

Diário Oficial

ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

Administração da Exmo. Sr. Governador Robinson Faria

ANO 81 • NÚMERO: 13.825 NATAL, 16 DE DEZEMBRO DE 2016 • SEXTA-FEIRA

ATA DA OCTAGÉSIMA SESSÃO EXTRAORDINÁRIA DO CONSELHO SUPERIOR DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

Aos oito dias do mês de dezembro do ano de dois mil e dezesseis, às catorze horas, na sala de reuniões do anexo I da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Norte, localizada na Avenida Senador Salgado Filho, 2868, bairro de Lagoa Nova, Nata-RN, Cep. 59.075-000, presentes os membros natos: Dra. Renata Alves Maia, Defensora Pública Geral do Estado, Dr. Marcus Vinicius Soares Alves, Subdefensor Público Geral do Estado, e o Dr. José Wilde Matoso Freire Junior, Corregedor Geral do Estado, e os membros eleitos, Dras. Cláudia Carvalho Queiroz, Érika Karina Patrício de Souza e Joana D'arc de Almeida Bezerra Carvalho. Ausentes, justificadamente, as conselheiras Suyane Iasnaya Bezerra de Góis Saldanha e Fabiola Lucena Maia. Ausente o representante da ADPERN. Havendo quórum, foi declarada aberta a sessão, passando-se à deliberação do item a seguir: **1) Processo n.º 400205/2016-5. Assunto: Consulta. Interessada: Taiana Josviak D'ávila. Deliberação:** antes de iniciado o julgamento, os Defensores Públicos Dr. Francisco Sidney de Castro Ribeiro e consulente Dra. Taiana Josviak D'ávila se inscreveram para sustentar oralmente antes de iniciada a votação. **I)** Em seguida, a Conselheira Érika Karina Patrício de Souza relatou o feito. Na sequência, o Defensor Público Dr. Francisco Sidney de Castro Ribeiro fez uso da palavra, reiterando as razões delineadas nos autos do processo, entendendo que a escolha de vaga da consulente, na espécie, deve recair na 16ª posição. Por fim, a Defensora Pública, Dra. Taiana Josviak D'ávila sustentou oralmente a defesa de sua tese, reiterando o seu entendimento em todos os seus termos. A palavra foi devolvida, então, para a Conselheira Relatora, Dra. Érika Karina Patrício de Souza, que apresentou voto nos seguintes termos: "I-RELATÓRIO Trata-se de consulta administrativa acerca da lotação referente à aprovada no concurso de provas e títulos ao cargo de Defensor Público do Estado do Rio Grande do Norte realizada pela Defensora Pública Taiana Josviak D'ávila. O questionamento foi levantado em razão do fato da candidata ter sido aprovada na 71ª (septuagésima primeira) colocação na lista geral e em 1ª (primeiro) lugar na lista entre os portadores de necessidades especiais, o que gera dúvidas sobre sua colocação na lista de classificados para fins de efeito de lotação. Sustenta que, em razão da legislação pátria e jurisprudência deve-se reconhecer a prioridade de tratamento da pessoa com deficiência resultante do intento de inclusão e isonomia. Expõe exemplificativamente a Resolução 54 do Conselho Superior da Defensoria Pública da União que adota para concurso com menos de 20 vagas à 2ª vaga, 20ª, 40ª, 60ª, 100ª, 120ª e assim sucessivamente. Recebido os presentes autos pela Excelentíssima Defensora Geral, presidente do Conselho Superior da Defensoria Pública deste Estado, fora distribuído para esta conselheira. Em 23 de novembro do corrente ano, junta-se aos autos manifestação do Defensor Público JOSÉ EDUARDO BRASIL LOURO DA SILVEIRA, fls. 10 às 19, colacionando a jurisprudência pátria e asseverando que a Administração deve, com certa discricionariedade, estabelecer qual é a posição ocupada pelo candidato com deficiência na ausência de previsão editalícia. In casu, realça que, havendo 15 empossados, é lícito atribuir-lhe qualquer posição entre o quinto e o último colocados-pois nesse intervalo não há violação ao teto de 20% ou ao piso de 5%. Em 01 de dezembro do corrente ano, junta-se aos autos manifestação do Defensor Público FRANCISCO SIDNEY DE CASTRO RIBEIRO, fls. 20 às 24, com verso, asseverando a ausência de critérios na legislação para reserva de vagas, comenta a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e sustenta a sua inaplicação ao caso concreto, concluiu que o percentual de 5% previsto na legislação ensejaria a nomeação do candidato com deficiência na 17ª posição (1 em cada 17, já que há menos que 20 vagas disponibilizadas). Assim, seria nomeada em 17ª e teria, como classificação no concurso para todos os efeitos, justamente a 17ª posição. Em 05 de dezembro do corrente ano, recebemos, através do e-mail, a manifestação da Defensora Pública PAULA VASCONCELOS DE MELO BRAZ, fls. 25 às 27, aduzindo que a ação afirmativa já havia sido satisfeito com a reserva de vaga no concurso para pessoas portadoras de deficiência, devendo ser fixado que o candidato de lista de pessoa com deficiência, para fins

de escolha de lotação, não necessite mais de ação afirmativa e, em homenagem ao princípio da igualdade, mantenha sua colocação considerando a classificação em ampla concorrência. Subsidiariamente, adere ao pedido formulado pelo Defensor FRANCISCO SIDNEY DE CASTRO RIBEIRO, anuindo na tese de que seja a Defensora empossada a 17ª a escolher sua lotação. É o relatório. II-VOTO Antes de adentrarmos sobre o tema, é interessante tecermos algumas considerações sobre políticas ou programas públicos que objetivam conceder algum tipo de benefício a minorias ou grupos sociais que se encontrem em condições desvantajosas, em razão de discriminações existentes ou passadas, de pessoas portadoras de necessidades especiais, índios, mulheres e negros etc. Define Daniel Sarmiento que: Políticas de ação afirmativa são medidas públicas ou privadas, de caráter coercitivo ou não, que visam promover a igualdade substancial, através da discriminação positiva de pessoas integrantes de grupos que estejam em situação desfavorável, e que sejam vítimas de discriminação e estigma social. Elas podem ter focos muito diversificados, como as mulheres, os portadores de deficiência, os indígenas ou os afrodescendentes, e incidir nos campos mais variados, como educação superior, acesso a empregos privados ou cargos públicos, reforço à representação política ou preferências na celebração de contratos. (SARMENTO, Daniel "A igualdade Étnico-Racial no Direito Constitucional Brasileiro: Discriminação "De Facto", Teoria do Impacto Desproporcional e Ação Afirmativa", in CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). Leituras Complementares de Constitucional: Direitos Fundamentais. 2ª Edição. Bahia: Editora Juspodivm. 2007. Pg. 202.) No Brasil, as políticas públicas estão lastreadas em normas veiculadas pela Constituição da República Federativa do Brasil, como também pela legislação ordinária de todas as entidades federativas. O direito fundamental de reserva de vagas em concurso público para candidatos com necessidades especiais está previsto expressamente na Constituição da República. A norma está contida no texto do artigo 37, inciso VIII da Constituição, a saber: "Artigo 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;" A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência assinada em Nova Iorque e incorporada ao ordenamento jurídico interno com status de Emenda Constitucional, nos termos do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, notadamente, Decreto nº 6.949 de 25 de Agosto de 2009, impõe aos Estados signatários a obrigação de inclusão das pessoas com necessidades especiais no mercado de trabalho, aí incluído o setor público. Dispõe sobre a proteção social adequada às pessoas deficientes ao preconizar em seu art. 27 que: "Artigo 27 – Trabalho e Emprego 1. Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência ao trabalho, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. Esse direito abrange o direito à oportunidade de se manter com um trabalho de sua livre escolha ou aceitação no mercado laboral, em ambiente de trabalho que seja aberto, inclusivo e acessível a pessoas com deficiência. Os Estados Partes salvaguardarão e promoverão a realização do direito ao trabalho, inclusive daqueles que tiverem adquirido uma deficiência no emprego, adotando medidas apropriadas, incluídas na legislação, com o fim de, entre outros: a) Proibir a discriminação baseada na deficiência com respeito a todas as questões relacionadas com as formas de emprego, inclusive condições de recrutamento, contratação e admissão, permanência no emprego, ascensão profissional e condições seguras e salubres de trabalho; b) Proteger os direitos das pessoas com deficiência, em condições de igualdade com as demais pessoas, às condições justas e favoráveis de trabalho, incluindo iguais oportunidades e igual remuneração por trabalho de igual valor, condições seguras e salubres de trabalho, além de reparação por injustiças e proteção contra o assédio no trabalho; (...) e) Promover oportunidades de emprego e ascensão profissional para pessoas com deficiência no mercado de trabalho, bem como assistência na procura, obtenção e manutenção do emprego e no retorno ao emprego; (...) g) Empregar pessoas com deficiência no setor público; (...). (Grifos acrescentados) Nesse contexto, verifica-se que a matéria em debate exige do intérprete uma sensibilidade capaz de compreender a questão em toda a sua amplitude, para que ele possa conferir à lei o sentido almejado pela Constituição Federal. É dever da sociedade em geral, e do Estado em particular, propiciar a plena integração social da pessoa com deficiência, garantindo-lhe seus direitos básicos de ir, vir, estudar, trabalhar, enfim de viver com dignidade; sendo que a sua inserção no mercado de trabalho, incluindo a prestação de serviço público, é uma das mais eficazes vias dessa almejada integração plena. Nesse sentido, cabe ressaltar que os comandos constitucionais acima dispostos constitucional estão regulamentados pela Lei Federal n.º 7.853/89, Decreto nº 3.298/99 e Estatuto do deficiente(Lei 13.146/2015). A Lei Federal trata do tema no seguinte dispositivo: "Art. 2º Ao Poder Público e

