



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

PGR-00622138/2018

Excelentíssima Senhora Procuradora-Geral da República,

A Procuradora Federal dos Direitos do Cidadão vem, respeitosamente, representar pela propositura de ação direta em face de inconstitucionalidade do Decreto 9.546, de 30 de outubro de 2018, pelas razões a seguir deduzidas.

I – INTRODUÇÃO

Não há como se recusar que a Constituição de 1988 representa verdadeira ruptura com os regimes constitucionais brasileiros a ela precedentes: pela primeira vez, distribui fartamente direitos, propõe-se a reorganizar os espaços sociais e a reorientar as relações entre as pessoas, atenta sempre ao diverso e ao plural. Tamanha engenharia jurídica, para uma sociedade historicamente desigual e injusta, tinha que contar com um princípio regulativo que ultrapassasse subjetividades, e esse só podia ser o da solidariedade. Tal princípio conta com previsão expressa no artigo 3º da Constituição, ou seja, o compromisso na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com forte

investimento na redução das desigualdades de todos os tipos e na proibição de preconceito e discriminação. A solidariedade, a partir de 1988, vai organizar o sentido coletivo da vida e passa a ser o marco relacional onde sentimento, ação e discurso se fazem possíveis.

Coerente com tal propósito, o artigo 37, VIII, da CR, estatui que “a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão”. Em momento posterior à sua gênese, e por conta do disposto no artigo 5º, § 3º¹, a Constituição também passou a contar com a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, promulgada pelo Decreto 6.949, de 25 de agosto de 2009.

Ao contrário do que a sua designação a princípio sugere, essa Convenção, ao tratar dos direitos das pessoas com deficiência, vai muito além desse aspecto específico, pois, tal como o artigo 3º antes referido, convoca as sociedades nacionais ao exercício da inclusão.

De fato, os princípios que a orientam são basicamente: “(a) o respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas; (b) a não-discriminação; (c) a plena e efetiva participação e inclusão na sociedade; (d) o respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade; (e) a igualdade de oportunidades; e (f) a acessibilidade” (artigo 3).

E, em seu preâmbulo, reconhece que “a deficiência é um conceito em evolução e que a deficiência resulta da interação entre pessoas com

¹ “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”.

deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente (...)", além de afirmar a diversidade das pessoas com deficiência (incisos "e" e "i").

Significa dizer que é impossível, antecipadamente, dizer que alguma pessoa não possui tais ou quais habilidades sem análise concomitante das barreiras culturais, comportamentais e ambientais que se colocam ao seu pleno desenvolvimento e da possibilidade de sua superação.

Daí por que a Convenção traz, em seu artigo 2, duas definições complementares entre si.

A primeira, não na ordem nela referida, é a de "desenho universal", no sentido "[d]a concepção de produtos, ambientes, programas e serviços a serem usados, na maior medida possível, por todas as pessoas, sem necessidade de adaptação ou projeto específico. O "desenho universal" não excluirá as ajudas técnicas para grupos específicos de pessoas com deficiência, quando necessárias".

A segunda é a da "adaptação razoável", ou seja, "as modificações e os ajustes necessários e adequados que não acarretem ônus desproporcional ou indevido, quando requeridos em cada caso, a fim de assegurar que as pessoas com deficiência possam gozar ou exercer, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos humanos e liberdades fundamentais".

Parece não haver dúvida quanto ao imperativo ético de que as sociedades nacionais devem ter todos os seus espaços organizados da forma mais inclusiva possível. Mas como a noção de deficiência está sempre deslocada, à vista de sua conformação com os princípios da diversidade e das barreiras que se põem e se superam para o desenvolvimento pleno de todas as pessoas, não é possível afastar as singularidades que surgem à vista de cada situação concreta.

De modo que o universal e o particular convivem permanentemente na Convenção Internacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência.

Convém lembrar que a Convenção, tal qual a Constituição de 1988, insere-se num movimento mundial em prol de igualdade e não-discriminação. Especificamente quanto ao tema em debate, em 2005, Julia Kristeva e Charles Gardou reúnem em Paris mais de 2000 participantes, dentre eles muitos representantes de Estados nacionais, para pensar a deficiência a partir de “um grande convite a reinventar lugares sociais e culturais”. O evento contou com profissionais das mais diferentes áreas: pedagogia, urbanismo, psicologia, medicina, filosofia, sociologia, etc. As suas conclusões são em tudo coincidentes com a inteligência da Convenção: sociedades plurais têm lugar para todas as pessoas, e os encontros entre elas são sempre fonte de enriquecimento mútuo².

