

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC/SP

Maurício Maia

Pessoas com Deficiência e Concurso Público

MESTRADO EM DIREITO

São Paulo
2014

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC/SP

Maurício Maia

Pessoas com Deficiência e Concurso Público

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito – Efetividade do Direito, área de concentração Direito Constitucional, sob a orientação do Professor Livre Docente Luiz Alberto David Araujo.

São Paulo
2014

Banca examinadora:

Dedicatória

Para minha família e amigos, pelo incondicional apoio;

Para Marília e Vinicius, minhas alegrias.

AGRADECIMENTOS

Este trabalho não teria sido possível sem a valiosíssima ajuda daqueles que estiveram ao meu lado durante minha trajetória acadêmica e, assim, agradeço imensamente a todos aqueles que, de alguma forma, participaram de sua elaboração.

Agradeço à minha mãe, Carmen, pelo incondicional apoio, pela ajuda, paciência, amor e dedicação, ao longo de todo meu caminho. A meu pai, Ronald (*in memoriam*), pelo exemplo que sempre procurei seguir. Agradeço aos meus queridos irmãos, Ronald e Fernando, por sempre estarem a meu lado, me incentivando e servindo de exemplo em todos os momentos da vida. Agradeço, também, à minha cunhada, Jacy, pelo incentivo e apoio. Sem eles nada seria possível. Agradeço a Deus pela oportunidade de integrar essa família.

Agradeço ao meu orientador, Prof. Luiz Alberto David Araujo, pela dedicação, pelas oportunidades, pelo incentivo e pelos ensinamentos ao longo de toda a minha vida acadêmica, desde os bancos da graduação, em nome de quem agradeço a todos os professores e funcionários da PUC/SP, especialmente ao Prof. Vidal Serrano Nunes Junior, com quem também tive o privilégio de contar em toda minha trajetória nessa Universidade.

Não poderia, de forma alguma, deixar de expressar minha especial gratidão a dois amigos muito queridos. Minha amiga Flavia Giorgini Fusco Cammarosano, que sempre me incentivou a ingressar e prosseguir nesta empreitada, e meu amigo, irmão, Thomas Augusto Ferreira de Almeida, incansável parceiro de muitas jornadas, a quem quaisquer palavras que eu dirigir serão insuficientes para expressar sua importância na conclusão desta etapa.

Muito obrigado a todos.

RESUMO

MAIA, Maurício. Pessoas com Deficiência e Concurso Público. 2014. 361 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

A Constituição Federal, cujos principais vetores de interpretação são a dignidade humana e a igualdade, reconhece nas pessoas com deficiência um grupo vulnerável, carecedor de especial proteção do ordenamento jurídico, de forma a lhes possibilitar a inclusão na sociedade de forma plena e efetiva, em igualdade de oportunidades para com as demais pessoas. Atualmente, em função da incorporação no Direito brasileiro da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU com equivalência de emenda constitucional, entende-se que a deficiência tem um caráter social, e não mais apenas médico, o que aponta para a necessidade de que o Estado atue com o objetivo de eliminar ou minimizar as barreiras existentes no ambiente e na sociedade, proporcionando a inclusão. Nesse sentido, está estabelecida no artigo 37, VIII, da Constituição, ação afirmativa que determina a reserva de percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas com deficiência, nos termos da lei. A legislação infraconstitucional, por sua vez, estabeleceu a reserva de até 20% (vinte por cento) das vagas em disputa nos concursos públicos, bem como, no tocante às empresas estatais, cujo pessoal é regido pelo regime trabalhista, está estabelecido que estas deverão reservar percentuais de seus empregos às pessoas com deficiência. Para a efetivação da ação afirmativa e sua compatibilização com todo o sistema constitucional brasileiro, no entanto, não basta a simples reserva de vagas nos concursos públicos, mas torna-se necessário que sejam estabelecidos diversos parâmetros e procedimentos na realização dos concursos públicos, desde a elaboração do edital, passando pela adaptação das provas e locais de provas, por mecanismos de classificação e nomeação dos candidatos aprovados, bem como pela adaptação e acompanhamento adequado do estágio probatório (ou período de experiência). O direito à reserva de vagas no serviço público pode ser exigido administrativa e judicialmente, bem como a cobrança do dever da Administração de promover a inclusão, podendo resultar, inclusive, na responsabilidade civil do Estado e na responsabilização dos agentes públicos que agirem de forma inadequada.

