

ano 16 - n. 65 | julho/setembro - 2016
Belo Horizonte | p. 1-300 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v16i65
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional
www.revistaaec.com

A&C

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

**A&C - ADMINISTRATIVE &
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**

A&C – REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA
Instituto Paranaense
de Direito Administrativo



© 2016 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 15º andar – Savassi – CEP 30130-012 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003). – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo

Capa: Igor Jamur

Projeto gráfico: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato A1 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Qualis – CAPES (Área de Direito)

Na avaliação realizada em 2015, a revista foi classificada no estrato A1 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

Entidade promotora

A *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA).

Foco, Escopo e Público-Alvo

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Juruá Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada na BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

Linha Editorial

A linha editorial da *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no Direito comparado, enfatizando o campo de intersecção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

Cobertura Temática

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação

Esta publicação está indexada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- Latindex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)

A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- *Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Inclusão e concurso público: análise crítica da jurisprudência sobre pessoas com deficiência

Inclusion and public contest: critical analysis of the jurisprudence about people with disabilities

Luiz Alberto David Araujo*

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (São Paulo, Brasil)
lada10@terra.com.br

Maurício Maia**

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (São Paulo, Brasil)
mauriciomaia@uol.com.br

Recebido/Received: 11.04.2016 / April 11th, 2016

Aprovado/Approved: 28.07.2016 / July 28th, 2016

Resumo: A ação afirmativa contida no artigo 37, VIII, da Constituição Federal, é medida de efetivação da dignidade humana e da igualdade material. Sua aplicação, outrossim, não está livre de problemas, e passou por relevantes mudanças com a internalização, no ano de 2008, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, especialmente no que diz respeito ao conceito de pessoas com deficiência, ou seja, quem concorre às vagas reservadas. Questões como uma eventual incompatibilidade da deficiência com o cargo em disputa e a ordem de nomeação dos candidatos aprovados no concurso também são controvertidas. O Poder Judiciário, embora tenha avançado no reconhecimento dos direitos dos grupos vulneráveis, ainda não vem aplicando corretamente as novas diretrizes e normas estabelecidas pela Convenção, que, ademais, têm equivalência constitucional.

Como citar este artigo/*How to cite this article:* ARAUJO, Luiz Alberto David; MAIA, Maurício. Inclusão e concurso público: análise crítica da jurisprudência sobre pessoas com deficiência. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n. 65, p. 135-157, jul./set. 2016. DOI: 10.21056/aec.v16i65.269.

* Professor Titular de Direito Constitucional da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (São Paulo-SP, Brasil). Livre Docente, Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. E-mail: lada10@terra.com.br.

** Doutorando e Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (São Paulo-SP, Brasil). Professor Assistente do Curso de Especialização em Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Procurador Federal. E-mail: mauriciomaia@uol.com.br.

Palavras-chave: Pessoas com deficiência. Concurso público. Ações afirmativas. Igualdade. Dignidade humana.

Abstract: The affirmative action contained in Article 37, VIII, of the Federal Constitution, is a way to realization of the human dignity and material equality. Its application, however, is not free from problems, and has gone through significant changes with the internalization, in 2008, of the UN's Convention on the Rights of Persons with Disabilities, especially with regard to the concept of people with disabilities, it means, who competes for the quotas. Issues such a possible incompatibility of disability to the position in dispute and the order of appointment of the successful candidates in competition are also controversial. The Judiciary, although it improved in recognizing the rights of vulnerable groups, is not properly applying the new guidelines and standards set by the Convention that, moreover, have constitutional equivalence.

Keywords: People with disabilities. Public contest. Affirmative actions. Equality. Human dignity.

Sumário: Introdução – **1** A reserva de vagas do artigo 37, VIII, da Constituição Federal – **2** A quantidade de vagas reservadas – **3** Pessoas com deficiência – quem concorre às vagas reservadas – **4** A “compatibilidade da deficiência com o cargo em disputa” – Conclusão – Referências

Introdução

A Constituição de 1988 trouxe, em seu artigo 37, VIII, uma medida de ação afirmativa, um dos instrumentos de inclusão social destinado às pessoas com deficiência, grupo vulnerável que hoje corresponde a quase um quarto da população nacional.¹

Com a internalização, no ano de 2008, com equivalência de emenda constitucional, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU e, recentemente, com a edição, em 06 de julho de 2015, da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei nº 13.146/2015), o Direito brasileiro recebeu um reforço no sistema de proteção desse grupo vulnerável, passando especialmente pela adoção de um novo conceito de pessoas com deficiência, social e mais inclusivo, que deverá nortear toda a atuação do Estado, nas funções legislativa, executiva e judiciária.

No entanto, o que se pode verificar é que o Poder Judiciário, destoando da progressão legislativa, vem mantendo velhos conceitos sobre o tema da deficiência, deixando de implementar novos conceitos trazidos pelos diplomas mencionados.

No presente trabalho iremos expor o funcionamento da ação afirmativa estabelecida pela Constituição Federal em prol das pessoas com deficiência, apontando como o Poder Judiciário vem se posicionando em relação às diversas questões que daí exsurtem. Ao lado da exposição, apresentaremos uma postura crítica das decisões, procurando revelar em que pontos poderia haver uma maior implementação dos

¹ Dados do Censo 2010 do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, disponíveis em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Censos/Censo_Demografico_2010/Caracteristicas_Gerais_Religiao_Deficiencia/tab1_3.pdf>.

comandos normativos pelo Poder Judiciário. Analisaremos, ainda, as novas diretrizes da Lei nº 13.146/2015, que veio complementar o sistema protetivo.

1 A reserva de vagas do artigo 37, VIII, da Constituição Federal

A Constituição Federal de 1988 tem como um de seus principais valores, como um vetor de interpretação, a igualdade. O Constituinte colocou como um dos objetivos republicanos a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 3º, I), assim como a promoção do bem de todos, sem quaisquer preconceitos ou formas de discriminação (artigo 3º, IV).

Também a dignidade humana constitui-se em vetor de interpretação da Constituição brasileira, tendo sido alçada pelo Constituinte à condição de fundamento do Estado Democrático de Direito em que se constitui nossa República (artigo 1º, III).

Ao garantir os direitos fundamentais, instrumentos de efetivação da dignidade humana, o texto constitucional brasileiro fixou que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, sendo garantido a todos o direito à igualdade (artigo 5º, *caput*), apontando, ao colocar a cláusula geral de igualdade na cabeça do artigo que traz o rol (não exaustivo, diga-se) de direitos fundamentais, que é a busca da igualdade que deve orientar o intérprete da Lei Maior na sua efetivação.

Outrossim, é evidente que não podemos entender a igualdade como a simples vedação de discriminações, como o mero tratamento equânime deferido a todas as pessoas, indistintamente; a igualdade não pode ser meramente formal, mas deve ser vista sob seu aspecto material. Em outras palavras, a igualdade não é simplesmente a obrigação, que de fato existe, de que todos sejam tratados da mesma forma diante da lei, sem perseguições ou favoritismos, mas exige que situações diferentes recebam tratamentos diferenciados, de forma proporcional à diferença existente, como bem ressalta Celso Antônio Bandeira de Mello,² lembrando, ainda, que há a necessidade de que, entre o fato eleito para diferenciar as pessoas ou situações e a diferença estabelecida, deve haver um vínculo de correlação lógica. Dessa forma, para a efetivação da igualdade, em seu aspecto material, faz-se necessário que a Lei, o ordenamento jurídico, estabeleça tratamentos diversos para pessoas ou grupos em situações distintas. Não basta a igualdade *perante* a lei, mas é de rigor a existência de igualdade *na* lei. Do contrário, o princípio da igualdade formal consistiria em uma manutenção do *status quo*, impedindo a inclusão social de diversos outros grupos. Assim, ao lado da igualdade formal, há que se atentar para a igualdade material.

² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3. ed., 20. tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

Para a efetivação da igualdade é necessário o reconhecimento da diferença. Somente podemos falar em igualdade, materialmente, se reconhecermos que há pessoas em situações diferentes umas das outras e que o ordenamento jurídico deverá atuar para a redução ou a eliminação de eventuais desvantagens sociais que essas diferenças venham a causar. Há pessoas que, em razão de estarem em situações diferentes das outras, encontram maiores dificuldades de inclusão social, de participação plena e efetiva na sociedade, de gozarem das mesmas oportunidades que as demais pessoas gozam; reconhecendo essas diferenças é que o Direito pode, e deve, atuar para propiciar a todos a efetiva participação na vida social, em igualdade de oportunidades. A existência de grupos vulneráveis, de grupos de pessoas que por alguma razão enfrentam desvantagens nas oportunidades de participação plena e efetiva na sociedade em relação às demais pessoas, impõe a atuação do Poder Público no sentido da efetivação da igualdade material.

Como bem aponta Flávia Piovesan:

Torna-se, contudo, insuficiente tratar o indivíduo de forma genérica, geral e abstrata. Faz-se necessária a especificação do sujeito de direito, que passa a ser visto em sua peculiaridade e particularidade. Determinados sujeitos de direitos, ou determinadas violações de direitos, exigem uma resposta específicas e diferenciada. Nesse cenário, as mulheres, as crianças, as populações afrodescendentes, os migrantes, as pessoas com deficiência, dentre outras categorias vulneráveis, devem ser vistas nas especificidades e peculiaridades de sua condição social. Ao lado do direito à igualdade, surge, também como direito fundamental, o direito à diferença. Importa o respeito à diferença e à diversidade, o que lhes assegura um tratamento especial.³

Em resumo, podemos dizer que a efetivação da igualdade passa pela necessidade de identificação das diferenças e de suas consequências, de maneira a conduzir o operador do Direito (seja o legislador, o administrador ou o juiz) ao caminho de propiciar a inclusão de todos na sociedade, em igualdade de oportunidades. Verificada a existência de vulnerabilidade, cabe ao Estado, apoiado no ordenamento jurídico, atuar para implementar a igualdade material. Dessa forma, temos que não basta que o Estado atue sem perseguições ou privilégios a quem quer que seja, mas faz-se necessária uma atuação ativa de eliminação de desigualdades. A igualdade formal, sem o apoio da igualdade material, não possibilita a inclusão daqueles que são vulneráveis. Ao contrário, teríamos uma forma perversa de convalidação da realidade,

³ PIOVESAN, Flávia. Convenção da ONU Sobre os Direitos das Pessoas Com Deficiência: Inovações, Alcance e Impacto. In: FERRAZ, Carolina Valença et al. (Coord.). *Manual Dos Direitos da Pessoa com Deficiência*. Edição Digital. São Paulo: Saraiva. 2012, Capítulo 2, p. 5.

ou seja, mantendo-se a exclusão dos grupos vulneráveis. A igualdade material tem a função de equilibrar essa situação, como bem já decidiu o Supremo Tribunal Federal.⁴

Independentemente desse dever de busca da igualdade, em seu aspecto material, que a Constituição brasileira atribuiu ao Estado, que implica a necessidade (e não apenas a possibilidade) de que sejam instituídos tratamentos legais diferenciados para todos aqueles que estejam em situações distintas, de maneira a minimizar as desigualdades existentes, a própria Lei Maior, desde logo, tratou de identificar alguns grupos de pessoas que deveriam receber um tratamento diferenciado, de forma a propiciar a sua inclusão efetiva na sociedade, a possibilidade de que essas pessoas pudessem exercer plenamente os seus direitos fundamentais, em igualdade de oportunidades para com as demais pessoas. Exemplos desses grupos são os indígenas (que receberam um capítulo próprio no texto constitucional – Capítulo VIII do Título VIII) e as pessoas com deficiência.⁵

Reconhecendo que as pessoas com deficiência se encontram em situação diferenciada das demais pessoas, bem como que tal situação provoca uma dificuldade de inclusão para as pessoas com deficiência, a Constituição estabeleceu, em seu artigo 37, VIII, que um percentual dos cargos e empregos públicos será pela lei reservado às pessoas com deficiência. Mas nem sempre a vulnerabilidade está presente. No entanto, esse grupo traz a característica da vulnerabilidade como sua marca.

A Constituição, identificando que as pessoas com deficiência não teriam as mesmas oportunidades de ingresso no serviço público de que gozariam as demais pessoas, houve por bem determinar que um determinado percentual dos servidores e empregados públicos deveria ser formado por pessoas com deficiência; além disso, foram anos de exclusão, com a manutenção de uma “igualdade formal”, que convalidava a exclusão. Com esse escopo de implementação da inclusão social, surgiu a previsão constitucional do artigo 37, VIII.

O artigo 37, VIII, da Constituição Federal traz ação afirmativa, destinada à promoção da igualdade material, à inclusão das pessoas com deficiência na sociedade.

A inclusão, ademais, é pressuposto também da garantia da dignidade da pessoa humana, sendo que somente se pode falar em vida com dignidade se for possível a todos conviverem em sociedade, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

⁴ Supremo Tribunal Federal, MS nº 31.695 AgR/DF, Segunda Turma, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 03.02.2015, publicado no DJe em 10.04.2015.

⁵ Confira-se a respeito, o seguinte trecho de Luiz Alberto David Araujo: “Se a igualdade formal está garantida como uma norma de eficácia plena, ou seja, aquela que deve produzir todos os seus efeitos de imediato, o mesmo não se pode dizer da igualdade material, a chamada igualdade na lei. Para esta igualdade, o Estado brasileiro reconhece determinado grupo como frágil, dando-lhe um conjunto de direitos para se equiparar ou para que haja um reconhecimento pelo tempo de afastamento do convívio social, muitas vezes por culpa do próprio Estado” (In: ARAUJO, Luiz Alberto David. *Barrados*. Pessoas com deficiência sem acessibilidade: como, o que e de quem cobrar. Petrópolis: KBR, 2011, p. 22).

1.1 Reserva de cargos e empregos públicos e não de vagas em concursos públicos

A Constituição determinou que a lei dispusesse sobre a reserva de percentual de cargos e empregos públicos para as pessoas com deficiência, e a lei, de fato, o fez, embora de maneira parcial.

A Lei nº 8.112/1990 estabeleceu, em seu artigo 5º, §2º, que até vinte por cento das vagas oferecidas nos concursos públicos serão reservadas às pessoas com deficiência. O Decreto nº 3.298/1999 (que regulamenta a Lei nº 7.853/1989) estabeleceu, em seus artigos 37 a 44, que no mínimo cinco por cento das vagas em cada concurso público serão destinadas às pessoas com deficiência, devendo o número de vagas reservadas ser arredondado para o primeiro número inteiro subsequente caso esse percentual resulte em número fracionado. Tais percentuais não foram alterados pela Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015), que não tratou da reserva de vagas no serviço público.

Note-se, outrossim, que a ação afirmativa estabelecida pela Constituição não foi integralmente implementada pela lei. A Constituição determina que será reservado percentual dos cargos e empregos públicos às pessoas com deficiência, ao passo que a lei (e o decreto que a regulamenta) reserva apenas um percentual das vagas em disputa em cada concurso público. São coisas distintas a reserva de cargos e empregos e a reservas de vagas em concursos. Essa situação não passou despercebida por Maria Aparecida Gugel,⁶ que anotou:

Percebe-se que o legislador não fixou o percentual de reserva sobre o número total dos cargos e empregos públicos existentes em cada órgão. Essa reserva que deve ser estabelecida para a administração pública por lei, propõe-se chamar de reserva real.

Da forma como legalmente estabelecida, não se tem um percentual de pessoas com deficiência que irá forçosamente ocupar cargos públicos,⁷ mas apenas um percentual de vagas reservadas em cada concurso.

⁶ GUGEL, Maria Aparecida. *Pessoas com Deficiência e o Direito ao Concurso Público – Reserva de Cargos e Empregos Públicos – Administração Pública Direta e Indireta*. Goiânia: Editora da Universidade Católica de Goiás, 2006, p. 72.

