

NOTA TÉCNICA Nº PFDC/CAM/LAMF 2009

Temas: Direito a cargos públicos. Concurso público. Reserva de vagas. Pessoas com deficiência. Ementa: procedimento administrativo a respeito da inobservância nos editais da Universidade Federal de Minas Gerais, a reserva de vagas em concurso público para pessoas com deficiência.

Referência: PA 1.00.000.002895/2009-16

Brasília, 22 de maio de 2009.

Sra. Procuradora Federal dos Direitos do Cidadão,

Trata-se de Procedimento Administrativo acerca do descumprimento, por parte da Universidade Federal de Minas Gerais, de legislação que determina a reserva de vagas em concursos públicos. A UFMG tem publicado editais para preenchimento de cargos de professor universitário sem estabelecer a reserva de vagas às pessoas com deficiência, alegando para tal se tratarem de vagas em número insuficiente para devida reserva.

A ordem constitucional inaugurada com a Carta Republicana de 88 trouxe uma tentativa de minimizar as desigualdades que ocorrem no bojo da nossa sociedade. Tal é o que preceitua a Carta Política como um de seus objetivos:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

...

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

Um nítido caso dessa minoração das desigualdades que ocorrem no seio da nossa sociedade é a reserva de vagas em concursos públicos para portadores de deficiência, consubstanciada nos seguintes termos:

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

...

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

Nos termos de lei infraconstitucional ordinária, destarte, deve ser estabelecido um percentual de cargos e empregos públicos para que pessoas com determinada deficiência física, numa tentativa de compensar a desigualdade decorrente da sua condição física. Trata-se de nítido desdobramento do princípio da isonomia (I, art. 5º da CF), na sua faceta material: discriminação legal razoável que busca compensar as desvantagens da condição de um determinado grupo e tendo como objetivo promover o inciso III do art. 3º acima transcrito. É como nos aponta José Afonso da Silva:

“Quando se diz que o legislador não pode distinguir, isso não significa que a lei deva tratar todos abstratamente iguais, pois o tratamento igual - esclarece Petzold - não se dirige a pessoas integralmente iguais entre si, mas àquelas que são iguais sob os aspectos tomados em consideração pela norma, o que implica que os iguais’ podem diferir totalmente sob outros aspectos ignorados ou considerados irrelevantes pelo legislador. “

Nesse contexto nos lembra Maria Aparecida Gugel: do estabelecido na CONVENÇÃO DA GUATEMALA, - CONVENÇÃO INTERAMERICANA PARA A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO CONTRA AS PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA de 28 de maio de 1999, que esclarece, entre outras coisas, sobre a possibilidade de o Estado adotar medidas de discriminação positiva que considera necessária para alcançar a igualdade de oportunidades:

Artigo I - 2. b) Não constitui discriminação a diferenciação ou preferência adotada pelo Estado Parte para promover a integração social ou o desenvolvimento pessoal dos portadores de deficiência, desde que a diferenciação ou preferência não limite em si mesma o direito à igualdade dessas pessoas e que elas não sejam obrigadas a aceitar tal diferenciação ou preferência. Nos casos em que a legislação interna preveja a declaração e interdição, quando for necessária e apropriada para o seu bem-estar, esta não constituirá discriminação.

Vê-se reforçada a possibilidade de ação afirmativa pelo Estado no Artigo III, em perfeita consonância com o direito à igualdade e ao atual movimento de inclusão social, comprometendo os Estados Parte a tomar medidas de caráter legislativo, social, educacional, trabalhista, ou de qualquer outra natureza, necessárias a eliminar a discriminação contra as pessoas com deficiência e proporcionar a sua plena integração à sociedade.

Ressalte-se que a partir de setembro de 2008, os deficientes passaram a contar com este que é considerado, o principal instrumento de defesa de seus direitos, a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, que foi ratificada pelo Congresso Nacional, com status de Emenda Constitucional, por meio do decreto legislativo nº 186/2008 e todos os seus artigos são de aplicação imediata.

