÊA

ADV.(A/S) : LUCIANA KAEMPF GASTAL

Decisão: A Turma, à unanimidade, conheceu e deu provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Relator, prejudicado o RMS nº 25.649. Falou, pelo recorrente, o Dr. Leandro Benfica Rodrigues. **2ª Turma**, 29.09.2009.

Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Joaquim Barbosa e Eros Grau.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Francisco Adalberto Nóbrega.

Carlos Alberto Cantanhede
Coordenador

Anexo 6: Mandado de Segurança nº 11.983, julgado pelo STJ²¹⁹

Superior Tribunal de Justiça

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 11.983 - DF (2006/0136409-1)

RELATOR : MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA
 IMPETRANTE : DANIELLE JANDIROBA TÉLLEZ
 IMPETRANTE : GERALDO LUCIANO GUIMARÃES
 ADVOGADA : MIRIAN VELOSO MENDONÇA DE ANDRADE E OUTRO
 IMPETRADO : ADVOGADO GERAL DA UNIÃO
 IMPETRADO : DIRETOR GERAL DO CENTRO DE SELEÇÃO E TREINAMENTO
 DA FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

EMENTA

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DE CARGOS DE PROCURADOR FEDERAL. EDITAL CESP/UnB 1/2005. PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO E DE FALTA DE INTERESSE DE AGIR. REJEIÇÃO. CRITÉRIOS ADOTADOS NO EDITAL. NÃO-IMPUGNAÇÃO. PORTADOR DE DEFICIÊNCIA. LISTA GERAL DE CANDIDATOS APROVADOS E CLASSIFICADOS. INOBSERVÂNCIA DO PERCENTUAL FIXADO. ART. 37, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ART. 5º, § 2º, DA LEI 8.112/90. SEGURANÇA CONCEDIDA EM PARTE.

1. Os impetrantes insurgem-se contra a posição que assumiram, na condição de portadores de deficiência, na lista geral de candidatos aprovados e classificados do Concurso Público para Provimento de Cargos de Procurador Federal de 2ª Categoria do Quadro de Pessoal da Procuradoria-Geral Federal, regido pelo Edital CESP/UnB 1/2005.

2. Tendo sido homologado o resultado final do certame pelo Advogado-Geral da União, por meio da Portaria 610, de 28/6/2006, não há falar em sua ilegitimidade passiva *ad causam*.

3. Os critérios fixados no edital não se mostram impugnados no *mandamus*, mas, tão-somente, sua efetiva aplicação, considerando, ainda, as normas constitucionais e infraconstitucionais que regem a matéria. Daí a possibilidade de exame da controvérsia pelo Poder Judiciário, porquanto não envolve aspectos relacionados ao mérito administrativo.

4. Permanece incólume o interesse de agir dos impetrantes diante da retificação na lista geral de candidatos aprovados e classificados, considerando que teria persistido o desacordo com as normas de regência.

5. A Constituição Federal, em seu art. 37, inc. VIII, assegura, para provimento de cargo ou emprego público, reserva de percentual de vagas aos candidatos portadores de deficiência. Os percentuais mínimo e máximo devem ser de 5% (cinco por cento) e 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas, conforme a Lei 8.112/90 e o Decreto 3.298/99.

6. No edital que disciplina o concurso em exame, foram reservadas 14 (catorze) vagas para os candidatos portadores de deficiência, o que corresponde a 5% (cinco por cento) das 272 (duzentos e setenta e duas) previstas, sendo que, ao final, apenas 6 (seis) lograram aprovação.

²¹⁹ Estão contidos no julgado apenas a ementa, voto do relator e o voto do Ministro Napoleão Maia Filho.

Superior Tribunal de Justiça

7. Desse modo, todos os candidatos portadores de deficiência aprovados, ainda que com média inferior aos demais, deveriam, para dar efetividade à norma constitucional, posicionar-se dentro do número total de vagas previsto, e não simplesmente de acordo com a nota final obtida.

8. Segurança concedida em parte para reconhecer aos impetrantes o direito de figurarem nas posições 269 e 270, respectivamente, na lista geral de candidatos aprovados e classificados do certame em tela.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da TERCEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, conceder em parte a segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votaram com o Relator a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e os Srs. Ministros Carlos Fernando Mathias (Juiz convocado do TRF 1ª Região), Nilson Naves e Paulo Gallotti.

Vencidos os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG), Felix Fischer e Laurita Vaz.

A Dra. Miriam Veloso Mendonça de Andrade sustentou oralmente pelos impetrantes.

A Dra. Ana Valéria de Andrade Rabelo sustentou oralmente pela União.
Brasília (DF), 12 de dezembro de 2007(Data do Julgamento)

MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA
Relator

Superior Tribunal de Justiça

MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA (Relator):

Consoante se verifica no relatório, os impetrantes insurgem-se contra a posição final que assumiram, na condição de portadores de deficiência, na lista geral de candidatos aprovados e classificados do Concurso Público para Provimento de Cargos de Procurador Federal de 2ª Categoria do Quadro de Pessoal da Procuradoria-Geral Federal, regido pelo Edital CESP/UnB 1, de 17/11/2005.

Tendo sido homologado o resultado final do certame pelo Advogado-Geral da União, por meio da Portaria 610, de 28/6/2006, não há falar em sua ilegitimidade passiva *ad causam* (fls. 118/122).

Em relação aos argumentos apresentados pelo Ministério Público Federal, em seu parecer, ressalto que, no caso, não restou demonstrado ter agido referida autoridade na condição de presidente de órgão colegiado, hipótese em que esta Corte tem entendido não ser competente para julgamento do mandado de segurança, nos termos da Súmula 177/STJ:

O Superior Tribunal de Justiça é incompetente para processar e julgar, originariamente, mandado de segurança contra ato de órgão colegiado presidido por Ministro de Estado.

Outrossim, tem-se que o ato impugnado foi praticado pelo Advogado-Geral da União, que homologou a lista dos candidatos aprovados e classificados do concurso em exame, pouco importando quem, de fato, a elaborou. A circunstância relevante é que referida autoridade, no exercício regular de suas atividades funcionais, aprovou e publicou o resultado final do certame, assumindo a legalidade do ato.

Desse modo, rejeito a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*.

A autoridade impetrada, a título de preliminar, defende a falta de interesse de agir, porquanto a pretensão deduzida em juízo foi atendida com a publicação da retificação da Portaria 578, de 28/6/2006, na qual figura o nome dos impetrantes em 3º (terceiro) e 4º (quarto) lugares, respectivamente.

Ocorre que os impetrantes não questionam a lista especial, destinada aos candidatos portadores de deficiência. Impugnam tão-somente a lista geral dos candidatos aprovados e classificados, que teria sido publicada, mesmo com a retificação, em desacordo com as normas de regência. Por conseguinte, permanece incólume o interesse de agir.

No tocante aos argumentos expostos pelo Diretor-Geral do Centro de Seleção e

Superior Tribunal de Justiça

Promoção de Eventos da Universidade de Brasília – CESPE/UnB, cabe ressaltar que os critérios adotados no edital, que se situam no âmbito do poder discricionário da Administração, não se mostram impugnados no presente mandado de segurança, mas, tão-somente, sua efetiva aplicação.

Com efeito, os parâmetros adotados pela Administração para selecionar os candidatos não são atacados pelos impetrantes, os quais aderiram às normas editalícias de forma incondicional quando de sua inscrição. Conforme exposto, eles se insurgem contra o resultado final, no qual não teriam sido observadas as normas constitucionais e infraconstitucionais que cuidam da matéria em exame nem o próprio edital do certame.

Assim, não há óbice quanto à apreciação, pelo Poder Judiciário, do pedido formulado no presente *mandamus*.

Quanto ao mérito, a Constituição Federal resguarda o direito de o portador de deficiência ingressar no serviço público, prevendo a reserva de vagas, consoante preconiza o seguinte dispositivo:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

.....

..

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

A Lei 8.112/90, por sua vez, define o percentual máximo a ser observado na hipótese, qual seja, 20% (vinte por cento), conforme se verifica abaixo:

Art. 5º. São requisitos básicos para investidura em cargo público:

.....

§ 2º Às pessoas portadores de deficiência é assegurado o direito de se inscrever em concurso público para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras; para tais pessoas serão reservadas até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso.

Por fim, dispõe o Decreto 3.298, de 20/12/1999, que, no mínimo, deve ser assegurado aos portadores de deficiência o percentual de 5% (cinco por cento) das vagas disponíveis. Prevê, ainda, a publicação do resultado final em listas distintas. Veja os seguintes dispositivos:

Superior Tribunal de Justiça

Art. 37. Fica assegurado à pessoa portadora de deficiência o direito de se inscrever em concurso público, em igualdade de condições com os demais candidatos, para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que é portador.

§ 1º O candidato portador de deficiência, em razão da necessária igualdade de condições, concorrerá a todas as vagas, sendo reservado no mínimo o percentual de cinco por cento em face da classificação obtida.

Art. 41. A pessoa portadora de deficiência, resguardadas as condições especiais previstas neste Decreto, participará de concurso em igualdade de condições com os demais candidatos no que concerne:

- I - ao conteúdo das provas;
- II - à avaliação e aos critérios de aprovação;
- III - ao horário e ao local de aplicação das provas; e
- IV - à nota mínima exigida para todos os demais candidatos.

Art. 42. A publicação do resultado final do concurso será feita em duas listas, contendo, a primeira, a pontuação de todos os candidatos, inclusive a dos portadores de deficiência, e a segunda, somente a pontuação destes últimos.

Pela leitura dos dispositivos acima transcritos, verifica-se que a Constituição Federal assegura a reserva de vagas aos candidatos portadores de deficiência. Conforme a Lei 8.112/90 e o Decreto 3.298/99, os percentuais mínimo e máximo devem ser de 5% (cinco por cento) e 20% (vinte por cento) sobre o total de vagas oferecidas.

A norma constitucional dirige-se aos cargos e empregos públicos, quer dizer, o percentual a que se refere deve incidir sobre as vagas disponíveis. Para tanto, basta ver que a Lei 8.112/90 é expressa ao preconizar que aos portadores de deficiência "serão reservadas até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso". Ou seja, reservam-se vagas, e não posições na classificação do certame.

Outrossim, os portadores de deficiência – não obstante estejam sujeitos às exigências de concurso público, tais como as relativas à escolaridade, conteúdo das provas, nota mínima para aprovação e exames de saúde, por exemplo – figuram em lista própria de classificação, nos termos do art. 42 do Decreto 3.298/99.

Impõe-se registrar, desde logo, que o edital do certame, como não poderia deixar de ser, reproduz o comando contido no art. 42 do decreto em referência, consoante se verifica no item 3.6, que dispõe (fl. 29):

3.6 Os candidatos que, no ato da inscrição, declararem-se portadores de deficiência, se aprovados e classificados no concurso, terão seus nomes publicados em lista à parte e, caso obtenham classificação necessária,

Superior Tribunal de Justiça

figurarão também na lista de classificação geral.

Por conseguinte, embora os portadores de deficiência possam atingir média inferior aos demais candidatos, e ainda ser convocados e nomeados, essa circunstância não demonstra, por si só, preterição. Nesse sentido, transcrevo as seguintes ementas de acórdãos:

ADMINISTRATIVO - CONCURSO PÚBLICO - MÉDICO VETERINÁRIO - ÁREA VIGILÂNCIA AGROPECUÁRIA - CONVOCAÇÃO DE CANDIDATA DEFICIENTE PARA CURSO DE FORMAÇÃO - INOBSERVÂNCIA DA CLASSIFICAÇÃO DOS APROVADOS NO CERTAME E CONSEQÜENTE PRETERIÇÃO DE CANDIDATO COM NOTA FINAL SUPERIOR - INOCORRÊNCIA - NORMAS DO EDITAL OBSERVADAS - CUMPRIMENTO À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE PERCENTUAL DE CARGO PÚBLICO AO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA FÍSICA REGULADA PELA LEI Nº 8.112/90 E PELO DECRETO Nº 3.298/99 - INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO - SEGURANÇA DENEGADA.

I - A Constituição Federal, em seu art. 37, inciso VIII assegura aos portadores de deficiência física a reserva de percentual dos cargos e empregos públicos. A Administração regula a situação através da Lei nº 8.112/90 e do Decreto nº 3.298/99, estabelecendo que serão reservadas até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso, bem como que o número de vagas correspondente à reserva destinada à pessoa portadora de deficiência deve estar inserta no Edital, respectivamente.

III - O candidato portador de deficiência física concorre em condições de igualdade com os demais não-portadores, na medida das suas desigualdades. Caso contrário, a garantia de reserva de vagas nos concursos para provimento de cargos públicos aos candidatos deficientes não teria razão de ser.