seus órgãos cabe assegurar às pessoas portadoras de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos, inclusive dos direitos à educação, à saúde, ao trabalho, (...). Parágrafo único. Para o fim estabelecido no caput deste artigo, os órgãos e entidades da administração direta e indireta devem dispensar, no âmbito de sua competência e finalidade, aos assuntos objetos esta Lei, tratamento prioritário e adequado, tendente a viabilizar, sem prejuízo de outras, as seguintes medidas: (...) III - na área da formação profissional e do trabalho: d) a adoção de legislação específica que discipline a reserva de mercado de trabalho, em favor das pessoas portadoras de deficiência, nas entidades da Administração Pública e do setor privado, e que regulamente a organização de oficinas e congêneres integradas ao mercado de trabalho, e a situação, nelas, das pessoas portadoras de deficiência;" O Estatuto do deficiente, Lei Federal 13.146 /2015 aduz que: Art. 1º É instituída a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania. Parágrafo único. Esta Lei tem como base a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, ratificados pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, em conformidade com o procedimento previsto no § 3º do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, em vigor para o Brasil, no plano jurídico externo, desde 31 de agosto de 2008, e promulgados pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, data de início de sua vigência no plano interno. Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. O Decreto nº 3.298/99, por sua vez, assim disciplina a matéria: "Art. 37. Fica assegurado à pessoa portador 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." Importante destacar que o candidato com necessidades especiais participa do processo de seleção em igualdade de condições com aqueles sem deficiência. É o texto expresso do artigo 41 do Decreto nº 3.298/99: "Art. 41. A pessoa portadora de deficiência, resguardadas as condições especiais previstas neste Decreto, participará de concurso em igualdade de condições com os demais candidatos no que concerne: I - ao conteúdo das provas; II - à avaliação e aos critérios de aprovação; III - ao horário e ao local de aplicação das provas; e IV - à nota mínima exigida para todos os demais candidatos." Portanto, irrefutável que é garantido às pessoas com necessidades especiais o direito de acesso a concurso público, observado o percentual mínimo de 5% (cinco por cento) para o provimento das vagas. No caso vertente, a Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Norte deflagrou o II Concurso de provas e títulos para provimento de 17 vagas para o cargo de Defensor Público substituto e formação de cadastro de reserva, através do Edital datado de 14 de setembro de 2015. Estabelece o referido edital, em seu art. 5º, que: DAS VAGAS DESTINADAS AOS CANDIDATOS COM DEFICIÊNCIA 5.1 Das vagas destinadas ao cargo e das que vierem a ser criadas durante o prazo de validade do concurso, 5% serão providas na forma do artigo 1º da Lei Estadual nº 7.943, de 5 de junho de 2001, e do Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999, e suas alterações. 5.1.1 Caso a aplicação do percentual de que trata o subitem 5.1 deste edital resulte em número fracionado, este deverá ser elevado até o primeiro número inteiro subsequente, desde que não ultrapasse 20% das vagas oferecidas por cargo/área, nos termos do § 2º do artigo 5º da Lei nº 8.112/1990. Com efeito, o Edital de concurso público é norma regente que vincula tanto a administração pública como o candidato. Assim, pelo princípio da vinculação ao edital, os procedimentos e regras nele traçados deverão ser rigorosamente observados, sob pena de violação dos princípios da legalidade e publicidade. O Edital em comento estabeleceu o percentual de 5%(cinco) por cento das vagas para o cargo de Defensor Público substituto, orientando que deveria se dar o arredondamento para o próximo número inteiro, desde que fosse observado o limite máximo de 20% das vagas. Decorrido o concurso, os aprovados foram nomeados, através da Portaria nº 285/2016-GDPGE. A nomeação da candidata à vaga de portador de necessidades especiais atingiu a 1ª colocação em sua lista, sendo os demais aprovados em lista em separado, regra estabelecida com previsão do Decreto 3.298/99, quando determina em seu Art. 42 que: " Art. 42. A publicação do resultado final do concurso será feita em duas listas, contendo, a primeira, a pontuação de todos os candidatos, inclusive a dos portadores de deficiência, e a segunda, somente a pontuação destes últimos." Todavia, a problemática enfrentada pelo candidato com necessidades especiais

aparece com o critério de lotação pela Administração, em razão da omissão no Art. 5º da Resolução 47 deste Conselho Superior, quando estabelece que: “A lotação originária daqueles que ingressarem na carreira após regular aprovação em concurso público obedecerá, rigorosamente, ao critério objetivo da ordem de classificação no Concurso Público para ingresso de Defensor Público substituto.” Tal previsão normativa não versou acerca dos critérios de lotação do aprovado na vaga do portador de necessidades especiais, uma vez que este não compõe a lista de classificação geral para fins de nomeação e lotação. Pois bem, para evitar tal afronta e dar efetividade ao mandamento constitucional, a doutrina e jurisprudência passaram a adotar um critério de nomeação denominado de critério da alternância ou critério da nomeação alternada, valendo-se da aplicação da igualdade material. Cumpre destacar, ademais, que o candidato portador de necessidades especiais concorre em condições igualitárias 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. A igualdade material que se busca pelas ações afirmativas é a compensação jurídica em razão de distorções sociais, físicas dentre outras, concretizadas mormente em preceitos normativos. Segundo o constitucionalista Ingo Wolfgang Sarlet “igualdade em sentido material [...] significa proibição de tratamento arbitrário, ou seja, a vedação da utilização, para efeito de estabelecer as relações de igualdade e desigualdade, de critérios intrinsecamente injustos e violadores da dignidade da pessoa humana, de tal sorte que a igualdade [...] opera como exigência de critérios razoáveis e justos para determinados tratamentos desiguais”.(MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, P. 527). Neste contexto, as ações afirmativas são mecanismos a disposição do Estado, voltados a assegurar aos grupos marginalizados o direito à igualdade. Tratando os desiguais na medida de suas desigualdades, as ações afirmativas são amostras de operacionalização da concepção de igualdade material. Informa a professora Flávia Piovesan que as ações afirmativas “constituem medidas especiais e temporárias que, buscando remediar um passado discriminatório, objetivam acelerar o processo com o alcance da igualdade substantiva por parte de grupos vulneráveis [...] As ações afirmativas, como políticas compensatórias adotadas para aliviar e remediar as condições resultantes de um passado de discriminação cumprem uma finalidade pública decisiva para o projeto democrático: assegurar a diversidade e a pluralidade social. Constituem medidas concretas que viabilizam o direito à igualdade, com a crença de que a igualdade deve moldar-se no respeito à diferença e à diversidade. Por meio delas transita-se da igualdade formal para a igualdade material e substantiva”. (PIOVESAN, Flavia. Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. In Cadernos de Pesquisa, v. 35, n. 124, p. 43-55, jan./abr. 2005. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cp/v35n124/a0435124>.) A fim de dá aplicação às ações afirmativas e ao princípio da igualdade material, a jurisprudência pátria tem-se posicionado. Preconiza a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que: ADMINISTRATIVO - CONCURSO PÚBLICO - ANALISTA JUDICIÁRIO - ESPECIALIDADE ODONTOLOGIA - CANDIDATO DEFICIENTE - PRETERIÇÃO - OCORRÊNCIA - INOBSERVÂNCIA DO ART. 37, § 2º DO DECRETO Nº 3.298/99 - RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA - ALTERNÂNCIA ENTRE UM CANDIDATO DEFICIENTE E OUTRO NÃO, ATÉ QUE SE ATINJA O LIMITE DE VAGAS PARA OS PORTADORES DE DEFICIÊNCIA ESTABELECIDO NO EDITAL - RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. I - 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. II - Estatui o brocardo jurídico: "o edital é a lei do concurso". Desta forma, estabelece-se um vínculo entre a Administração e os candidatos, igualmente ao descrito na Lei de Licitações Públicas, já que o escopo principal do certame é propiciar a toda coletividade igualdade de condições no ingresso ao serviço público. Pactuam-se, assim, normas preexistentes entre os dois sujeitos da relação editalícia. De um lado, a Administração. De outro, os candidatos. Com isso, é defeso a qualquer candidato vindicar direito alusivo à quebra das condutas lineares, universais e imparciais adotadas no certame. 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. V - O tratamento relativamente diferenciado, ou por outro lado, a "preferência" que se dá aos deficientes físicos foi o modo que encontrou o legislador constituinte de minorar o déficit de que são acometidos. A convocação da candidata deficiente para participar do Curso de Formação, ao invés do impetrante, consiste na obediência às normas que regem a situação. VI - Recurso conhecido e provido. (RMS 18.669/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 07/10/2004, DJ 29/11/2004, p. 354). Grifos. "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. (...) 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." (STJ - Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n.º 18.669 - RJ (2004/0104990-3)) De fato, o critério de nomeação denominado de alternância é o único apto a fazer valer o princípio da isonomia, no seu aspecto material, evitando abusos de interpretação da norma. Nesse sentido: "Da necessidade de observância do princípio da isonomia material decorre, dentre outras coisas, que o critério de nomeação dos candidatos deve obedecer ao critério da alternância, isto é, a nomeação de um candidato da lista geral deve ser sucedida pela nomeação de um candidato da lista especial, até que seja alcançado o percentual limítrofe de vagas oferecidas pelo edital aos portadores de deficiência." (TJSP - Mandado de Segurança n.º 990.10.122062-8) Caso muito citado e o primeiro julgado do Supremo Tribunal Federal nesse sentido, foi o mandado de segurança de nº 31715-DF, da Min. Rosa Weber, que utilizando o critério de alternância se posicionou: Vistos etc. Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por Missaé Hirako contra alegada omissão do Procurador-Geral da República, em que busca sua nomeação para o cargo de Analista de Arquitetura/Perito do Ministério Público da União. Consoante o relato da inicial, aprovada na primeira colocação entre os candidatos portadores de necessidades especiais, a impetrante, deficiente auditiva, foi preterida pela autoridade apontada como coatora que nomeou e deu posse apenas a candidatos de ampla concorrência (oito), com desrespeito ao item 3.1 do edital de abertura, ao art. 5º, § 2º, da Lei 8.112/90 e ao Decreto nº 3.298/99, segundo os quais entre (no mínimo) 5% e (no máximo) 20% das vagas a serem preenchidas se destinam aos candidatos com alguma deficiência física. Esclarece que, inobstante a previsão no edital de abertura de apenas uma vaga para o cargo de Analista de Arquitetura/Perito no Distrito Federal, dentro do prazo de validade do concurso foram nomeados nove candidatos de ampla concorrência para o cargo, oito dos quais efetivamente empossados e a representar, cada um, 12% das vagas preenchidas. Aduz que às vésperas do encerramento do prazo de validade do concurso formulou sem êxito, e sequer resposta, requerimento administrativo demonstrando impositiva sua nomeação antes do término do prazo de validade do concurso em 11.11.12, na medida em que já empossados oito candidatos, nenhum deles portador de deficiência física. Invoca precedente específico da 2ª Turma desta Corte em caso idêntico (MS 30.861/DF), relacionado ao mesmo concurso público e relatado pelo Ministro Gilmar Mendes, onde reconhecida a violação do direito líquido e certo à nomeação do portador de necessidades especiais. Sustenta que a autoridade coatora, ao prestar informações no precedente citado, manifestou entendimento ilegal a respeito da interpretação das normas embasadoras da pretensão deduzida, ao argumento de que "o critério utilizado pelo MPU favorece os portadores de necessidades especiais nomeação 1 PNE a cada 10 candidatos classificados pois, fosse observado apenas o percentual legalmente previsto (5% sobre o número geral de vagas), a primeira vaga destinada aos portadores de deficiência somente ocorreria ao se chamar o 20º classificado". Defende a tese de que, a partir da quinta nomeação, indispensável a garantia de vaga a um candidato portador de necessidades especiais. Assevera, por fim, que "apenas na Procuradoria-Geral da República um dos órgãos do MPU existem 570 cargos de analista do MPU, sendo que 549 estão ocupados e 21 vagos", a permitir a "transformação de um cargo de Analista em outra área para Analista de Arquitetura", com a posse pleiteada, após a concessão da ordem. Deduz pedidos de antecipação dos efeitos da tutela, para sua imediata nomeação e posse no cargo, e alternativamente a concessão de medida liminar para reserva de vaga até o julgamento final deste mandado de segurança, com a concessão, ao final, da ordem para, confirmando os