Em consonância com o supra citado, a Convenção determina em seu artigo 5º:

ARTIGO 5 - IGUALDADE E NÃO-DISCRIMINAÇÃO. 1.Os Estados Partes reconhecem que todas as pessoas são iguais perante e sob a lei e que fazem jus, sem qualquer discriminação, a igual proteção e igual benefício da lei; 2.Os Estados Partes deverão proibir qualquer discriminação por motivo de deficiência e garantir às pessoas com deficiência igual e efetiva proteção legal contra a discriminação por qualquer motivo; 3.A fim de promover a igualdade e eliminar a discriminação, os Estados Partes deverão adotar todos os passos necessários para assegurar que a adaptação razoável seja provida;

4.Nos termos da presente Convenção, as medidas específicas que forem necessárias para acelerar ou alcançar a efetiva igualdade das pessoas com deficiência não deverão ser consideradas discriminatórias.

Diretamente relacionadas aos concursos públicos, temos:

O Decreto Regulamentar 3.298 de 1999, regulamentando a Lei 7.853 de 1989, dispondo:

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

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

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

Portanto, a regra do parágrafo 2º logo acima não deixa dúvidas de que deve ser assegurado sempre algum número de vagas para os portadores de deficiência.

No STF

No RE 227229/MG, o Pretório Excelso analisou o seguinte caso. A autora do recurso prestou concurso público para a Prefeitura da cidade, cujo número de vagas era igual a 8. Nos termos da lei complementar 09/92, reguladora da CF no âmbito da Administração Municipal, o número de vagas para portadores de deficiência seria de 5%. No concurso em questão, o número de vagas do concurso seria de 0,4.

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, assim considerando, entendeu que não havia vagas para os portadores de deficiência em face daquele percentual fracionado. Insatisfeito com o decisório, a autora recorreu ao STF. O relator do recurso, Ministro Ilmar Galvão, assim decidiu no seu voto:

“De ter-se, em face da obrigatoriedade da reserva de vagas para portadores de deficiências, que a fração, a exemplo do disposto no Decreto no 3.298/99, seja elevada ao primeiro número inteiro subsequente, no caso 1 (um), como medida necessária a emprestar-se eficácia ao texto constitucional, que, caso contrário, sofreria ofensa.”

Assim, o ex-Ministro aplicou as disposições do Decreto no 3.298/99 por analogia de modo a garantir do direito do autor do recurso e, por tabela, zelar pela higidez da Constituição. Tal entendimento vem sendo reiteradamente seguido pela jurisprudência:

“Nos termos do julgado proferido no RE nº 227.299/MG, da relatoria do Ministro Ilmar Galvão, a exigência constitucional de reserva de vagas para portadores de deficiência em concurso público se impõe ainda que o percentual legalmente previsto seja inferior a um, hipótese em que a fração deve ser arredondada. Entendimento que garante a eficácia do artigo 37, inciso VIII, da Constituição Federal. Recurso extraordinário conhecido e provido.”

“Ao candidato aprovado e classificado em concurso público para vaga destinada aos portadores de deficiência, deve ser assegurada a convocação para o seu preenchimento, ainda se o cálculo do percentual legalmente previsto resultar em número fracionado, hipótese em que deverá ser arredondado para cima. Precedente do STF.”

Não obstante isso, alguns problemas surgem quando do arredondamento estatuído no referido Decreto, mormente no âmbito da Administração Pública Federal. Isso porque a lei 8.112/90, que traça o regime jurídico do servidor público federal, assim dispõe:

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

2º Às pessoas portadoras de deficiência é assegurado o direito de se inscrever em concurso público para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras; para tais pessoas serão reservadas até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso.

O tema de reserva de vagas em concurso público para candidatos com deficiência se torna controverso, especialmente nos casos em que são oferecidas apenas 2, 3 ou 4 vagas a serem preenchidas através de concurso público, como foi o caso da UFMG que não realizou a reserva de vagas em seus editais, alegando o reduzido número de cargos a serem preenchidos.