⁷ Note-se que para empregos públicos a ação afirmativa foi integralmente implementada pela lei, já que, nesse caso, regido o pessoal pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho, aplica-se o disposto na Lei nº 8.213/1991, em seu artigo 93, que determina um percentual de pessoas com deficiência a ser contratada por cada empresa, em função do seu número de empregados. O artigo 101 da Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015, que previa o aumento do percentual de pessoas com deficiência nas empresas, foi, nesse particular, vetado pelo Poder Executivo.

2 A quantidade de vagas reservadas

Vimos que a Constituição Federal determinou que a lei reservasse percentual de cargos e empregos públicos para as pessoas com deficiência. Vimos também que a lei, ao atender o comando constitucional, o fez, em relação aos cargos públicos, de forma parcial, determinando a reserva de um percentual máximo (até vinte por cento) de vagas nos concursos públicos a serem realizados. O decreto regulamentar, por sua vez, fixou um percentual mínimo de vagas a serem reservadas às pessoas com deficiência nos concursos públicos. Assim, cumpre-nos, agora, verificar efetivamente qual a reserva de vagas existente em nosso ordenamento jurídico, ou seja, qual o percentual de vagas efetivamente reservadas às pessoas com deficiência nos concursos públicos.

Conjugando as disposições da Lei nº 8.112/1990, em seu artigo 5º, §2º, que estabeleceu que até vinte por cento das vagas dos concursos públicos deveriam ser reservadas às pessoas com deficiência, com as disposições do Decreto nº 3.298/1999, que estabelece que pelo menos cinco por cento das vagas dos concursos públicos devem ser reservadas às pessoas com deficiência, arredondando para o primeiro número inteiro subsequente o número de vagas caso tal percentual resulte em um número fracionário, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF pacificou-se no sentido de que o concurso público sempre deve reservar pelo menos cinco por cento de suas vagas para as pessoas com deficiência, arredondando-se o número de vagas para o primeiro número inteiro subsequente se o percentual definido resultar em número fracionário, desde que, ao proceder tal arredondamento, não se exceda o limite legal de vinte por cento.⁸

Assim, um concurso que disponibilize entre uma e quatro vagas não precisará, inicialmente, reservar vagas para pessoas com deficiência, tendo em vista que, qualquer vaga reservada resultará em um percentual maior do que os vinte por cento legalmente estabelecidos.

No entanto, se um concurso que originalmente previsse apenas o provimento de quatro vagas, pelo fato de surgirem novas vagas no decorrer do certame, passar a disponibilizar cinco ou mais vagas, a reserva de vagas para pessoas com deficiência passa a ser obrigatória, respeitando-se o mínimo e máximo estabelecidos.⁹

⁸ Nesse sentido: Supremo Tribunal Federal, MS 26.310/DF, Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 20.09.2007, publicado no DJ de 31.10.2007.

Confira-se, a respeito: RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes. *Manual dos Direitos das Pessoas com Deficiência*. São Paulo: Editora Verbatim, 2010, p. 52-60.

⁹ Nesse sentido: Supremo Tribunal Federal, MS 30.861 (Segunda Turma, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 22.05.2012, Publicado no DJe de 08.06.2012), AgReg no RE 440.988 (Primeira Turma, Relator Ministro Dias Toffoli, julgado em 28.02.2012, publicado no DJe de 30.03.2012), MS 26.310 (Plenário, Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 20.09.2007, Publicado no DJ de 31.10.2007); Superior Tribunal de Justiça, RMS 36.359 (Segunda Turma, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, julgado em 27.11.2012, Publicado no DJe de 05.12.2012), MS 8.417(Terceira Seção, Relator Ministro Paulo Medina, julgado em 12.05.2004, Publicado no DJ de 14.06.2004).

Dessa forma, em um concurso que preveja o preenchimento de quatro vagas, não será necessário, de início, reservar uma vaga para as pessoas com deficiência (cinco por cento de quatro vagas representa o número fracionário 0,2 vagas; o primeiro número inteiro subsequente é um e, sendo uma vaga representativa de 25 por cento do total, ficará excedido o limite legal de vinte por cento); no entanto, caso se pretenda nomear um quinto candidato, este deverá ser um candidato da lista de pessoas com deficiência, já que, com o preenchimento de cinco vagas, uma vaga representa exatamente vinte por cento das vagas oferecidas, respeitando, assim, o limite máximo legal e ficando acima do limite mínimo (cinco por cento de cinco vagas representaria o número fracionário 0,25 vagas; o primeiro número subsequente é um e, dessa forma, sendo uma vaga equivalente a vinte por cento das vagas oferecidas, de rigor a reserva para as pessoas com deficiência).

Decidiu o Supremo Tribunal Federal, portanto, que a partir da quinta vaga oferecida em cada concurso deverá ser observada a reserva de vagas para as pessoas com deficiência, com percentual entre cinco e vinte por cento do total de vagas, arredondando-se os números fracionários para o primeiro número inteiro subsequente.

De se ressaltar, por oportuno, que será considerado para o cálculo das vagas reservadas o total de vagas efetivamente preenchidas nos concursos públicos, ou seja, se o concurso inicialmente previa quatro vagas (e aí não haveria nenhuma vaga reservada, já que qualquer vaga excederia o percentual de vinte por cento) e posteriormente, com o certame em andamento, abriu-se nova vaga, essa nova vaga deve ser considerada para efeito da reserva de vagas, sendo de rigor sua reserva para pessoas com deficiência. A decisão, portanto, cuida de efetivar o comando constitucional; trata-se de interpretação adequada da Corte, que entendeu perfeitamente o espírito da inclusão no caso das pessoas com deficiência.

Devemos entender, dessa forma, que mesmo nos concursos públicos que prevejam o preenchimento de menos do que cinco vagas, deverá haver previsão no edital para a inscrição de candidatos com deficiência, já que, caso surjam novas vagas no prazo de validade do concurso, e a Administração decida por preenchê-las, deverá necessariamente ser observado o percentual de reserva de vagas destinadas às pessoas com deficiência, evitando-se, assim, que haja a necessidade de reabertura do concurso público, bem como evitando a supressão do direito das pessoas com deficiência às vagas reservadas. Assim, é de rigor que, mesmo nos concursos em que inicialmente não estejam abertas pelo menos cinco vagas, haja a previsão no edital de inscrição para as vagas destinadas às pessoas com deficiência.

3 Pessoas com deficiência – quem concorre às vagas reservadas

Até o ano de 2008 o Brasil não contava com uma definição legal de pessoas com deficiência. O grupo vulnerável era caracterizado de acordo com o disposto no Decreto nº 3.298/1999.

Afora a questão de ser a definição do grupo vulnerável, que, em última análise, confere direitos e impõe obrigações, trazida por um mero instrumento infralegal, violando, assim, o disposto no artigo 5º, II, da Constituição Federal, que impõe que somente em virtude de lei se criam obrigações, a definição trazida pelo Decreto nº 3.298/1999 era calcada em um critério unicamente médico, apresentando um rol de situações que, acaso presentes, possibilitariam o reconhecimento de alguém como pessoa com deficiência. Dessa forma, presente alguma das situações enumeradas pelo Decreto nº 3.298/1999, poder-se-ia dizer que alguém era pessoa com deficiência; caso contrário, a pessoa estaria excluída desse grupo vulnerável. Bastava a juntada de um atestado médico que afirmasse o enquadramento na situação do decreto. Isso, certamente, era mais fácil para a Administração Pública, mas com o novo conceito...

Em 09 de julho de 2008 o Brasil internalizou, na forma prevista no artigo 5º, §3º, da Constituição Federal e, assim, com equivalência de emenda constitucional, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU (Decreto Legislativo nº 186/2008), Convenção esta que foi promulgada pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009.

Tal Convenção, em seu artigo 1º, traz a definição de pessoas com deficiência de caráter social, no qual se indica que a deficiência está na sociedade, e não nas pessoas. Não se adota mais um critério unicamente médico para definir quem são as pessoas com deficiência, mas passa a ser utilizado um critério no qual o elemento médico (impedimento) é apenas um dos componentes da definição, sendo de rigor avaliar-se a interação do impedimento com fatores sociais e ambientais, bem como a eventual dificuldade de inclusão social decorrente dessa interação. Dispõe a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU (norma, repita-se, de equivalência constitucional), em seu artigo 1º:

Pessoas com deficiência são aqueles 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 igualdade de condições com as demais pessoas.