efeitos antecipados ou a liminar concedida, garantir-lhe o exercício do cargo, com atribuição à nomeação de efeitos retroativos ao último dia do prazo de validade do concurso (11.11.12), em conformidade com o art. 37, II, da Constituição Federal. Indeferi, em 13.11.2012, os pedidos liminares. A autoridade impetrada prestou informações, salientando, após referência à disciplina normativa aplicável art. 37, VIII, da Constituição Federal, art. 5º, § 2º, da Lei 8.112/90 e art. 37 do Decreto nº 3.298/99, que: “(...) a legislação pátria silenciou sobre o momento em que se deveria implementar a nomeação dos candidatos portadores de necessidades especiais, estabelecendo tão somente os limites, mínimo e máximo, do percentual de vagas que deverão ser reservadas para eles. Assim, cabe a cada instituição, quando da abertura do concurso, fixar o percentual de reserva para portadores de deficiência, observados, sempre, os limites legais. Nesse sentido, foi publicado o Edital PGR/MPU nº 1, de 30/6/2010, que estabeleceu as normas de realização do 6º Concurso Público para provimento dos cargos de Analista e Técnico do MPU disposto em seu subitem 3.1, que 5% das vagas do edital juntamente com as que vierem a ser criadas durante o prazo de validade do certame serão destinadas aos candidatos portadores de deficiência. (...) Desse modo, uma vez fixado referido percentual, cumpre à Administração, observada a ordem de classificação dos candidatos, bem como as vagas disponibilizadas no certame, estabelecer o momento da efetivação da nomeação dos portadores de deficiência dentre as nomeações da classificação geral. Com efeito, com vistas a dar efetividade ao disposto no citado subitem 3.1 do edital do certame, a nomeação dos candidatos portadores de deficiência têm obedecido a seguinte ordem de vagas: 10ª, 30ª, 50ª, 70ª, e assim respectivamente. (...) evidencia-se que a atuação desta Administração na nomeação dos candidatos portadores de deficiência encontra-se de acordo com o ordenamento jurídico e com o edital do certame, ressaltando-se que ao se chamar o 10º classificado, estaria sendo nomeado 1 portador de deficiência, enquanto se observada a simples incidência dos 5% sobre o número geral das vagas, a primeira vaga destinada a portador de deficiência somente ocorreria ao se chamar o 20º classificado. Assim, resta claro que o critério que vem sendo utilizado, qual seja, o fracionamento da ordem classificatória em intervalos, favorece os portadores de necessidades especiais na medida em que antecipa as nomeações, evidenciando-se o comprometimento da Administração em dar efetividade às normas protetivas, sem prejudicar os concorrentes não deficientes. (...) qualquer decisão proferida no sentido de nomear ou mesmo determinar a reserva de vaga de candidato classificado na 1ª colocação entre os portadores de deficiência na 5ª vaga, significaria interferência na autonomia administrativa e funcional do Ministério Público da União, configurando-se ingerência nos critérios de oportunidade e conveniência previstos no Edital do certame. Nos termos do art. 26, inc. VIII, da Lei Complementar nº 75/1993, cabe ao Procurador-Geral da República praticar ‘atos de gestão administrativa, financeira e de pessoal’, e decisões que interfiram nessa sistemática própria de tal função do Estado subverte o princípio da harmonia e da separação dos Poderes, criando dificuldades para o adequado funcionamento das funções estatais. (...) cumpre ressaltar que a impetrante, ao se inscrever no concurso em comento, aderiu às regras estipuladas no edital, o qual, conforme sabido, vincula tanto a Administração quanto os candidatos concorrentes. Assim, com a inscrição no certame, o candidato se sujeita às normas do edital e da legislação pertinente, não podendo, posteriormente, pretender tratamento diferenciado contra disposição expressa e pública da lei interna a qual se obrigou. Ora, o Edital nº 1/2010 foi expresso acerca da reserva de 5% das vagas para os portadores de deficiência de modo que a pretensão da impetrante de ser nomeada na 5ª vaga vai de encontro com a referida regra implicando, ainda, em tratamento diferenciado e conseqüente afronta à isonomia dos demais candidatos portadores de deficiência. (...) Ademais, conforme sabido, o provimento inicial de cargo requer a existência de cargo vago para nomeação do candidato e conseqüente disponibilidade orçamentária para referido ato, de modo que, caso vigore o entendimento ora contestado, com a determinação das nomeações dos referidos candidatos, restarão extrapolados não só o limite fixado pela Lei Orçamentária mas, também, a limitação prevista na Lei de Responsabilidade Fiscal para gastos com pessoal” (doc. 14, fls. 2-6). A União requer seu ingresso no feito (doc. 17). A eminente Subprocuradora-Geral da República, Dra. Ela Wiecko V. de Castilho, na qualidade de ‘custos legis’, manifesta-se em seu parecer pela concessão da ordem. É o relatório. Decido. O art. 205 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal autoriza o julgamento monocrático de mandados de segurança quando, respeitados os trâmites da Lei 12.016/09 (ou seja, após pedido de informações e parecer do Ministério Público Federal), concluir o Relator que a matéria [é] objeto de jurisprudência consolidada do Tribunal. Essa prerrogativa, acrescentada pela Emenda Regimental nº 28, de 2009, vem sendo reiteradamente exercida por diversos Ministros desta Corte (MS 28.958/DF, Ministra Cármen Lúcia, DJe de 11.02.2014; MS 27.147/DF, Ministro Celso de Mello, DJe de

16.11.2013; MS 32.537/DF, Ministro Dias Toffoli, DJe de 06.12.2013; MS 30.792/DF, Ministro Luiz Fux, DJe de 03.02.2014, dentre outras). A hipótese se enquadra à previsão regimental e, por isso, passo ao exame do mérito. As circunstâncias fáticas ensejadoras da impetração estão demonstradas de plano, por prova pré constituída e de forma translúcida, como se exige na via mandamental. Nessa linha, devidamente provadas as seguintes premissas materiais: (i) previsão editalícia de uma vaga imediata e formação de cadastro de reserva para a especialidade Analista de Arquitetura/Perito no Distrito Federal (doc. 3, fl. 20); (ii) deferimento da inscrição da impetrante como portadora de deficiência (doc. 4, fl. 2); (iii) aprovação da impetrante em primeiro lugar na classe dos candidatos portadores de deficiência para o cargo de Analista de Arquitetura/Perito no Distrito Federal (doc. 5, fl. 5); (iv) nomeação de oito candidatos da lista comum e de uma nomeação tornada sem efeito, em um total de nove convocações, conforme quadro indicativo (doc. 7, fl. 2); e (v) previsão editalícia com a seguinte redação: “3. Das vagas destinadas aos candidatos portadores de deficiência 3.1 Das vagas destinadas para cada cargo/área/UF de vaga de que trata este edital e das que vierem a ser criadas durante o prazo de validade do concurso, 5% serão providas na forma do § 2º do artigo 5º da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e do Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999, e suas alterações”. Igualmente incontroverso o substrato legal incidente. Além da previsão editalícia transcrita, convergem a inicial e as informações prestadas pela autoridade dita coatora no que tange à aplicabilidade ao caso do art. 37, VIII, da Constituição Federal, do art. 5º, § 2º, da Lei 8.112/90 e do art. 37 do Decreto nº 3.298/99, assim redigidos, respectivamente (grifei): “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; 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. 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”. Percebe-se que (i) o art. 5º, § 2º, da Lei 8.112/90 estipula o teto de até 20% das vagas a portadores de deficiência, enquanto que (ii) o art. 37, § 1º, do Decreto 3.298/99, determina o piso de 5%. O parágrafo 2º desse mesmo dispositivo impõe, ainda, (iii) o arredondamento, para cima, até o primeiro número inteiro subsequente, da fração resultante da divisão do número de vagas pelo percentual mínimo previsto; e a previsão editalícia, contida no item 3.1, antes transcrita, (iv) obriga o respeito a tais determinações inclusive em relação às vagas “que vierem a ser criadas durante o prazo de validade do concurso”, questão do maior relevo em face da formação de cadastro de reserva. Esses quatro aspectos – piso, teto, arredondamento e previsão editalícia quanto ao cadastro de reserva – não de ser obrigatoriamente atendidos para que se tenha por efetivado o direito constitucional de inclusão profissional dos portadores de deficiência no mercado de trabalho, na esfera governamental. E a observância há de se fazer de forma conjunta, vale dizer, obrigatório o atendimento simultâneo dos quatro aspectos a cada nomeação, sob pena de se ter por negada, ou concretizada de modo insuficiente, a previsão constitucional. Assim, na presente hipótese, não basta, v.g., que observado o percentual de cinco por cento das vagas em uma primeira nomeação em bloco se, a partir daí, não respeitada a preferência também para as vagas preenchidas pelo cadastro de reserva; também insuficiente que reservada uma vaga, em cada vinte, se, diante da expiração da validade do concurso, a ordem de nomeações vier a impedir a efetividade da previsão constitucional; e igualmente de nada resolve o arredondamento, para o primeiro número inteiro subsequente à divisão do número de vagas pelo coeficiente de reserva, se aprioristicamente definida a posição das nomeações, antes que se saiba quantos candidatos serão chamados durante o prazo de validade do certame. Proponho, portanto, que se examine a específica situação que se põe no que tange ao cargo pleiteado pela impetrante. Conforme visto, prevista no edital uma vaga imediata, com formação de cadastro de reserva. A autoridade coatora entende hígida a interpretação segundo a qual cumpre assegurar aos portadores de deficiência as posições de números 10, 30, 50 e 70, e assim

