

A RESERVA DE VAGAS PARA PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA E OS PROCESSOS SELETIVOS PARA CONTRATAÇÕES TEMPORÁRIAS

NIDIANE MORAES SILVANO DE ANDRADE
Promotora de Justiça do Estado de Minas Gerais

1. A igualdade como requisito do Estado Democrático de Direito

Predomina modernamente a compreensão de que a igualdade é pressuposto incondicional da existência do Estado Democrático de Direito, que, na concepção do constitucionalista José Afonso da Silva (200, p. 135), repousa em dois princípios fundamentais:

[...] (a) o da *soberania popular*, segundo o qual o povo é a *única fonte do poder*, que se exprime pela regra de que *todo o poder emana do povo*; (b) a *participação, direta ou indireta, do povo no poder*, para que este seja efetiva expressão da *vontade popular*; nos casos em que a participação é indireta, surge um princípio derivado ou secundário: o da *representação*. (grifo do autor).

Diante disso é impossível ignorar que o povo somente poderá exercer direta ou indiretamente o poder no Estado Democrático de Direito se todos os indivíduos merecerem tratamento legal igualitário.

Destaque-se, porém, que a igualdade jurídica não se efetiva apenas nominalmente ou perante a lei, como entendida pelo liberalismo, mas deve ser tida como igualdade real, muitas vezes feita pela própria lei. A existência de desigualdades fáticas, sejam elas naturais, sejam elas sociais, evidenciou a necessidade de promover as condições para que a igualdade deixe de ser meramente formal, possibilitando a consecução plena de outro princípio fundamental, o da liberdade. Nesse sentido, a lição de Paulo Bonavides (2004, p. 376):

O centro medular do Estado social e de todos os direitos de sua ordem jurídica é indubitavelmente o princípio da igualdade. Com efeito, materializa ele a liberdade da herança clássica.

Com esta compõe um eixo ao redor do qual gira toda a concepção estrutural do Estado democrático contemporâneo.

Mesmo antes da edição da Constituição de 1988, Meireles Teixeira (1991, p. 458) já ressaltava a afinidade existente entre os ideais de justiça social, igualdade social e solidariedade com a democracia social, na qual o conceito de igualdade vai além da igualdade política ou formal.

Nesse diapasão, estão expostos no artigo 3º, incisos I, III e IV, da Lei Maior alguns dos objetivos da República Federativa do Brasil, quais sejam, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização, a *redução das desigualdades sociais e a promoção do bem comum, livre de qualquer forma de discriminação* (grifo nosso).

Na busca da consecução dos objetivos da República, a Constituição de 1988, além de prever os direitos individuais fundamentais no artigo 5º, estabeleceu direitos sociais predominantemente no seu capítulo II, mas podemos encontrá-los em vários outros dispositivos do texto. O artigo 6º teve a função de definir as categorias de direitos sociais, tais como o trabalho, porém é no artigo 37 e incisos que encontramos o princípio da isonomia aplicado diretamente no direito de acesso a cargos na administração pública direta e indireta dos poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

“Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, *o trabalho*, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” (grifo nosso)

O direito ao trabalho, tal qual assegurado na Constituição de 1988, configura direito fundamental de segunda geração. Nessa geração estão os direitos sociais, os culturais e os econômicos, que se caracterizam por exigirem prestações positivas do Estado. Não se trata mais, como nos direitos de primeira geração, de apenas impedir a intervenção do Estado em desfavor das liberdades individuais. Destacamos, a esse respeito, trecho da obra de Norberto Bobbio (2004, p. 86-87):

Pretendo apenas observar que igualdade e diferença têm uma relevância diversa conforme estejam em questão direitos de liberdade ou direitos sociais. Essa, entre outras, é uma das razões pelas quais, no campo dos direitos sociais, mais do que naqueles dos direitos de liberdade, ocorreu a proliferação dos direitos a que antes me referi; através do reconhecimento dos direitos sociais, surgiram – ao lado do homem abstrato ou genérico, do cidadão sem outras qualificações – novos personagens como sujeitos de direito, personagens antes desconhecidos nas Declarações dos direitos de liberdade: a mulher e a criança, o velho e o muito velho, o doente e o demente, etc.