A partir dessa definição da Convenção, e tendo em consideração sua estatura constitucional, o sistema jurídico brasileiro não mais poderia admitir qualquer definição, legal ou regulamentar, que não atendesse aos critérios claramente fixados, que impedem que seja considerada unicamente a questão médica para incluir ou excluir alguém do grupo vulnerável. A partir do advento da Convenção, então, a definição do grupo vulnerável trazida pelo Decreto nº 3.298/1999 não mais poderia subsistir ou, ao menos, não mais poderiam ser consideradas aquelas situações ali delineadas como única forma de aferição da deficiência.

Desde a internalização da Convenção da ONU, na forma do artigo 5º, §3º, da Constituição, passou a ser cogente que o enquadramento de alguém no grupo vulnerável levasse em consideração a nova definição de pessoas com deficiência, sendo de rigor a consideração, além do fator médico (impedimento), do fator social, ou seja, da exclusão social gerada pela interação do impedimento com as barreiras ambientais e sociais. A análise de quem é pessoa com deficiência, agora, deve ser procedida por equipe multiprofissional, habilitada a verificar tanto a questão médica como a questão social.

Não cabe mais no Direito brasileiro uma enumeração genérica, *a priori*, de situações médicas que possibilitem o reconhecimento de alguém como pessoa com deficiência, sendo de rigor que a legislação limite-se a apontar critérios, de acordo com as diretrizes trazidas pela Convenção da ONU, que permitam, caso a caso, verificar se alguém está ou não incluído no grupo vulnerável; uma enumeração de situações médicas, no máximo, poderia ser meramente exemplificativa, e sempre dependente da análise social.

O novo conceito exige que sejam verificadas as barreiras sociais e ambientais existentes no meio em que se insere a pessoa com deficiência, ou seja, não basta a existência do fator médico, do impedimento de longo prazo, mas a deficiência é aferida a partir da interação do impedimento com as barreiras sociais e ambientais existentes, de forma a gerar uma desigualdade de oportunidades entre as pessoas com deficiência e as demais pessoas. Devemos entender tais barreiras como aquelas situações e obstáculos, presentes no ambiente ou decorrentes do convívio social, que venham a dificultar a inclusão das pessoas com deficiência no meio em que vivem; podem ser das mais variadas ordens, como, por exemplo, arquitetônicas, tecnológicas, culturais, políticas ou econômicas. É esse foco nas barreiras, trazido pelo novo conceito, que nos permite dizer que a deficiência não se encontra na pessoa, mas na sociedade, que não está preparada para acolhê-la adequadamente. O conceito atual de pessoa com deficiência é social, e não mais apenas médico.

Anteriormente ao novo conceito, bastava que uma determinada situação médica enumerada pelo Poder Público estivesse presente para que alguém fosse considerado como pessoa com deficiência; agora, faz-se necessário que o fator médico, qualquer que seja, desde que não transitório (e não mais apenas aqueles enumerados pelo poder Público), interagindo com as barreiras sociais e ambientais existentes no meio em que se insere a pessoa com deficiência, gere exclusão, ou seja, faça com que a pessoa com deficiência não tenha as mesmas oportunidades de que desfrutam as demais pessoas.

São as pessoas que podem ser consideradas pessoas com deficiência pela definição trazida pela Convenção da ONU que poderão ser habilitadas à disputa das vagas reservadas em concursos públicos.

A Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015, em seu artigo 2º, traz a definição de pessoa com deficiência que praticamente repete os termos da Convenção da ONU, que, assim, passa também a ter caráter legal, prevendo, inclusive, os critérios para a avaliação da deficiência.

No entanto, inexplicavelmente, a existência dessa nova definição, de estatura constitucional, presente desde 2008 no Direito brasileiro, agora repetida na legislação infraconstitucional, que não mais permite uma análise exclusivamente médica, vem sendo desconsiderada pelos Tribunais Superiores.

Em reiteradas decisões, todas posteriores à Convenção, o Superior Tribunal de Justiça deixou de reconhecer que não mais se pode aceitar a definição regulamentar de casos em que está presente a deficiência, sendo de rigor a análise do caso concreto, para a necessária verificação do critério social. Continua o Superior Tribunal de Justiça a utilizar-se da definição trazida pelo Decreto nº 3.298/1999, com a redação que lhe foi dada pelo Decreto nº 5.296/2004, para o enquadramento de alguém no grupo das pessoas com deficiência. Com fundamento em uma antiga jurisprudência, são diversas as decisões que, por exemplo, apontam que alguém com surdez unilateral não pode ser considerado como pessoa com deficiência, já que tal situação não está retratada no Decreto nº 3.298/1999.¹⁰ Também o Supremo Tribunal Federal decidiu nesse sentido.¹¹

De acordo com a nova definição, não se pode excluir qualquer situação médica, *a priori*, da possibilidade de levar alguém a ser reconhecido como pessoa com deficiência, sendo necessária a análise, em cada caso, acerca de se a questão médica, em interação com fatores sociais e ambientais, gera uma desigualdade de oportunidades de inclusão plena e efetiva na sociedade. Em sendo positiva a resposta, havendo uma desigualdade de oportunidades, qualquer impedimento poderá ensejar o reconhecimento de alguém como pessoa com deficiência, havendo ou não sua previsão em algum instrumento legal ou regulamentar.

Nesse sentido, não se pode excluir alguém com surdez unilateral, por exemplo, *a priori*, da possibilidade de ser pessoa com deficiência, sendo necessária a análise do caso concreto para a verificação da existência ou inexistência da desigualdade de oportunidades de inclusão plena e efetiva na sociedade, decorrente da interação da surdez unilateral com as barreiras sociais e ambientais.

¹⁰ Nesse sentido: Superior Tribunal de Justiça, AgRg no REsp nº 1379284/SE (Primeira Turma, Relator Ministro Benedito Gonçalves, julgado em 18.11.2014, publicado no DJe em 26.11.2014), AgRg no AgRg no REsp nº 371630/CE (Primeira Turma, Relator Ministro Benedito Gonçalves, julgado em 23.10.2014, publicado no DJe em 25.11.2014), AgRg no RMS 43230/SP (Segunda Turma, Relator Ministro Herman Benjamin, julgado em 23.20.2014, publicado no DJe de 27.11.2014), AgRg no AREsp 510378/PE (Segunda Turma, Relator Ministro Humberto Martins, julgado em 05.08.2014, publicado no DJe de 13.08.2014), RMS 36081/PE (Primeira Seção, Relator Ministro Herman Benjamin, julgado em 28.05.2014, publicado no DJe de 23.09.2014), MS 18.966/DF (Corte Especial, Relator Ministro Humberto Martins, julgado em 02.10.2013, publicado no DJe de 20.03.2014).

¹¹ Supremo Tribunal Federal, Ag no MS 29.910 (Segunda Turma, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 21.06.2011, publicado no DJe de 01.08.2011).

De se ressaltar, ainda, a edição da Súmula nº 377, em abril de 2009 (e, dessa forma, posteriormente à incorporação da Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, com equivalência de emenda constitucional, ao ordenamento jurídico brasileiro), pelo Superior Tribunal de Justiça, dispondo que pessoas com visão monocular serão consideradas pessoas com deficiência para fins de disputa das vagas reservadas de que trata o artigo 37, VIII, da Constituição Federal. Trata-se de decisão que desconsidera o novo conceito de pessoas com deficiência acolhido desde 2008 pelo ordenamento jurídico brasileiro, já que adota unicamente o aspecto médico para a aferição da deficiência, deixando de observar as barreiras sociais e ambientais, bem como o ambiente em que se insere a pessoa com deficiência. A edição dessa Súmula, assim, sem qualquer ressalva ou reflexão acerca do novo conceito de pessoa com deficiência (aliás, referida súmula sequer adota a nomenclatura “pessoas com deficiência” e adota o termo “deficientes”, que não é mais acolhido em nosso sistema jurídico pelo menos desde 1988, com a promulgação da atual Constituição Federal), de caráter constitucional, repita-se, aponta para o distanciamento do Poder Judiciário acerca do tema das pessoas com deficiência.¹² O Poder Judiciário caminhou no sentido contrário ao da regulamentação constitucional existente sobre o tema, que exige uma análise médica e social, e não apenas médica, para a definição de quem integra o grupo vulnerável.¹³

Dessa forma, há a necessidade de que o Judiciário aproprie-se da nova definição, que agora consta também da legislação infraconstitucional, e passe a aplicá-la de forma efetiva, deixando de lado o critério unicamente médico de definição das pessoas com deficiência, que não está mais no sistema normativo brasileiro.