respectivamente. Fossem quinze as vagas disponibilizadas em chamada única, esgotando-se com isso a eficácia do concurso, não haveria maiores problemas práticos, levando-se em conta que, para este cargo, e assim como ocorre com a maioria deles, a antiguidade na carreira não é fator condicionante de situações jurídicas futuras. Quatorze nomeados seriam indicados pela lista geral, e um, pela lista especial. Nesta proporção, ter-se-ia, ainda que por via transversa, o correto cumprimento dos dispositivos legais. Ocorre que, havendo uma única vaga original no concurso, 5% dela é 0,05 vaga. O art. 37, § 2º, do Decreto 3.298/99 obriga o arredondamento dessa fração para o primeiro número inteiro subsequente, o que dá 1. Mas 1 é 100% de uma vaga disponível; portanto, não há vagas para deficientes, dado o teto de 20% das vagas previsto no art. 5º, § 2º, da Lei 8.112/90. Suponhamos, porém, que surja uma segunda vaga, como de fato ocorreu. Ora, é evidente que essa segunda vaga não pode ter seu cálculo realizado de forma independente, apenas porque, no aspecto temporal, há solução de continuidade entre as nomeações; trata-se do mesmo edital, mesmo concurso e da mesma lista de aprovados. Tal interpretação resta vedada por absurda, na medida em que ela redundaria na eterna repetição da contagem realizada acima, e da qual jamais resultaria a nomeação de um portador de deficiência, ainda que nomeados centenas de aprovados. Portanto, considerando-se agora duas vagas no concurso, 5% é 0,1 vaga, que, arredondada para o primeiro número inteiro, dá 1. Mas 1 é 50% de duas vagas; portanto, ainda não há vagas para deficientes, dado o teto de 20%. Surge uma terceira vaga. Agora, 5% é 0,15 vaga, que, arredondada para o primeiro número inteiro, dá 1. Mas 1 é aproximadamente 33,33 % de três vagas; portanto, não há vagas para deficientes, dado o teto de 20%. Com a quarta vaga, 5% é 0,2 vaga, que, arredondada para o primeiro número inteiro, dá 1. Mas 1 é 25% de quatro vagas; portanto, ainda não há vagas para deficientes, dado o teto de 20%. Na quinta vaga, tem-se que 5% é 0,25 vaga, que, arredondada para o primeiro número inteiro, dá 1. Ora, 1 é, justamente, 20% de cinco vagas; portanto, todas as regras legais se encontram, aqui, simultaneamente atendidas. A quinta vaga deve ser atribuída à lista especial, não à lista geral, porque atendidas todas as condições. Embora essa constatação seja suficiente para os limites da controvérsia, proponho seguirmos um pouco adiante com a explanação casuística, o que clareará perfeitamente as condições de aplicação das regras legais, dentro dos moldes decorrentes da legislação e da previsão editalícia o que não impede, evidentemente, que outros concursos disciplinem a questão de forma ainda mais favorável à inclusão dos portadores de deficiência. Dentro do que estipula o concurso em análise, portanto, na sexta vaga surgida, verifica-se que 5% é 0,3 vaga, o que, arredondada para o primeiro número inteiro, dá 1, o que equivale a aproximadamente 16,66 % de seis vagas. Como já houve o preenchimento de uma vaga pela lista especial, na nomeação da quinta posição, não há qualquer desrespeito à garantia constitucional (nos termos em que esta se encontra explicitada na legislação ordinária) e ao edital, com a nomeação de mais um candidato da lista geral. O mesmo ocorrerá quanto à sétima (aproximadamente 14,28 % do total), oitava (12,5%), nona (aproximadamente 11,11 %), décima (10%), décima primeira (aproximadamente 9,09%), décima segunda (aproximadamente 8,33 %), décima terceira (aproximadamente 7,69 %), décima quarta (aproximadamente 7,14%), décima quinta (aproximadamente 6,66 %), décima sexta (6,25%), décima sétima (aproximadamente 5,88%), décima oitava (aproximadamente 5,55%), décima nona (aproximadamente 5,26 %) e vigésima vagas (5%), quando se atinge o piso previsto no art. 37, § 1º, do Decreto 3.298/99. Nessas situações, a quinta nomeação a partir da lista especial justifica plenamente a nomeação de aprovados da lista geral. Na vigésima primeira vaga, porém, tem-se que 5% delas representa 1,05 vaga. Aplicando-se a regra do arredondamento, ter-se-ão duas vagas previstas para a lista de deficientes físicos, que representam cerca de 9,52% de vinte e uma vagas. Portanto, esta vaga também deve ser ocupada pelo segundo colocado na lista especial. A grande diferença prática entre os resultados apresentados e o sistema de contagem proposto pela autoridade coatora decorre, aparentemente, do fato de que esta procede ao arredondamento para o primeiro número inteiro subsequente apenas das frações de vagas que, na divisão do número destas por 5%, resultam em valor superior a 0,5. A tal conclusão se chega não apenas pela sequência numérica adotada vagas de nº 10, 30, 50, 70 etc como pela tabela juntada a fl. 4 das informações (doc. 14). Reitere-se a transcrição do art. 37 do Decreto nº 3.298/99: “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". A lei expressamente se refere a número fracionado; qualquer número, a rigor. A redação do art. 37 do Decreto nº 3.298/99 não apresenta, com a devida vênia, elementos que permitam concluir por um arredondamento condicionado ao atingimento prévio de determinada percentagem. A função seletiva da eventual discrepância entre o baixo coeficiente resultante da divisão entre o número de vagas e o percentual dedicado à reserva existe, mas está atribuída ao art. 5º, § 2º, da Lei 8.112/90, conforme reiteradamente salientado, e não ao próprio art. 37 do Decreto nº 3.298/99. Portanto, salvo melhor juízo, o art. 5º, § 2º, da Lei 8.112/90, ao estipular o teto de até 20% das vagas a portadores de deficiência, perderá parte considerável de seu campo de incidência caso se proceda ao arredondamento apenas das frações iguais ou superiores a 0,5 vaga, pois 20% de um equivale a 0,25. Em outras palavras, arredondar para cima apenas as frações equivalentes a 0,5 ou superiores equivale, em primeiro lugar, a estabelecer um teto de 10% das vagas, não de 20%, o que contraria frontalmente o dispositivo legal citado. A essas considerações, que resultam basicamente da explicitação matemática do quanto disposto na legislação ordinária, acresço as considerações tecidas pela Procuradoria-Geral da República, como 'custos legis': "8. Um alerta inicial se impõe, eis que, no que se refere ao tema da reserva de vagas para candidatos com deficiência em concurso público, houve significativa revisão de posicionamento do Ministério Público da União. 9. Tal alteração de entendimento foi concretizada no último concurso para ingresso nos quadros do Ministério Público da União e teve o intuito de conferir uma maior efetividade às políticas de inclusão social das pessoas portadoras de deficiência. 10. A Constituição da República, como se extrai de seu Preâmbulo, indica que o Estado brasileiro aspira à formação de uma 'sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social'. Em seu art. 1º, estabelece como fundamentos da República a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho. 11. Essas diretrizes, que estruturam o Estado Democrático de Direito, devem inspirar e condicionar a aplicação da lei, a fim de assegurar a concretização dos objetivos fundamentais da República, dentre eles, a construção de uma 'sociedade livre, justa e solidária', que busca 'reduzir as desigualdades sociais e regionais', e 'promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação'. 12. Além disso, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com deficiência, incorporada ao ordenamento jurídico interno com status de Emenda Constitucional, nos termos do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, que dispõe sobre a proteção adequada às pessoas deficientes, preconiza em seu art. 27: Artigo 27 - Trabalho e Emprego 1. Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência ao trabalho, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. Esse direito abrange o direito à oportunidade de se manter com um trabalho de sua livre escolha ou aceitação no mercado laboral, em ambiente de trabalho que seja aberto, inclusivo e acessível a pessoas com deficiência. Os Estados partes salvaguardarão e promoverão a realização do direito ao trabalho, inclusive daqueles que tiverem adquirido uma deficiência no emprego, adotando medidas apropriadas, incluídas na legislação, com o fim de, entre outros: a) Proibir a discriminação baseada na deficiência com respeito a todas as questões relacionadas com as formas de emprego, inclusive condições de recrutamento, contratação e admissão, permanência no emprego ascensão profissional e condições seguras e salubres de trabalho; b) Proteger os direitos das pessoas com deficiência, em condições de igualdade com as demais pessoas, às condições justas e favoráveis de trabalho, incluindo iguais oportunidades e igual remuneração por trabalho de igual valor, condições seguras e salubres de trabalho, além de reparação por injustiças e proteção contra o assédio no trabalho; (...) e) Promover oportunidades de emprego e ascensão profissional para pessoas com deficiência no mercado de trabalho, bem como assistência na procura, obtenção e manutenção do emprego e no retorno ao emprego; (...) g) Empregar pessoas com deficiência no setor público; (...) (grifos acrescidos) 13. Nesse contexto, verifica-se que a matéria em debate, porque ligada a direitos de inclusão social de minorias, exige do intérprete uma sensibilidade capaz de compreender a questão em toda a sua amplitude, para que ele possa conferir à lei o sentido almejado pela Constituição Federal" (doc. 20, fls. 2-6). Também tive oportunidade de me manifestar sobre a importância das regras relativas à inclusão dos portadores de deficiência no mercado de trabalho, agora considerado em sentido lato (e não na perspectiva única do serviço público), quando, na condição de Ministra do Tribunal Superior do Trabalho, fui relatora do ED-RR-1440-47.2005.5.04.0025, DEJT de 10.10.2008. Cito trecho do acórdão então proferido: "Nas razões do recurso de revista, o reclamante indica afronta ao art. 93, § 1º, da Lei 8.213/91, diante do entendimento assentado no acórdão regional, segundo o qual comprovada a observância, pelo empregador, da obrigação de preencher 4% dos seus cargos com beneficiários reabilitados da Previdência Social ou pessoas portadoras de deficiência habilitadas, nos termos do caput e inciso III do referido