V - O tratamento relativamente diferenciado, ou por outro lado, a "preferência" que se dá aos deficientes físicos foi o modo que encontrou o legislador constituinte de minorar o déficit de que são acometidos. A convocação da candidata deficiente para participar do Curso de Formação, ao invés do impetrante, consiste na obediência às normas que regem a situação.

VI - Segurança denegada. (MS 8.411/DF, Rel. Min. GILSON DIPP, Terceira Seção, DJ de 21/6/04)

CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. PODER JUDICIÁRIO. AFERIÇÃO DE PARÂMETROS DE LEGALIDADE. POSSIBILIDADE. CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DO CARGO DE FISCAL FEDERAL AGROPECUÁRIO. EDITAL 1/2001. CRITÉRIO REGIONALIZADO. PORTADOR DE DEFICIÊNCIA. OBSERVÂNCIA DO PERCENTUAL DE VAGAS EM CADA TURMA DE CONVOCAÇÃO PARA O CURSO DE FORMAÇÃO. ART. 37, VIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ART. 5º, § 2º, DA LEI 8.112/90. ART. 37, § 2º, DO DECRETO 3.298/99. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA.

Superior Tribunal de Justiça

SEGURANÇA DENEGADA.

.....
2. A Constituição Federal, em seu art. 37, inc. VIII, assegura reserva de percentual de vagas aos candidatos portadores de deficiência para provimento de cargo ou emprego público. Nos termos do art. 5º, § 2º, Lei 8.112/90, o percentual máximo a ser observado é de 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no certame.

.....
6. Os portadores de deficiência figuram em lista própria de classificação em concurso público. Por conseguinte, não obstante possam atingir média inferior aos demais candidatos, e ainda serem convocados e nomeados, essa circunstância não demonstra, por si só, preterição. Precedente.

7. Segurança denegada. (MS 8.482/DF, de minha relatoria, Terceira Seção, DJ de 14/9/05)

É oportuno registrar que a norma constitucional tem por objetivo primordial tratar de forma diferenciada o portador de deficiência, considerando as dificuldades que naturalmente detém, para permitir-lhe o exercício de atividade laborativa, em observância à dignidade da pessoa humana e aos valores sociais do trabalho, que constituem, entre outros, fundamentos da República Federativa do Brasil, nos termos do art. 1º, incisos III e IV, da Constituição Federal. Daí a pertinência das normas infraconstitucionais, que estabelecem lista de classificação própria para os portadores de deficiência.

De outra parte, a ordem classificatória em concurso público, ao tempo em que apresenta o desempenho de cada um, conforme a nota obtida, tem como principal finalidade orientar o preenchimento das vagas existentes. Representa a seqüência para chamamento dos candidatos aprovados e classificados. Assim, deve a Administração, para cumprir a finalidade da lei, publicar resultado final que reflita, após a realização de todas as provas previstas e a avaliação dos títulos, exatamente como se dará a nomeação.

No caso, o Concurso Público para Provimento de Cargos de Procurador Federal de 2ª Categoria do Quadro de Pessoal da Procuradoria-Geral Federal, regido pelo Edital 1/2005 – CESP/UnB, de 17/11/2005, reservou 14 (catorze) vagas para os candidatos portadores de deficiência, o que corresponde a 5% (cinco por cento) das 272 (duzentos e setenta e duas) previstas (fl. 28).

Consoante o anexo I da Portaria 610, de 28/6/2006, do Advogado-Geral da União, foram aprovados e classificados, no total, 610 (seiscentos e dez) candidatos, sendo 6 (seis) portadores de deficiência (fls. 118/120).

Os impetrantes, DANIELLE JANDIROBA TÉLLEZ e GERALDO LUCIANO GUIMARÃES, alcançaram as notas 63,35 (sessenta e três vírgula trinta e cinco) e 60,60

Superior Tribunal de Justiça

(sessenta vírgula sessenta), respectivamente. Na lista especial, figuraram em 3º (terceiro) e 4º (quarto) lugares. Todavia, na lista geral de candidatos aprovados e classificados, restaram posicionados em 607 (seiscentos e sete) e 608 (seiscentos e oito), respectivamente. Daí a controvérsia, considerando que havia 272 (duzentos e setenta e duas) vagas.

Sustentam, nos termos da emenda à inicial, que, reservando o edital 5% (cinco) por cento das vagas, deveria ser observada a proporção de 1 (um) portador de deficiência para cada 19 (dezenove) candidatos da lista regular, quando da feitura da lista geral de candidatos aprovados e classificados.

Não obstante os argumentos apresentados pelos impetrantes, entendo que a Constituição Federal assegura a reserva de vagas aos candidatos portadores de deficiência, e não determinada proporção a cada número de aprovados como regulares. Em outras palavras, o percentual legal incide sobre a quantidade de vagas existentes, e não proporcionalmente de acordo com o número de candidatos aprovados, a contar do 1º (primeiro) colocado.

Desse modo, na hipótese, mostra-se incabível a pretensão dos impetrantes de se posicionarem em 60º (sexagésimo) e 80º (octogésimo) lugares, respectivamente, à asserção de que teriam figurado em 3º (terceiro) e 4º (quarto) lugares na lista especial.

A prevalecer esse entendimento, seria conferida uma primazia sem amparo legal, na medida em que, na hipótese, o último colocado entre os portadores de deficiência figuraria na posição 120 (cento e vinte), tendo, ainda, 152 (cento e cinquenta e duas) vagas para os candidatos regulares, com notas superiores.

É oportuno registrar que o raciocínio desenvolvido pelos impetrantes apresentaria plausibilidade jurídica se houvesse 20 (vinte) vagas previstas no edital e o percentual fosse, também, de 5% (cinco por cento), por exemplo, circunstância em que a classificação geral deveria, desde o início, albergar um portador de deficiência a cada 19 (dezenove) candidatos regulares aprovados.

Essa também seria a proporção a ser observada na presente hipótese caso houvesse sido aprovado número superior a 14 (catorze) portadores de deficiência. No entanto, se assim fosse, a proporção seria contada a partir da posição 272 (duzentos e setenta e dois).

De outra parte, há violação a direito líquido e certo dos impetrantes, que merece ser prontamente corrigida.

Com efeito, a lista geral dos candidatos aprovados e classificados questionada, ao apresentar os portadores de deficiência fora do número de vagas previsto, mostra-se ilegal e inconstitucional na medida em que não reflete a ordem definitiva em que se dará a nomeação dos

Superior Tribunal de Justiça

candidatos.

Para tanto, basta concluir que seria inconcebível que, caso fossem chamados para assumirem o cargo em exame tão-somente os candidatos classificados dentro do número de vagas previsto, os portadores de deficiência estariam excluídos, mesmo figurando como aprovados e classificados na lista especial.

Desse modo, no caso, diante da circunstância de que foram aprovados, ainda que com média inferior aos demais, menos candidatos portadores de deficiência física do que o número de vagas para eles previsto, a Administração deveria publicar o resultado final, para dar efetividade à norma constitucional, em que os albergasse dentro do número total de vagas previsto, e não simplesmente de acordo com a nota final obtida.

Com efeito, a lista geral dos aprovados e classificados não deve ser elaborada com base tão-somente na nota final, quando há candidatos portadores de deficiência aprovados. Deve refletir fielmente a ordem em que ocorrerá as nomeações.

Desse modo, considerando a aprovação de 6 (seis) candidatos portadores de deficiência, as posições alcançadas pelos impetrantes na lista especial, quais sejam, 3º (terceiro) e 4º (quarto) lugares, e, ainda, o número total de vagas existente, 272 (duzentos e setenta e duas), tem-se que eles deveriam constar nas posições 269 (duzentos e sessenta e nove) e 270 (duzentos e setenta), respectivamente.

Ante o exposto, concedo em parte a segurança para reconhecer aos impetrantes o direito de figurarem nas posições 269 (duzentos e sessenta e nove) e 270 (duzentos e setenta), respectivamente, na lista geral de candidatos aprovados e classificados no certame em tela. Custas *ex lege*. Sem condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nos termos da Súmula 105/STJ.

É o voto.

Superior Tribunal de Justiça

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 11.983 - DF (2006/0136409-1)

RELATOR : MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA
 IMPETRANTE : DANIELLE JANDIROBA TÉLLEZ
 IMPETRANTE : GERALDO LUCIANO GUIMARÃES
 ADVOGADA : MIRIAN VELOSO MENDONÇA DE ANDRADE E OUTRO
 IMPETRADO : ADVOGADO GERAL DA UNIÃO
 IMPETRADO : DIRETOR GERAL DO CENTRO DE SELEÇÃO E
 TREINAMENTO DA FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

VOTO-VENCIDO

(MINISTRO NAPOLEÃO MAIA FILHO)

1. Sr. Presidente, para facilitar um cálculo, vamos imaginar que fossem reservadas 50% das vagas para os portadores de deficiência. Se assim fosse, haveria a lista de classificação dos não-deficientes e a lista de classificação dos portadores de necessidades especiais. Então, nomear-se-iam o primeiro, o segundo, o terceiro candidato de cada lista, até terminar. Se não for assim, não se dá eficácia à norma constitucional e está-se permitindo que uma norma infraconstitucional, pior, que a norma de um decreto encurte o alcance da Constituição Federal. O que a Constituição quer é isso o que estou dizendo. Pode até o meu entendimento não ter ficado bem explícito. Assegurar esse tratamento desigual na seleção e não assegurá-lo na nomeação é uma situação enganosa.

2. Se V. Exa. me permite, Sr. Presidente, contarei rapidamente uma história. Quando o Presidente Jimmy Carter, salvo engano, visitou o Paraguai, durante a presidência do General Stroessner, S. Exa. perguntou por que lá não havia eleição. O General Stroessner disse: não, aqui há eleição. E Jimmy Carter perguntou: e tem oposição? O General Stroessner respondeu: tem. E Jimmy Carter perguntou: e tem candidato? O General Stroessner respondeu: tem. E Jimmy Carter perguntou: e por que V. Exa. sempre ganha a eleição? O General Stroessner respondeu: porque aqui, Presidente, a eleição ocorre em duas etapas; há a fase da votação e a fase da apuração. A oposição, às vezes, ganha na votação, mas na apuração quem ganha sou eu. É isso, mais ou menos. Os portadores de deficiência concorrem privilegiadamente

Superior Tribunal de Justiça

na seleção, mas, na nomeação, são colocados no universo geral.

3. Por tais razões, concedo a ordem neste mandado de segurança para assegurar que, tão logo se complete a percentagem dos não-deficientes, o primeiro portador de deficiência seja nomeado, quer dizer, quando forem nomeados dezenove, nomeie-se um deficiente; mais dezenove, mais um deficiente, e assim por diante, até final.



Superior Tribunal de Justiça

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 11.983 - DF (2006/0136409-1)

RELATOR : MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA
 IMPETRANTE : DANIELLE J ANDIROBA TÉLLEZ
 IMPETRANTE : GERALDO LUCIANO GUIMARÃES
 ADVOGADA : MIRIAN VELOSO MENDONÇA DE ANDRADE E OUTRO
 IMPETRADO : ADVOGADO GERAL DA UNIÃO
 IMPETRADO : DIRETOR GERAL DO CENTRO DE SELEÇÃO E
 TREINAMENTO DA FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DE
 BRASÍLIA

VOTO

O SR. MINISTRO CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO): Sr. Presidente, fica-se em uma situação difícil quando há posições lúcidas, inteligentes e bem embasadas. Mas entendo que a questão foi mal posta. Não há dúvida de que o legislador constituinte quis assegurar ao portador de deficiência um privilégio no sentido dado pelos latinos: *privus, us e lex, legis*. A lei privada, a lei do particular, a situação particular concreta. Mas não o concedeu a ele.

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho está oferecendo uma solução que seria razoável. Todavia, entendo que se trata de hipótese de *lege ferenda*.

Enquanto a lei assim não dispor, acompanho o voto do Sr. Ministro Relator, concedendo em parte a ordem em mandado de segurança para reconhecer aos impetrantes o direito de figurarem nas posições nºs 269 e 270, respectivamente, da lista geral de candidatos aprovados e classificados no certame em tela. Custas na forma da lei, não havendo honorários conforme a Súmula nº 105.