Todavia, é possível constatar diversas orientações e soluções propostas. Alguns pregam que as nomeações de candidatos aprovados em concurso público contendo reserva de vagas destinadas a pessoas portadoras de deficiência devem ser efetuadas de forma alternada e proporcional, convocando-se os candidatos das duas listas, sendo que a convocação do candidato portador de deficiência deve observar o percentual mínimo de 5% de todas as vagas que forem abertas durante o período de validade do concurso. Há também aqueles que defendem a tese no sentido de que, encontrando-se percentual fracionário de vagas reservadas, imediatamente eleva-se para o primeiro número inteiro subsequente. Isso faz com que, havendo apenas duas vagas para preenchimento no concurso, uma vaga deva ser destinada para deficiente, pois essa é que seria a lógica da regra contida no artigo 37, §2º, do Decreto 3.298/99. Nessa linha, segue o entendimento coletado da jurisprudência do STJ (RMS18669/RJ):

“A Constituição Federal, em seu art. 37, inciso VIII assegura aos portadores de deficiência física a reserva de percentual dos cargos e empregos públicos. A Administração regula a situação através da Lei nº 8.112/90 e do Decreto nº 3.298/99, estabelecendo que serão reservadas até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso, bem como que o número de vagas correspondente à reserva destinada à pessoa portadora de deficiência deve estar inserta no Edital, respectivamente. 3 (...) III - O candidato portador de deficiência física concorre em condições de igualdade com os demais não-portadores, na medida das suas desigualdades. Caso contrário, a garantia de reserva de vagas nos concursos para provimento de cargos públicos aos candidatos deficientes não teria razão de ser. IV - No caso dos autos, o impetrante, primeiro colocado entre os deficientes físicos, deve ocupar uma das vagas ofertadas ao cargo de Analista Judiciário - especialidade Odontologia, para que seja efetivada a vontade insculpida no art. 37, § 2º do Decreto nº 3.298/99. Entenda-se que não se pode considerar que as primeiras vagas se destinam a candidatos não-deficientes e apenas as eventuais ou últimas a candidatos deficientes. Ao contrário, o que deve ser feito é a nomeação alternada de um e outro, até que seja alcançado o percentual limítrofe de vagas oferecidas pelo Edital a esses últimos.”

Outra questão recentemente discutida pelo STJ, no julgamento de um mandado de segurança impetrado por dois portadores de necessidades especiais que concorreram a uma das 272 vagas para o cargo de procurador federal, fez surgir o entendimento do colegiado de ministros no sentido de que os candidatos deficientes, aprovados no concurso, têm assegurado o direito legal e constitucional à reserva de vagas, independentemente da nota final obtida. Mas, por outro lado, não têm a garantia de posição na classificação final do concurso. Segundo esse entendimento, candidato

portador de deficiência aprovado tem que se posicionar dentro do número de vagas existentes, ainda que com média inferior à dos demais candidatos. Esse direito cumpriria a reserva de vagas prevista tanto na Constituição quanto na legislação que disciplina o assunto. No entanto as mesmas normas não determinariam a posição em que o candidato especial deve ser classificado porque não mencionam a proporção de candidatos deficientes em relação aos regulares. Outros defendem que “a regra genérica de reserva de 5% das vagas do concurso para deficientes físicos só é aplicável se resulta em pelo menos uma vaga inteira.” (STJ, MS 8417-DF)

A última orientação do STF foi no sentido de que a reserva de vagas para portadores de deficiência, por encerrar exceção, faz-se nos limites da lei e na medida da viabilidade consideradas as existentes, afastada a possibilidade de, mediante arredondamento, majorarem-se as percentagens mínima e máxima previstas em lei.

EMENTA:CONCURSO PÚBLICO - CANDIDATOS - TRATAMENTO IGUALITÁRIO. A regra é a participação dos candidatos, no concurso público, em igualdade de condições. **CONCURSO PÚBLICO - RESERVA DE VAGAS - PORTADOR DE DEFICIÊNCIA - DISCIPLINA E VIABILIDADE.** Por encerrar exceção, a reserva de vagas para portadores de deficiência faz-se nos limites da lei e na medida da viabilidade consideradas as existentes, afastada a possibilidade de, mediante arredondamento, majorarem-se as percentagens mínima e máxima previstas. (STF, MS 26310/DF, Rel. Min. MARCO AURÉLIO; Julgamento:

20/09/2007; Órgão Julgador: Tribunal Pleno)

Essa decisão tomada pela Suprema Corte é digna de nota. Parte-se da idéia de que a regra é a feitura de concurso público, concorrendo os candidatos em igualdade de situação (art. 37, II, CF), e que, em decorrência do inciso VIII do artigo 37 da Constituição Federal, advieram a lei nº 7.853/89 (estipulando percentagem mínima de 5%) e a lei nº 8.112/90 (estipulando percentagem máxima de 20%), ambas referindo-se a percentual de vagas ‘em concurso público a serem destinadas aos candidatos com deficiência.