É supérfluo acrescentar que o reconhecimento dos direitos

sociais suscita, além do problema da proliferação dos direitos do homem, problemas bem mais difíceis de resolver no que concerne àquela “prática” de que falei no início: é que a proteção destes últimos requer uma intervenção ativa do Estado, que não é requerida pela proteção dos direitos de liberdade, produzindo aquela organização dos serviços públicos de onde nasceu até mesmo uma nova forma de Estado, o Estado social. Enquanto os direitos de liberdade nascem contra o superpoder do Estado – e, portanto, com objetivo de eliminar o poder –, os direitos sociais exigem, para sua realização prática, ou seja, para a passagem da declaração puramente verbal à sua proteção efetiva, precisamente o contrário, isto é, a ampliação dos poderes do estado.

2. A reserva de vagas para pessoas portadoras de deficiência

Foi a própria Constituição que, em atenção à situação peculiar das pessoas portadoras de deficiência, estabeleceu um meio eficaz de garantir também a elas o acesso a cargos públicos, nos termos do artigo 37, inciso VIII: “a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão;”.

Ao mesmo tempo que veda genericamente a discriminação, especialmente aquela baseada em origem, sexo, raça, cor e idade, a Carta Magna estabelece que é possível distinguir pessoas e situações, dando-lhes tratamento jurídico diferenciado. Não obstante, verifica-se que as discriminações previstas no próprio texto constitucional estão revestidas do que Luís Roberto Barroso denominou *razoabilidade externa e interna*.

Leciona o doutrinador que qualquer desequiparação legal deve observar: 1) a necessária adequação entre o meio adotado e o fim buscado; 2) sua necessidade para a realização do objetivo visado, ou seja, sua imprescindibilidade; 3) a maior relevância do valor promovido em relação ao que está sendo sacrificado; 4) a compatibilidade do meio empregado e do fim visado com os valores constitucionais (BARROSO, 2004, p. 243-246).

A pessoa com necessidades especiais enfrenta inúmeras dificuldades para locomover-se, ter acesso à educação, ao lazer e principalmente ao trabalho. Existem as barreiras arquitetônicas, o despreparo dos educadores para lidar com essa parcela da população, além de toda a discriminação e todo o preconceito que sofrem nas relações sociais do dia-a-dia e ao serem avaliados profissionalmente. Com as denominadas ‘ações afirmativas’, busca-se promover a dignidade da pessoa com deficiência e sua inclusão na sociedade como um todo. Brilhantemente assevera a Ministra Carmem Lúcia Antunes Rocha em artigo publicado sobre o tema (p. 283):

Os portadores de deficiência vêm-se ressentindo, há séculos, das mais variadas formas de preconceitos [...].

Não é novidade a ocorrência, em muitas ocasiões, de afastamento de portadores de deficiência física de alguns cargos públicos, para os quais eram reprovados nos concursos públicos, ao argumento das bancas examinadoras de que a deficiência os estigmatizariam e impediriam o seu exercício de autoridade, de que alguns cargos se revestiam.

Não era, pois, a comprovação de que a deficiência os deixava inabilitados física ou psiquicamente para o desempenho que os conduziam à reprovação; era tão-somente a deficiência moral dos espíritos menores agrilhoados em seus preconceitos.

Daí o advento da norma supra transcrita, que reserva percentual dos cargos e empregos públicos para aqueles que se vêem a braços com essa insidiosa forma de discriminação, afirmando-se então, constitucionalmente, a ação que desiguala desigualeados sociais para igualar juridicamente os sujeitos de uma relação cultural e tradicionalmente equivocada e injusta.

Após tecer comentários sobre o princípio da isonomia e a proteção jurídica conferida ao portador de deficiência, Hugo Nigro Mazzilli (2002, p. 475 e 486) destaca o interesse de todos na observância das normas a esse respeito:

Tem sido, pois, escopo da lei procurar compensar a situação de quem sofra alguma limitação, de qualquer natureza, conferindo-lhe maior proteção jurídica. [...]