PRESIDENTE O SR. MINISTRO HAMILTON CARVALHIDO
 RELATOR O SR. MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA

Superior Tribunal de Justiça

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA SEÇÃO**

Número Registro: 2006/0136409-1

MS 11983 / DF

PAUTA: 22/11/2006

JULGADO: 22/11/2006

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ARNALDO ESTEVES LIMA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **GILSON DIPP**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JAIR BRANDÃO DE SOUZA MEIRA**

Secretária

Bela. **VANILDE S. M. TRIGO DE LOUREIRO**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DANIELLE JANDIROBA TÉLLEZ
IMPETRANTE : GERALDO LUCIANO GUIMARÃES
ADVOGADO : ANA KAROLINA CAVALCANTI LEAL E OUTRO
IMPETRADO : ADVOGADO GERAL DA UNIÃO
IMPETRADO : DIRETOR GERAL DO CENTRO DE SELEÇÃO E TREINAMENTO DA
FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

ASSUNTO: **Administrativo - Concurso Público - Deficiente Físico**

SUSTENTAÇÃO ORAL

O Dr. Carlos Luiz Weber sustentou oralmente pelos impetrados.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Adiado o julgamento por indicação do Sr. Ministro Relator.

Brasília, 22 de novembro de 2006

VANILDE S. M. TRIGO DE LOUREIRO
Secretária

Superior Tribunal de Justiça

**ERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA SEÇÃO**

Número Registro: 2006/0136409-1

MS 11983 / DF

PAUTA: 12/12/2007

JULGADO: 12/12/2007

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ARNALDO ESTEVES LIMA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **HAMILTON CARVALHIDO**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **JULIETA E. FAJARDO C. DE ALBUQUERQUE**

Secretária

Bela. **VANILDE S. M. TRIGO DE LOUREIRO**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DANIELLE JANDIROBA TÊLLEZ
IMPETRANTE : GERALDO LUCIANO GUIMARÃES
ADVOGADA : MIRIAN VELOSO MENDONÇA DE ANDRADE E OUTRO
IMPETRADO : ADVOGADO GERAL DA UNIÃO
IMPETRADO : DIRETOR GERAL DO CENTRO DE SELEÇÃO E TREINAMENTO DA
FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

ASSUNTO: Administrativo - Concurso Público - Deficiente Físico

SUSTENTAÇÃO ORAL

A Dra. Miriam Veloso Mendonça de Andrade sustentou oralmente pelos impetrantes.

A Dra. Ana Valéria de Andrade Rabelo sustentou oralmente pela União

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Seção, por maioria, concedeu em parte a segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Votaram com o Relator a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e os Srs. Ministros Carlos Fernando Mathias (Juiz convocado do TRF 1ª Região), Nilson Naves e Paulo Gallotti.

Vencidos os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG), Felix Fischer e Laurita Vaz.

Superior Tribunal de Justiça

Brasília, 12 de dezembro de 2007

VANILDE S. M. TRIGO DE LOUREIRO
Secretária



Anexo 7: Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 18.669, julgado pelo STJ²²⁰

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ORDINÁRIO EM MS Nº 18.669 - RJ (2004/0104990-3)

RELATOR : MINISTRO GILSON DIPP
RECORRENTE : FERNANDO MONNERAT MOTTA
ADVOGADO : TEREZINHA DE JESUS MACEDO MOTTA E OUTRO
T.ORIGEM : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2A REGIÃO
IMPETRANTE : DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO TRIBUNAL REGIONAL
 FEDERAL DA 2A REGIÃO
RECORRIDO : UNIÃO

EMENTA

ADMINISTRATIVO - CONCURSO PÚBLICO - ANALISTA JUDICIÁRIO - ESPECIALIDADE ODONTOLOGIA - CANDIDATO DEFICIENTE - PRETERIÇÃO - OCORRÊNCIA - INOBSERVÂNCIA DO ART. 37, § 2º DO DECRETO Nº 3.298/99 - RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA - ALTERNÂNCIA ENTRE UM CANDIDATO DEFICIENTE E OUTRO NÃO, ATÉ QUE SE ATINJA O LIMITE DE VAGAS PARA OS PORTADORES DE DEFICIÊNCIA ESTABELECIDO NO EDITAL - RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

I - A Constituição Federal, em seu art. 37, inciso VIII assegura aos portadores de deficiência física a reserva de percentual dos cargos e empregos públicos. A Administração regula a situação através da Lei nº 8.112/90 e do Decreto nº 3.298/99, estabelecendo que serão reservadas até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso, bem como que o número de vagas correspondente à reserva destinada à pessoa portadora de deficiência deve estar inserta no Edital, respectivamente.

II - Estatui o brocardo jurídico: "*o edital é a lei do concurso*". Desta forma, estabelece-se um vínculo entre a Administração e os candidatos, igualmente ao descrito na Lei de Licitações Públicas, já que o escopo principal do certame é propiciar a toda coletividade igualdade de condições no ingresso ao serviço público. Pactuam-se, assim, normas preexistentes entre os dois sujeitos da relação editalícia. De um lado, a Administração. De outro, os candidatos. Com isso, é defeso a qualquer candidato vindicar direito alusivo à quebra das condutas lineares, universais e imparciais adotadas no certame.

III - O candidato portador de deficiência física concorre em condições de igualdade com os demais não-portadores, **na medida das suas desigualdades**. Caso contrário, a garantia de reserva de vagas nos concursos para provimento de cargos públicos aos candidatos deficientes não teria razão de ser.

IV - No caso dos autos, o impetrante, primeiro colocado entre os deficientes físicos, deve ocupar uma das vagas ofertadas ao cargo de Analista Judiciário - especialidade Odontologia, para que seja efetivada a vontade insculpida no art. 37, § 2º do Decreto nº 3.298/99. Entenda-se que não se pode considerar que as primeiras vagas se destinam a candidatos não-deficientes e apenas as eventuais ou últimas a candidatos deficientes. Ao contrário, o que deve ser feito é a nomeação alternada de um e outro, até que seja alcançado o percentual limítrofe de vagas oferecidas pelo Edital a esses últimos.

V - O tratamento relativamente diferenciado, ou por outro lado, a "preferência" que se dá aos deficientes físicos foi o modo que encontrou o legislador constituinte de minorar o déficit de que são acometidos. A convocação da candidata deficiente para participar do Curso de Formação, ao invés do impetrante, consiste na obediência às normas que regem a situação.

VI - Recurso conhecido e provido.

²²⁰ Estão contidos no julgado apenas a ementa e o voto do relator.

*Superior Tribunal de Justiça***ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça. "A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator." Os Srs. Ministros Laurita Vaz, José Arnaldo da Fonseca e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Impedido o Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima.

SUSTENTOU ORALMENTE: DRA. TEREZINHA DE JESUS MACEDO MOTA (P/ RECTE)

Brasília (DF), 7 de outubro de 2004 (Data do Julgamento)

MINISTRO GILSON DIPP
Relator



Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ORDINÁRIO EM MS Nº 18.669 - RJ (2004/0104990-3)

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO GILSON DIPP(Relator):

Primeiramente, registre-se que o recurso comporta conhecimento, pois foi interposto em tempo hábil e há o recolhimento do respectivo preparo.

Consoante se verifica nos autos, o recorrente participou, na condição de deficiente físico, do concurso público realizado para o provimento do cargo de Analista Judiciário - especialidade Odontologia, do Tribunal Federal Regional da 2ª Região, nos termos do Edital nº 01 de 13/11/2002 (fls. 38/40) e obteve a primeira colocação dentre os aprovados naquela condição, de acordo com a relação publicada no Diário Oficial da União - Seção 03 nº 25, de 04/02/2003 (fl. 37). Foram oferecidas duas vagas para a Seção Judiciária e três para a Corte Regional, ainda por vagarem, sendo que após a divulgação dos resultados do concurso, nova vaga foi aberta para o cargo em comento no Tribunal.

Por meio dos Atos nºs 71 e 72 (fl. 33), expedidos pelos Presidente da Eg. Corte, foram nomeados os candidatos aprovados na primeira e segunda colocações da listagem geral: Marcos Paulo Teixeira Puddo, lotado na Justiça Federal de Primeira Instância - Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro e Maria Cláudia Mascalubo Monteiro, lotada no Quadro do Tribunal Federal Regional da 2ª Região, ambos não-deficientes.

Existindo duas vagas na Seção Judiciária do Rio de Janeiro para o cargo em comento e tendo a segunda colocada sido nomeada na vaga que surgiu no Quadro de Pessoal do TRF, restou uma vaga na Seção Judiciária. Assim sendo, o ora recorrente entrou com pedido, junto ao Conselho de Administração, visando a ocupar a segunda vaga existente na Justiça de primeiro grau, o qual restou indeferido, nos termos do julgamento de fls. 102/110.

Contra tal indeferimento, então, impetrou o mandado de segurança originário do presente recurso, requerendo a desconstituição do ato que nomeou a candidata classificada em segundo lugar, para que fosse ele nomeado no cargo, ou, alternativamente, sua imediata nomeação para a vaga ainda remanescente na Seção Judiciária.

No julgamento do mérito, a Corte de origem entendeu que devem ser observados os princípios insculpidos nos incisos I e VIII do art. 37 da Constituição Federal, para a solução do caso, de modo que o candidato não-deficiente não pode ser prejudicado pelo deficiente e

Superior Tribunal de Justiça

vice-versa. Nessa esteira, concluiu que se o percentual de vagas para deficientes foi de 5% e as ofertadas para a especialidade de Odontologia foram 02 (duas), levando-se em conta o limite de 20% fixado pela Lei nº 8.112/90, somente após o preenchimento de 10 (dez) vagas é que pode um candidato deficiente ser nomeado.

No recurso ordinário, o impetrante insiste na alegação de que *"o raciocínio do nobre Desembargador Relator de que se houvesse 10 (dez) vagas, poder-se-ia efetivar a reserva para deficientes prevista no edital, configura quase um sofisma matemático, porém contra as determinações editalícias e a axiologia constitucional protetiva."* (fl. 218). Argumenta, ainda, que devem ser conjugadas as normas insertas no art. 5º, § 2º da Lei nº 8.112/90 e art. 37, § 2º do Decreto nº 3.298/99, cuja aplicação está prevista no item 3.9 do Edital, de modo que se da aplicação do percentual resultar número fracionado, esse deverá ser elevado até o primeiro número inteiro subsequente.

A irresignação merece prosperar.

O provimento de cargos públicos por deficientes físicos é constitucionalmente regulado pelo art. 37, inciso VIII, *verbis*:

"Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)"

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

A Lei nº 8.112/90, também tratando da matéria, dispõe:

"Art. 5º São requisitos básicos para investidura em cargo público:

(...)

§ 2º Às pessoas portadoras de deficiência é assegurado o direito de se inscrever em concurso público para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras; para tais pessoas serão reservadas até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso."

O Decreto nº 3.298/99, por sua vez, regula o tema nos seguintes termos:

"Art. 37. fica assegurado à pessoa portador de deficiência o direito de se inscrever em concurso público, em igualdade de condições com

Superior Tribunal de Justiça

os demais candidatos, para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que é portador.

§ 1º O candidato portador de deficiência, em razão da necessária igualdade de condições, concorrerá a todas as vagas, sendo reservado no mínimo o percentual de cinco por cento em face da classificação obtida.

§ 2º Caso a aplicação do percentual de que trata o parágrafo anterior resulte em número fracionado, este deverá ser elevado até o primeiro número inteiro subsequente.

Art. 39. Os editais de concursos públicos deverão conter:

I - o número de vagas existentes, bem como o total correspondente à reserva destinada à pessoa portadora de deficiência."

O Edital nº 01/2002 atendeu a esse último preceito no seu item 3.9 (fl. 38), reservando aos portadores de deficiência 5% das vagas oferecidas e as que vierem a surgir durante a validade do concurso.

Não obstante existirem 03 (três) vagas para o Quadro do Tribunal Regional Federal da 2ª Região e 02 (duas) para o da Seção Judiciária, foram nomeados dois candidatos, ambos não-deficientes, cada qual para um desses locais.

Logo, o Edital do certame em questão não foi obedecido no tocante ao que assegura o § 2º do art. 37 do Decreto nº 3.298/99, vez que candidata não-deficiente Maria Cláudia Mascalubo Monteiro, classificada em segundo lugar na colocação geral, foi nomeada para ocupar uma das vagas do TRF, em detrimento do direito do impetrante. Com isso, a autoridade coatora, certamente, tornou sem efeito os ditames legais e constitucionais da reserva de vagas aos portadores de deficiência.

Cumpramos esclarecer que o candidato portador de deficiência física concorre em condições igualitárias com os demais não-portadores, na medida das suas desigualdades. Caso contrário, a garantia de reserva de vagas nos concursos para provimento de cargos públicos aos candidatos deficientes não teria razão de ser.

