

TUTELA ANTECIPADA NO RECURSO ORD. EM MANDADO DE
SEGURANÇA 32.732 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO
RECTE.(S) : LAIS PINHEIRO DE MENEZES
ADV.(A/S) : ANA MARIA DE FREITAS NEVES
RECDO.(A/S) : UNIÃO
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

EMENTA: Concurso público. Pessoa portadora de deficiência. Reserva percentual de cargos e empregos públicos (CF art. 37, VIII). Ocorrência, na espécie, dos requisitos necessários ao reconhecimento do direito vindicado pela recorrente. Atendimento, no caso, da exigência de compatibilidade entre o estado de deficiência e o conteúdo ocupacional ou funcional do cargo público disputado, independentemente de a deficiência produzir dificuldade para o exercício da atividade funcional. Pessoa portadora de necessidades especiais cuja situação de deficiência não a incapacita nem a desqualifica, de modo absoluto, para o exercício das atividades funcionais. Inadmissibilidade da exigência adicional de a situação de deficiência também produzir “dificuldades para o desempenho das funções do cargo”. Reconhecimento, em favor de pessoa comprovadamente portadora de necessidades especiais, do direito de investidura em cargos públicos, desde que – obtida prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos dentro da reserva

percentual a **que alude** o art. 37, VIII, da Constituição – a **deficiência não se revele absolutamente incompatível** com as atribuições funcionais **inerentes** ao cargo **ou** ao emprego público. **Incidência**, *na espécie, **das cláusulas de proteção** fundadas na Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. **Incorporação** desse ato de direito internacional público, **com eficácia e hierarquia de norma constitucional** (CF, art. 5º, § 3º), ao ordenamento doméstico brasileiro (**Decreto** nº 6.949/2009). **Primazia da norma mais favorável**: critério **que deve reger** a interpretação judicial, **em ordem a tornar mais efetiva** a proteção *das pessoas e dos grupos vulneráveis*. **Precedentes**. **Vetores que informam** o processo hermenêutico **concernente** à interpretação/aplicação da *Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas portadoras de deficiência* (**Artigo 3**). **Mecanismos compensatórios** *que concretizam, no plano da atividade estatal, a implementação de ações afirmativas*. **Necessidade de recompor**, pelo respeito à diversidade humana **e** à igualdade de oportunidades, **sempre vedada** qualquer ideia de discriminação, o próprio sentido de igualdade **inerente** às instituições republicanas. **Parecer favorável** da Procuradoria-Geral da República. **Recurso ordinário provido**.*

DECISÃO: O presente recurso ordinário em mandado de segurança **insurge-se** contra decisão que, **emanada** do E. Tribunal Superior do Trabalho, **acha-se consubstanciada** em acórdão **assim** ementado:

*“CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATA QUE APRESENTA ENCURTAMENTO DE 2,73cm NO MEMBRO INFERIOR DIREITO. ENQUADRAMENTO COMO PNE. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE QUE A DEFICIÊNCIA ACARRETA DIFICULDADES PARA O DESEMPENHO DA FUNÇÃO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO EVIDENCIADO. Nos termos do art. 4º, inc. I, do Decreto 3.298/1999 (Redação dada pelo Decreto nº 5.296, de 2004), para que a deformidade congênita ou adquirida de membros caracterize a deficiência física para efeito de reserva de vagas, é **necessária** a comprovação de que essa deformidade produza dificuldades para o **desempenho das funções do cargo**. No caso **dos autos**, não foi comprovado que o encurtamento de 2,73cm no membro inferior direito acarrete dificuldades para o desempenho das atribuições administrativas inerentes ao cargo para o qual a Impetrante fora aprovada. Direito líquido e certo de ser mantida na lista dos candidatos portadores de necessidades especiais não evidenciado.*

Segurança denegada.”

(MS 3481-92.2013.5.00.0000-AgR/DE, Rel. Min. JOÃO BATISTA BRITO PEREIRA – grifei)

Sustenta-se, em síntese, na presente sede recursal, para efeito **da pretendida reforma** da decisão ora recorrida, que “(...) o principal objetivo da reserva de vagas para pessoa com deficiência nos concursos públicos é a inserção do deficiente no mercado competitivo de trabalho. Tal inserção tem que ser pautada na dificuldade de acesso ao mercado de trabalho e não na dificuldade de exercício da função”.