Observe o seguinte trecho do voto proferido pelo eminente relator Ministro Marco Aurélio:

“Ora, considerado o total de vagas no caso - duas -, não se tem, aplicada a percentagem mínima de cinco ou a máxima de vinte por cento, como definir vaga reservada a teor do aludido inciso VIII. Entender-se que um décimo de vaga ou mesmo quatro décimos, resultantes da aplicação de cinco ou vinte por cento, respectivamente, sobre duas vagas, dão ensejo à reserva de uma delas implica verdadeira igualização, olvidando-se que a regra é a não-distinção entre candidatos, sendo exceção a participação restrita, consideradas vagas reservadas. Essa conclusão levaria os candidatos em geral a concorrerem a uma das vagas e os deficientes, à outra, majorando-se os percentuais mínimos, de cinco por cento, e máximo, de vinte por cento, para cinquenta por cento. O enfoque não é harmônico com o princípio da razoabilidade. Há de se conferir ao texto constitucional interpretação a preservar a premissa de que a regra geral é o tratamento igualitário, consubstanciando exceção a separação de vagas para um certo segmento. A eficácia do que versado no artigo 37, inciso VIII, da Constituição Federal pressupõe campo propício a ter-se, com a incidência do percentual concernente à reserva para portadores de deficiência sobre cargos e empregos públicos previstos em lei, resultado a desaguar em certo número de vagas, e isso não ocorre quando existentes apenas duas. Daí concluir pela improcedência do inconformismo retratado na inicial, razão pela qual indefiro a ordem.” Essa última orientação, apesar de ser parcialmente útil ao apresentar solução do ponto de vista de ater-se aos percentuais mínimo e máximo fixados pela legislação infraconstitucional (de aplicabilidade subsidiária, conforme veremos mais adiante), não desgarrar da

raiz do entendimento equivocado das demais posições. Como podemos perceber, as orientações até então colhidas do acervo jurisprudencial e doutrinário partem da visão equivocada de se reservarem vagas no concurso público, entendimento que é influenciado, em grande medida, pela própria interpretação literal e isolada das disposições infraconstitucionais aplicáveis à espécie. É preciso esclarecer que, em momento algum, o texto constitucional (art. 37, VIII) faz menção a concurso público. O que, na verdade, assegura a Constituição Federal é que a lei reserve, àqueles que se enquadrarem como pessoas portadoras de deficiência, um determinado percentual dos cargos e empregos públicos. Assim, a determinação constitucional é para reserva de cargos e empregos públicos, com base, portanto, no total dos cargos e empregos existentes, e não em concurso público, perante número aleatório de vagas que se viabilizem em cada concurso público. Para atendermos à orientação Constitucional (art. 37, VIII), é preciso que o percentual seja fixado por lei, e especificado no edital, de acordo com o total de cargos ou empregos públicos existentes no âmbito de uma determinada categoria funcional junto a determinada unidade administrativa. Observe que, verificado que determinado órgão ou entidade da Administração Pública não possui o mínimo de cargos ocupados por pessoas com deficiência, não haveria problema algum em se lançar concurso público exclusivamente a esse público, uma vez que dessa forma se buscaria atender o que determina a legislação.

Mediante o exposto, sugiro que seja encaminhada a todos os PRDC, orientação acerca do assunto em foco que foi elaborada pela Dra. Eugênia Fávero para que se desenvolva uma uniformidade nas ações que serão adotadas para a adequada solução dessas distorções. Com atenção especial quanto aos editais publicados pelas Universidades Federais visando o preenchimento dos cargos de docência superior.

À consideração superior.

Leonardo Antônio de Moraes Filho
Técnico Administrativo
Matrícula 18.050-5
Coordenadoria de Assessoramento Multidisciplinar
Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão - MPF