4 A “compatibilidade da deficiência com o cargo em disputa”

Ao dispor sobre a reserva de vagas para as pessoas com deficiência nos concursos públicos, a Lei nº 8.112/1990, em seu artigo 5º, §2º, utilizou-se de expressão infeliz e, que se interpretada inadequadamente, poderá ser entendida como inconstitucional, afirmando que a reserva de vagas terá lugar para “o provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras”. Tal disposição foi repetida no artigo 37, *caput*, do Decreto nº 3.298/1999, que dispõe em nível infralegal acerca da reserva de vagas para as pessoas com deficiência.

¹² Acerca da inadequação da Súmula nº 377 do Superior Tribunal de Justiça confira-se: ARAUJO, Luiz Alberto David; MAIA, Maurício. O Novo Conceito de Pessoa com Deficiência e a Aplicação da Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência pelo Poder Judiciário no Brasil. *Revista Inclusiones*, v. 2, n. 3, p. 09-17, jul./set. 2015. Disponível em: <<http://www.revistainclusiones.cl/articulos/vol-2-num-3-2015/oficial-presentacion-volumen-2-numero-3-julio-septiembre-2015.pdf>>. Acesso em: 25 jul. 2015, p. 14-16.

¹³ Caso se entenda que a Súmula nº 377 teria sido editada depois da vigência da Convenção internalizada, ainda assim o próprio Poder Judiciário poderia promover sua revisão.

De acordo com o artigo 37, I, da Constituição Federal, 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. Trata-se do princípio do amplo acesso ao serviço público.

Por sua vez, o artigo 37, II, da Lei Maior, exige a prévia aprovação em concurso público para a investidura em cargo ou emprego público, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão, declarado em lei de livre nomeação e exoneração. O concurso público, ainda segundo o mesmo dispositivo constitucional, será composto por provas ou por provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego.

Segundo podemos extrair da dicção constitucional, dessa forma, o acesso ao desempenho do serviço público é amplo, sendo a regra geral a prévia aprovação em concurso público, que exigirá dos candidatos a comprovação de que atendam aos requisitos pela lei estabelecidos para o bom exercício do mister público.

Ora, se o amplo acesso ao serviço público é a regra geral, sendo a igualdade a viga mestra de nosso sistema constitucional, não é razoável entender que a lei poderá exigir dos integrantes de um grupo vulnerável, no caso as pessoas com deficiência, que devem receber especial proteção do sistema jurídico, que comprovem um requisito adicional para o desempenho de cargo ou emprego público, qual seja, a “compatibilidade” do cargo com a deficiência.

A Constituição somente admite como possível que a lei estabeleça, de forma geral e abstrata, quais são os requisitos necessários, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, para o bom exercício do mister público. Atenta contra a Constituição disposição legal que imponha a um grupo de pessoas a demonstração de um requisito adicional para o acesso ao desempenho do serviço público.

Dessa forma, somente a lei poderá estabelecer quais os requisitos que serão exigidos para o exercício do cargo ou emprego público e, ainda assim, o legislador não tem liberdade absoluta para fixar tais requisitos, que deverão se limitar aos estritamente necessários ao bom desempenho do serviço público, sob pena de inconstitucionalidade, violando o princípio do amplo acesso aos cargos e empregos públicos, bem como a igualdade. Não pode o legislador adotar um fator de discriminação, um requisito, que não guarde compatibilidade lógica com o cargo ou emprego a ser exercido, o que violaria a igualdade.

Atendidos os requisitos estabelecidos em lei, o que será verificado no concurso público, está demonstrada a possibilidade de que alguém exerça o cargo ou o emprego público. A “compatibilidade” de alguém (pessoa com deficiência ou não) com o cargo ou emprego público pretendido é mensurada no respectivo concurso público; atendidos os requisitos legalmente estabelecidos e aprovada a pessoa no concurso

público, não há que se falar em uma suposta incompatibilidade, *a priori*, com o exercício do cargo ou emprego.¹⁴

Não se pode descartar, outrossim, que, em determinadas hipóteses de deficiências graves, muito bem delimitadas e sempre verificadas e comprovadas no caso concreto, poderá a Administração entender que o candidato, em razão da deficiência, não tem qualquer condição de exercício do cargo público, ou seja, que a deficiência, naquele caso, de fato o inabilita para o exercício do cargo em disputa. Nesses casos, será legítima a decisão da Administração, observados sempre o contraditório e a ampla defesa, de deixar de nomear o candidato. A ilustrar a hipótese, podemos apontar que em um concurso público que pretenda prover cargo que demande movimentação, como guarda de trânsito, por exemplo, um candidato tetraplégico possa ser inabilitado após exame que ateste a completa impossibilidade de exercício do cargo.

Note-se que a situação é diferente da pura e simples exigência de “aptidão plena” no edital do concurso, de forma genérica (é de se apontar, ademais, que a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, em seu artigo 43, §3º, dispõe ser vedada qualquer restrição ao trabalho da pessoa com deficiência, inclusive nas etapas de recrutamento, seleção, contratação, admissão, exames admissionais e periódicos, bem como exigência de aptidão plena), ou mesmo da simples vedação da inscrição do candidato com deficiência no concurso. Não se pode admitir, *a priori*, a exclusão do candidato do certame; no entanto, se demonstrada cabalmente a total inabilitação para o cargo pretendido em razão da deficiência, não é viável a contratação e, assim, poderá a Administração deixar de proceder a sua nomeação, a despeito de eventual aprovação.

Na dúvida acerca da possibilidade de exercício do cargo pretendido, deve haver a inclusão. Nesse caso, eventual impossibilidade concreta do exercício do cargo ou emprego será verificada no período de estágio probatório (ou no período de experiência, no caso de emprego público), no qual o servidor recém-contratado irá demonstrar, na prática, que tem condições de exercer o cargo para o qual foi aprovado no concurso público.¹⁵

¹⁴ Nesse sentido: Supremo Tribunal Federal, RE nº 676.335/MG (Decisão Monocrática, Relatora Ministra Cármen Lúcia, julgado em 26 de fevereiro de 2013, publicado no DJe de 26.03.2013).

¹⁵ Nesse sentido, confira-se: ARAUJO, Luiz Alberto David. Um breve quadro da proteção constitucional das pessoas com deficiência no Brasil. Legislação basta? Uma tentativa de diagnóstico. *Revista Inclusiones*, v. 1, n. 3, p. 19-30, jul./set. 2014. Disponível em: <<http://www.revistainclusiones.cl/volumen-1-nba3/oficial-articulo-dr.-luz-alberto-david-araujo.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2015. Destaque para o seguinte trecho do trabalho citado (p. 23): “O Poder Judiciário tratou de determinar, por decisão do Supremo Tribunal Federal, que o edital de concurso não pode dizer, ‘a priori’, quem está ou não habilitado para o concurso. Apenas depois dos exames médico e ambiental é que se pode afirmar que a pessoa tem ou não condições de exercer o cargo. E, ainda assim, em caso de dúvida, a decisão da Administração Pública deve ser pela inclusão. E o estágio probatório (fase necessária para verificar se todos os candidatos aprovados se adaptam às regras do cargo) dirá se a pessoa com deficiência pode ou não continuar no cargo, em caso de dúvida. Ou seja, em caso de dúvida, incluir (e não excluir). Devemos dar a chance ao candidato aprovado de demonstrar que tem condições de ocupar o cargo (e não vetar sem lhe dar essa oportunidade, em caso de dúvida)”.