A União Federal, regularmente intimada, **deixou de impugnar** a pretensão recursal ora deduzida **nesta** sede processual.

O Ministério Público Federal, **em promoção** da lavra do eminente Subprocurador-Geral da República Dr. PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, **opinou pelo provimento** do presente recurso ordinário, **fazendo-o em parecer assim ementado:**

*“Recurso ordinário em mandado de segurança. Concurso público. Reserva de vagas para pessoas com deficiência. Exigência de que a deficiência dificulte o exercício das atribuições do cargo postulado. Ausência de razoabilidade.”
(grifei)*

Sendo esse o contexto, passo a examinar a pretensão recursal ora em julgamento.

E, ao fazê-lo, **entendo assistir plena razão** ao Ministério Público Federal, cuja douta manifestação **bem destacou** a “ratio” subjacente à cláusula **inscrita no inciso VIII** do art. 37 da Constituição da República:

“O recurso ordinário discorda do entendimento adotado pelo Tribunal ‘a quo’, alegando que ‘é razoável, para que candidatos a cargo público possam concorrer às vagas destinadas a deficientes físicos, que se demonstre o comprometimento de função física e não dificuldades no desempenho das funções’. Salienta que o objetivo da legislação protetiva é ‘compensar as barreiras que o deficiente tem para disputar as oportunidades no mercado de trabalho’. Reafirma, ao final, que a deficiência física da impetrante implica prejuízos à sua saúde e a coloca em situação de desvantagem em relação às demais pessoas.

.....

Nos termos do art. 37, VIII, da CF, e da jurisprudência da Corte ('e.g.' RE n. 676335, rel. a Ministra Cármen Lúcia, DJe 26.03.2013) o deficiente **tem direito de acesso** aos cargos públicos, desde que devidamente caracterizada a deficiência e que esta **não seja** incompatível com as atribuições do cargo postulado.

Relativamente ao primeiro aspecto, a impetrante **comprovou** que a deficiência que a acomete **se enquadra** no art. 4º do Decreto n. 3.298/1999, **como reconhecido** pelo Tribunal recorrido (...).

.....
Não obstante, o Tribunal Superior do Trabalho **entendeu que a candidata** não se enquadrava na parte final do art. 4º, I, do Decreto n. 3.298/99, **que assim dispõe:**

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

Colhe-se do julgado que o Tribunal Superior do Trabalho **interpretou a expressão** 'dificuldades para o desempenho de funções', **como embaraço para o desempenho das funções do cargo**, como se vê da seguinte passagem do acórdão (...).

.....
O entendimento adotado pelo TST, contudo, **não deve prevalecer.**

A expressão 'desempenho de funções' **diz respeito às funções orgânicas** do indivíduo, e, **não, às funções do cargo.**

A Lei n. 8.112/90, ao dispor sobre os requisitos básicos para investidura em cargo público, **estabelece a compatibilidade** entre a deficiência e as funções do cargo como requisito para a investidura no

cargo público, e não como requisito para a caracterização da deficiência. É o que se extrai do art. 5º, § 2º, a seguir transcrito:

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.

*Ademais, a compatibilidade entre a deficiência e as atribuições do cargo é **avaliada** durante o estágio probatório, nos termos do § 2º do art. 43 do Decreto n. 3.298/1999, momento bem distinto daquele de caracterização da deficiência física.*

*Enfim, a interpretação adotada pelo Tribunal recorrido, além de mal se acomodar, 'data venia', à garantia constitucional de reserva de vagas para deficientes, **entra em linha de choque** com os parâmetros interpretativos estabelecidos na Lei n. 7.853/1989, **que assim dispõe:***

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

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

*O parecer é **pelo provimento do recurso.**" (grifei)*

Vale referir, ainda, ante a pertinência de seu conteúdo, trecho da decisão que a eminente Ministra CÁRMEN LÚCIA proferiu no âmbito do RE 676.335/MG, de que foi Relatora:

“De se enfatizar, pois, que a reserva de vagas determinada pelo inc. VIII do art. 37 da Constituição da República tem tripla função:

a) garantir ‘a reparação ou compensação dos fatores de desigualdade factual com medidas de superioridade jurídica, [verdadeira] política de ação afirmativa que se inscreve nos quadros da sociedade fraterna que se lê desde o preâmbulo da Constituição de 1988’, como destacado pelo Ministro Ayres Britto no julgamento do RMS 26.071 (DJ 1^o.2.2008);

b) viabilizar o exercício do direito titularizado por todos os cidadãos de acesso aos cargos públicos, permitindo, a um só tempo, que pessoas com necessidades especiais participem do mundo do trabalho e, de forma digna, possam manter-se e ser mantenedoras daqueles que delas dependem; e,

c) possibilitar à Administração Pública preencher os cargos com pessoas qualificadas e capacitadas para o exercício das atribuições inerentes aos cargos, observando-se, por óbvio, a sua natureza e as suas finalidades.” (grifei)

É importante assinalar, neste ponto, que o tratamento diferenciado em favor de pessoas portadoras de deficiência, tratando-se, especificamente, de acesso ao serviço público, tem suporte legitimador no próprio texto constitucional (CF, art. 37, VIII), cuja razão de ser, nesse tema, objetiva compensar, mediante ações de conteúdo afirmativo, os desníveis e as dificuldades que afetam os indivíduos que compõem esse grupo vulnerável (MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, “Direito Administrativo”, p. 490, item n. 13.4.3, 20^a ed., 2007, Atlas; EDIMUR FERREIRA DE FARIA, “Curso de Direito Administrativo Positivo”, p. 117, item n. I.3.1.a, 6^a ed., 2007, Del Rey; HELY LOPES MEIRELLES, “Direito Administrativo Brasileiro”, p. 496, item n. 3.2, 39^a ed., 2013,

Malheiros, **atualizado** por Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho; JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, “Manual de Direito Administrativo”, p. 644/646, 25ª ed., 2012, Atlas, v.g.), **cabendo ressaltar, por relevante, a lição** de MARÇAL JUSTEN FILHO (“Curso de Direito Administrativo”, p. 877/878, 8ª ed., 2012, Forum):

“O art. 37, VIII, da Constituição determina que a lei reservará percentual de cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência, definindo os critérios de sua admissão. O tratamento diferenciado em favor de portadores de deficiência poderá contemplar benefícios ou redução de restrições em face dos demais sujeitos. Essa discriminação positiva é compatível com a Constituição, na medida em que respeite o princípio da proporcionalidade. Ademais disso, deverá ser assegurada a igualdade objetiva entre os sujeitos portadores de deficiência, estabelecendo-se critérios que permitam a competição igualitária entre eles e a comprovação da sua capacitação para o desempenho das funções inerentes ao cargo. Ou seja, não se admite que o sujeito seja investido no cargo público simplesmente por ser portador de deficiência. Nem seria compatível com a Constituição que a deficiência de que o sujeito fosse portador acarretasse absoluta incompatibilidade com a natureza das funções a serem desempenhadas. (...). Não se admite a contratação de pessoa cuja deficiência a incapacite, de modo absoluto, para o desempenho das atividades inerentes às atribuições dos cargos e empregos. É indispensável identificar o tipo de deficiência e compatibilizá-lo com determinado cargo público. Tem-se destacado, por exemplo, o pleno cabimento de portadores de deficiência auditiva exercitarem atividades de informática.” (grifei)

A vigente Constituição da República, ao proclamar e assegurar a reserva de vagas em concursos públicos para os portadores de deficiência, consagrou cláusula de proteção viabilizadora de ações afirmativas em favor de tais pessoas, o que veio a ser concretizado com a edição de atos legislativos como as Leis nº 7.853/89 e nº 8.112/90 (art. 5º, § 2º), tal como

reconhecido pelo magistério da doutrina na análise do tema (ROBERTO BOLONHINI JUNIOR, “Portadores de Necessidades Especiais: as principais prerrogativas dos portadores de necessidades especiais e a legislação brasileira”, p. 35/43, 2ª ed., 2010, Atlas; GUILHERME JOSÉ PURVIN DE FIGUEIREDO, “A Pessoa Portadora de Deficiência e o Princípio da Igualdade de Oportunidades no Direito do Trabalho”, “in” “Advocacia Pública & Sociedade”, Ano I – nº 1, p. 58, 1997, Max Limonad; MARIA APARECIDA GUGEL, “Direito Constitucional de ter Reserva de Cargos e Empregos Públicos em Concursos Públicos”, “in” “Deficiência no Brasil: uma abordagem integral dos direitos das pessoas com deficiência”, org. de Maria Aparecida Gugel, Waldir Macieira da Costa Filho e Lauro Luiz Gomes Ribeiro, p. 215/217, item n. 3, 2007, Obra Jurídica).