No que diz respeito às pessoas portadoras de deficiência, a aplicação do princípio consiste em assegurar-lhes pleno exercício dos direitos individuais e sociais. [...]

Enfim, cumpre ressaltar que a preocupação do constituinte e do legislador ordinário com a defesa da pessoa portadora de deficiência é inteiramente justificada. Primeiro, porque a proteção da pessoa portadora de deficiência não interessa apenas aos próprios deficientes, mas sim a toda a coletividade, como também ocorre com a proteção da pessoa idosa, da criança e do adolescente e de todas as pessoas que estejam desfavorecidas por condições passageiras ou não, que imponham limitações mais ou menos acentuadas em sua capacidade de cuidar de si mesmas. Depois porque todos nós estivemos ou poderemos estar um dia nessas condições. Enfim, porque, numa sociedade democrática, que vise ao efetivo respeito aos seus mais sérios valores, a defesa dos indivíduos deve ser feita em sua plenitude, por força da dignidade ínsita à pessoa humana, e em decorrência dos princípios jurídicos da igualdade, justiça social e bem-estar.

A Lei federal nº 7.853/89 e o Decreto nº 3.298/99 deram eficácia à norma constitucional, prevendo a reserva de, no mínimo, 5% em concursos para provimento de cargos cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência do candidato. Vejamos o artigo 2º da Lei nº 7.853/89:

Art. 2º. Ao Poder Público e aos 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.

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 objetivos desta 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 artigo 37 do Decreto nº 3.298/99 fixa a porcentagem e os critérios a serem observados para o cálculo das vagas reservadas:

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.

3. Da integral aplicação da legislação federal aos processos seletivos para contratação temporária

Existem apenas duas exceções possíveis à reserva de vagas, encontradas nos incisos do art. 38 do decreto:

Art. 38. Não se aplica o disposto no artigo anterior nos casos de provimento de:

I - cargo em comissão ou função de confiança, de livre nomeação e exoneração; e

II - cargo ou emprego público integrante de carreira que exija aptidão plena do candidato.

Verifica-se que não há nenhuma menção ao fato de o concurso ser realizado para provimento efetivo ou para a contratação temporária prevista na Lei nº 8.745/93, com as alterações das Leis nº 9.849/99 e nº 10.667/2003. Também essas leis, em momento algum, excluem a reserva de vagas para as pessoas portadoras de deficiência, não sendo possível inferir que a simplificação do processo seletivo chegue a cercear o direito de acesso ao trabalho e a cargos públicos por essa parcela tão excluída da população.

Aparentemente o artigo 37 do decreto, ao mencionar “concurso público”, afasta a reserva de vagas quando se tratar de processo seletivo para contratação temporária. Forçoso reconhecer, porém, que também nesse caso a reserva se impõe.

Acrescente-se que, em alguns municípios, a falta de técnica legislativa tem permitido a publicação de leis que prevêm a reserva de vagas em concursos públicos para o provimento de cargos efetivos, razão pela qual o direito das pessoas portadoras com deficiência é cerceado.

Primeiramente lembramos que o artigo 24, inciso XIV, da CF prevê que compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente acerca da proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência, limitando-se a competência da União a estabelecer normas gerais. A exemplo do que ocorre com a Lei nº 8.666/93 e com a Lei nº 8.745/93, também a Lei nº 7.853/89 e o Decreto nº 3.298/99 dispõem sobre normas gerais, cujo objetivo é dar efetividade ao dispositivo do artigo 37, VIII, da CF. Diante disso, temos que a norma municipal está vinculada aos parâmetros mínimos fixados pela norma federal. Nesse sentido se posiciona Hely Lopes Meireles (2000, p. 388-389), ao tratar do tema “servidores públicos”, em sua obra consagrada de Direito Administrativo:

A legislação federal, fora os casos expressamente previstos no texto constitucional, só atinge os servidores estaduais – do Distrito Federal e municipais – quando tem natureza jurídica de lei nacional. [...]