A ideia de que os espaços sociais se organizam inclusivamente de forma universal (“desenho universal”) e particular (“adaptação razoável”) também encontra previsão expressa no artigo 3º da Lei Brasileira de Inclusão de Pessoas com Deficiência, a Lei 13.146, de 6 de julho de 2015.

Para análise da inconstitucionalidade do Decreto 9.546, é suficiente a transcrição de sua ementa: “Altera o Decreto nº 9.508, de 24 de setembro de 2018, para excluir a previsão de adaptação das provas físicas para candidatos com deficiência e estabelecer que os critérios de aprovação dessas provas poderão seguir os mesmos critérios aplicados aos demais candidatos”.

A tese a ser defendida na presente representação é que o decreto referido ofende (a) a Constituição, em sua ideia regulativa, tal como inscrita no artigo 3º, e no conjunto das normas que a ela aderiram, objeto da Convenção Internacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência; (b) o princípio da

² Os debates produzidos na ocasião estão no livro “Handicap: le temps de engagements”; KRISTEVA, Julia e GARDOU, Charles. Paris: Presses Universitaires de France, 2006.

legalidade, inscrito no artigo 37, VIII, da CF, por estar em desconformidade com a teleologia e a literalidade da Lei Brasileira de Inclusão das Pessoas com Deficiência; (c) aos princípios da progressividade da implementação dos direitos sociais e da proibição de retrocesso.

II – CABIMENTO DE ADPF

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ou ADPF, prevista no art. 102, § 1º, da Constituição Federal, e regulamentada pela Lei nº 9.882/99, volta-se contra atos comissivos ou omissivos dos Poderes Públicos que importem em lesão ou ameaça de lesão aos princípios e regras mais relevantes da ordem constitucional. Para o seu cabimento, é necessário que estejam presentes os seguintes requisitos: (a) exista lesão ou ameaça a preceito fundamental, (b) causada por atos comissivos ou omissivos dos Poderes Públicos, e (c) não haja nenhum outro instrumento apto a sanar esta lesão ou ameaça. Estes três requisitos estão plenamente configurados, conforme se demonstrará a seguir.

Como adiantado no tópico anterior, o decreto impugnado atenta contra o princípio regulativo da sociedade brasileira, inscrito no artigo 3º, da CR, que é o da solidariedade, sendo-lhe ínsitas as noções de dignidade, pluralismo, igualdade e não-discriminação. Ou seja, se há preceitos fundamentais, o mais fundamental de todos é o artigo 3º, que permite compreender o sentido da coletividade brasileira.

Tampouco há discussão quanto a ser preceito fundamental o princípio da legalidade. Gilmar Ferreira Mendes, sob o título “Preceito fundamental e princípio da legalidade: a lesão a preceito fundamental decorrente de ato regulamentar”³, após dar notícia da posição de Christian Pestalozzi, de que

³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. “Curso de Direito Constitucional”, 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1221/1222

a não observância pelo regulamento dos limites estabelecidos em lei configura afronta ao direito geral de liberdade (Lei Fundamental Alemã, art. °, I), observa:

“Embora essa orientação pudesse suscitar alguma dúvida, especialmente no que se refere à conversão da lei/regulamento numa questão constitucional, é certo que tal entendimento parece ser o único adequado a evitar a *flexibilização* do princípio da legalidade, tanto sob a forma de postulado da supremacia da lei quanto sob a modalidade do princípio da reserva legal.

Do contrário restaria praticamente esvaziado o significado do princípio da legalidade, enquanto princípio constitucional em relação à atividade regulamentar do Executivo”.

Como se demonstrará em tópico próprio, a incompatibilidade do decreto com a LBI é evidente, não demandando maior exercício hermenêutico.

