



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2397514 - SP (2023/0209526-9)

RELATOR : **MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES**
AGRAVANTE : **KAIO MORAES MARQUES**
ADVOGADOS : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
GUSTAVO GOLDZVEIG - DEFENSOR PÚBLICO - SP286578
AGRAVADO : **MUNICIPIO DE PRAIA GRANDE**
PROCURADORES : **ANDRE HERNANY GRATÃO - SP332105**
SILVIA CRISTINA SCHÜLER MORELLO - SP352808
INTERES. : **ROCCO DE PAULA STIGLIANI**
INTERES. : **ITAY JESUS DE SENA FILHO**

EMENTA

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONCORRÊNCIA ESPECIAL DE CANDIDATOS COM DEFICIÊNCIA. ARREDONDAMENTO DA FRAÇÃO PARA O INTEIRO INTEIRO SUPERIOR.

1. A aplicação do percentual de reserva de vagas para candidatos com deficiência que resulta em número fracionário enseja o seu arredondamento para o inteiro imediatamente superior.
2. Agravo conhecido para dar provimento ao recurso especial.

RELATÓRIO

Kaio Moraes Marques agrava da decisão denegatória de seguimento ao recurso especial interposto com fundamento no art. 105, inciso III, alínea "a", da Constituição da República, contra o acórdão prolatado pelo Eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ementado assim:

CONCURSO PÚBLICO PARA FORMAÇÃO DE CADASTRO DE RESERVA. VAGAS RESERVADAS PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA. AUSÊNCIA DE PRETERIÇÃO.

- Verifica-se, no caso dos autos, a existência de coisa julgada no que tange com a questão referente à possibilidade de arredondamento de frações quantitativas de vagas até seu inteiro subsequente, uma vez que o acórdão proferido nos autos de ação civil pública 0009274-37.2008 ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho, entendeu ser legal esse arredondamento fracionário até o número inteiro pelo Município requerido, quando o percentual das vagas destinadas aos portadores de necessidades especiais resultar em número fracionado, para só então convocar candidato aprovado na lista especial do certame.

- Na espécie, o edital prevê a reserva de 5% das vagas para os candidatos portadores de deficiência e, apesar de omissivo o instrumento editalício acerca do arredondamento fracionário, a Municipalidade de Praia Grande, em observância ao decidido nos autos de ação civil pública 0009274-37.2008,

convocou 12 candidatos da lista geral, deixando de convocar o impetrante, uma vez que 5% dessas vagas correspondem a 0,6 vagas, ou seja, não atingem um número inteiro.

Provimento da remessa necessária e das apelações para denegar a segurança. (TJSP; Apelação / Remessa Necessária 1006118-72.2018.8.26.0477; Relator (a): Ricardo Dip; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Público; Foro de Praia Grande - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 09/08/2022; Data de Registro: 10/08/2022)

A síntese da demanda registra que o ora recorrente participou de concurso público para o ingresso no quadro funcional do Município de Praia Grande, optando pela concorrência especial de deficientes para o cargo de Técnico em Equipamentos de Informática para o qual se classificou, na lista geral, na 81.^a (octagésima primeira) colocação, ficando todavia em primeiro lugar na concorrência especial.

O recorrente diz que havia a reserva de cinco por cento das vagas e que até então apenas candidatos da lista geral haviam sido nomeados, isso porque a Administração Pública estaria respaldada por uma decisão judicial que lhe permitia o provimento dos aprovados na lista geral até que fosse atingido um determinado "número inteiro".

O ora recorrente afirma que isso representa burla à lei porque o certame dera-se unicamente para a formação de cadastro de reserva, de maneira que esse "número inteiro" a ser atingido representa mera ficção e por isso pedira a concessão da ordem, o que lhe foi garantido em primeiro grau, mas reformado no Tribunal "a quo".