Quanto à relativização do princípio da isonomia, extremamente oportuna é a transcrição dos ensinamentos do Professor JOSÉ AFONSO DA SILVA, em sua obra "Curso de Direito Constitucional Positivo", 21ª Ed., Malheiros, São Paulo, p. 215, *verbis*:

"Mas, como já vimos, o princípio não pode ser entendido em sentido individualista, que não leve em conta as diferenças entre grupos. Quando se diz que o legislador não pode distinguir, isso não significa que a lei deve tratar todos abstratamente iguais, pois o tratamento igual - esclarece Petzold - não se dirige a pessoas integralmente iguais entre si, mas àquelas que são iguais sob os aspectos tomados em consideração pela

Superior Tribunal de Justiça

norma, o que implica que os "iguais" podem diferir totalmente sob outros aspectos ignorados ou considerados como irrelevantes pelo legislador. Este julga, assim, como "essenciais" ou "relevantes", certos aspectos ou características das pessoas, das circunstâncias ou das situações nas quais essas pessoas se encontram, e funda sobre esses aspectos ou elementos as categorias estabelecidas pelas normas jurídicas; por consequência, as pessoas que apresentam os aspectos "essenciais" previstos por essas normas são consideradas encontrar-se nas "situações idênticas", ainda que possam diferir por outros aspectos ignorados ou julgados irrelevantes pelo legislador; vale dizer que as pessoas ou situações são iguais ou desiguais de modo relativo, ou seja, sob certos aspectos. Nesse sentido, já se pronunciou, também, Seabra Fagundes, para lembrar que os "conceitos de igualdade e de desigualdade são relativos, impõem a confrontação e o contraste entre duas ou várias situações, pelo que onde uma só existe não é possível indagar de tratamento igual ou discriminatório". - grifei.

Assim sendo, seguir a orientação da Corte de origem, de que apenas com a nomeação de 10 (dez) candidatos pode um deficiente ocupar uma vaga, é ignorar a norma contida nos dispositivos acima transcritos, bem como o princípio da relativização da isonomia, chegando à absurda conclusão de que para assegurar 01 (uma) vaga ao candidato deficiente, levando em conta o percentual de 5%, o concurso teria, necessariamente, que oferecer pelo menos 20 (vinte) vagas. Não é esse o escopo protetivo nas normas aplicáveis ao caso.

Isto significa dizer que o impetrante, primeiro colocado entre os deficientes físicos, deve ocupar uma das vagas ofertadas ao cargo de Analista Judiciário - especialidade Odontologia, para que seja efetivada a vontade insculpida no art. 37, § 2º do Decreto nº 3.298/99. Entenda-se que não se pode considerar que as primeiras vagas se destinam a candidatos não-deficientes e apenas as eventuais ou últimas a candidatos deficientes. Ao contrário, o que deve ser feito é a nomeação alternada de um e outro, até que seja alcançado o percentual limítrofe de vagas oferecidas pelo Edital a esses últimos.

Sobre o tema, já se manifestou a Suprema Corte pátria, nos termos do seguinte precedente:

"ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. RESERVA DE VAGAS PARA PORTADORES DE DEFICIÊNCIA. ARTIGO 37, INCISO VIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

A exigência constitucional de reserva de vagas para portadores de deficiência em concurso público se impõe ainda que o percentual legalmente previsto seja inferior a um, hipótese em que a fração deve ser arredondada.

Entendimento que garante a eficácia do artigo 37, inciso VIII, da Constituição Federal, que, caso contrário, restaria violado.

Superior Tribunal de Justiça

Recurso extraordinário conhecido e provido." (RE nº 227.299/MG, Rel. Ministro Ilmar Galvão, DJ de 06.10.2000). - grifei.

No mesmo sentido, o parecer do Ministério Público Federal, *verbis*:

"A lição essencial que se extrai da norma constitucional e legal é que o edital ao estabelecer um percentual de oferta de vagas tem um significado de promessa de realização do preceito. O administrador público tem a responsabilidade de honrar essa promessa, oficializada no edital. Este cria uma expectativa no cidadão, portador de deficiência, de que, cumpridos certos requisitos mínimos, terá um lugar no serviço público.

Assim, a promessa do edital deverá levar a algum resultado, em termos de reserva de número de vagas. Zero, como resultado de aplicação do percentual de reserva, não é aceitável porque significa burla ao preceito fundamental e legal.

(...)

A norma do Decreto, diversamente do que dispõe a Resolução do Conselho da Justiça Federal, não prevê a possibilidade de arredondamento para baixo. O Edital se vinculou ao primeiro. O essencial que se impõe é que quanto o número fracionado for irrisório, é possível desprezá-lo para considerar a unidade inteira imediatamente superior, sob pena de se negar o preceito constitucional do acesso. A unidade subsequente não poderá, porém, ultrapassar o número máximo de deficientes físicos em exercício que, em tese, o quadro de pessoal pode absorver.

A assertiva reflete a eficácia da reserva de vagas. De nada serviria ter-se uma promessa no plano constitucional, desenvolvida por normas legais e regulamentares, se no cálculo das vagas oferecidas em edital o preceito maior se visse esvaziado." (fls. 367/369).

A propósito, apropriada é a citação do brocardo jurídico que diz "o edital é a lei do concurso". Nesse sentido, estabelece-se um vínculo entre a Administração e os candidatos, já que o escopo principal do certame é propiciar a toda coletividade igualdade de condições no ingresso no serviço público. Pactuam-se, assim, normas preexistentes entre os dois sujeitos da relação editalícia. De um lado, a Administração. De outro, os candidatos. Com isso, é defeso a qualquer candidato vindicar direito alusivo à quebra das condutas lineares, universais e imparciais adotadas no certame.

O recorrente ao se submeter ao concurso concordou com as regras previstas no Edital, não podendo agora se insurgir contra a referida previsão. Neste sentido:

"RESP - CONSTITUCIONAL - ADMINISTRATIVO - RECURSO ESPECIAL - PREQUESTIONAMENTO - CONCURSO PÚBLICO - EDITAL -

O prequestionamento é o precedente lógico do Recurso Especial. Importa a questão debatida. Irrelevante a indicação do artigo de lei. Diziam os romanos: "Narra mihi factum, dabo tibi ius". O edital,

Superior Tribunal de Justiça

costuma-se repetir, é a lei do concurso. Disciplina, às inteiras, o concurso público. Cumpre ser observado, inexistindo afronta à Constituição e à lei infraconstitucional." (RESP 172013/MA, Relator Min. LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, DJ de 07.06.1999). - grifei.

Por fim, cumpre lembrar que o tratamento relativamente diferenciado, ou por outro lado, a "preferência" que se dá aos deficientes físicos, entenda-se, foi o modo que encontrou o legislador constituinte de minorar o déficit de que são acometidos.

Portanto, dever ser desconstituído o Ato nº 71 de 19.03.2003 expedido pelo Presidente do Tribunal Federal da 2ª Região, que nomeou Maria Cláudia Mascabulo Monteiro ao cargo de Analista Judiciário - especialidade Odontologia, para que, no lugar, seja nomeado o ora recorrente, submetendo-se, antes, à avaliação da equipe multidisciplinar, na forma dos itens 3.9.4 a 3.9.6 do Edital.

Ante o exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento.

É como voto.

Superior Tribunal de Justiça

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2004/0104990-3

RMS 18669 / RJ

Número Origem: 200302010089715

PAUTA: 07/10/2004

JULGADO: 07/10/2004

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GILSON DIPP**

Ministro Impedido

Exmo. Sr. Ministro : **ARNALDO ESTEVES LIMA**

Presidenta da Sessão

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **LINDÔRA MARIA ARAÚJO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : FERNANDO MONNERAT MOTTA
 ADVOGADO : TEREZINHA DE JESUS MACEDO MOTTA E OUTRO
 T.ORIGEM : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2A REGIÃO
 IMPETRANTE : DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA
 2A REGIÃO
 RECORRIDO : UNIÃO

ASSUNTO: Administrativo - Concurso Público - Deficiente Físico

SUSTENTAÇÃO ORAL

SUSTENTOU ORALMENTE: DRA. TEREZINHA DE JESUS MACEDO MOTTA (P/ RECTE)

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, José Arnaldo da Fonseca e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Impedido o Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima.

Superior Tribunal de Justiça

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 07 de outubro de 2004

LAURO ROCHA REIS
Secretário



Anexo 8: Mandado de Segurança nº 30.861, julgado pelo STF²²¹*Supremo Tribunal Federal*DJe 08/06/2012
Inteiro Teor do Acórdão - Página 1 de 7

22/05/2012

SEGUNDA TURMA

MANDADO DE SEGURANÇA 30.861 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. GILMAR MENDES
IMPTE.(S)	: TANIA CRISTINA NUNES DE MORAES
ADV.(A/S)	: BERNARDO BRANDÃO COSTA
IMPDO.(A/S)	: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

Mandado de segurança. 2. Direito administrativo. 3. Concurso público. MPU. Candidata portadora de deficiência. Cargo de Técnico de Saúde/Consultório Dentário. 4. Reserva de vagas. Limites estabelecidos no Decreto 3.298/99 e na Lei 8.112/90. Percentual mínimo de 5% das vagas. Número fracionado. Arredondamento para primeiro número inteiro subsequente. Observância do limite máximo de 20% das vagas oferecidas. 5. Segurança concedida.

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 do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, conceder a segurança, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 22 de maio de 2012.

Ministro **GILMAR MENDES**

Relator

Documento assinado digitalmente

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 2139510.

²²¹ Estão contidos no julgado apenas a ementa e o voto do relator.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 4 de 7

22/05/2012

SEGUNDA TURMA

MANDADO DE SEGURANÇA 30.861 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): No caso, a impetrante inscreveu-se no concurso para provimento dos cargos do MPU para concorrer às vagas destinadas ao cargo de Técnico de Saúde/Consultório Dentário, tendo logrado aprovação em 1º lugar entre os candidatos portadores de necessidades especiais (doc. 8).

Afirma que, levando em consideração o disposto no Decreto 3.298/99, na Lei 8.112/90 e no edital do concurso, a cada cinco candidatos nomeados, um deveria ser portador de deficiência, o que não teria ocorrido no caso em comento.

O Decreto 3.298/99, ao regulamentar a Lei 7.853/89, dispõe:

Art. 37. Fica assegurado à pessoa portadora de deficiência o direito de se inscrever em concurso público, em igualdade de condições com os demais candidatos, para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que é portador.

§ 1º O candidato portador de deficiência, em razão da necessária igualdade de condições, concorrerá a todas as vagas, sendo reservado no mínimo o percentual de cinco por cento em face da classificação obtida.

§ 2º Caso a aplicação do percentual de que trata o parágrafo anterior resulte em número fracionado, este deverá ser elevado até o primeiro número inteiro subsequente.

Por sua vez, a Lei 8.112/90 assim determina:

Art. 5º (...)

§ 2º Às pessoas portadoras de deficiência é assegurado o direito de se inscrever em concurso público para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras; para tais pessoas serão reservadas até 20%

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 5 de 7

MS 30.861 / DF

(vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso.

Conjugando os referidos diplomas legais, infere-se que deve ser reservado o percentual de 5% das vagas, em concurso público, aos portadores de deficiência e que, caso a aplicação do percentual resulte em número fracionado, este deverá ser elevado ao primeiro número inteiro.

Contudo, a referida reserva deve respeitar o limite máximo de 20% das vagas oferecidas.

Na hipótese, o edital do certame determina a observância de ambos os diplomas legais, a saber:

3.1 Das vagas destinadas para cada cargo/área/UF de vaga de que trata este edital e das que vierem a ser criadas durante o prazo de validade do concurso, 5% serão providas na forma do § 2º do artigo 5º da Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e do Decreto n. 3.298, de 20 de dezembro de 1999, e suas alterações.

Com efeito, caso se entendesse que todas as frações deveriam ser arredondadas para o primeiro número inteiro subsequente, a cada vaga disponibilizada à ampla concorrência, outra deveria ser reservada aos portadores de deficiência, o que violaria frontalmente o tratamento igualitário que deve ser dispensado, como regra, a todos os concursos públicos.

Por outro lado, a regra do arredondamento não pode ser ignorada.

Desse modo, o Supremo Tribunal Federal, buscando garantir razoabilidade à aplicação do disposto no Decreto 3.298/99, entendeu que o referido diploma legal deve ser interpretado em conjunto com a Lei 8.112/90. Assim, as frações, mencionadas no art. 37, § 2º, do Decreto 3.298/99, deverão ser arredondadas para o primeiro número subsequente, desde que respeitado limite máximo de 20% das vagas oferecidas no certame (art. 5º, § 2º, da Lei 8.112/90).