Essa legislação federal bem como outras que tenham a mesma natureza de leis nacionais são aplicáveis às entidades estatais – União, Estados, Distrito Federal e Municípios –, obrigatoriamente, sem que se possa falar em quebras das suas respectivas autonomias administrativas, porque tais leis nacionais são hierarquicamente superiores, por força da própria Carta Magna. Aliás, o mesmo ocorre, por exemplo, com a lei nacional sobre as normas gerais de licitação e contratos administrativos (Lei 8.666/93).

A autorização para a existência de leis municipais específicas em proteção da pessoa portadora de deficiência decorre do artigo 30, incisos I e II, da Constituição:

Art. 30. Compete aos Municípios:

I – legislar sobre assuntos de interesse local;

II – suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;

Assim, podem os Municípios legislar a respeito da pessoa portadora de deficiência sempre para ampliar a esfera de proteção e inclusão, jamais para restringi-la. Diante da norma municipal que prevê a reserva de vagas em 10%, verifica-se que esse aspecto deve prevalecer sobre a norma da União.

Há ainda uma questão de natureza preponderantemente hermenêutica e interpretativa no que diz respeito à expressão “concurso público” utilizada no Decreto nº 3.298/99, qual seja, a interpretação dos termos legais deve coadunar-se com o objetivo constitucional da reserva de vagas, dando-lhe máxima efetividade e não lhe restringindo injustificadamente o alcance.

Com efeito, a Constituição Federal fala em reserva de percentual dos cargos e empregos públicos, sendo indiferente o fato de o provimento ocorrer na forma efetiva ou temporária. Ainda que temporariamente, uma pessoa aprovada em processo seletivo na maioria das vezes ocupará um cargo de provimento efetivo ou um emprego público, seja em virtude de vacância imprevista, seja por ausência do titular motivada por férias, licença saúde, maternidade ou outras razões.

Não há, portanto, nenhum argumento razoável a justificar a diferenciação entre a necessidade de reserva em concursos ou em processos seletivos simplificados. A observância da reserva de vagas e de procedimento especial para a aplicação das provas ao portador de deficiências inegavelmente importa em maior detalhamento do processo seletivo, mas, de forma alguma, inviabiliza a celeridade necessária ao atendimento do interesse público.

Pesquisa rápida, feita até mesmo pela internet – por meio da qual são atualmente divulgados todos os editais de concursos e processos seletivos federais – pode comprovar a assertiva, pois evidencia que a União, autarquias e empresas públicas federais têm observado a reserva percentual de vagas para pessoas portadoras de deficiência também em seus processos seletivos simplificados. Infelizmente o mesmo não ocorre em muitos municípios.

A expressão “concurso” adotada pelas leis deve ser interpretada em sua acepção ampla, incluindo qualquer seleção, simplificada ou não, para preenchimento de cargos, empregos ou funções públicas, exceto cargos em comissão ou função de confiança, de livre nomeação e exoneração, e aqueles que exijam aptidão plena do candidato.

Somente esse entendimento convive com os postulados de hermenêutica constitucional, haja vista que não se interpreta a Magna Carta a partir da lei. “O

postulado da supremacia da Constituição repele todo o tipo de interpretação que venha de baixo, é dizer, repele toda a tentativa de interpretar a Constituição a partir da lei.” (BASTOS, 1999, p. 102).

4. Conclusão

Diante de todo o exposto, não se pode admitir que direitos fundamentais de pessoas portadoras de deficiência continuem sendo desrespeitados com fundamento em uma interpretação restritiva e inapropriada da legislação federal bem como em leis municipais flagrantemente inconstitucionais.

Sendo legitimado para a defesa dos interesses difusos e coletivos da pessoa portadora de deficiência pelo artigo 3º da Lei nº 7.853/89, o Ministério Público deve agir caso os editais de processos seletivos para contratação temporária não respeitem a reserva de vagas prevista em lei federal ou nas leis municipais, buscando assim a proteção do interesse coletivo do grupo de pessoas portadoras de deficiência, e também do interesse difuso de toda a sociedade na redução das desigualdades sociais e preconceitos, na promoção da cidadania, da liberdade e da justiça.

5. Referências bibliográficas

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. São Paulo: Saraiva, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2000.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *Revista de Informação Legislativa*, n. 131.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

TEIXEIRA, Meirelles; GARCIA, Maria (revisão e atualização). *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.