O recurso especial assenta tese única de violação ao art. 1.º, § 3.º, do Decreto 9.508/2018, considerando o provimento de doze aprovados e a necessidade "ipso facto" da incidência da reserva de cinco por cento disso, o que resultaria em fração cujo arredondamento elevaria o resultado para uma vaga, justamente a necessária para que o recorrente seja investido.

Inadmissibilidade decretada ante as Súmulas 05 e 07 do Superior Tribunal de Justiça, fundamentos devidamente refutados na minuta do agravo (e-STJ fls. 815/816 e 824/834, respectivamente).

Parecer do Ministério Público Federal pelo provimento do recurso especial (e-STJ fls. 890/894).

É o relatório.

VOTO

O agravo cumpre a sua função precípua de impugnar os fundamentos adotados no juízo de admissibilidade feito na origem.

O recurso especial enseja provimento, como defende o parecer ministerial.

A questão é singela: o recorrente participou de concurso público para a formação de cadastro de reserva e optou pela concorrência especial de pessoas com deficiência, nela sagrando-se exitoso ao obter a primeira colocação.

A demanda tem foco na omissão da Administração Pública em provê-lo no cargo, isso considerando que foram nomeados doze candidatos da concorrência ampla e, portanto, havia concluir pela existência de doze vagas e daí a incidência do percentual da reserva para pessoas com deficiência que resultaria em seis décimos de uma vaga para a concorrência de candidatos com deficiência, impondo-se aí o arredondamento para o inteiro imediatamente superior, o que lhe alcançaria a classificação em primeiro lugar.

O juiz da causa reconheceu o direito e concedeu a ordem mandamental:

Assim, tanto na redação original do Decreto nº 3.289/99 como na superveniente regulamentação no Decreto nº 9.508/2018, infere-se que deve ser reservado o percentual de 5% das vagas, em concurso público, às pessoas com deficiência, inclusive, em caso de cadastro reserva. Além disso, caso a aplicação resulte em número fracionado, este deverá ser elevado ao primeiro número inteiro.

Desse modo, sendo 12 convocados, é certo que havia 12 vagas, de modo que 5% das vagas deveriam ser reservadas à pessoa com deficiência, o que equivaleria a 0,6% de 12 vagas.

E, ao se arredondar ao primeiro número inteiro, conclui-se que uma vaga, dentre as 12, deveria ter sido reservada à pessoa com deficiência.

Com efeito, como o impetrante era o 1º colocado da lista de pessoas com deficiência, claro está que uma vaga deveria ser reservada ao impetrante.

Assim, o impetrante faz jus à uma das 12 vagas, preferencialmente a 12ª vaga, por ter sido preenchida mais recentemente.

Apenas por argumentação, ainda que o impetrante assumisse a 6ª vaga para a qual o réu ROCCO foi convocado, os aprovados da lista de classificação geral seriam relotados para a 7ª a 12ª vaga, de modo que o réu ITAY JESUS DE SENA FILHO também não faria jus a uma das vagas.

Não se trata de faculdade, mas de imposição legal, para garantir vagas às pessoas com deficiência.

O Tribunal da origem não se desapegou desses fatos, mas não tirou deles nenhum direito em favor do ora recorrente:

1. A Municipalidade de Praia Grande iniciou concurso público para a formação de cadastro de reserva para o cargo de Técnico em Equipamento de Informática, destinando 5% das vagas para pessoas portadoras de deficiência, conforme extrai-se do edital 002/2016:

[...]

A mesma Lei complementar 15/1992 do Município de Praia Grande estabelece no §2º de seu art. 10 que

“Às pessoas portadoras de deficiência é assegurado o direito de se inscrever em concurso públicos para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras; para tais pessoas serão reservadas até 10% (dez por cento) das vagas oferecidas no concurso”.

[...]

Ainda que, para atender aos fins protetivos dos portadores de deficiência (cf. art. 1º da Lei 7.853, de 1989), admita-se o arredondamento de frações quantitativas de vagas em concurso até seu inteiro subsequente, extrai-se dos documentos juntados aos autos que essa questão, nos concursos públicos para provimento de cargos no Município de Praia Grande, já foi objeto de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho (Proc. 0009274-37.2008).