Cabe destacar, por oportuno, a **lição** do eminente Ministro JOAQUIM BARBOSA a **propósito** da matéria em exame (“A Recepção do Instituto da Ação Afirmativa pelo Direito Constitucional Brasileiro”, “in” Revista de Informação Legislativa nº 151, jul/set 2001, p. 143):

“Com efeito, a Constituição Brasileira, em seu artigo 37, VIII, prevê expressamente a reserva de vagas para deficientes físicos na administração pública. Nesse caso, a permissão constitucional para adoção de ações afirmativas em relação aos portadores de deficiência física é expressa. Daí a iniciativa do legislador ordinário, materializada nas leis 7.853/89 e 8.112/90, que regulamentaram o mencionado dispositivo constitucional.

De fato, a Lei 8112/90 (Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis da União) estabelece em seu art. 5º, § 2º que ‘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’.

.....

Essa outra modalidade de 'discriminação positiva' tem recebido o beneplácito do Poder Judiciário. Com efeito, tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça já tiveram oportunidade de se manifestar favoravelmente sobre o tema (...).

.....
Como se vê, a destinação de um percentual de vagas no serviço público aos deficientes físicos não viola o princípio da isonomia. Em primeiro lugar, porque a deficiência física de que essas pessoas são portadoras traduz-se em uma situação de nítida desvantagem em seu detrimento, fato este que deve ser devidamente levado em conta pelo Estado no cumprimento do seu dever de implementar a igualdade material. Em segundo, porque os deficientes físicos se submetem aos concursos públicos, devendo necessariamente lograr aprovação. A reserva de vagas, portanto, representa uma dentre as diversas técnicas de implementação da igualdade material (...). (grifei)

Há a considerar, ainda, por relevante, a Convenção Internacional das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência assinada em Nova York (2007) e incorporada, formalmente, ao plano do direito positivo interno brasileiro pelo Decreto nº 6.949/2009.

Torna-se digno de nota registrar que essa Convenção Internacional, por veicular normas de Direitos Humanos, foi aprovada pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo nº 186/2008, cuja promulgação observou o procedimento ritual a que alude o art. 5º, § 3º, da Constituição da República, a significar, portanto, que esse importantíssimo ato de direito internacional público reveste-se, na esfera doméstica, de hierarquia e de eficácia constitucionais.

A Convenção Internacional em referência, ao estabelecer normas destinadas a assegurar à pessoa portadora de deficiência (ou portadora de necessidades especiais) o direito de acesso ao trabalho e ao emprego (Artigo 27), prescreve regras cuja eficácia legitima a pretensão recursal

ora deduzida na presente causa, **eis que** a “*mens*” **que informa** a cláusula normativa **fundada no inciso VIII** do art. 37 da Constituição da República **visa a instituir mecanismos compensatórios que traduzam ações afirmativas** a serem implementadas pelo Poder Público **e que buscam**, na realidade, “*promover e proteger os direitos e a dignidade das pessoas com deficiência*”, **corrigindo** “*as profundas desvantagens sociais*” **que afetam** tais pessoas, **em ordem a tornar efetiva** “*sua participação na vida econômica, social e cultural, em igualdade de oportunidades, tanto nos países em desenvolvimento como nos desenvolvidos*” (**Preâmbulo**, “y”).