Por fim, em relação ao princípio da subsidiariedade, a jurisprudência do STF é no sentido de que a modalidade “decreto” pode ser impugnada por meio da ação direta de inconstitucionalidade se possuir autonomia normativa e suficiente densidade normativa. No caso, o decreto impugnado altera anterior decreto, o 9.508, de 24 de setembro de 2018, cujo propósito é, regulamentando os artigos 34, §§ 2º e 3º, e 35 da Lei 13.146 (LBI), “reservar às pessoas com deficiência percentual de cargos e de empregos públicos ofertados em concursos públicos e em processos seletivos no âmbito da administração pública federal direta e indireta”.

III – MÉRITO

Há um precedente do STF que sintetiza as ideias que são comuns à Constituição, à Convenção Internacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência e à Lei Brasileira de Inclusão das Pessoas com Deficiência. Eis a sua ementa:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA CAUTELAR. LEI 13.146/2015. ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. ENSINO INCLUSIVO. CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. INDEFERIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 13.146/2015 (arts. 28, § 1º e 30, caput, da Lei nº 13.146/2015).

1. A Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência concretiza o princípio da igualdade como fundamento de uma sociedade democrática que respeita a dignidade humana. 2. À luz da Convenção e, por consequência, da própria Constituição da República, o ensino inclusivo em todos os níveis de educação não é realidade estranha ao ordenamento jurídico pátrio, mas sim imperativo que se põe mediante regra explícita. 3. Nessa toada, a Constituição da República prevê em diversos dispositivos a proteção da pessoa com deficiência, conforme se verifica nos artigos 7º, XXXI, 23, II, 24, XIV, 37, VIII, 40, § 4º, I, 201, § 1º, 203, IV e V, 208, III, 227, § 1º, II, e § 2º, e 244. 4. Pluralidade e igualdade são duas faces da mesma moeda. O respeito à pluralidade não prescinde do respeito ao princípio da igualdade. E na atual quadra histórica, uma leitura focada tão somente em seu aspecto formal não satisfaz a completude que exige o princípio. Assim, a igualdade não se esgota com a previsão normativa de acesso igualitário a bens jurídicos, mas engloba também a previsão normativa de medidas que efetivamente possibilitem tal acesso e sua efetivação concreta. 5. O enclausuramento em face do diferente furta o colorido da vivência cotidiana, privando-nos da estupefação diante do que se coloca como novo, como diferente. 6. É somente com o convívio com a diferença e com o seu necessário acolhimento que pode haver a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, em que o bem de todos seja promovido sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (Art. 3º, I e IV, CRFB). 7. A Lei nº 13.146/2015 indica assumir o compromisso ético de acolhimento e pluralidade democrática adotados pela Constituição ao exigir que não apenas as escolas públicas, mas também as particulares deverão pautar sua atuação educacional a partir de todas as facetas e potencialidades que o direito fundamental à educação possui e que são densificadas em seu Capítulo IV. 8. Medida cautelar indeferida. 9. Conversão do

juízo do referendo do indeferimento da cautelar, por unanimidade, em julgamento definitivo de mérito, julgando, por maioria e nos termos do Voto do Min. Relator Edson Fachin, improcedente a presente ação direta de inconstitucionalidade.”

(STF, Plenário, ADI 5.357/DF. Rel: Min. Edson Fachin. 17/2/2017, unanimidade. DJ 07/03/2017)

Está ali suficientemente claro que políticas de inclusão não se dirigem apenas a sujeitos específicos, mas são um imperativo democrático. Nesse sentido, não há espaços sociais alheios ou imunes às ideias organizativas da inclusão.

O Brasil pouquíssimo avançou em relação ao “desenho universal”, o que convoca todas as instituições a uma maior atenção à “adaptação adequada”.

Há um acordo doutrinário e também na jurisprudência internacional de que o princípio da “adaptação razoável” tem a sua gênese na aprovação do Equal Employment Opportunity Act de 1972 (USA), cuja finalidade foi combater discriminação, especialmente religiosa, no mercado de trabalho. O princípio, por força da Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, alcança esse público e o excede. Christian Finsterbusch Romero⁴ observa:

“En efecto, la discapacidad en sí misma, considerada en su desarrollo histórico, ha sido objeto de diferentes tratamientos, resultando de la sucesión de varios enfoques; sin embargo, el cambio más trascendente y revolucionario se produjo cuando se optó por transitar desde aquel que consideraba a una persona en situación de discapacidad como un sujeto meramente receptor de asistencia hacia uno que la consideraba sujeto de derechos, en donde el foco de la discapacidad dejó de centrarse en la persona, trasladándose a las barreras existentes en la sociedad que