Em síntese, tendo em vista o disposto na Constituição, temos que a regra é a inclusão, ou seja, em princípio deve-se admitir toda e qualquer pessoa (com ou sem deficiência) para que participe do concurso público, dando-lhe oportunidade para que demonstre, mediante a realização das provas e a apresentação dos títulos, que preenche os requisitos legalmente estabelecidos para o desempenho do cargo ou emprego pretendido. Somente será admitida a inabilitação de alguém no concurso público em razão de uma incompatibilidade da deficiência com o cargo pretendido em casos que constatada no caso concreto, inequivocamente, a impossibilidade total de exercício do cargo pretendido. Havendo dúvida acerca da possibilidade do exercício em concreto do cargo ou emprego, esta deverá ser dirimida no estágio probatório ou no período de experiência, que justamente têm a função de avaliar a possibilidade concreta de exercício do cargo ou emprego por aquele que demonstrou no concurso público, em teoria, que atende aos requisitos legais. Não se pode excluir, *a priori*, ninguém da possibilidade de participar do concurso público sob a alegação de uma teórica incompatibilidade do cargo ou emprego com a deficiência apresentada.

4.1 A igualdade material no concurso público

Uma observação se faz necessária quando analisamos o concurso público na perspectiva de que tal instrumento se presta para aferir se os postulantes ao cargo ou ao emprego público preenchem os requisitos em lei estabelecidos para o bom desempenho do serviço público, selecionando os melhores candidatos: a aferição dos requisitos estabelecidos em lei, as provas dos concursos públicos e suas etapas, deverão também respeitar a igualdade, em seu aspecto material.

O concurso público deve possibilitar a todos que demonstrem se preenchem ou não os requisitos estabelecidos em lei para o cargo ou emprego pretendido. Dessa forma, é necessário que todos possam ter a oportunidade de fazer tal demonstração, de forma equitativa. As pessoas com deficiência, nesse sentido, têm o direito à adaptação das provas e dos locais de provas, para que possam adequadamente demonstrar que preenchem os requisitos que a lei exige para o cargo em disputa.

Não se respeitaria a igualdade, e tampouco o princípio do amplo acesso aos cargos e empregos públicos, se não for possibilitado a quem tem deficiência visual, por exemplo, que faça a prova utilizando-se do método braile, ou mesmo que tenha disponível uma prova com letra ampliada; da mesma forma, se não houver a possibilidade de que um cadeirante acesse o local de prova, como ele fará para demonstrar que atende os requisitos legais para o cargo que pretende exercer? A igualdade pressupõe que haja tratamento diferenciado para pessoas em situações diferentes, de forma proporcional à desigualdade existente.

Aponta Maria Aparecida Gugel que:

Todos os locais de prova devem estar adaptados e organizados segundo as normas técnicas da ABNT relativas à acessibilidade da pessoa com

deficiência, cabendo ao administrador público ou organizador do concurso público obedecer aos padrões e critérios nelas estabelecidos, estando os locais aptos para receber o candidato com deficiência de forma digna. (...).¹⁶

Dessa forma, é necessário que haja a adaptação tanto dos locais de prova como das próprias provas, para que as pessoas com deficiência possam realizá-las.¹⁷

Evidentemente que não se está a falar de um conteúdo diferenciado das provas, mas de uma forma diferenciada. As provas exigirão exatamente o mesmo conteúdo (afinal, os requisitos para acesso ao cargo ou emprego público são os mesmos para todas as pessoas), mas a sua forma deverá ser adaptada de maneira que as pessoas com deficiência (seja qual for a deficiência) possam realizá-las. Somente se respeita a igualdade quando se possibilita que todos tenham a oportunidade de demonstrar que atendem aos requisitos por lei estabelecidos para o cargo ou emprego em disputa e, assim, faz-se necessária a adaptação das provas e locais de provas. A adaptação das provas é prevista nos artigos 39, III, e 40, §2º, do Decreto nº 3.298/1999.

A novel Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, em seu artigo 38, dispõe, inclusive, que entidade contratada para a realização de processo seletivo público ou privado para cargo, função ou emprego está obrigada à observância do disposto na referida Lei, bem como em outras normas de acessibilidade vigentes.

A mesma observação se faz quanto ao estágio probatório, período de três anos de efetivo exercício no cargo público após o qual o servidor será efetivado no cargo, atualmente regulado pelo artigo 20, da Lei nº 8.112/1990, estabelecendo que o servidor no estágio probatório será avaliado quanto à assiduidade, disciplina, capacidade de iniciativa, produtividade e responsabilidade. O servidor com deficiência será avaliado exatamente de acordo com esses critérios, não podendo deles se exigir mais do que se exige dos demais servidores, fixando um requisito adicional para aprovação no estágio probatório. É de se apontar, ainda, que a análise do desempenho do servidor com deficiência deverá ser feita tendo em conta as atividades efetivamente exercidas pelo servidor, e não se considerando a possibilidade em tese de exercer todas as atribuições possíveis concernentes ao cargo ocupado; é evidente que não serão todas as atividades inerentes a todos os cargos públicos que poderão ser desempenhadas por um servidor com deficiência, mas é necessário que dentro do conteúdo ocupacional de cada cargo sejam atribuídas ao servidor com deficiência as atividades que são possíveis de serem por eles exercidas, levando-se em conta,

¹⁶ GUGEL, Maria Aparecida. Direito constitucional de ter reserva de cargos e empregos públicos em concursos públicos, In: GUGEL, Maria Aparecida; COSTA FILHO, Waldir Macieira da; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes (Org.). *Deficiência no Brasil – Uma Abordagem Integral dos Direitos das Pessoas com Deficiência*. Florianópolis: Editora Obra Jurídica, 2007, p. 221.

¹⁷ Nesse sentido: ARAUJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional das pessoas com deficiência*. 4. ed. Brasília: Corde, 2011, p. 24-25.

inclusive, a falta de estrutura da Administração Pública para acolher as pessoas com deficiência.

Ressalte-se que o servidor com deficiência foi aprovado em concurso público e, dessa forma, demonstrou que atende a todos os requisitos legais para o exercício do cargo conquistado, cabendo à Administração prover todos os meios necessários para que efetivamente o servidor possa bem desempenhar suas funções, integrando-o plenamente ao serviço público. Não se deve permitir que a falta de acessibilidade de um local público seja determinante para o bom desempenho da pessoa com deficiência. O ambiente já deveria estar adaptado. A Constituição Federal, desde 1988, em seu artigo 244 determina que a lei disporá sobre a adaptação dos edifícios de uso público a fim de garantir o acesso adequado pelas pessoas com deficiência; a lei exigida pela Constituição foi editada no ano de 2000 (Lei nº 10.098/2000), tendo sido regulamentada pelo Decreto nº 5.296/2004. Não pode a falta de adaptação “punir” a pessoa com deficiência em sua produtividade. Ao contrário, ela tem direito de desempenhar suas funções em um ambiente acessível, já que todos os prazos do decreto regulamentar se escoaram. Teoricamente, deveríamos ter todos os ambientes acessíveis. Aponte-se, por oportuno, que a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, recém editada, repete, em seu artigo 57, o mandamento de que as edificações públicas e privadas de uso coletivo devem garantir acessibilidade às pessoas com deficiência em todas as suas dependências e serviços, tendo como referência as normas de acessibilidade vigentes.

As mesmas observações valem para o período de experiência, aplicável aos empregados públicos, conforme previsão do artigo 445, parágrafo único, da Consolidação das Leis do Trabalho.

4.2 A evolução da jurisprudência

Data de 1984 (e, portanto, sob a égide do sistema constitucional anterior, de 1967/1969) uma decisão histórica acerca da possibilidade (ou melhor dizendo, da impossibilidade) do exercício de cargo público por pessoa com deficiência, analisada em tese.