Veja-se, portanto, que o tratamento diferenciado a ser conferido à pessoa portadora de deficiência, longe de vulnerar o princípio da isonomia, **tem por precípua finalidade recompor o próprio sentido de igualdade que anima** as instituições republicanas, **motivo pelo qual o intérprete há de observar, no processo de indagação** do texto normativo **que beneficia** as pessoas portadoras de deficiência (**ou** de necessidades especiais), **os vetores que, erigidos** à condição de “*princípios gerais*”, **informam** o itinerário que referida *Convenção Internacional estabelece* em cláusulas **impregnadas** de autoridade, hierarquia **e** eficácia constitucionais (**CF**, art. 5º, § 3º), *como precedentemente já assinalado.*

Importante referir, nesse sentido, a percepção que o Supremo Tribunal Federal, *em sua jurisprudência*, **tem revelado** a propósito das relações **entre** o direito interno brasileiro **e** as convenções (ou tratados) internacionais de direitos humanos (**CF**, art. 5º, §§ 2º **e** 3º), *de um lado, e* o processo de sua interpretação jurídica, *de outro, nos casos* em que se evidenciar, *entre tais fontes do direito, situação de eventual antinomia:*

“HERMENÊUTICA E DIREITOS HUMANOS: A NORMA MAIS FAVORÁVEL COMO CRITÉRIO QUE DEVE REGER A INTERPRETAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO.

- Os magistrados **e** Tribunais, **no exercício** de sua atividade interpretativa, **especialmente** no âmbito dos tratados internacionais

de direitos humanos, **devem observar** um princípio hermenêutico básico (**tal como** aquele proclamado **no Artigo 29** da Convenção Americana sobre Direitos Humanos), **consistente em atribuir primazia** à norma que se revele **mais favorável** à pessoa humana, **em ordem** a dispensar-lhe **a mais** ampla proteção jurídica.

- **O Poder Judiciário**, nesse processo hermenêutico **que prestigia** o critério da norma **mais favorável** (**que tanto pode ser aquela** prevista no tratado internacional **como a que se acha positivada** no próprio direito interno do Estado), **deverá extrair a máxima eficácia** das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, **como forma de viabilizar** o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, **notadamente** os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, **sob pena** de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana **tornarem-se palavras vãs**.

- **Aplicação, ao caso, do Artigo 7º, n. 7, c/c o Artigo 29, ambos** da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): **um caso típico** de primazia da regra **mais favorável à proteção efetiva** do ser humano.”

(HC 93.280/SC, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Daí porque se torna relevante observar, para efeito de conferir maior eficácia e preponderância **à norma mais favorável** à pessoa portadora de deficiência (**que é**, em essência, **um ser integral**, **não obstante** suas necessidades especiais), **os vetores definidos no Artigo 3** da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos e Proteção às Pessoas portadoras de deficiência (**e aplicáveis** ao caso ora em exame), **que atribuem plena legitimidade** à pretensão jurídica que a parte ora recorrente deduziu **nesta** sede processual, **destacando-se**, em tal contexto, por expressivos, **os princípios referentes** (1) **à dignidade** das pessoas, (2) **à sua autonomia** individual, (3) **à sua plena e efetiva** participação e inclusão na sociedade, (4) **ao respeito pela alteridade** e pela diferença e aceitação das pessoas portadoras de deficiência, **sem** qualquer discriminação, como valores inerentes à diversidade humana, e (5) **à igualdade** de oportunidades.

RMS 32732 TA / DF

Sendo assim, pelos motivos expostos, **e acolhendo**, ainda, **como razão de decidir**, os fundamentos **do parecer** da douta Procuradoria-Geral da República, **o que faço com apoio** na técnica da motivação “*per relationem*”, cuja legitimidade constitucional é *reconhecida* pelo Supremo Tribunal Federal (**AI 738.982/PR**, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – **AI 809.147/ES**, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – **AI 814.640/RS**, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – **HC 54.513/DE**, Rel. Min. MOREIRA ALVES – **MS 28.989-MC/PR**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **AI 825.520-AgR-ED/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*), **conheço e dou provimento** ao presente recurso ordinário, **em ordem a conceder** o mandado de segurança **impetrado** pela parte recorrente, **prejudicada**, em consequência, a apreciação do pedido de tutela antecipada. **No que concerne** à verba honorária, **revela-se aplicável** a Súmula 512/STF, **reafirmada**, agora, pelo art. 25 da Lei nº 12.016/2009.

Comunique-se, com urgência, **o teor** da presente decisão ao eminente Senhor Advogado-Geral da União **e** ao E. Tribunal Superior do Trabalho (**MS 3481-92.2013.5.00.0000**).

Publique-se.

Brasília, 13 de maio de 2014.

Ministro CELSO DE MELLO

Relator