Nesse sentido, confira-se o seguinte precedente:

CONCURSO PÚBLICO - CANDIDATOS -

2

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 6 de 7

MS 30.861 / DF

TRATAMENTO IGUALITÁRIO. A regra é a participação dos candidatos, no concurso público, em igualdade de condições. "CONCURSO PÚBLICO - RESERVA DE VAGAS - PORTADOR DE DEFICIÊNCIA - DISCIPLINA E VIABILIDADE. Por encerrar exceção, a reserva de vagas para portadores de deficiência faz-se nos limites da lei e na medida da viabilidade consideradas as existentes, afastada a possibilidade de, mediante arredondamento, majorarem-se as percentagens mínima e máxima previstas (MS 26.310, rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, DJe 31.10.2007).

No caso em exame, a nomeação do candidato portador de deficiência após quatro nomeações da classificação geral obedeceria os limites máximo (20%) e mínimo (5%) legalmente previstos, motivo pelo qual vislumbro direito líquido e certo a amparar a pretensão da impetrante.

Ante o exposto, nos termos da jurisprudência desta Corte, concedo a segurança para determinar a nomeação da impetrante para o cargo de Técnico de Saúde/Consultório Dentário do Ministério Público da União, localidade Distrito Federal.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 7 de 7

SEGUNDA TURMA**EXTRATO DE ATA****MANDADO DE SEGURANÇA 30.861**

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES

IMPTE.(S) : TANIA CRISTINA NUNES DE MORAES

ADV.(A/S) : BERNARDO BRANDÃO COSTA

IMPDO.(A/S) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

Decisão: A Turma, por unanimidade, concedeu a segurança para determinar a nomeação da impetrante para o cargo de Técnico de Saúde/Consultório Dentário do Ministério Público da União, localidade Distrito Federal, nos termos do voto do Relator. **2ª Turma**, 22.05.2012.

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes, Cezar Peluso e Joaquim Barbosa.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Francisco de Assis Vieira Sanseverino.

p/ Fabiane Duarte
Secretária

Anexo 9: Agravo Regimental em Mandado de Segurança nº 29.910, julgado pelo STF²²²*Supremo Tribunal Federal*DJe 01/08/2011
Inteiro Teor do Acórdão - Página 1 de 4

21/06/2011

SEGUNDA TURMA

AG.REG. EM MANDADO DE SEGURANÇA 29.910 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. GILMAR MENDES
AGTE.(s)	: LUIS FERNANDO BORDA SOARES
ADV.(A/S)	: LUIS FERNANDO BORDA SOARES
AGDO.(A/S)	: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

Agravo regimental em mandado de segurança. 2. Concurso público. Decreto 3.298/99 prevê apenas a surdez bilateral como deficiência auditiva. Candidato pretende que surdez unilateral seja reconhecida como condição apta a qualificá-lo de portador de deficiência. 3. Necessidade de dilação probatória. 4. Ausência de argumentos suficientes para infirmar a decisão agravada. 5. Agravo regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 21 de junho de 2011.

Ministro **GILMAR MENDES**

Presidente e Relator

Documento assinado digitalmente

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 1278923.

²²² Estão contidos no julgado apenas a ementa e o voto do relator.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 3 de 4

21/06/2011

SEGUNDA TURMA

AG.REG. EM MANDADO DE SEGURANÇA 29.910 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): Não assiste razão ao agravante.

O Decreto 3.298/99, que regulamenta a Lei 7.853/1989, ao dispor sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, qualificou como deficiência auditiva a “*perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500HZ, 1.000HZ, 2.000Hz e 3.000Hz*”.

Logo, por si só, a perda auditiva unilateral não é condição apta a qualificar o candidato a concorrer às vagas destinadas aos portadores de deficiência.

Por outro lado, discutir se a lesão apresentada pelo impetrante limitaria suficientemente sua função física a ponto de qualificá-lo como portador de deficiência demandaria extensa dilação probatória, inclusive a produção de prova pericial.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 4 de 4

SEGUNDA TURMA**EXTRATO DE ATA****AG.REG. EM MANDADO DE SEGURANÇA 29.910**

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES

AGTE.(S) : LUIS FERNANDO BORDA SOARES

ADV.(A/S) : LUIS FERNANDO BORDA SOARES

AGDO.(A/S) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

Decisão: Negado provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. Decisão unânime. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, a Senhora Ministra Ellen Gracie e o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. **2ª Turma**, 21.06.2011.

Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello e Ayres Britto. Ausentes, justificadamente, a Senhora Ministra Ellen Gracie e o Senhor Ministro Joaquim Barbosa.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Francisco de Assis Vieira Sanseverino.

Carlos Alberto Cantanhede
Coordenador

Anexo 10: Mandado de Segurança nº 18.966, julgado pelo STJ²²³

Superior Tribunal de Justiça

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 18.966 - DF (2012/0162583-4)

RELATOR : MINISTRO CASTRO MEIRA
R.P/ACÓRDÃO : MINISTRO HUMBERTO MARTINS
IMPETRANTE : MARCELLA MARIA CINTRA LEAL DE SOUZA
ADVOGADA : MARCELLA MARIA CINTRA LEAL DE SOUZA (EM CAUSA PRÓPRIA)
IMPETRADO : MINISTRO PRESIDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
IMPETRADO : DIRETOR GERAL DO CENTRO DE SELEÇÃO E DE PROMOÇÃO DE EVENTOS DA UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA - CESPE - UNB
INTERES. : UNIÃO

EMENTA

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. CONCEITO DE DEFICIENTE AUDITIVO. DECRETO 3.298/99 ALTERADO PELO DECRETO 5.296/2004. APLICAÇÃO AO EDITAL COM AMPARO NORMATIVO. JURIDICIDADE. PRECEDENTE DO STF. DIVERGÊNCIA FÁTICA QUE DEMANDARIA DILAÇÃO PROBATÓRIA. PRECEDENTES. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

1. Cuida-se de *writ of mandamus* impetrado contra o Ministro Presidente do Superior Tribunal de Justiça e o Diretor Geral do Centro de Promoção de Eventos da Universidade de Brasília (CESPE – UnB), no qual candidata em concurso público, portadora de surdez unilateral, alega que deveria ser enquadrada na qualidade de deficiente físico, por interpretação sistemática dos arts. 3º e 4º do Decreto n. 3.298/99 em cotejo com a Constituição Federal e convenções internacionais.

2. O Decreto n. 5.296/2004 alterou a redação do art. 4º, II, do Decreto n. 3.298/99 e excluiu da qualificação "deficiência auditiva" os portadores de surdez unilateral; a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal frisou a validade da referida alteração normativa. Precedente: AgRg no MS 29.910, Relator Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, Processo Eletrônico, divulgado no DJe 146 em 29.7.2011 e publicado em 1º.8.2011.

3. A junta médica tão somente emitiu laudo técnico em sintonia com as previsões do Edital 1 – STJ, de 8.2.2012, cujo teor meramente remete ao Decreto n. 3.298/99 e suas alterações, que foi o parâmetro do ato reputado coator, em verdade praticado sob o pálio da juridicidade estrita.

4. Para apreciar qualquer argumento no sentido de

²²³ Estão contidos no julgado apenas a ementa, voto do relator e voto vencedor.

Superior Tribunal de Justiça

que haveria alguma incapacidade diversa da impetrante em prol de a alocar na qualidade de deficiente auditiva seria imperioso realizar contraditório e dilação probatória, providências vedadas em sede de rito mandamental. Precedente específico: AgRg na AO 1622/BA, Relator Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 21.6.2011, publicado no DJe – 125 em 1º.7.2011 e no Ement. vol. 2555-01, p. 1. No mesmo sentido: AgRg no RMS 33.928/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 27.10.2011.

Segurança denegada.

ACÓRDÃO

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro João Otávio de Noronha acompanhando a divergência e o voto do Sr. Ministro Raul Araújo, no mesmo sentido, a Corte Especial, por maioria, denegou a ordem. Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Humberto Martins.

Votaram com o Sr. Ministro Humberto Martins os Srs. Ministros Herman Benjamin, Sidnei Beneti, Mauro Campbell Marques, João Otávio de Noronha e Raul Araújo. Vencidos os Srs. Ministros Relator, Arnaldo Esteves Lima, Luis Felipe Salomão e Laurita Vaz.

Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Gilson Dipp, Nancy Andrichi, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Sebastião Reis Júnior.

Impedidos os Srs. Ministros Ari Pargendler e Felix Fischer.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Francisco Falcão, Arnaldo Esteves Lima, Maria Thereza de Assis Moura, Sidnei Beneti, Luis Felipe Salomão, Mauro Campbell Marques e Benedito Gonçalves.

Convocados os Srs. Ministros Raul Araújo e Sebastião Reis Júnior.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Eliana Calmon.

Brasília (DF), 02 de outubro de 2013(Data do Julgamento)

MINISTRA ELIANA CALMON
Presidente

MINISTRO HUMBERTO MARTINS
Relator

Superior Tribunal de Justiça

competência da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça para conhecer e julgar o presente *writ*, por desafiar ato da Presidência deste Tribunal, autoridade responsável pela publicação do edital do concurso público respectivo e que defendeu a legalidade da exclusão havida.

Determina a Constituição Federal:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar, originariamente:

b) os mandados de segurança e os habeas data contra ato de Ministro de Estado, dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica ou do próprio Tribunal;

Passo seguinte, de impossibilidade jurídica do pedido não há que se falar, porquanto, em se tratando de concurso público, cabe ao Poder Judiciário o exame da legalidade das normas instituídas no edital e dos atos praticados na realização do certame, sendo vedada tão só a incursão no mérito administrativo, a exemplo dos critérios de formulação de questões, de correção de provas, e atribuição de notas aos candidatos, salvo nos casos flagrantes de violação à razoabilidade.

Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. SERVIÇOS NOTARIAIS E DE REGISTRO. VALORAÇÃO DA PROVA DE TÍTULOS. DIMINUIÇÃO DA NOTA PELA COMISSÃO ORGANIZADORA. CRITÉRIO DE CORREÇÃO. MÉRITO ADMINISTRATIVO. REFORMATIO IN PEJUS. AUSÊNCIA. AUTOTUTELA DA ADMINISTRAÇÃO. ADI Nº 3.522-3, STF. LEI 11.183/98. EXCLUSÃO TOTAL DOS PONTOS CORRESPONDENTES À ATUAÇÃO, COMO PREPOSTO, EM SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS. ATRIBUIÇÃO DE PONTOS AOS QUE EXERCERAM ADVOCACIA, MAGISTRATURA E PROMOTORIA. FINALIDADE DOS TÍTULOS. VIOLAÇÃO.

1. No mandamus, o impetrante insurge-se contra decisão da Comissão Permanente dos Concursos de Ingresso e Remoção para os Serviços Notariais e de Registro, que procedeu à reavaliação dos títulos apresentados pelo impetrante na 3ª fase do certame, reduzindo a pontuação obtida anteriormente.

2. Os critérios de correção de provas, atribuição de notas e avaliação de títulos adotados pela Comissão de Concursos, em regra, não podem ser revistos pelo Judiciário, cuja competência se restringe ao exame da legalidade, ou seja, à observância dos elementos objetivos contemplados no edital e na lei que regem o certame. A justiça ou injustiça da decisão da Comissão Permanente de Concursos é matéria de mérito do ato administrativo, sujeita à discricionariedade técnica da autoridade administrativa. Precedentes.

3. Neste caso, os critérios adotados pela comissão examinadora para interpretar o que está consignado nos itens 5 (magistério em disciplina jurídica vinculada ao exercício da fundação notarial) e 6 (publicação de livros e artigos em revista jurídica sobre temas diretamente relacionados com a função) da tabela de títulos do Edital nº 02/2004, aplicados objetivamente a todos os candidatos do concurso público, em obediência à razoabilidade e à proporcionalidade, não são passíveis de reapreciação judicial.

4. Não houve violação da norma contemplada no art. 31 do regulamento do concurso, Ato nº 002/99, do Conselho da Magistratura e, consequentemente, ao princípio da reformatio in pejus, pois o novo enquadramento dos pontos não fora realizado na fase recursal. Com a retificação do procedimento utilizado anteriormente, passou-se a apreciar, originariamente, todos os títulos apresentados, atribuindo-se, segundo critérios

Superior Tribunal de Justiça

objetivamente definidos, a correspondente pontuação aos mesmos. Assim, a diminuição dos pontos inicialmente conferidos ao impetrante decorreu do regular exercício da autotutela pela Administração Pública. Incidência da Súmula 473/STF. (RMS 22141/RS, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 18.09.2008).