No julgamento do Recurso Extraordinário nº 100.001-5/DF,¹⁸ o Supremo Tribunal Federal decidiu que não era discriminatória a decisão que impossibilitava uma pessoa com cegueira bilateral total, aprovada em concurso público de provas e títulos, de desempenhar o cargo de Juiz de Direito, já que tal pessoa não poderia desempenhar plenamente todas as atribuições ínsitas ao cargo. Entendeu o STF que não havia qualquer violação ao disposto no artigo único da emenda Constitucional nº 12, de 17 de

¹⁸ Supremo Tribunal Federal, RE nº 100.001-5/DF (Relator Ministro Moreira Alves, julgado em 29.03.1984, publicado no DJ em 29.08.1986).

outubro de 1978, que proibia a discriminação às pessoas com deficiência, inclusive quanto à admissão ao serviço público.

O Ministro Relator entendeu como definitivo e válido o parecer da Comissão de Concurso apontando que o pleno desempenho do cargo de juiz de Direito não poderia ser exercitado por alguém com cegueira bilateral, já que o sistema jurídico adota procedimentos escritos, exigindo a leitura de textos e o exame de provas, que devem ser feitos exclusivamente pelo juiz, para a formação de seu livre convencimento. Apontou o Relator que as pessoas com deficiência poderiam exercer os cargos públicos de acordo com suas possibilidades e, no caso do Juiz de Direito, não haveria a possibilidade de que alguém com cegueira bilateral pudesse fazê-lo, já que não havia meios de suprir a visão para o exame, por exemplo, de provas fotográficas. Em síntese, o STF entendeu à época que alguém poderia ser excluído *a priori* da possibilidade do exercício do cargo público, mesmo já aprovado em concurso público, sem que lhe fosse dada a oportunidade concreta de demonstrar sua capacidade de exercício do cargo. Nesse caso, havia dúvida acerca da possibilidade de exercício do cargo pretendido, ou seja, não se podia afirmar peremptoriamente que o exercício do cargo de Juiz de Direito seria incompatível com a cegueira bilateral, e, assim, deveria ter sido observada a regra da inclusão, ou seja, deveria ter sido deixada para o estágio probatório a verificação da possibilidade de exercício do cargo de Juiz de Direito; na dúvida, devemos incluir, já que a exclusão é a exceção.

Recentemente, outrossim, e à luz do atual sistema constitucional, já alterado pelos termos da Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, o STF adotou postura mais inclusiva, mais consentânea com os valores constitucionais da igualdade e da dignidade humana, apontando em sentido completamente contrário ao anteriormente seguido, não admitindo que uma pessoa com deficiência pudesse ser excluída de um concurso público em razão da suposta incompatibilidade da deficiência com o cargo pretendido, verificada apenas em tese. Em decisão monocrática de 26 de fevereiro de 2013,¹⁹ a Ministra Cármen Lúcia apontou, no caso de um concurso público para os cargos de Delegado, Escrivão, Perito e Agente de Polícia Federal, que não se pode presumir que as pessoas com deficiência não têm possibilidade do desempenho das funções dos cargos de natureza policial, ou seja, não se pode apontar que os cargos policiais não são compatíveis com nenhum tipo de deficiência.

A Ministra Relatora decidiu que somente em concreto, caso a caso, se pode verificar que alguém não possui capacidade para o exercício de um determinado cargo, não cabendo fazer tal exclusão em tese, *a priori*. Se a pessoa com deficiência

¹⁹ Supremo Tribunal Federal, RE nº 676.335/MG (Decisão Monocrática, Relatora Ministra Cármen Lúcia, julgado em 26 de fevereiro de 2013, publicado no DJe de 26.03.2013).

demonstrar, no certame, que tem aptidão para desempenhar o cargo, ela deve ser admitida no serviço público.

É de se apontar, ademais, que o Superior Tribunal de Justiça, já em 2011, havia decidido nesse sentido, apontando que a pessoa com deficiência não poderia ser excluída do certame com base em exame médico admissional indicando a incompatibilidade da deficiência com o cargo, de forma abstrata, sendo de rigor que tal análise se dê no estágio probatório, em concreto.²⁰

Não se admite mais, assim, à luz do sistema constitucional vigente, que o edital do concurso público aponte a necessidade de uma aptidão física plena para tal ou qual cargo, excluindo *a priori* a participação das pessoas com deficiência no certame. A pessoa com deficiência deve poder participar do concurso público, deve ter a oportunidade de demonstrar que preenche os requisitos legais para o cargo pretendido, somente sendo admitida sua exclusão se, em concreto, se mostrar impossível o exercício adequado do cargo, em decisão que deve ser fundamentada e submetida ao contraditório e à ampla defesa. A regra é a inclusão, sendo excepcional a exclusão.

4.3 A ordem de nomeação

Como visto, a Constituição estabelece no seu artigo 37, VIII, uma ação afirmativa consistente na reserva de um percentual de cargos e empregos públicos para as pessoas com deficiência. A lei, atendendo ao comando constitucional (parcialmente, como exposto, é verdade), fixou que até vinte por cento das vagas dos concursos públicos serão reservadas às pessoas com deficiência. Por sua vez, o decreto regulamentar estabeleceu a reserva de no mínimo cinco por cento das vagas em disputa em cada concurso para as pessoas com deficiência.

Buscando dar operacionalidade ao mandamento constitucional e legal, o Decreto nº 3.298/1999, em seu artigo 42, estabeleceu que na publicação do resultado final dos concursos a Administração deverá providenciar a elaboração de duas listas de aprovados e sua respectiva ordem de classificação: uma lista destinada à generalidade dos aprovados e outra destinada às pessoas com deficiência aprovadas. Atualmente, aliás, em função da Lei nº 12.990/2014, nos concursos destinados ao provimento de cargos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União, deverão ser publicadas três listas, quais sejam, a lista da concorrência geral, a lista de candidatos pessoas com deficiência e a lista de candidatos negros, aos quais serão reservadas vinte por

²⁰ Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.179.987/PR (Quinta Turma, Relator Ministro Jorge Mussi, julgado em 13.09.2011, publicado no DJe de 26.09.2011).

cento das vagas oferecidas nos concursos referidos, sempre que oferecidas três ou mais vagas.

É de se apontar que o candidato que tenha se inscrito para disputar as vagas reservadas e tenha obtido desempenho suficiente para figurar na lista de concorrência geral dentro do número de vagas destinadas à generalidade dos candidatos, ou seja, que obteve nota que lhe proporcione colocação dentro das vagas não reservadas, deverá figurar na lista de concorrência geral, já que não necessitou da proteção estabelecida pelo ordenamento jurídico.²¹ Dessa forma, somente constarão das listas de vagas reservadas os candidatos aprovados que, em razão de seu desempenho, não conseguiriam obter uma das vagas em disputa pela generalidade dos candidatos no concurso público. Assim, forçosamente o desempenho dos candidatos incluídos nas listas de vagas reservadas terá sido inferior ao desempenho daqueles que constam da lista de concorrência geral e que estão incluídos dentro do número de vagas abertas a tal concorrência.

Anteriormente à Lei nº 12.990/2004, havia discussão acerca de como deveria se dar a ordem de nomeação dos candidatos aprovados entre as listas, ou seja, como deveria a Administração proceder na chamada dos candidatos aprovados para exercerem seus cargos, se deveria chamar de forma alternada e proporcional os candidatos de uma e outra lista (respeitando a proporcionalidade de vagas reservadas em relação ao total das vagas a serem preenchidas), ou se os candidatos pessoas com deficiência, constantes de tal lista, deveriam ser chamados ao final, após terminada a lista de concorrência geral, já que seu desempenho havia sido inferior ao desempenho dos candidatos constantes da lista geral que seriam nomeados dentro do número de vagas abertas no concurso.

O Superior Tribunal de Justiça, em decisão de 12 de dezembro de 2007,²² entendeu que a chamada dos candidatos constantes da lista de pessoas com deficiência deveria ser ao final, ou seja, após a nomeação dos candidatos constantes da lista geral dentro do número de vagas abertas no concurso, tendo em vista que a Constituição Federal e a lei reservam às pessoas com deficiência um percentual de vagas no serviço público, e não lhes garante uma ordem de classificação. Assim, para preservar o direito dos candidatos aprovados na lista geral, que obtiveram desempenho superior ao desempenho dos candidatos aprovados na lista de pessoas com deficiência, não havendo dicção legal que determine a inversão da ordem de nomeação, esta se dará conforme o desempenho dos candidatos, fozando o esgotamento da lista de concorrência geral anteriormente à nomeação dos candidatos constantes da lista especial.