dispositivo legal, estaria desobrigado do cumprimento do disposto no § 1º, a condicionar a dispensa imotivada de trabalhador reabilitado ou deficiente habilitado à imediata contratação de substituto em condições semelhantes. Satisfeita, pois, a garantia social, não persistiria a garantia individual, ainda que precária. Peço vênia ao Exmo. Ministro Relator para transcrever trecho de seu voto, em que sintetiza com fidelidade a tese jurídica estampada no acórdão regional, verbis: 'O Regional adotou a tese de que o art. 93 da Lei n.º 8.213/91 estabelece duas condições para a demissão sem justa causa de empregado portador de deficiência física: preencher de 2% a 5% de suas vagas, conforme a quantidade de empregados da empresa, com pessoas nessas condições; somente dispensar o trabalhador deficiente ou reabilitado, sem justa causa, após a contratação de substituto em condição semelhante. Entendeu que se trata de garantia social, e não individual, vinculada à garantia do mercado de trabalho do deficiente e do reabilitado. Em caso, todavia, comprovou-se que a reclamada cumpria adequadamente com a exigência legal, porque possuía em seus quadros número de empregados nessas condições muito superior ao mínimo legalmente exigido. Logo, efetivada a garantia social, não se pode exigir que a empresa reintegre o empregado, sob pena de se penalizar o empregador que dá maiores oportunidades aos trabalhadores portadores de deficiência física'. Pois bem. Entendo que a Lei 8.213/91 estabeleceu, no seu art. 93, a adoção de duas medidas autônomas, dois mecanismos independentes, ambas compartilhando do intuito de promover maior igualdade de oportunidade de acesso das pessoas portadoras de deficiência ao mercado de trabalho, em relação aos que não ostentam essa condição. Assim, no caput e incisos I a IV do respectivo dispositivo, é determinada a obrigatoriedade de que as empresas com 100 (cem) ou mais empregados preencham uma proporção dos seus cargos com beneficiários reabilitados da Previdência Social ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas. Já o § 1º do mesmo artigo descreve procedimento especial a ser adotado em caso de extinção do contrato de trabalho, na modalidade dispensa imotivada, de empregado nessa situação, de modo que a validade do ato fica condicionada à concomitante contratação de substituto de condição semelhante. Tratam, ambas as medidas, da implementação de verdadeiras ações afirmativas, imbuídas do espírito que norteia o inciso XXXI do art. 7º da Carta Política e em sintonia com os Princípios da Política de Reabilitação Profissional e Emprego para Pessoas Deficientes consagrados na Convenção nº 159 da Organização Internacional do Trabalho, aprovada em 25.8.89 pelo Decreto Legislativo 51/89, ratificada em 18.5.90 e promulgada pelo Decreto 129/91, especialmente os seus arts. 3º e 4º, cujo teor é o seguinte: 'Art. 3º - Essa política deverá ter por finalidade assegurar que existem medidas adequadas de reabilitação profissional ao alcance de todas as categorias de pessoas deficientes e promover oportunidades de emprego para as pessoas deficientes no mercado regular de trabalho. Art. 4º - Essa política deverá ter como base o princípio de igualdade de oportunidades entre os trabalhadores deficientes e dos trabalhadores em geral. Dever-se-á respeitar a igualdade de oportunidades e de tratamento para as trabalhadoras deficientes. As medidas positivas especiais com a finalidade de atingir a igualdade efetiva de oportunidades e de tratamento entre os trabalhadores deficientes e os demais trabalhadores, não devem ser vistas como discriminatórias em relação a estes últimos'. É relevante destacar, para a devida compreensão da controvérsia, que segundo dados divulgados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, no Brasil, 14,5% da população são portadores de algum tipo de deficiência, o que corresponde a aproximadamente 24,6 milhões de homens e mulheres. Quando se trata da inserção dessas pessoas no mercado de trabalho, as informações colhidas pelo IBGE revelam uma proporção substancialmente menor de pessoas ocupadas nesse grupo - diferença superior a 10% - em relação às pessoas sem nenhuma deficiência. Independentemente de uma tomada de posição favorável ou contrária à liberalização do mercado de trabalho, forçoso é reconhecer, diante desse quadro - e sem risco de se afastar, em face dos ditames de justiça social acolhidos nos arts. 3º e 170 da Constituição Federal, de uma análise estritamente jurídica - que os ganhos de eficiência não podem, sozinhos, garantir equidade distributiva das oportunidades criadas. Não há, pois, como não convir com o ganhador do Prêmio Nobel de economia, Amartya Sen, quando este afirma que "os abrangentes poderes do mecanismo de mercado têm de ser suplementados com a criação de oportunidades sociais básicas para a equidade e a justiça social" (SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, pg. 170). Não resta dúvida de que se está diante de uma situação em que a prevalência do princípio da igualdade (art. 5º, caput, da CF) exige o tratamento desigual dos desiguais. Uma efetiva igualdade substantiva de oportunidade e de tratamento para trabalhadores portadores de deficiência exige atuação positiva do legislador, superando qualquer concepção meramente formal de igualdade, de modo a eliminar os obstáculos, sejam físicos, econômicos, sociais ou culturais, que impedem a sua concretização. Por outro lado,

o direito potestativo do empregador de denúncia vazia do contrato de trabalho não é absoluto, sendo certo que, enquanto garantia fundamental de caráter eminentemente institucional, sua própria existência depende da conformação que lhe é atribuída pela legislação infraconstitucional no momento em que delimita seu escopo, limites e alcance, delineando, dessa forma, seu próprio conteúdo. Mostra-se legítima, pois, sob a ótica da hermenêutica dos direitos fundamentais, a fixação de limites ao seu exercício destinados a realizar o princípio da função social da propriedade, princípio insculpido no art. 170, III, da Lei Maior. É nesse contexto que devem ser avaliadas as normas instituidoras de medidas afirmativas, como as destinadas a promover a inclusão social das pessoas portadoras de necessidades especiais mediante o incremento de sua participação no mercado de trabalho, e sem esquecer que a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho foram erigidos como pilares da República Federativa do Brasil, como expressam, respectivamente, os incisos III e IV do art. 1º da Constituição da República. É, pois, o que ocorre tanto com a norma inscrita no caput do art. 93 da Lei 8.213/91 quanto com aquela entalhada no respectivo § 1º, ambas impondo restrições ao exercício da despedida imotivada, preservando, no entanto, o seu núcleo essencial, uma vez que de modo algum se pode afirmar que o empregador é despido, por tais preceitos, da faculdade de unilateralmente resiliir o contrato de trabalho, ante o condicionamento do seu exercício à satisfação de requisitos legais concretizadores de comandos constitucionais. Dessarte, pari passu com a criação de reserva de mercado para trabalhadores portadores de deficiência ou beneficiários reabilitados da Previdência Social, entendeu por bem o legislador, em também restringir a subjetividade inerente ao livre exercício do direito potestativo do empregador de resiliir unilateralmente o contrato de trabalho do empregado em tais condições, mediante a imposição de ônus objetivo, com a finalidade de impedir, ou pelo menos dificultar, a ocorrência de práticas discriminatórias para efeito de permanência da relação jurídica de trabalho. As condicionantes previstas a) no caput e incisos I a IV, do art. 93 da Lei 8.213/91 e b) no § 1º do art. 93 da Lei 8.213/91, não obstante complementares de um ponto de vista de política social, são independentes e autônomas no que diz com a eficácia jurídica de suas disposições. A primeira estabelece uma garantia social objetiva, uma reserva de mercado, consubstanciada na fixação de cotas, dedicadas a segmento específico da população que experimenta significativa desvantagem no que diz com o acesso e manutenção da relação de emprego. A segunda, por sua vez, institui espécie de garantia de índole individual, subjetiva, ainda que relativa e precária, para o trabalhador reabilitado ou deficiente habilitado. E o faz mediante a imposição do ônus de vincular a validade do ato da dispensa imotivada do empregado deficiente físico à tautócrona contratação de outro empregado em condições semelhantes. A obrigação relacionada à garantia individual prevista no § 1º do art. 93 da Lei 8.213/91 não se dá por satisfeita com a observância da garantia objetiva preconizada no caput do mesmo dispositivo legal, com a qual não se confunde. A redação categórica do § 1º em comento evidencia a autonomia semântica do enunciando normativo que encerra: a dispensa imotivada do trabalhador reabilitado ou deficiente físico habilitado depende, sempre, da prévia contratação de substituto em condição semelhante. Com efeito, quer se proceda à interpretação apenas literal, quer se recorra à interpretação teleológica do preceito, concebendo-o, tal como argumentado supra, como assinalando uma garantia de caráter individual, mostra-se forçoso concluir que entendimento contrário tornaria mesmo ociosa a regra inscrita no § 1º, na medida em que esta não passaria de uma reiteração da garantia social já contida no caput, qual seja, a obrigação da empresa com 100 (cem) ou mais empregados de manter, permanentemente, reserva mínima dos seus cargos para empregados nas condições ali indicadas”. Por fim, há precedente da 2ª Turma do STF relativo ao mesmo concurso, com idêntica conclusão: “Mandado de segurança. 2. Direito administrativo. 3. Concurso público. MPU. Candidata portadora de deficiência. Cargo de Técnico de Saúde/Consultório Dentário. 4. Reserva de vagas. Limites estabelecidos no Decreto 3.298/99 e na Lei 8.112/90. Percentual mínimo de 5% das vagas. Número fracionado. Arredondamento para primeiro número inteiro subsequente. Observância do limite máximo de 20% das vagas oferecidas. 5. Segurança concedida” (MS 30.861/DF, Ministro Gilmar Mendes, DJe de 08.6.2012). Do Pleno, cito precedente relatado pelo Ministro Marco Aurélio: “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” (MS 26.310/DF, DJe de 31.10.2007). Entendo cabível um pequeno reparo, porém, no alcance do pedido deduzido. A inicial pleiteia a concessão da ordem, “atribuindo-se à nomeação efeitos retroativos ao