5. Outrossim, no que concerne à exclusão total dos pontos concedidos pela atuação como preposto em serventia notarial, para que se observe a finalidade da prova de títulos e o edital do certame – sem se afastar do que foi consignado pelo STF no julgamento da ADI 3.522-3 –, deve-se atribuir ao impetrante a pontuação por haver comprovado o exercício da aludida atividade, nos termos regradados no item 2 da tabela de títulos, limitando-a, contudo, ao valor máximo conferido ao exercício da advocacia, da magistratura e da promotoria.

6. Com efeito, a exclusão total dos pontos daqueles que possuem experiência na atividade notarial, ao mesmo tempo em que é atribuído valor à atuação do candidato em funções totalmente distintas (promotor, procurador, juiz, por exemplo), contraria inequivocamente a finalidade da exigência de títulos, qual seja: demonstrar que o candidato reúne atributos e conhecimentos técnicos que o coloca, ainda que em tese, numa posição de maior capacidade para o exercício das atividades em relação a seus concorrentes. Apreciando situação similar, a contrario sensu, confirmam-se os precedentes desta Corte e do STF: RMS 24.509/RS, Rel. Min. Castro Meira e Rel 4.426/RS, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJU 08.06.09).

7. Recurso ordinário em mandado de segurança provido em parte (RMS 23.878/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/02/2010, DJe 08/03/2010).

Ademais, é dispensável a citação dos outros candidatos aprovados no concurso público, a título de litisconsórcio passivo necessário, visto que eles detêm apenas expectativa de direito à nomeação, a teor dos seguintes precedentes:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONCURSO PÚBLICO. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. INEXISTÊNCIA. ARTS. 3º E 41 DA LEI 8.666/93. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS 282/STF E 211/STJ. FUNDAMENTO INATACADO. SÚMULA 182/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. "É Dispensável a formação do litisconsórcio passivo necessário entre os candidatos aprovados em concurso público, uma vez que possuem apenas expectativa de direito a nomeação" (AgRg no AREsp 20.530/PI, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, Primeira Turma, DJe 13/10/11).

4. Agravo regimental não provido (AgRg no AREsp 89.428/BA, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/05/2012, DJe 23/05/2012);

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CONCURSO PÚBLICO. PETROBRÁS. EXCLUSÃO DE CANDIDATO DO CERTAME. MANDADO DE SEGURANÇA. CABIMENTO. ATO DE AUTORIDADE. FORMAÇÃO DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. DESNECESSIDADE. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DESTA CORTE SUPERIOR NESSES SENTIDOS. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ CARACTERIZADA.

1. Esta Corte Superior possui jurisprudência no sentido de que atos praticados por sociedade de economia mista no âmbito de concurso público de seleção de pessoal são atos de autoridade para fins de impetração de mandado de segurança. Precedentes.

2. Também pacificou-se no Superior Tribunal de Justiça a orientação pela

Superior Tribunal de Justiça

desnecessidade de citação dos candidatos aprovados e dos demais inscritos no concurso público, a título de litisconsórcio necessário, em demanda cuja pretensão se limita a discutir ato de exclusão de certo candidato do certame, por gozarem tais candidatos de mera expectativa de direito. Precedentes.

6. Recurso especial não provido, com aplicação de multa por litigância de má-fé na razão de 1% sobre o valor atualizado da causa (REsp 1298074/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/04/2012, DJe 17/04/2012).

Rejeitadas as preliminares, passo ao exame do mérito.

É incontroverso que a impetrante sofre de perda auditiva unilateral, como faz prova os laudos particulares trazidos aos autos, *verbis*:

Declaro para os devidos fins que a paciente acima não apresenta alterações ao exame otorrinolaringológico. Apresenta à audiometria tonal perda auditiva neurosensorial de grau profundo (anacusia) no ouvido esquerdo, de etiologia indeterminada (congenita?). Ausência de emissões otoacústicas nas frequências de 2, 3, 4, 6 e 8 KHz à E, presentes em todas as frequências à D. CID: H90.5 (e-STJ fl. 18);

Examinei nesta data a Srta. Marcella Maria Cintra Leal de Souza, RG nº 2.161.860 SSPDF. É portadora de surdez profunda no ouvido esquerdo, de natureza neuro-sensorial - CID H 90.4. Não é possível identificar a causa (e-STJ fl. 20);

A Srta. Marcella Maria Cintra Leal de Souza, RG 2161860 SSP-DF foi submetida a exame otorrinolaringológico sob meus cuidados profissionais nesta data de hoje, de onde foi possível concluir que o caso se trata de deficiência auditiva unilateral à esquerda de grau profundo e irreversível de causa desconhecida, conforme audiograma anexo; portanto já que a orelha contra-lateral não apresentar qualquer alteração, configura-se portanto um caso de ouvido único normal à direita. CID: H90.5 (e-STJ fl. 23).

A própria Junta Médica examinadora reconheceu a perda auditiva, pelo que se depreende da negativa ao recurso da candidata:

De acordo com o Decreto nº 3.298/99, atualizado pelo Decreto nº 5.296/2004, que rege o Edital nº 01 do STJ, de 08/02/2012, sobre deficiência auditiva: "perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500Hz, 1.000Hz e 3.000Hz". Portanto, se a candidata apresenta perda auditiva unilateral não pode ser clinicamente enquadrada como pessoa com deficiência nos termos do Edital.

Isso estabelecido, a redação original do Decreto nº 3.298/99, que regulamenta a lei sobre Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência (Lei 7.853/89), assim dispunha:

Art. 3º Para os efeitos deste Decreto, considera-se:

I - deficiência – toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano;

II - deficiência permanente – aquela que ocorreu ou se estabilizou durante um

Superior Tribunal de Justiça

período de tempo suficiente para não permitir recuperação ou ter probabilidade de que se altere, apesar de novos tratamentos; e

III - incapacidade – uma redução efetiva e acentuada da capacidade de integração social, com necessidade de equipamentos, adaptações, meios ou recursos especiais para que a pessoa portadora de deficiência possa receber ou transmitir informações necessárias ao seu bem-estar pessoal e ao desempenho de função ou atividade a ser exercida.

Art. 4º É considerada pessoa portadora de deficiência a que se enquadra nas seguintes categorias:

I - deficiência física – alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplicia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções;

II - deficiência auditiva – perda parcial ou total das possibilidades auditivas sonoras, variando de graus e níveis na forma seguinte:

- a) de 25 a 40 decibéis (db) – surdez leve;
- b) de 41 a 55 db – surdez moderada;
- c) de 56 a 70 db – surdez acentuada;
- d) de 71 a 90 db – surdez severa;
- e) acima de 91 db – surdez profunda; e
- f) anacusia;

III - deficiência visual – acuidade visual igual ou menor que 20/200 no melhor olho, após a melhor correção, ou campo visual inferior a 20º (tabela de Snellen), ou ocorrência simultânea de ambas as situações;

Com a alteração dada pelo Decreto 5.296/04, o art. 4º passou a vigorar com os seguintes esclarecimentos:

I - deficiência física - alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplicia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções;

II - deficiência auditiva - perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500HZ, 1.000HZ, 2.000HZ e 3.000Hz;

III - deficiência visual - cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60º; ou a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores;

Em face da alteração que se imprimiu no inciso II do art. 4º do Decreto 3.298/99, a impetrante não foi considerada portadora de deficiência, ficando privada do direito de concorrer às vagas destinadas a esses candidatos.

Superior Tribunal de Justiça

Ocorre que a jurisprudência das Turmas da Primeira e da Terceira Seção assegura a reserva de vagas destinadas aos portadores de deficiência a candidatos acometidos de perda auditiva, bilateral ou unilateral, tendo em vista que o art. 4º, II, do Decreto 3.298/99, que define as hipóteses de deficiência auditiva, deve ser interpretado em consonância com o art. 3º do mesmo diploma legal.

Nesse sentido, vale conferir:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. CONCURSO PÚBLICO. DECRETO N. 3.298/1999. REDAÇÃO DO DECRETO N. 5.296/2004. DEFICIENTE AUDITIVO UNILATERAL. POSSE. POSSIBILIDADE. OFENSA À CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO. INEXISTÊNCIA. APRECIÇÃO DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO (AgRg no RMS 35111/RJ, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/08/2012, DJe 15/08/2012);

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DECRETO Nº 3.298/99. REDAÇÃO DO DECRETO Nº 5.296/04. DEFICIÊNCIA AUDITIVA UNILATERAL. RESERVA DE VAGA AOS PORTADORES DE NECESSIDADES ESPECIAIS CONCEDIDA. POSSIBILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A reserva de vagas aos portadores de necessidades especiais, em concursos públicos, é prescrita pelo art. 37, VIII, da CF/88, regulamentado pela Lei nº 7.853/89 e, esta, pelos Decretos 3.298/99 e 5.296/04.

2. Os exames periciais demonstraram que o recorrente possui total ausência de resposta auditiva no ouvido esquerdo, com audição normal no outro.

3. Com efeito, a surdez unilateral não obsta o reconhecimento do caráter de portador de necessidades especiais, uma vez que o art. 4º, II, do Decreto 3.298/99, que define as hipóteses de deficiência auditiva, deve ser interpretado em consonância com o art. 3º do mesmo diploma legal, de modo a não excluir os portadores de surdez unilateral da disputa às vagas destinadas aos portadores de deficiência física. Precedentes.

4. Recurso não provido (AgRg no AREsp 22688/PE, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 02/05/2012);

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. CONCURSO PÚBLICO. POSSE DE DEFICIENTE AUDITIVO UNILATERAL. POSSIBILIDADE.

1. Hipótese em que o Tribunal de origem, embora reconheça a surdez unilateral, julgou improcedente o mandamus, considerando que a impetrante não se enquadra no conceito de deficiente físico preconizado pelo art. 4º do Decreto 3.298/1999, com redação dada pelo Decreto 5.296/2004 (vigente ao tempo do edital).

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que, no concurso público, é assegurada a reserva de vagas destinadas aos portadores de necessidades especiais acometidos de perda auditiva, seja ela unilateral ou bilateral.

3. Reexaminando os documentos anexos à exordial, depreende-se que, segundo o laudo médico emitido, a candidata tem malformação congênita (deficiência física) na orelha e perda auditiva no ouvido direito, o que caracteriza a certeza e a liquidez do direito ora vindicado, na espécie.

4. Agravo Regimental não provido (AgRg no RMS 34.436/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/05/2012, DJe 22/05/2012);

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. CONCURSO PÚBLICO. POSSE

Superior Tribunal de Justiça

DE DEFICIENTE AUDITIVO UNILATERAL. POSSIBILIDADE. SUPOSTA OFENSA AO DECRETO N.º 3.298/99, À LEI N.º 7.893/89 E AO ART. 5.º DA LEI N.º 8.112/90. NÃO OCORRÊNCIA.

1. Nos termos dos arts. 3.º, inciso I, e 4.º do Decreto n.º 3.298/99, que regulamentou a Lei n.º 7.893/89, e do art. 5.º da Lei n.º 8.112/90, é assegurada, no certame público, a reserva de vagas destinadas aos portadores de deficiência auditiva unilateral. Precedentes.

2. Agravo regimental desprovido (AgRg no REsp 1150154/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 21/06/2011, DJe 28/06/2011);

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - CANDIDATO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA AUDITIVA - RESERVA DE VAGA NEGADA PELA ADMINISTRAÇÃO DEVIDO À COMPROVAÇÃO DE DEFICIÊNCIA AUDITIVA UNILATERAL - MATÉRIA DE DIREITO - POSSIBILIDADE DE IMPETRAÇÃO DO WRIT - APLICAÇÃO ERRÔNEA DA RESOLUÇÃO Nº 17/2003 DO CONADE - LEI Nº 7.853/89 - DECRETOS Nºs 3.298/99 e 5.296/2004 - DIREITO LÍQUIDO E CERTO - RECURSO PROVIDO.

1. A matéria de que trata os autos, qual seja, saber se a surdez unilateral vem a caracterizar deficiência física ou não, é matéria de direito, que não exige dilação probatória, podendo, por conseguinte, ser objeto de mandado de segurança.

2. A reserva de vagas aos portadores de necessidades especiais, em concursos públicos, é prescrita pelo art. 37, VIII, CR/88, regulamentado pela Lei nº 7.853/89 e, esta, pelos Decretos nºs 3.298/99 e 5.296/2004.

3. Os exames periciais realizados pela Administração demonstraram que o Recorrente possui, no ouvido esquerdo, deficiência auditiva superior à média fixada pelo art. 4º, I, do Decreto nº 3.298/99, com a redação dada pelo Decreto nº 5.296/2004. Desnecessidade de a deficiência auditiva ser bilateral, podendo ser, segundo as disposições normativas, apenas, parcial.