²¹ Nesse sentido: ARAUJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional das pessoas com deficiência*. 4. ed. Brasília: Corde, 2011, p. 24.

²² Superior Tribunal de Justiça, Terceira Seção, Mandado de Segurança nº 11.983/DF, Relator Ministro Arnaldo Esteves de Lima, julgado em 12.12.2007, publicado no DJe de 05.05.2008.

O Supremo Tribunal Federal, em recente decisão,²³ e tratando do preenchimento de vagas constantes de cadastro de reserva (ou seja, não se estava a tratar do preenchimento das vagas inicialmente colocadas em disputa no concurso público, mas de vagas que foram posteriormente abertas, dentro de seu prazo de validade), entendeu pela nomeação proporcional entre as listas, ou seja, a nomeação deveria garantir que o preenchimento das vagas se daria respeitando o percentual de vagas reservadas às pessoas com deficiência no concurso público. Dessa forma, já a quinta nomeação deveria ser de um candidato da lista de pessoas com deficiência, pois estar-se-ia respeitando o percentual mínimo (com o arredondamento do número fracionário de vagas para o primeiro número inteiro subsequente) e o percentual máximo. As nomeações subsequentes deveriam seguir a mesma lógica, garantindo sempre que os percentuais mínimo (com os arredondamentos pertinentes) e máximo fossem respeitados. Entendeu o STF que tal forma de nomeação dá maior efetividade à ação afirmativa, propiciando que de fato as pessoas com deficiência sejam incluídas no serviço público.

Outrossim, face ao disposto no artigo 4º da Lei nº 12.990/2014, que estabelece a reserva de vagas aos negros em concursos públicos, não parece restar outra interpretação possível senão a de que a nomeação deverá observar a alternância e a proporcionalidade entre as listas.

De fato, dispõe o referido artigo 4º da Lei nº 12.990/2014:

Art. 4º A nomeação dos candidatos aprovados respeitará os critérios de alternância e proporcionalidade, que consideram a relação entre o número de vagas total e o número de vagas reservadas a candidatos com deficiência e a candidatos negros.

Devemos apontar, no entanto, que tal previsão legal é de muito difícil aplicação, já que simplesmente estabelece a necessidade de observância à alternância e à proporcionalidade entre as listas no momento da nomeação, sem, no entanto, esclarecer como se dará tal alternância e proporcionalidade, se uma ou outra lista terá precedência sobre a outra, qual lista deverá ter candidato nomeado primeiramente, enfim, aspectos sem os quais parece impossível sua efetiva aplicação. Como se considerar qual cota é mais importante? Como estabelecer que uma lista terá precedência sobre a outra? Tratando-se da criação de direitos e obrigações, parece que eventual decreto regulamentar não seria o instrumento adequado para a resolução de tais questões, face à disposição do artigo 5º, II, da Constituição que estabelece que alguém somente poderá ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa em virtude da existência de lei.

²³ Supremo Tribunal Federal, Mandado de Segurança nº 31.715/DF (Decisão Monocrática, Relatora Ministra Rosa Weber, julgado em 01.09.2014, publicado no DJe de 03.09.2014).

De qualquer forma, face à expressa disposição legal, a ordem de nomeação dos candidatos deverá observar a proporcionalidade e a alternância entre as listas, não mais se admitindo que a nomeação dos candidatos das listas de vagas reservadas se dê ao final.

Conclusão

A ação afirmativa trazida pela Constituição Federal, em seu artigo 37, VIII, estabelecendo um percentual de cargos e empregos públicos a serem reservados, nos termos da lei, para as pessoas com deficiência foi apenas parcialmente implementada, ao menos no que toca aos cargos públicos, pela legislação infraconstitucional.

É pacífico em nossos Tribunais Superiores que os concursos públicos deverão reservar entre cinco e vinte por cento das vagas em disputa em cada concurso público às pessoas com deficiência, sendo, assim, obrigatória a reserva de vagas para pessoas com deficiência em concursos com pelo menos cinco vagas (ainda que parte dessas vagas seja aberta no decorrer do concurso público).

Embora a jurisprudência tenha evoluído para uma interpretação mais inclusiva e consentânea com os valores constitucionais da igualdade e da dignidade humana, não mais se admitindo, no Supremo Tribunal Federal, que uma pessoa com deficiência seja excluída da participação em um concurso público em razão de uma suposta incompatibilidade em abstrato da deficiência com o cargo pretendido, ressaltando-se, outrossim, os casos em que há cabal comprovação no caso concreto de impossibilidade de exercício do cargo pretendido em razão da deficiência, o Poder Judiciário ainda não vem aplicando, com a efetividade necessária, as disposições constantes da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, internalizada em nosso ordenamento jurídico com equivalência de emenda constitucional, na forma do artigo 5º, §3º, da Lei Maior, especialmente no tocante ao novo conceito, social, de pessoas com deficiência.

Face à nova disposição trazida pelo artigo 4º da Lei nº 12.990/2014, não mais cabe discussão acerca da necessidade de que a nomeação nos concursos públicos obedeça à proporcionalidade e à alternância entre a lista de candidatos aprovados na concorrência geral, a lista de candidatos pessoas com deficiência aprovados e a lista de candidatos negros aprovados.

Por fim, ainda falta o Poder Judiciário se familiarizar com o novo conceito de pessoa com deficiência, deixando de aplicar o critério médico simples, para aplicar critério mais sofisticado e mais justo das barreiras e dos obstáculos, levando em consideração o ambiente onde está inserido o indivíduo com deficiência.

Referências

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

_____. *Barrados*. Pessoas com deficiência sem acessibilidade: como, o que e de quem cobrar. Petrópolis: KBR, 2011.

_____. Um breve quadro da proteção constitucional das pessoas com deficiência no Brasil. Legislação basta? Uma tentativa de diagnóstico. *Revista Inclusiones*, v. 1, n. 3, p. 19-30, jul./set. 2014. Disponível em: <<http://www.revistainclusiones.cl/volumen-1-nba3/oficial-articulo-dr.-luz-alberto-david-araujo.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2015.

ARAUJO, Luiz Alberto David; MAIA, Maurício. O Novo Conceito de Pessoa com Deficiência e a Aplicação da Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência pelo Poder Judiciário no Brasil. *Revista Inclusiones*, v. 2, n. 3, p. 09-17, jul./set. 2015. Disponível em: <<http://www.revistainclusiones.cl/articulos/vol-2-num-3-2015/oficial-presentacion-volumen-2-numero-3-julio-septiembre-2015.pdf>>. Acesso em: 25 jul. 2015.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3. ed., 20. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

GUGEL, Maria Aparecida. Direito constitucional de ter reserva de cargos e empregos públicos em concursos públicos. In: GUGEL, Maria Aparecida; COSTA FILHO, Waldir Macieira da; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes (Orgs.). *Deficiência no Brasil – Uma Abordagem Integral dos Direitos das Pessoas com Deficiência*. Florianópolis: Editora Obra Jurídica, 2007.

GUGEL, Maria Aparecida. *Pessoas com Deficiência e o Direito ao Concurso Público – Reserva de Cargos e Empregos Públicos – Administração Pública Direta e Indireta*. Goiânia: Editora da Universidade Católica de Goiás, 2006.

PIOVESAN, Flávia. Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: Inovações, Alcance e Impacto. In: FERRAZ, Carolina Valença et al. (Coords.). *Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência*. Edição Digital. São Paulo: Saraiva, 2012.

RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes. *Manual dos Direitos das Pessoas com Deficiência*. São Paulo: Editora Verbatim, 2010.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

ARAUJO, Luiz Alberto David; MAIA, Maurício. Inclusão e concurso público: análise crítica da jurisprudência sobre pessoas com deficiência. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n. 65, p. 135-157, jul./set. 2016. DOI: 10.21056/aec.v16i65.269.