último dia do prazo de validade do concurso (11.11.12)". A inicial (doc. 1, fl. 7) se refere a tais 'efeitos retroativos' como sendo os relativos a remuneração e contagem de tempo de serviço. Embora não se trate especificamente de hipótese abarcada pela vedação expressa na Súmula 271/STF, pois o pedido se dirige a período contemporâneo à impetração e não a tempo pretérito, entendo que tais pretensões têm natureza propriamente indenizatória, ou seja, relacionam-se mais propriamente a pleito de reparação por determinado prejuízo material decorrente de ato da Administração; nessa qualidade, devem ser perseguidos (e eventualmente liquidados) pela via adequada. O mandado de segurança, enquanto via específica para defesa do cidadão diante de ilegalidade manifesta do Poder Público, esgota seu objeto com o provimento jurisdicional que suplanta a ilegalidade e reafirma o direito líquido e certo perseguido. Concedo parcialmente a ordem, com apoio no art. 205 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, para determinar a nomeação da impetrante para o cargo de Analista de Arquitetura/Perito do Ministério Público da União no Distrito Federal. Publique-se. Brasília, 1º de setembro de 2014. Ministra Rosa Weber Relatora (MS 31715, Relator(a): Min. ROSA WEBER, julgado em 01/09/2014, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-171 DIVULG 03/09/2014 PUBLIC 04/09/2014) Nesse sentido, foram os julgados: EMENTA Recurso ordinário em mandado de segurança. Concurso público. Portadores de necessidades especiais. Isonomia. Proporcionalidade e alternância na distribuição das vagas. Inexistência de violação dos princípios do contraditório, da ampla defesa ou do devido processo legal. Preclusão do direito de contra-arrazoar o recurso ordinário. Lista de classificação. Conformação aos ditames da Constituição. Competência da Administração. Assunção de outro cargo público. Perda superveniente do objeto. Não ocorrência. Agravo regimental não provido. 1. Inviável falar-se em violação dos princípios do devido processo legal, do contraditório ou da ampla defesa, por ausência de intimação para contra-arrazoar o recurso ordinário, pois, embora devidamente intimada de todos os subseqüentes atos processuais, a União só apresentou sua irrisignação quando da prolação da decisão monocrática em sentido contrário a sua pretensão. Preclusão configurada. 2. Não se mostra justo, ou, no mínimo, razoável, que o candidato portador de deficiência física, na maioria das vezes limitado pela sua deficiência, esteja em aparente desvantagem em relação aos demais candidatos, devendo a ele ser garantida a observância do princípio da isonomia /igualdade. 3. O Supremo Tribunal Federal, buscando garantir razoabilidade à aplicação do disposto no Decreto 3.298/99, entendeu que o referido diploma legal deve ser interpretado em conjunto com a Lei 8.112/90. Assim, as frações, mencionadas no art. 37, § 2º, do Decreto 3.298/99, deverão ser arredondadas para o primeiro número subseqüente, desde que respeitado o limite máximo de 20% das vagas oferecidas no certame. Precedentes: MS nº 30.861/DF, Relator o Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe de 8/6/12; MS nº 31.715/DF, Relatora a Ministra Rosa Weber, decisão monocrática, DJe de 4/9/14. 4. Agravo regimental não provido. (RMS 27710 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 28/05/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-128 DIVULG 30-06-2015 PUBLIC 01-07-2015) Ao apreciar hipótese semelhante nos autos do MS nº 30.861/DF, o Supremo Tribunal Federal, pela voz do Min. Gilmar Mendes, estabeleceu que "a nomeação do candidato portador de deficiência após quatro nomeações da classificação geral obedeceria aos limites máximo (20%) e mínimo (5%) legalmente previstos. Assim, é dever da Administração Pública, dentro deste paradigma da inclusão social e dos direitos humanos, inserir e tratar a questão da deficiência, concretizando em todos os seus aspectos o acesso ao cargo público. III.CONCLUSÃO Por fim, em que pese ser a igualdade material um ideal compartilhado por uma maioria, a sua efetividade é algo que mobiliza poucos. A participação, pois, do Estado através da adoção de ações afirmativas, é imprescindível para que viabilize à pessoa com deficiência o respeito à sua dignidade. Mais do que exigir que percentuais mínimos sejam aplicados de modo a garantir que pessoas com deficiência possam ter acesso ao serviço público, é o princípio da igualdade, em sua vertente material, sedimentado em regra de aplicação cogente que deverá está presente na aplicação dos moldes legais. Assim sendo e por considerar que acreditar numa sociedade menos excludente, e, conseqüentemente, mais inclusiva, que reconhece a diversidade humana e as necessidades específicas dos vários segmentos sociais, incluindo as pessoas com deficiência, para promover ajustes razoáveis, bem como assegurando-lhes as mesmas oportunidades que as demais pessoas para exercer todos os direitos humanos e liberdades fundamentais. Concluo que em resposta à consulta da Defensora Pública TAIANA JOSVIAK D'AVILA, entendemos que o aprovado em 1º lugar à vaga de portador de necessidades especiais, por ocasião da lotação, deve ser enquadrado na 5ª posição da lista geral, aplicando-se o piso de 5%(cinco por cento) e o teto de 20%(vinte por cento), uma vez que na quinta vaga, tem-se que 5% é 0,25 vaga, que, arredondada para o primeiro número inteiro, dá 1, coincidentemente, 1 corresponde ao teto de 20% de cinco vagas;

percentuais estes previstos taxativamente na legislação pátria e no item 5.1.1 do edital do certame, devendo ser adequada a Resolução nº 47, em seu Art. 5º deste Conselho Superior para tratar a respeito. É o voto.” II) Em seguida, a conselheira Joana D'arc de Almeida Bezerra Carvalho acompanhou o voto da relatora, ressaltando que a ação afirmativa de inclusão não se exaure na nomeação. III) Em seguida, a conselheira Cláudia Carvalho Queiroz apresentou voto escrito nos seguintes termos: “Trata-se de consulta para definição da ordem de nomeação e lotação dos candidatos com deficiência para fins de ingresso na carreira de Defensor Público do Estado do Rio Grande do Norte. A priori, insta consignar que a resolução de n. 102/2015, que disciplinou as normas para realização e organização do concurso público para provimento dos cargos vagos de Defensor Público Substituto do Estado foi omissa quanto ao disciplinamento da ordem de nomeação e lotação dos candidatos com deficiência, o que autoriza o suprimento da omissão por nova norma do Colegiado, ex vi do poder normativo expresso no art. 12, inciso I, da Lei Complementar Estadual de n. 251/2003. In casu, a omissão reside em estabelecer a ordem de nomeação dos candidatos aprovados e classificados na lista de pessoas com deficiência, uma vez que o item 5.1 do Edital do certame estabelece a quantidade de vagas a serem reservadas às pessoas com deficiência: “5.1 Das vagas destinadas ao cargo e das que vierem a ser criadas durante o prazo de validade do concurso, 5% serão providas na forma do artigo 1º da Lei Estadual nº 7.943, de 5 de junho de 2001, e do Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999, e suas alterações. 4 5.1.1 Caso a aplicação do percentual de que trata o subitem 5.1 deste edital resulte em número fracionado, este deverá ser elevado até o primeiro número inteiro subsequente, desde que não ultrapasse 20% das vagas oferecidas por cargo/área, nos termos do § 2º do artigo 5º da Lei nº 8.112/1990 Já se é por demais consabido que o tratamento diferenciado em favor de pessoas com deficiência para acesso ao serviço público decorre do disposto na CF, art. 37, VIII, assim como do microsistema normativo de proteção à pessoa com deficiência, cuja finalidade normativa é justamente compensar, mediante ações de conteúdo afirmativo, os desníveis e as dificuldades que afetam os indivíduos que compõem esse grupo social vulnerável. Cite-se: “Art. 37. [...] VIII — a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão; (CR, 1988, grifo nosso).” Na lição de CARMEM LUCIA ANTUNES ROCHA, as ações afirmativas surgiram no direito norte-americano, em razão da necessidade de favorecer algumas minorias socialmente inferiorizadas, “juridicamente desiguais, por preconceitos arraigados culturalmente e que precisavam ser superados para que se atingisse a eficácia da igualdade preconizada e assegurada constitucionalmente na principiologia dos direitos fundamentais” (ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação afirmativa — o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, n. 15, p. 87, 1996). O Estatuto da Pessoa com Deficiência, cuja base é a convenção internacional, estabelece em seu art. 1º. que: “Art. 1o É instituída a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania. Parágrafo único. Esta Lei tem como base a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, ratificados pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo no 186, de 9 de julho de 2008, em conformidade com o procedimento previsto no § 3o do art. 5o da Constituição da República Federativa do Brasil, em vigor para o Brasil, no plano jurídico externo, desde 31 de agosto de 2008, e promulgados pelo Decreto no 6.949, de 25 de agosto de 2009, data de início de sua vigência no plano interno.” Na jurisprudência, tem-se como ponto convergente de que, em existindo menos de 20 vagas, o candidato com deficiência classificado em primeiro lugar na lista especial, é o 5º. a ser nomeado, uma vez que o arredondamento de número fracionário destinado ao preenchimento de vaga pelo deficiente não pode implicar em ferimento ao percentual mínimo de 5% (art. 37, § 1º, do Decreto 3.298/99), assim como não pode ultrapassar o limite máximo de 20% (art. 5º, § 2º, da Lei 8.112/90), existindo precedentes do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, tal como no Mandado de Segurança de n 30861, de relatoria do Ministro GILMAR MENDES, no RE 227.299/MG, de relatoria do Min. ILMAR GALVÃO e no Mandado de Segurança de n. 31715/2014 de relatoria do Ministro Rosa Weber. Em igual norte, tem-se o posicionamento do STJ, no RMS: 38595 MG 2012/0148741-4, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 05/11/2013, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 12/11/2013). Neste contexto, se o edital do concurso continha a previsão de 17 vagas, o percentual de 5% corresponde a 0,85 e o de 20% a 3,4, de forma que se impunha o arredondamento para a nomeação de 01 candidato com deficiência. Ressalte-se que se apenas 04 candidatos fossem nomeados, o candidato classificado na vaga de PNE não teria sido convocado, uma vez que 5% de 04 corresponderia a 0,2