⁴ "La extensión de los ajustes razonables en el derecho de las personas en situación de discapacidad de acuerdo al enfoque social de derechos humanos", de CHRISTIAN FINSTERBUSCH ROMERO, publicado em Ius et Praxis vol.22 no.2 Talca 2016, disponível em https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122016000200008

impiden a ésta poder incluirse en la misma en igualdad de condiciones. De acuerdo a Oliver "el modo de concebir la discapacidad condiciona la respuesta que la sociedad ofrece a la misma", por lo que el hecho de dotar de significado a los objetos que nos rodean determina que nuestro comportamiento a los mismos esté orientado en torno a aquel significado. De este modo, la aceptación del modelo social de derechos humanos tiene como consecuencia que la sociedad debe acomodar sus estructuras económicas y políticas, respetando la dignidad de quienes son diferentes. Como consecuencia de lo anterior, son los poderes públicos y los actores privados los llamados a asumir su responsabilidad en la modificación o eliminación de todas aquellas barreras que limitan a las personas en situación de discapacidad (en adelante PesD)".

Como ideia reguladora de sociedades plurais, a “adaptação razoável” é, por exemplo, objeto de recomendação da OIT quanto a trabalhadores com HIV e AIDS⁵.

Não há, portanto, espaço social imune a tal princípio, especialmente o espaço público. A recusa à adaptação razoável no âmbito de concurso público, para qualquer carreira e para qualquer prova, é evidentemente inconstitucional, por afronta ao artigo 3º da CR e à Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência, que integra o bloco de constitucionalidade do Brasil.

A intuição de que algumas ocupações ou alguns cargos não condizem com a deficiência é preconceito, discriminação e sem consideração com o conceito atual de deficiência, que não está centrado no sujeito, e sim em seu entorno.

Ainda com foco no artigo 3º da CR, é também possível invocar os princípios da progressividade na implementação de direitos sociais e o da proibição de retrocesso. Tais princípios são de especial relevância para países

⁵ Recomendação 200 da OIT sobre o HIV e a AIDS e o Mundo do Trabalho - disponível em https://www.ilo.org/brasil/temas/normas/WCMS_242768/lang--pt/index.htm

como o Brasil, onde os desafios de maior igualdade e menor discriminação são absurdamente grandes.

Paulo Gilberto Cogo Leivas afirma que, a partir da regulação dos direitos fundamentais, surge uma legítima pretensão a que a disciplina normativa não seja revogada ou, o que é caminhar no mesmo sentido, que a regulação não seja protelada indevidamente, nem substituída por uma disciplina normativa menos realizadora dos direitos fundamentais⁶.

Essa eficácia impeditiva de retrocesso é uma das características funcionais dos direitos fundamentais, assim expressa por José Adércio Leite Sampaio:

“não admitem retrocessos, revelando-se como um marco de evolução intangível. Sobre o 'legislador de configuração' essa diretiva cria um obstáculo às mudanças de conformação que devem reproduzir, no mínimo, a efetividade ou fruição anterior – efeito cliquet (Favoreu).”⁷

A jurisprudência do STF endossa a posição ora defendida:

“(…). A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. - O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. - A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao

⁶ Teoria dos direitos fundamentais sociais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 83.

⁷ A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 672.

texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar - mediante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados”. (ARE 639337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125)

O fato é que, no âmbito normativo, desde a incorporação da Convenção, o direito brasileiro vem acolhendo a figura da “adaptação razoável” nos níveis constitucional, legal (LBI) e regulamentar.

A alteração do Decreto 9.508 pelo decreto ora impugnado (9.546), de modo a possibilitar a exclusão de “adaptação razoável” das provas físicas de concursos públicos e de processos seletivos, e também dos cursos de formação, do estágio probatório ou do período de experiência, é evidente retrocesso normativo. Retrocesso, aliás, jamais visto, considerando que, desde a sua primeira previsão, em 2009, até a presente data, há um intervalo de mais de 9 anos. Como já amplamente exposto, a “adaptação razoável” é um conceito que atende às singularidades dos sujeitos e que, por isso, não conta, logicamente, com exceções. A sua definição já leva em conta o exercício sempre feito nessa matéria: ônus administrativo x mínimo existencial.