4. Inaplicabilidade da Resolução nº 17/2003 do CONADE, por ser norma de natureza infra-legal e de hierarquia inferior à Lei nº 7.853/89, bem como aos Decretos nºs 3.298/99 e 5.296/2004.

5. Recurso ordinário provido (RMS 20.865/ES, Rel. Ministro PAULO MEDINA, SEXTA TURMA, julgado em 03/08/2006, DJ 30/10/2006, p. 418).

Nessa esteira ainda as recentes decisões monocráticas: RMS 24.445/RS, Rel. Min. Og Fernandes, DJ 29.6.12; AREsp 182.895/RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJ 19.6.12; RMS 36.081/PE, Rel. Min. Herman Benjamin, DJ 19.3.12; RMS 34.436/PE, Rel. Min. Herman Benjamin, DJ 6.3.12; AREsp 23.614/DF, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJ 15.12.11.

Lembro, ainda, que tal orientação vem sendo sufragada pelo colendo Tribunal Superior do Trabalho, como se pode verificar no teor da seguinte ementa:

MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATA INSCRITA COMO PORTADORA DE NECESSIDADES ESPECIAIS. ENQUADRAMENTO COMO PNE NEGADO PELA COMISSÃO CENTRAL DO CONCURSO. DEFICIÊNCIA AUDITIVA UNILATERAL. ARTIGOS 3º E 4º DO DECRETO 3.298/1999. A interpretação dos arts. 3º e 4º do Decreto 3.298/1999 (com a redação dada pelo Decreto 5.296/2004) em harmonia com os dispositivos da Constituição da República, mormente com os seus arts. 1º, incs. II e III, e 3º, inc. IV, os quais evidenciam que, mediante as denominadas ações afirmativas, sejam efetivadas as políticas públicas de apoio, promoção e integração dos portadores de necessidades especiais, leva à conclusão de

Superior Tribunal de Justiça

que a deficiência auditiva unilateral é suficiente para assegurar o direito do candidato concorrer a uma das vagas destinadas aos portadores de necessidades especiais a que aludem os arts. 37, inc. VIII, da Constituição da República e 5º, § 2º, da Lei 8.112/1990, não se exigindo que a deficiência auditiva seja bilateral. **INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS CORRESPONDENTE AO MONTANTE DOS VENCIMENTOS RELATIVOS AO PERÍODO DA DATA DE EVENTUAL POSSE DE OUTRO CANDIDATO NA VAGA RESERVADA AOS PORTADORES DE NECESSIDADES ESPECIAIS ATÉ A DATA DA POSSE DA IMPETRANTE.** "Concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação ao período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria" (Súmula 271 do Supremo Tribunal Federal). Outrossim, o deferimento do pedido resultaria em sentença condicional, o que é vedado pelo parágrafo único do art. 460 do CPC.

Recurso Ordinário a que se dá parcial provimento.(RR 11800-35.2011.5.21.000, Rel. Ministro João Batista Brito Pereira, DJe de 15.10.12)

Outra não foi a cota exarada pela Subprocuradora-Geral da República Dra. Maria Caetana Cintra Santos, assim sumariada:

MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATA PORTADORA DE GRAVE PERDA AUDITIVA UNILATERAL. DIREITO DE CONCORRER ÀS VAGAS DESTINADAS AOS DEFICIENTES FÍSICOS. INTERPRETAÇÃO CONCOMITANTE DOS ARTIGOS 3º E 4º, II, DO DECRETO Nº 3.298/99. PRECEDENTES.

Parecer pela concessão da segurança.

Não desconheço que esta Corte Superior de Justiça também registra entendimento em sentido contrário, considerando que a perda auditiva unilateral, por si só, não é condição apta a qualificar o candidato a concorrer às vagas destinadas aos portadores de deficiência (REsp 1.307.814/AL, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 23.4.12, com referência a julgado do Pretório Excelso: MS 29.910-AgR, do qual relator o Ministro Gilmar Mendes).

No entanto, na linha da jurisprudência majoritária e nos termos do parecer ministerial, não me afigura razoável entender que o indivíduo portador de grave perda auditiva unilateral não seja qualificado como portador de deficiência, definida esta como toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano (art. 3º, I), somado ao fato de que a própria norma refere-se à perda auditiva parcial (art. 4º, II).

Aliás, a Exposição de Motivos do Decreto 5.296/2004, que veio regulamentar as Leis 10.048/00 – que concede prioridade de atendimento às pessoas que especifica – e 10.098/00 – que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências – não justifica a modificação estampada. Ao revés, é nítido o intuito do normativo, como não poderia deixar de ser, de ampliação e resguardo dos direitos desse grupo específico de pessoas, permitindo-lhes beneficiar de bens e serviços disponíveis aos que não apresentam deficiência qualquer. Para melhor ilustração, extraio os fragmentos abaixo:

Superior Tribunal de Justiça

5. A proposta de Decreto de regulamentação trazida à consideração de Vossa Excelência procurou, exaustivamente, atender à demanda e aos direitos das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, as quais, em 2000, segundo o IBGE, representavam vinte e quatro e meio milhões de cidadãos e cidadãs, acrescidos das gestantes e das pessoas com crianças de colo e também as pessoas com idade igual ou superior a sessenta anos.

6. Portanto, este decreto regulamenta a legislação federal que garante autonomia, segurança e qualidade de vida para quase quarenta milhões de brasileiros. De fato, a eliminação das barreiras para a inclusão social irá beneficiar um número cada vez mais crescente na população, em razão do novo perfil demográfico e das projeções de incremento dos grupos de pessoas idosas, com grande possibilidade de apresentarem mobilidade reduzida ou limitação de atividades em decorrência de perdas sensoriais e motoras.

7. A regulamentação das leis federais de acessibilidade representa o passo decisivo para a cidadania das crianças, jovens e adultos com deficiência. Havendo transporte acessível, ambiente livre de barreiras, tecnologia empregada para incluir as pessoas com deficiência auditiva, visual e mental e o aperfeiçoamento e a oferta de ajuda técnicas, será realmente possível fazer com que a escola, a saúde, o trabalho, o lazer, o turismo e o acesso à cultura sejam elementos presentes na vida das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida.

10. Se as pesquisas especializadas internacionais já classificam o Brasil entre os cinco países mais inclusivos das Américas em razão de nosso arcabouço legal, este Decreto, convém frisar, corresponde à oportunidade de concretizarmos a inclusão de um segmento ainda marginalizado, sem possibilidade de beneficiar-se dos bens e serviços disponíveis para aqueles que não apresentam deficiência. Acesso para as pessoas portadoras de deficiência física, mental, sensorial ou para quem tem mobilidade reduzida significa a garantia de seus direitos e o exercício da cidadania.

Por essas e outras significativas razões, o Governo brasileiro ratificou e, por meio do Decreto 6.949/09, promulgou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007, aprovada pelo Congresso Nacional com a autoridade de emenda constitucional (art. 5º, § 3º, da CF/88), cujo propósito e definição de pessoa com deficiência estão estabelecidos no Artigo 1 da Convenção, *verbis* :

O propósito da presente Convenção é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e eqüitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente.

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

Ante o exposto, concedo a segurança, de forma a autorizar que a impetrante concorra nas vagas destinadas aos deficientes físicos no concurso pleiteado, devendo ser observada, para a nomeação e posse, a ordem de classificação.

É como voto.

Superior Tribunal de Justiça

a alocar na qualidade de deficiente auditiva seria imperioso realizar contraditório e dilação probatória, providências vedadas em sede de rito mandamental. Precedente específico: AgRg na AO 1622/BA, Relator Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 21.6.2011, publicado no DJe – 125 em 1º.7.2011 e no Ement. vol. 2555-01, p. 1. No mesmo sentido: AgRg no RMS 33.928/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 27.10.2011. Segurança denegada.

VOTO VENCEDOR

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS:

Cuida-se de mandado de segurança impetrado por MARCELLA MARIA CINTRA LEAL DE SOUZA contra ato do Presidente do STJ e do Diretor-Geral do CESPE – UnB referente ao concurso para o provimento de cargo de analista judiciário no Tribunal. A impetrante alega que deve ser alocada na lista de deficiente, porquanto possui surdez auditiva unilateral. O laudo da junta médica do referido concurso descaracterizou a situação da candidata como de deficiência, conforme se infere do laudo de perícia médica (fl. 72, e-STJ):

"(...) **CONCLUSÃO**
CANDIDATO É DEFICIENTE? NÃO
Observações: *Audição normal à direita. Nas e enquadrada no Decreto 3.298/99.*"

Contra o resultado da perícia interpôs recurso administrativo (fls. 75-80, e-STJ). O recurso foi indeferido (fl. 93, e-STJ):

"No recurso em questão foi constatado que:
De acordo com o Decreto nº 3.298/99, atualizado pelo Decreto nº 5.296/2004, que rege o Edital nº 01 do STJ, de 08/12/2012, sobre deficiência auditiva: 'perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500 Hz, 1.000 Hz, 2.000 Hz e 3.000 Hz'. Portanto, se a candidata apresenta perda auditiva unilateral não pode ser clinicamente enquadrada como pessoa com deficiências nos termos do Edital.
Ante o exposto, o recurso de Vossa Senhoria foi indeferido.
JUNTA MÉDICA"

Com a publicação do Edital n. 08-STJ, de 19.7.2012, obteve, em definitivo, a negativa de provimento do recurso e a desclassificação no concurso

Superior Tribunal de Justiça

(fls. 82-91, e-STJ).

Na sua petição inicial (fls. 1-11, e-STJ), sustenta que, nos termos de definição que postula amparada no art. 3º, incisos I e II, do Decreto n. 3.298/1999, a surdez lateral de grau profundo – anacusia (CID H90.5) – deve ser considerada como deficiência, apta a permitir sua participação em lista específica no certame em questão, para o cargo público. Junta precedentes de TRFs e do STJ, bem como julgado do STM no qual sua tese teria sido contemplada, com nomeação e posse naquele órgão. Pediu liminar.

Foi deferida gratuidade de justiça (fl. 118, e-STJ).

O Ministro Castro Meira, relator, indeferiu o pedido de liminar (fl. 123, e-STJ).

A União pediu seu ingresso no feito (fl. 136, e-STJ).

O Diretor-Geral do CESPE/UnB ofertou informações (fls. 142-189, e-STJ). Argumenta que o pedido jurídico seria impossível, uma vez que seria vedado ao Poder Judiciário adentrar no cume do mérito administrativo. Alega que todos os demais candidatos na lista de deficientes deveriam ser chamados à lide na condição de litisconsortes passivos necessários. No mérito, postula que o Edital deve ser cumprido à risca e que o art. 4º, II, do Decreto n. 3.298/99, na redação dada pelo Decreto n. 5.296/2004, é claro ao afirmar que a deficiência auditiva somente seria caracterizada como perda bilateral da audição. Por fim, indica que a concessão da ordem violaria o princípio da isonomia ao privilegiar a impetrante em detrimento dos demais candidatos. Juntou documentação (fls. 150-189, e-STJ).

O Presidente do Superior Tribunal de Justiça juntou informações (fls. 191-210, e-STJ). Foi juntada documentação na qual consta que o edital está amparado no art. 4º, II, do Decreto n. 3.298/99, na redação dada pelo Decreto n. 5.296/2004 e que a junta médica meramente constatou tecnicamente a inexistência de surdez bilateral, ensejando a desclassificação da impetrante (fls. 194-196, e-STJ).

O *Parquet* federal solicitou o envio dos autos (fls. 214-223, e-STJ).

Foi ofertado opinativo pelo Ministério Público Federal em prol da concessão da ordem, cuja ementa abaixo transcrevo (fl. 225, e-STJ):

"MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATA PORTADORA DE GRAVE PERDA AUDITIVA UNILATERAL. DIREITO DE CONCORRER ÀS VAGAS

Superior Tribunal de Justiça

*DESTINADAS AOS DEFICIENTES FÍSICOS. INTERPRETAÇÃO
CONCOMITANTE DOS ARTIGOS 3º E 4º, II DO DECRETO Nº
3.298/99. PRECEDENTES. Parecer pela concessão da ordem."*

O Ministro Castro Meira deferiu o ingresso da União na lide (fl. 230, e-STJ).

Em brilhante voto, o eminente Ministro Castro Meira cita precedentes do STJ no sentido postulado pela impetrante, bem como descreve que o Decreto n. 3.298/99, com a redação dada pelo Decreto n. 5.296/2004 ampara a interpretação de que a candidata deveria ser alocada na lista classificatória de deficientes. No entender do relator, os arts. 3º e 4º, II, do decreto precisariam ser lidos em interpretação sistemática, com a legislação pátria, a Constituição Federal e regramentos internacionais, o que, portanto, se sobreporia ao entendimento da junta médica e à disposição do edital, que, meramente, transcreve a nova redação do art. 4º, II, do Decreto n. 3.298/99.