e 20% a 0,8, de forma que não haveria o arredondamento para 01 vaga, na forma da regra supra descrita. Conforme ressaltado no edital do certame, a previsão de 5% prevista na Lei Estadual de n. 7.943/2001 deve estar sempre em consonância com as normas gerais fixadas pela Lei de n. 7.583/89, que “Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências.” e pelo Decreto Federal de n. 3.298/99, uma vez que este “regulamenta a Lei no 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências.” Dispõe a Lei de n. 7.853/1989 que: “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. § 2º As normas desta Lei visam garantir às pessoas portadoras de deficiência as ações governamentais necessárias ao seu cumprimento e das demais disposições constitucionais e legais que lhes concernem, afastadas as discriminações e os preconceitos de qualquer espécie, e entendida a matéria como obrigação nacional a cargo do Poder Público e da sociedade. Art. 2º Ao Poder Público e seus órgãos cabe assegurar às pessoas portadoras de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos, inclusive dos direitos à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à previdência social, ao amparo à infância e à maternidade, e de outros que, decorrentes da Constituição e das leis, propiciem seu bem-estar pessoal, social e econômico.” Neste diapasão, verifica-se que tanto a Lei de n. 7.853/89 quanto o Decreto de n. 3298/99 estabelecem normas gerais a serem observadas seja no âmbito dos concursos para provimento de cargos federais, seja para provimento de cargos da Administração Estadual ou Municipal. Demais disso, a própria Lei Estadual de n. 7.943/2001 prevê o arredondamento do percentual de 5% para, no mínimo, uma vaga dentre as que forem disponibilizadas, independentemente, inclusive, de tal ultrapassar ou não o percentual de 20% previsto na norma federal: “Art. 1º - Fica estabelecido em 5% (cinco por cento), assegurado o mínimo de 01 (uma) vaga, o percentual reservado nos concursos públicos de provas ou de provas e títulos, na Administração Pública Estadual, às pessoas portadoras de deficiência, observados a habilitação técnica e outros critérios pertinentes previstos no edital do concurso público.” Com efeito, é cediço que a proteção e a integração da pessoa com deficiência é matéria de competência legislativa concorrente entre a União, Estados e Distrito Federal. E sendo assim, compete à União, por meio de Lei Nacional[9], fixar as regras gerais, de observância obrigatória pelos demais entes políticos. Neste sentido: Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: XIV - proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência; § 1º. No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais. § 2º. A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados. § 3º. Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades. § 4º. A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário. Como se vê, à União compete a fixação das normas gerais, isto é, de criar a moldura jurídica (mínima) que deverá ser respeitada pelos demais entes políticos. Logo, não se pode fugir dos critérios normativos estabelecidos pela legislação federal para fins de arredondamento do percentual para fins de fixação do número de vagas para pessoas com deficiência, sobretudo porque, no caso específico do Estado do Rio Grande do Norte, o legislador estadual foi ainda mais protetivo e estabeleceu que, independentemente do número de vagas, no mínimo uma será destinada à pessoa com deficiência. Considerando referida regra, entendemos que, a cada grupo de 17 candidatos (número de cargos existente na primeira categoria do quadro de carreira), a pessoa com deficiência ocupará a 5ª. vaga na ordem de nomeação, uma vez que esse é o número de total de cargos que compõem o quadro de Defensores Públicos Substitutos do Estado do Rio Grande do Norte, não se podendo considerar grupos de 20, sob pena de preterição de candidatos aprovados nas vagas reservadas a pessoas com deficiência. Referido entendimento se encontra em consonância com o disposto no Mandado de Segurança n. 11.983-DF, no qual o ministro do Superior Tribunal de Justiça Arnaldo Esteves Lima, aduziu que: A norma constitucional dirige-se aos cargos e empregos públicos, quer dizer, o percentual a que se refere deve incidir sobre as vagas disponíveis. [...] entendendo que Constituição Federal assegura a reserva de vagas aos candidatos portadores de deficiência, e

não determinada proporção a cada número de aprovados como regulares. Em outras palavras, o percentual legal incide sobre a quantidade de vagas existentes, e não proporcionalmente de acordo com o número de candidatos aprovados, a contar do 1º colocado (grifo nosso). Em igual norte, o Ministro CESAR PELUSO, que, no julgamento do Mandado de Segurança n. 25.074, concluiu que: [...] o que assegura a Constituição é que os portadores de deficiência têm direito de ocupar determinado número de cargos e empregos públicos, considerados em cada quadro funcional, segundo a percentagem que lhes reserve a lei, o que só pode apurar-se no confronto do total dos cargos e dos empregos, e não, é óbvio, perante o número aleatório de vagas que se ponham em cada concurso (grifo nosso). Reportando-se aos critérios adotados por outras instituições, tem-se que o Conselho Nacional de Justiça disciplina a matéria, estabelecendo que “As nomeações dos candidatos que concorrem às vagas para pessoas com deficiência obedecerão à seguinte ordem: 5ª vaga, 21ª vaga, 41ª vaga, 61ª vaga, 81ª vaga e assim por diante, sempre de 20 em 20 vagas.” Já o Conselho Superior da Defensoria Pública da União também tratou da matéria na Resolução de n. 52/2011, determinando que: “Art. 5º. Nos Concursos, de abrangência nacional ou regional, com oferecimento mínimo de 20 (vinte) vagas, os candidatos com deficiência, aprovados dentro do número de vagas reservadas, figurarão na lista de classificação geral e serão nomeados para o provimento da 5ª (quinta) vaga e, na seqüência, na 20ª, 40ª, 60ª, 80ª, 100ª, 120ª, 140ª vagas e, assim, sucessivamente. Parágrafo único. Nos concursos regionais, a reserva de vagas a candidatos com deficiência será considerada dentro de cada região. Concurso com menos de 20 (vinte) vagas ofertadas ou para formação de cadastro de reserva. Art. 6º. No Concurso com menos de 20 (vinte) vagas ofertadas ou para formação de cadastro de reserva, a 2ª (segunda) vaga será destinada ao candidato com deficiência e aos demais, na seqüência, a 20ª, 40ª, 60ª, 80ª, 100ª, 120ª, 140ª vagas e, assim, sucessivamente. Parágrafo único. Na hipótese do primeiro colocado ser portador de deficiência será destinada aos demais candidatos com deficiência, na seqüência, a 20ª, 40ª, 60ª, 80ª, 100ª, 120ª, 140ª vagas e, assim, sucessivamente, respeitando o disposto no art. 3º desta Resolução.” Em igual norte, a Defensoria Pública do Estado do Piauí disciplinou a matéria na Resolução de n. 015/2013, estabelecendo que: Art. 6º Caso não seja possível reservar vagas sem ultrapassar o limite máximo percentual previsto, fica assegurado a candidato deficiente o direito à 5ª (quinta) nomeação, caso venha a ocorrer. (Redação dada pela Res. nº 018/2014 – CSDPE, pub. D.O nº 183, pág. 12, de 25/09/2013) §1º As demais nomeações dos candidatos portadores de deficiência observarão o percentual previsto no edital, bem como o disposto no artigo 5º desta Resolução. (Redação dada pela Res. nº 018/2014 – CSDPE, pub. D.O nº 183, pág. 12, de 25/09/2013) §2º Não será realizada a reserva de vagas nos concursos em que sejam oferecidas o número inferior a 05 (cinco) vagas. [...] Art. 8º O candidato com deficiência será nomeado para o cargo para o qual foi aprovado, respeitada a ordem de classificação prevista na lista composta exclusivamente pelos candidatos com deficiência e o número de vagas existentes, observando-se o estabelecido nos artigos 3º, 5º e 6º desta Resolução. Parágrafo único. A escolha da lotação da pessoa com deficiência seguirá a ordem de nomeação.” No caso específico da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Norte, considerando que existem 17 cargos na categoria de Defensor Público Substituto, as nomeações de candidatos com deficiência deverão seguir a ordem: 5, 22, 38, 60 e, assim sucessivamente, ressalvando-se que, se houver acréscimo do número de vagas no cargo inicial da carreira, que seja recalculado o percentual de 5% para fins de ordem de nomeação. Não se pode olvidar também que a ação afirmativa não pode ser restritiva, não podendo se limitar à investidura no cargo, sobretudo considerando o princípio da isonomia, as normas de direito internacional referidas pelo Brasil, assim como o preceito fundamental da inclusão da pessoa com deficiência, expresso no art. 4 da Lei de n. 13.146/2015 – Lei Brasileira de Inclusão: “Art. 4o Toda pessoa com deficiência tem direito à igualdade de oportunidades com as demais pessoas e não sofrerá nenhuma espécie de discriminação. § 1o Considera-se discriminação em razão da deficiência toda forma de distinção, restrição ou exclusão, por ação ou omissão, que tenha o propósito ou o efeito de prejudicar, impedir ou anular o reconhecimento ou o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais de pessoa com deficiência, incluindo a recusa de adaptações razoáveis e de fornecimento de tecnologias assistivas. § 2o A pessoa com deficiência não está obrigada à fruição de benefícios decorrentes de ação afirmativa.” Na lição de MÁRCIA HELENA DE BARROS MONTEIRO LIMA, citando CLÁUDIA WERNECK, “o conceito de inclusão nos ensina não a tolerar, respeitar ou entender a deficiência, mas sim legitimá-la, como condição inerente ao ‘conjunto humanidade’. Uma sociedade inclusiva é aquela capaz de contemplar sempre, todas as condições humanas, encontrando meios para que cada cidadão, do mais privilegiado ao mais comprometido, exerça o direito de contribuir com seu melhor talento para o bem comum” (COUTINHO; PAVAN, JARDIM NETO, 2012. p. 338).

Neste contexto, a resolução da questão não pode se afastar do alcance das ações afirmativas, do conteúdo do princípio da isonomia e do preceito da inclusão, que, nos ensinamentos de JOAQUIM BENEDITO BARBOSA, “Consistem em políticas públicas (e também privadas) voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional, de compleição física e situação socioeconômica (adição nossa). Impostas ou sugeridas pelo Estado, por seus entes vinculados e até mesmo por entidades puramente privadas, elas visam a combater não somente as manifestações flagrantes de discriminação, mas também a discriminação de fundo cultural, estrutural, enraizada na sociedade. De cunho pedagógico e não raramente impregnadas de um caráter de exemplaridade, têm como meta, também, o engendramento de transformações culturais e sociais relevantes, inculcando nos atores sociais a utilidade e a necessidade de observância dos princípios do pluralismo e da diversidade nas mais diversas esferas do convívio humano”. (GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade: o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 6-7). Some-se a isso que o direito à igualdade das pessoas com deficiência consiste na ideia de que a todos deve ser ofertado o mesmo tratamento jurídico, respeitando, entretanto, a condição social e especial de cada sujeito. Nesse sentido, o professor INGO WOLFGANG SARLET, informa que o direito à igualdade “abrange pelo menos três dimensões: (a) proibição do arbítrio, de modo que tanto se encontram vedadas diferenciações destituídas de justificação razoável com base na pauta de valores constitucional, quando proibido tratamento igual para situações manifestamente desiguais; (b) proibição de discriminação, portanto, das diferenciações que tenham por base categorias meramente subjetivas; (c) obrigação de tratamento diferenciado com vista à compensação de uma desigualdade de oportunidades, o que pressupõe a eliminação, pelo Poder Público, de desigualdades de natureza social, econômica e cultural”. (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 531) Em idêntica vertente, IVES GANDRA DA SILVA MARTINS, GILMAR FERREIRA MENDES E CARLOS ALBERTO DE NASCIMENTO, “o direito à igualdade alberga tradicionalmente duas vertentes: a) A igualdade de oportunidade, que baseia na igualdade perante a lei, garantindo a todos o mesmo tratamento (vertente especialmente desenvolvida a partir da Revolução Francesa, que buscou combater os privilégios da nobreza). b) A igualdade de resultado, que se baseia na busca de um igualitarismo absoluto (vertente desenvolvida a partir da Revolução Comunista na Rússia, que almeja uma sociedade sem classes, onde todos tenham a mesma condição de vida, qualquer que seja a sua contribuição, na esteira do pensamento marxista: ‘de cada um segundo a sua capacidade, a cada um segundo a sua necessidade’)”. Por fim, levando-se em consideração de que a resposta a presente consulta apresenta repercussão para os demais candidatos aprovados no concurso público, sugere-se a formalização de enunciados pelo Conselho Superior para definição da questão. Ante o exposto, considerando o conteúdo substancial do princípio da igualdade, a ação afirmativa, o disposto na Lei de n. 7853/89, regulamentada pelo Decreto de n. 3298/99 e na Lei Estadual de n. 7.943/2001, bem como o preceito da inclusão das pessoas com deficiência, voto pela definição da lotação em conformidade com a ordem de nomeação dos candidatos com deficiência, de forma que, se a quinta vaga da ordem de nomeação cabe à pessoa com deficiência, com supedâneo nos precedentes do Supremo Tribunal Federal e na legislação retrocitada, esta será a ordem para a primeira lotação no cargo para o referido candidato, sendo as lotações subsequentes decorrentes de processo de remoção, com observância da lista de antiguidade na carreira. **IV)** Em seguida, o conselheiro José Wilde Matoso Freire Junior apresentou voto acompanhado em parte a relatora, mas pontuou que, considerando o teor da lei estadual que regulamenta a matéria no Estado do Rio Grande do Norte, cabe à consulente a 10ª classificação para fins de nomeação e todos os direitos inerentes a essa posição. Acrescentou, ainda, que as próximas convocações de PNE deverão seguir a 30ª, 50ª, 70ª vagas, e assim sucessivamente. **V)** Em seguida, o conselheiro Marcus Vinicius Soares Alves apresentou voto nos seguintes termos: “Trata-se de processo administrativo instaurado a partir de consulta apresentada pela Defensora Pública **TAIANA JOSVIK D’AVILA**, por meio da qual requer que o Conselho Superior da Defensoria Pública do Estado esclareça e regulamente o procedimento de ingresso e de lotação dos candidatos pessoas com deficiência, notadamente quanto à determinação da vaga a ser ocupada pelo candidato que preencha essas condições, aprovado em primeiro lugar na lista de aprovados. Apresenta resolução do Conselho Superior da Defensoria Pública da União, que estabeleceu que cabe ao candidato pessoa com deficiência aprovado em primeiro lugar a 2ª vaga. Manifestaram-se, também, na consulta, os Defensores Públicos **JOSÉ EDUARDO BRASIL LOURO DA SILVEIRA, FRANCISCO SIDNEY DE CASTRO RIBEIRO** e