A ofensa ao princípio da legalidade, por sua vez, não demanda maior esforço. O art. 37, VIII, da CR reserva à lei formal os critérios de admissão das pessoas com deficiência aos cargos e empregos públicos. Concede-se, certamente, a possibilidade de regulamentação do tema nos limites da lei.

O Decreto 9.508, que, na origem, buscou regulamentar a matéria a partir do conteúdo dos artigos 34, §§ 2º e 3º, e 35 da Lei 13.146 (LBI), estipulou a “adaptação razoável” para todas as provas de concurso público e de processo seletivo, bem como para curso de formação, estágio probatório ou período de experiência (art. 3º, III).

A exclusão da “adaptação razoável” para as provas físicas dos concursos públicos e dos processos seletivos, feita pelo decreto 9.546, está em absoluto desacordo com a Lei Brasileira de Inclusão, seja na sua literalidade (que não admite exceções ao conceito⁸), seja na sua teleologia (de ampla inclusão).

Aliás, o artigo 35 da LBI, objeto de regulamentação de ambos os decretos, é suficientemente claro ao estabelecer que “é finalidade primordial das políticas públicas de trabalho e emprego promover e garantir condições de acesso e de permanência da pessoa com deficiência no campo de trabalho”. Parece absolutamente irrazoável que, dentre as “garantias de condições de acesso e permanência”, seja estipulada uma cláusula que afaste a “adaptação razoável”.

Por fim, é importante ressaltar que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADC 41, definiu, a respeito de reserva de vagas, os parâmetros a serem observados pela administração pública, nos seguintes termos:

“(i) os percentuais de reserva de vaga devem valer para todas as fases dos concursos; (ii) a reserva deve ser aplicada em todas as vagas oferecidas no concurso público (não apenas no edital de abertura); (iii) os concursos não podem fracionar as vagas de acordo com a especialização exigida para burlar a política de ação afirmativa, que só se aplica em concursos com mais de duas vagas; e (iv) a ordem classificatória obtida a partir da aplicação dos critérios de alternância e proporcionalidade na nomeação dos candidatos aprovados deve produzir efeitos durante toda a carreira funcional do beneficiário da reserva de vagas. [...]”

Ainda que a discussão, na ocasião, dissesse respeito à Lei n. 12.990, de 9/6/2014, que tratou das chamadas “cotas raciais”, a ideia comum a

⁸ “adaptações, modificações e ajustes necessários e adequados que não acarretem ônus desproporcional e indevido, quando requeridos em cada caso, a fim de assegurar que a pessoa com deficiência possa gozar ou exercer, em igualdade de condições e de oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos e liberdades fundamentais” (art. 3º, VI).

essas ações afirmativas é a de inclusão, pautada na igualdade e na não-discriminação. De modo que lhes é comum o raciocínio de que a reserva de vaga vale para todas as fases do concurso e para a carreira funcional do beneficiário. Em sentido contrário, se não há “adaptação razoável” para as provas físicas, há uma fase do concurso que compromete a participação de pessoas com deficiência, na contramão do lúcido entendimento do STF.

V – DO PEDIDO

Pelo exposto, essa Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão aguarda a propositura de ADPF em face do Decreto 9.546, de 30 de outubro de 2018, para, ao final, declarar sua inconstitucionalidade, nos termos acima assinalados.

Brasília, 5 de novembro de 2018.

DEBORAH DUPRAT
Procuradora Federal dos Direitos do Cidadão

FABIANO DE MORAES
Coordenador do Grupo de Trabalho Inclusão de Pessoas com Deficiência/PFDC



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Assinatura/Certificação do documento **PGR-00622138/2018 REPRESENTAÇÃO nº 5-2018**

Signatário(a): **FABIANO DE MORAES**

Data e Hora: **05/11/2018 19:10:34**

Assinado com login e senha

Signatário(a): **DEBORAH MACEDO DUPRAT DE BRITTO PEREIRA**

Data e Hora: **05/11/2018 19:09:30**

Assinado com login e senha

Acesse <http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento>. Chave 68F030A4.A4737AE6.A463E554.BF323B4A