Em que pese a não se ter juntado aos autos cópia da inicial dessa ação civil pública, extrai-se do relatório do voto proferido por esta 11ª Câmara de Direito Público, que a ação foi ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho contra o Município de Praia Grande,

“(...) objetivando a regularização dos editais de concursos públicos promovidos pela municipalidade no tocante as vagas reservadas às pessoas portadoras de necessidades especiais, a fim de que o percentual de vagas reservadas a esses candidatos se dê em cada carreira oferecida e não apenas no total de vagas disponíveis; impedir o percentual mínimo para a elevação ao primeiro número inteiro subsequente, proibição de avaliação médica e exames para aferição do grau de deficiência do candidato e sua compatibilidade com o exercício da função. Por fim, requer indenização por dano moral coletivo no valor de R\$ 100.000,00” (RN 0009274-37.2008 - Des. Marcelo Lopes Theodósio -e-pág. 160-74).

A r. sentença julgou procedente em parte a demanda “apenas para determinar que o réu faça constar nos editais de abertura de concursos públicos que as vagas destinadas aos portadores de deficiência física serão para cada um dos cargos, funções ou empregos colocados em disputa. Por fim, determinou o reexame necessário” (cf. e-pág. 167).

Em remessa necessária, proferiu-se acórdão que manteve a r. sentença proferida pela Vara da Fazenda Pública da Comarca de Praia Grande (e-págs. 165-72).

[...]

Verifica-se, portanto, a existência de coisa julgada no que tange com a questão referente à possibilidade de arredondamento de frações quantitativas de vagas até seu inteiro subsequente, uma vez que o acórdão proferido nos autos de ação civil pública 0009274-37.2008 -com trânsito em julgado-, entendeu ser legal esse arredondamento fracionário até o número inteiro, quando o percentual das vagas destinadas aos portadores de necessidades especiais resultar em número fracionado, para só então convocar candidato aprovado na lista especial do certame.

Na espécie, apesar de omisso o instrumento editalício acerca do arredondamento fracionário, a Municipalidade de Praia Grande, em observância ao decidido nos autos de ação civil pública 0009274-37.2008, convocou 12 candidatos da lista geral, deixando de convocar o impetrante, uma vez que 5% dessas vagas correspondem a 0,6 vagas, ou seja, não atingem um número inteiro.

3. Observa-se, por fim, em ordem ao prequestionamento indispensável ao recurso especial e ao recurso extraordinário, que todos os preceitos referidos nos autos se encontram, *quodammodo*, albergados nas questões decididas. POSTO ISSO, meu voto dá provimento à remessa necessária e às apelações

interpostas pelo Município de Praia Grande e por Itay Jesus de Sena Filho, para denegar a segurança impetrada por Kaio Moraes Marques (autos de origem 1006118-72.2018 da Vara da Fazenda Pública da Comarca de Praia Grande).

Com o devido respeito, não há sentido no desfecho encaminhado pelo Tribunal "a quo".

O aspecto jurídico-legal da controvérsia reside na obrigatoriedade de que em concursos públicos se reserve um determinado percentual das vagas para candidatos com deficiência, sendo que no caso concreto esse percentual era de cinco por cento, havendo considerar ainda o fato de que foram providos doze candidatos da ampla concorrência, e nenhum da concorrência especial.

A hipótese de tratar-se de concurso para a formação de cadastro de reserva não descaracteriza essa compreensão na medida em que a regulação legal adotada no acórdão estende essa reserva à tal hipótese e sendo assim o fato de ter ocorrido o provimento de doze vagas e de nenhuma delas ter sido pela concorrência especial impunha o provimento do recorrente.