Todavia, ousei divergir, com base em precedente do Supremo Tribunal Federal, por três argumentos: nova redação do Decreto n. 3.298/99; estrito cumprimento do edital, que reproduz o decreto; e em razão de entender que haveria necessidade de dilação probatória.

O Ministro Luis Felipe Salomão pediu vista dos autos e proferiu o seu voto no sentido de acompanhar o relator. Assinalou correção na indicação das autoridades coatoras. Rejeitou as preliminares de impossibilidade jurídica do pedido, bem como de necessidade nos litisconsortes passivos. No mérito, sustentou a necessidade de uma leitura ampla do conceito de deficiência, com destaque para uma leitura que ultrapassasse a literalidade em prol do reconhecer de política inclusiva do deficiente.

O Ministro João Otávio de Noronha pediu vista dos autos. Proferiu voto para acompanhar a divergência, uma vez que considerou que o advento da nova redação do art. 4º, II, do Decreto n. 3.298/99 fixou conceito jurídico mais restrito de deficiente auditivo e, assim, não seria possível enquadrar pessoa com surdez unilateral em tal qualidade jurídica. Frisa o MS 29.910/DF, julgado pelo Supremo Tribunal Federal.

É, no essencial, o relatório.

Deve ser denegada a ordem.

Inicialmente, cabe frisar a ausência de divergência em relação ao rejeitar das preliminares. Desse modo, acolho a fundamentação para tanto, trazida pelo relator, Ministro Castro Meira. Transcrevo:

Documento: 1187896 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJe:
20/03/2014

Página 18 de 51

Superior Tribunal de Justiça

"Inicialmente, reconheço a competência da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça para conhecer e julgar o presente writ, por desafiar ato da Presidência deste Tribunal, autoridade responsável pela publicação do edital do concurso público respectivo e que defendeu a legalidade da exclusão havida.

Determina a Constituição Federal:

'Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I- processar e julgar, originariamente:

(...)

b) os mandados de segurança e os habeas data contra ato de Ministro de Estado, dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica ou do próprio Tribunal;'

Passo seguinte, de impossibilidade jurídica do pedido não há que se falar, porquanto, em se tratando de concurso público, cabe ao Poder Judiciário o exame da legalidade das normas instituídas no edital e dos atos praticados na realização do certame, sendo vedada tão só a incursão no mérito administrativo, a exemplo dos critérios de formulação de questões, de correção de provas, e atribuição de notas aos candidatos, salvo nos casos flagrantes de violação à razoabilidade.

Nesse sentido: '(...)' (RMS 23.878/RS, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 23/02/2010, DJe 08/03/2010).

Ademais, é dispensável a citação dos outros candidatos aprovados no concurso público, a título de litisconsórcio passivo necessário, visto que eles detêm apenas expectativa de direito à nomeação, a teor dos seguintes precedentes:

'ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONCURSO PÚBLICO. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. INEXISTÊNCIA. ARTS. 3º E 41 DA LEI 8.666/93. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS 282/STF E 211/STJ. FUNDAMENTO INATACADO. SÚMULA 182/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. "É Dispensável a formação do litisconsórcio passivo necessário entre os candidatos aprovados em concurso público, uma vez que possuem apenas expectativa de direito a nomeação" (AgRg no AREsp 20.530/PI, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 13/10/11).

(...)

Superior Tribunal de Justiça

4. Agravo regimental não provido'
(AgRg no AREsp 89.428/BA, Rel. Ministro Arnaldo
Esteves Lima, Primeira Turma, julgado em 17/05/2012,
DJe 23/05/2012);

(...)

Rejeitadas as preliminares, passo ao exame do mérito."

Também rejeito as preliminares, nos mesmos termos do relator.

Passo ao mérito.

Está muito clara a questão sob exame no âmbito da Corte Especial do STJ.

Como se infere do relatório, a impetrante foi desclassificada, uma vez que a junta médica não a considerou como enquadrada nos termos do art. 4º, II, do Decreto n. 3.298/99, com a redação dada pelo Decreto n. 5.296/2004. Transcrevo:

"Art. 4º É considerada pessoa portadora de deficiência a que se enquadra nas seguintes categorias:

(...)

II - deficiência auditiva - perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500HZ, 1.000HZ, 2.000HZ e 3.000HZ;"

O Edital n. 1 – STJ, de 8.2.2012, assim dispunha sobre o tema (fls. 28-30, e-STJ):

"5 DAS VAGAS DESTINADAS AOS CANDIDATOS COM DEFICIÊNCIA

5.1 Das vagas destinadas a cada cargo / área / especialidade / ramo e das que vierem a ser criadas durante o prazo de validade do concurso, 5% serão providas na forma do § 2º do artigo 5º da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e do Decreto no 3.298, de 20 de dezembro de 1999, e suas alterações.

(...)

5.6 DA PERÍCIA MÉDICA

5.6.1 Os candidatos que se declararem com deficiência, se não eliminados no concurso, serão convocados para se submeter à perícia médica oficial promovida por equipe multiprofissional de responsabilidade do CESPE/UnB, formada por seis profissionais, que verificará sobre a sua qualificação como deficiente, nos termos do artigo 43 do Decreto nº 3.298/99 e suas alterações e da Súmula

Superior Tribunal de Justiça

377 do STJ.

(...)

5.6.5 Perderá o direito de concorrer às vagas reservadas as pessoas com deficiência o candidato que, por ocasião da perícia médica, não apresentar laudo médico (original ou cópia autenticada em cartório) ou que apresentar laudo que não tenha sido emitido nos últimos doze meses, bem como que não for qualificado na perícia médica como pessoa com deficiência ou, ainda, que não comparecer à perícia.

5.6.6 O candidato que não for considerado pessoa com deficiência na perícia médica, caso seja aprovado no concurso, figurará na lista de classificação geral por cargo / área / especialidade / ramo.

5.6.7 O candidato que, no ato da inscrição, se declarar pessoa com deficiência, se for qualificado na perícia médica e não for eliminado do concurso, terá seu nome publicado em lista a parte e figurará também na lista de classificação geral por cargo/área/especialidade/ramo."

A polêmica se instalou, uma vez que o redação do Decreto n. 3.298/99 foi alterada pelo Decreto n. 5.296/2004. A redação anterior abarcava a pretensão da impetrante de ser qualificada como deficiente:

"Art. 4º É considerada pessoa portadora de deficiência a que se enquadra nas seguintes categorias:

(...)

II - deficiência auditiva - perda parcial ou total das possibilidades auditivas sonoras, variando de graus e níveis na forma seguinte:

- a) de 25 a 40 decibéis (db) - surdez leve;
- b) de 41 a 55 db - surdez moderada;
- c) de 56 a 70 db - surdez acentuada;
- d) de 71 a 90 db - surdez severa;
- e) acima de 91 db - surdez profunda; e
- f) anacusia;"

Bem aclarada a questão, trago três argumentos, relacionados com precedente do Supremo Tribunal Federal: nova redação do Decreto n. 3.298/99; estrito cumprimento do edital, que reproduz o Decreto; e necessidade de dilação probatória.

Cito o acórdão de relatoria do Min. Gilmar Mendes:

"Agravo regimental em mandado de segurança. 2. Concurso

Superior Tribunal de Justiça

público. Decreto 3.298/99 prevê apenas a surdez bilateral como deficiência auditiva. Candidato pretende que surdez unilateral seja reconhecida como condição apta a qualificá-lo de portador de deficiência. 3. Necessidade de dilação probatória. 4. Ausência de argumentos suficientes para infirmar a decisão agravada. 5. Agravo regimental a que se nega provimento."

(AgRg no MS 29.910, Relator Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 21.6.2011, Processo Eletrônico, divulgado no DJe 146 em 29.7.2011 e publicado em 1º.8.2011.)

O primeiro argumento seria reconhecer que o Decreto n. 3.298/99 foi alterado pelo Decreto n. 5.296/2004 para restringir o conceito de deficiente auditivo. Desta forma, não é possível menosprezar o fato normativo para realizar interpretação sistemática que objetive negar a alteração do art. 3º, II. No cerne, a nova redação excluiu do enquadramento de deficiente as pessoas portadoras de surdez unilateral. Cito trecho do acórdão do Pretório Excelso:

"O Decreto 3.298/99, que regulamenta a Lei 7.853/1989, ao dispor sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, qualificou como deficiência auditiva a 'perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500HZ, 1.000HZ, 2.000Hz e 3.000Hz'.

Logo, por si só, a perda auditiva unilateral não é condição apta a qualificar o candidato a concorrer às vagas destinadas aos portadores de deficiência."

O segundo argumento é que o edital estritamente incorporou a nova redação do decreto, restringindo o conceito de deficiência auditiva. A junta médica tão somente emitiu laudo técnico em sintonia com as previsões do Edital 1 – STJ, de 8.2.2012, cujo teor meramente remete ao Decreto n. 3.298/99 e suas alterações, que foi o parâmetro do ato reputado coator, em verdade praticado sob o pálio da juridicidade estrita.

E, por fim, o terceiro argumento é que a divergência exige a dilação probatória, pois se está atacando o entendimento fundado em laudos, lastreados em exames médicos, como bem indicou o precedente do STF acima transcrito, além de outro que trago:

"Agravo regimental em ação originária. Mandado de segurança. 2. Concurso público. 3. Equipe multiprofissional do CESPE entendeu que a candidata não é portadora de deficiência. 4. Agravante sustenta ser portadora de deficiência auditiva, conforme laudos médicos juntados aos autos. 5. Necessidade de

Superior Tribunal de Justiça

dilação probatória. 6. Ausência de argumentos suficientes para infirmar a decisão agravada. 7. Agravo regimental a que se nega provimento."

(AgRg na AO 1622/BA, Relator Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 21.6.2011, publicado no DJe-125 em 1º.7.2011 e no Ement. vol. 2555-01, p. 1.)

No mesmo sentido:

"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 APRECIÇÃO 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,

Superior Tribunal de Justiça

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, Segunda Turma, julgado em 20.10.2011, DJe 27.10.2011.)

Ante o exposto, peço todas as vênias ao eminente Ministro Relator – e aos pares que o acompanharam – para divergir do voto, denegando a segurança.

É como penso. É como voto.

MINISTRO HUMBERTO MARTINS



Superior Tribunal de Justiça

CERTIDÃO DE JULGAMENTO CORTE ESPECIAL

Número Registro: 2012/0162583-4 PROCESSO ELETRÔNICO MS 18.966 / DF

PAUTA: 02/10/2013

JULGADO: 02/10/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro **CASTRO MEIRA**

Relator para Acórdão

Exmo. Sr. Ministro **HUMBERTO MARTINS**

Ministros Impedidos

Exmo. Srs. Ministros : **ARI PARGENDLER
FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra **ELIANA CALMON**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HAROLDO FERRAZ DA NOBREGA**

Secretária

Bela. **VANIA MARIA SOARES ROCHA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MARCELLA MARIA CINTRA LEAL DE SOUZA
ADVOGADA : MARCELLA MARIA CINTRA LEAL DE SOUZA (EM CAUSA PRÓPRIA)
IMPETRADO : MINISTRO PRESIDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
IMPETRADO : DIRETOR GERAL DO CENTRO DE SELEÇÃO E DE PROMOÇÃO DE
EVENTOS DA UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA - CESPE - UNB
INTERES. : UNIÃO

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Concurso Público / Edital - Exame de Saúde e/ou Aptidão Física

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia CORTE ESPECIAL, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro João Otávio de Noronha acompanhado a divergência e o voto do Sr. Ministro Raul Araújo, no mesmo sentido, a Corte Especial, por maioria, denegou a ordem.

Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Humberto Martins.

Votaram com o Sr. Ministro Humberto Martins os Srs. Ministros Herman Benjamin, Sidnei Beneti, Mauro Campbell Marques, João Otávio de Noronha e Raul Araújo. Vencidos os Srs. Ministros Relator, Arnaldo Esteves Lima, Luís Felipe Salomão e Laurita Vaz.

Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Gilson Dipp, Nancy Andrighi, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Sebastião Reis Júnior.

Impedidos os Srs. Ministros Ari Pargendler e Felix Fischer.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Francisco Falcão, Amaldo Esteves Lima,

Superior Tribunal de Justiça

Maria Thereza de Assis Moura, Sidnei Beneti, Luis Felipe Salomão, Mauro Campbell Marques e Benedito Gonçalves.

Convocados os Srs. Ministros Raul Araújo e Sebastião Reis Júnior.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Eliana Calmon.