PAULA VASCONCELOS DE MELO BRAZ. O Defensor Público **JOSÉ EDUARDO BRASIL LOURO DA SILVEIRA** argumentou que por se tratar de concurso público que estabeleceu reserva de 5% das vagas para pessoas com deficiência, caberia à consulente a 5ª vaga, sendo que o próximo candidato pessoa com deficiência deverá ser nomeado no momento da convocação da 20ª vaga, o que obedeceria precedente do Supremo Tribunal Federal. Relativamente à escolha da lotação, afirma, ao final, que caberia à consulente escolher entre a 5ª e a 16ª, a critério da administração. Na sequência, os Defensores Públicos **FRANCISCO SIDNEY DE CASTRO RIBEIRO** e **PAULA VASCONCELOS DE MELO BRAZ** manifestaram-se no sentido de que a consulente devia escolher a vaga na 16ª posição, acrescentando esta última que o critério de reserva de vaga deve se restringir à nomeação e posse no cargo público, não alcançando a etapa seguinte de escolha de lotação, sob pena de malferir o princípio da igualdade, de maneira que a consulente deve escolher as vagas disponibilizadas com o mérito da classificação geral do concurso. É o relatório. O ponto central de discussão dos presentes autos gravita em torno da escolha da lotação inicial dos novos Defensores Públicos recentemente empossados, especialmente quanto à ordem de escolha do candidato pessoa deficiente. Inicialmente, cumpre esclarecer que a reserva de vagas às pessoas deficientes em concursos públicos é prescrita pelo art. 37, VIII, da Constituição Federal de 1988, verbis: “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;”. No âmbito do Estado do Rio Grande do Norte, a Lei nº 7.943, de 05 de junho de 2001, estabeleceu em seu art. 1º que: “Fica estabelecido em 5% (cinco por cento), assegurado o mínimo de 01 (uma) vaga, o percentual reservado nos concursos públicos de provas ou de provas e títulos, na Administração Pública Estadual, às pessoas portadoras de deficiência, observados a habilitação técnica e outros critérios pertinentes previstos no edital do concurso público.” De se enfatizar, pois, que a reserva de vagas determinada pelo inciso VIII do art. 37 da Constituição da República tem como função precípua 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 que se lê desde o preâmbulo da Constituição de 1988, conforme asseverado pelo Ministro Ayres Britto no julgamento do RMS 26.071. Noutras palavras, em meios aos seus propósitos, o direito à igualdade está arraigado à ideia de que todos devem ter tratamento igualitário na proporção de suas desigualdades. O direito à igualdade, pois, requer a aplicação de regras idênticas em casos idênticos, atentas ao fato de que há realidades dispares ao qual lhe imputam regras específicas, coadunadas às suas peculiaridades. Nessa quadra, a previsão de reserva de vaga para pessoas com deficiência minimiza as distorções sociais enfrentadas por essa parcela da população, o que não significa, contudo, numa porta de entrada para o serviço público de pessoas sem o preparo adequado. Ao contrário, especialmente no caso do Concurso desta Defensoria Pública, os candidatos pessoas deficientes submeteram-se ao mesmo rigor das provas e precisaram superar os cortes mínimos de pontuação de forma idêntica àqueles da ampla concorrência, o que os difere é a classificação em listas separadas, em razão da fixação de percentual de reserva de vaga da ordem de 5%. Entendo, contudo, que as ações afirmativas devem ser encaradas como um conjunto de medidas especiais e temporárias tomadas ou determinadas pelo Estado com o objetivo específico de eliminar as desigualdades que foram acumuladas no decorrer da história da sociedade. E no caso destes autos, observo que a ação afirmativa estabelecida pelo Estado brasileiro cumpriu fielmente o seu papel no exato instante da posse da consulente no cargo de Defensora Pública do Estado do Rio Grande do Norte, instante em que se valeu da regra de reserva de vaga para os candidatos pessoas deficientes. Compreendo, no entanto, que questões como a escolha da lotação inicial, critérios de remoção e promoção da carreira, por exemplo, não são mais alcançados pela ação afirmativa de incentivo à inclusão das pessoas com deficiência, notadamente porque o objetivo da medida é o ingresso no serviço público. E, na hipótese dos autos, a missão da ação afirmativa se exauriu com a nomeação e posse da consulente no cargo público. A partir de então — desfeita a desigualdade de condições que justificava a ação afirmativa — não cabe estendê-la para alcançar a escolha da lotação inicial, assegurada pela Lei complementar Federal n.º 80/94, com a redação dada pela Lei Complementar Federal n.º 132/2009, bem assim pela Resolução n.º 47/2013-CSDP, devendo, para tanto, ser considerada a classificação geral do concurso, compreendendo-se, obviamente, tão-somente aqueles que foram nomeados e já empossados no momento da escolha. Registro, ademais, que o julgado do Supremo Tribunal Federal, no mandado de segurança 31715, da Relatoria da Ministra Rosa Weber, julgado em 01/09/2014, e, aliás, em todos os outros

mencionados nesta sessão, nortearam os aspectos que dizem respeito à nomeação dos candidatos pessoas deficientes, estabelecendo uma regra de cálculo que assegure o percentual de 5% nas convocações, desde que não extrapole o limite de 20%, afirmando que os candidatos da lista de pessoas deficientes devem ser convocados na 5ª vaga e, na sequência, na 20ª, 40ª, 60ª e assim por diante. Reforço, contudo, que não há como confundir os momentos da nomeação com a escolha da lotação inicial, vez que naquele primeiro instante ainda prevalece os efeitos da ação afirmativa de inclusão. Ao passo que, na escolha da lotação inicial, deve imperar o critério de classificação geral do concurso, conforme asseverado pela legislação federal e pela norma interna desta Defensoria Pública, e, inclusive, vem sendo interpretada por algumas Defensorias Públicas Estaduais, a exemplo dos Estados do Maranhão e Goiás. Ante o exposto, voto no sentido de esclarecer que: 'Em obediência ao percentual de 5% (cinco por cento) das vagas destinadas aos candidatos pessoas deficientes, as futuras convocações deverão considera-los no ato de nomeação no momento em que surgirem as vagas, respectivamente, 22ª, 42ª, 62ª, e assim sucessivamente.' Voto, ainda, para que seja esclarecido que: 'O direito de escolha da lotação inicial dos membros da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Norte deve seguir rigorosamente a ordem geral de classificação no concurso, assegurando ao membro nomeado e empossado na vaga reservada aos candidatos pessoas deficientes o direito de prevalência sobre aqueles que vierem a ser nomeados e empossados durante o prazo de validade do concurso, em homenagem ao princípio da segurança jurídica.' É como voto." Em seguida, a conselheira e presidente deste conselho superior, Dra. Renata Alves Maia, apresentou voto acompanhando a relatora.

Proclamação do resultado: o Conselho Superior da Defensoria Pública do Estado, por maioria, editou dois enunciados: 1º) **"O primeiro candidato pessoa deficiente nomeado e empossado no cargo de Defensor Público do Estado deve ser enquadrado na 5ª classificação no certame, devendo, nessa posição, escolher a lotação inicial na carreira."**; 2º) **"Em obediência ao previsto na Lei Federal nº 7.853/89, regulamentada pelo Decreto n.º 3298/99, e na Lei Estadual n.º 7.943/2001, relativamente aos candidatos pessoas deficientes, as futuras convocações deverão considera-los no ato de nomeação no momento em que surgirem as vagas, respectivamente, 21ª, 41ª, 61ª, e assim sucessivamente."** Deliberou-se ainda que a Conselheira relatora, Dra. Erika Karina Patrício de Sousa, deverá apresentar, com a maior brevidade possível, proposta de resolução que englobe os parâmetros ora fixados e as questões relativas sobre o ingresso e lotação das pessoas com deficiência no âmbito da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Norte. Nada mais havendo, a Presidente do Conselho Superior deu por encerrada a presente sessão. Eu, _____, Marcus Vinicius Soares Alves, Subdefensor Público Geral do Estado, lavrei a presente, a qual foi lida e aprovada nesta sessão.

Renata Alves Maia

Defensora Pública Geral do Estado

Marcus Vinicius Soares Alves

Subdefensor Público Geral do Estado

José Wilde Matoso Freire Junior

Corregedor Geral do Estado

Cláudia Carvalho Queiroz

Membro eleito

Érika Karina Patrício de Souza

Membro eleito

Joana D`arc de Almeida Bezerra Carvalho

Membro eleito