Vejam que o acórdão impugnado reconhece (a) a existência de coisa julgada no que tange à possibilidade de arredondamento de frações quantitativas de vagas até seu inteiro subsequente, mas (b) que não houve essa observância porque cinco por cento das vagas correspondem a 0,6 vagas, ou seja, não atingem um número inteiro, deixando de aplicar a legislação invocada pelo próprio Tribunal "a quo":

1. A Municipalidade de Praia Grande iniciou concurso público para a formação de cadastro de reserva para o cargo de Técnico em Equipamento de Informática, destinando 5% das vagas para pessoas portadoras de deficiência, conforme extrai-se do edital 002/2016:

*“3.1 Às pessoas com deficiência, que pretendem fazer uso das prerrogativas que lhes são facultadas no inciso VIII do artigo 37 da Constituição Federal, é assegurado o direito de inscrição no presente Concurso Público desde que sua deficiência seja compatível com as atribuições do cargo em provimento.
3.2 Nos termos da Lei Complementar nº 15 de 28/05/1992, será assegurado o direito de inscrição na presente seleção às pessoas com deficiência, ficando-lhes reservado 05% (cinco por cento) das vagas a serem preenchidas”*

A mesma Lei complementar 15/1992 do Município de Praia Grande estabelece no §2º de seu art. 10 que

“Às pessoas portadoras de deficiência é assegurado o direito de se inscrever em concursos públicos para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras; para tais pessoas serão reservadas até 10% (dez por cento) das vagas oferecidas no concurso”.

2. Dispõe a Constituição federal de 1988 no inciso VIII de seu art. 37 que

[...]

O Decreto federal 3.298, de 20 de dezembro de 1989, que regulamentou a Lei federal 7.853, de 24 de outubro de 1989, diploma referente ao apoio às pessoas portadoras de deficiência, dispunha em seu art. 37 que

[...]

O Decreto federal 9.508/2018 (de 24-9) revogou o referido art. 37, dispondo em seu art. 1º que

“Art. 1º Fica assegurado à pessoa com deficiência o direito de se inscrever, no âmbito da administração pública federal direta e indireta e em igualdade de oportunidade com os demais candidatos, nas seguintes seleções:

(...)

§ 1º Ficam reservadas às pessoas com deficiência, no mínimo, cinco por cento das vagas oferecidas para o provimento de cargos efetivos e para a contratação por tempo determinado para atender necessidade temporária de excepcional interesse público, no âmbito da administração pública federal direta e indireta.

§ 2º Ficam reservadas às pessoas com deficiência os percentuais de cargos de que trata o art. 93 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, às empresas públicas e às sociedades de economia mista.

§ 3º Na hipótese de o quantitativo a que se referem os § 1º e § 2º resultar em número fracionado, este será aumentado para o primeiro número inteiro subsequente.

§ 4º A reserva do percentual de vagas a que se disposições:

I - na hipótese de concurso público ou de processo seletivo regionalizado ou estruturado por especialidade, o percentual mínimo de reserva será aplicado ao total das vagas do edital, ressalvados os casos em que seja demonstrado que a aplicação regionalizada ou por especialidade não implicará em redução do número de vagas destinadas às pessoas com deficiência; e

II - o percentual mínimo de reserva será observado na hipótese de aproveitamento de vagas remanescentes e na formação de cadastro de reserva.”

Ainda que, para atender aos fins protetivos dos portadores de deficiência (cf. art. 1º da Lei 7.853, de 1989), admita-se o arredondamento de frações quantitativas de vagas em concurso até seu inteiro subsequente, extrai-se dos documentos juntados aos autos que essa questão, nos concursos públicos para provimento de cargos no Município de Praia Grande, já foi objeto de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho (Proc. 0009274-37.2008).

Em que pese a não se ter juntado aos autos cópia da inicial dessa ação civil pública, extrai-se do relatório do voto proferido por esta 11ª Câmara de Direito Público, que a ação foi ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho contra o Município de Praia Grande, “(...) objetivando a regularização dos editais de concursos públicos promovidos pela municipalidade no tocante as vagas reservadas às pessoas portadoras de necessidades especiais, a fim de que o percentual de vagas reservadas a esses candidatos se dê em cada carreira oferecida e não apenas no total de vagas disponíveis; impedir o percentual mínimo para a elevação ao primeiro número inteiro subsequente, proibição de avaliação médica e exames para aferição do grau de deficiência do candidato e sua compatibilidade com o exercício da função. Por fim, requer indenização por dano moral coletivo no valor de R\$ 100.000,00” (RN 0009274-37.2008 -Des. Marcelo Lopes Theodósio -e-pág. 160-74).

A r. sentença julgou procedente em parte a demanda “apenas para determinar

que o réu faça constar nos editais de abertura de concursos públicos que as vagas destinadas aos portadores de deficiência física serão para cada um dos cargos, funções ou empregos colocados em disputa. Por fim, determinou o reexame necessário” (cf. e-pág. 167).

Em remessa necessária, proferiu-se acórdão que manteve a r. sentença proferida pela Vara da Fazenda Pública da Comarca de Praia Grande (e-págs. 165-72).

Segue trecho do mencionado acórdão, transitado em julgado aos 26 de junho de 2015 (cf. e-pág. 174):

[...]

Sendo assim, verifica-se a legalidade dos editais do réu no tocante ao arredondamento do número de vagas destinadas aos deficientes para o número inteiro subsequente em caso de número fracionado, bem como a aferição médica acerca da compatibilidade da deficiência ao cargo oferecido.

[...]

Com renovadas vênias, a compreensão que se abstrai do texto do acórdão impugnado é a de que a lei local, a lei federal e o edital do certame determinam o arredondamento da fração para o número imediatamente inteiro superior quando se tratar de concorrência especial para pessoas com deficiência, incluindo-se nisso os certames para a mera formação de cadastro de reserva.

Demais, em que pese ter sido proposta uma ação civil pública que tinha dentre outros o objetivo de "impedir o percentual mínimo para a elevação ao primeiro número inteiro subsequente, proibição de avaliação médica e exames para aferição do grau de deficiência do candidato e sua compatibilidade com o exercício da função", a sentença não acolheu essa pretensão e confirmou, segundo o acórdão proferido na ação civil pública, a legalidade desse arredondamento:

[...]

Sendo assim, verifica-se a legalidade dos editais do réu no tocante ao arredondamento do número de vagas destinadas aos deficientes para o número inteiro subsequente em caso de número fracionado, bem como a aferição médica acerca da compatibilidade da deficiência ao cargo oferecido.

[...]

O próprio Tribunal da origem reitera isso:

Verifica-se, portanto, a existência de coisa julgada no que tange com a questão referente à possibilidade de arredondamento de frações quantitativas de vagas até seu inteiro subsequente, uma vez que o acórdão proferido nos autos de ação civil pública 0009274-37.2008 – com trânsito em julgado –, entendeu ser legal esse arredondamento fracionário até o número inteiro, quando o percentual das vagas destinadas aos portadores de necessidades especiais resultar em número fracionado, para só então convocar candidato aprovado na lista especial do certame.

Na espécie, apesar de omissis o instrumento editalício acerca do arredondamento fracionário, a Municipalidade de Praia Grande, em observância ao decidido nos autos de ação civil pública 0009274-37.2008, convocou 12 candidatos da lista geral, deixando

de convocar o impetrante, uma vez que 5% dessas vagas correspondem a 0,6 vagas, ou seja, não atingem um número inteiro.

(Destacamos)

Não há sentido, contudo, no provimento da apelação para efeito de denegar a ordem mandamental se a ação mandamental era de interesse de candidato aprovado na concorrência especial pessoas com deficiência e se o Tribunal reconhece que há lei amparando a sua pretensão, isso corroborado ainda por coisa julgada advinda de ação civil pública.

Assim, **dou provimento ao recurso especial** para restabelecer a sentença concessiva do mandado de segurança.

Sem honorários recursais, tendo em vista o disposto no art. 25 da Lei 12.016/2009 (**RMS 51.721/ES**, de minha relatoria, Segunda Turma, julgado em 06/10/2016, DJe 14/10/2016).

É o voto.