Palavras-Chave: pessoas com deficiência; ações afirmativas; concurso público; vagas reservadas.

ABSTRACT

MAIA, Maurício. *People with Disabilities and Public Contest*. 2014. 361 p. Dissertation (Master Degree in Law) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

The Federal Constitution, which the main vectors of interpretation are human dignity and equality, recognizes people with disabilities as a vulnerable group, that needs special protection of the law, in order to allow them the full and effective inclusion in society at equal opportunities in comparison to other people. Currently, due to the incorporation of the UN's Convention on the Rights of Persons with Disabilities, with equivalence of constitutional amendment, the term disability has a social character, and not only a medical character, indicating an obligation for the State to take measures with the aim of eliminating or reducing barriers in the environment and in the society, providing inclusion. That way, it is established in Article 37, VIII, of the Constitution, an affirmative action that requires the reservation of a percentage of public offices and public jobs for people with disabilities, under the law. The Law, in turn, established a reservation of up to 20% (twenty percent) of vacancies in dispute in public contests, as well as, regarding to State companies, whose staff is regulated by the labour regime, is established that those companies must reserve percentage of their jobs for persons with disabilities. For implementation of affirmative action and its compatibility with all Brazilian constitutional system, however, is not enough the simple reservation of vacancies in public contests, but it is necessary to establish several parameters and procedures in the realization of public contests, from the preparation of bidding documents, through the adaptation of tests and places of examinations, and mechanisms of classification and appointment of successful candidates, as well as must be established procedures of adaptation and appropriate monitoring of probation (or trial) period. The right to have places reserved in public service may be required administratively and judicially, even as the levying of the obligation of Administration to promote the inclusion, and may result in the liability of the State and of the public officials who acted inappropriately.

Keywords: people with disabilities; affirmative actions; public contest; quotas.

SUMÁRIO

Introdução - 16

Capítulo I: Dos direitos fundamentais - 21

1. Conceito e características dos direitos fundamentais - 21

1.1 Definição de direitos fundamentais - 22

1.2 Características dos direitos fundamentais - 27

1.2.1 Historicidade - 27

1.2.2 Universalidade - 28

1.2.3 Autogeneratividade - 29

1.2.4 Limitabilidade - 30

1.2.5 Irrenunciabilidade - 32

1.2.6 Imprescritibilidade - 32

1.2.7 Inalienabilidade - 33

1.2.8 Possibilidade de concorrência - 33

2. Histórico dos direitos fundamentais - 34

2.1 Surgimento e evolução do pensamento acerca dos direitos fundamentais - 34

2.2 Principais antecedentes formais - 39

2.3 A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948 - 43

2.4 As declarações de direitos nas Constituições contemporâneas - 45

3. As gerações de direitos fundamentais - 46

3.1 A primeira geração de direitos fundamentais - 48

3.2 A segunda geração de direitos fundamentais - 50

3.3 A terceira geração de direitos fundamentais - 52

4. Os direitos fundamentais nas Constituições brasileiras - 53

4.1 A Constituição Política do Império do Brasil de 1824 - 53

4.2 As Constituições republicanas pré-1988 - 55

4.3 A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - 59

4.3.1 A aplicabilidade das normas consagradoras de direitos fundamentais e a possibilidade de integração de seu catálogo - 61

4.3.1.1 A aplicabilidade imediata das normas consagradoras de direitos fundamentais - 62

4.3.1.2 Direitos fundamentais que não constam do Título II da Constituição Federal - 63

5. História e evolução dos direitos das pessoas com deficiência - 68

5.1 Os direitos das pessoas com deficiência ao longo da história - 69

5.2 As pessoas com deficiência nas constituições brasileiras anteriores a 1988 - 74

5.3 As pessoas com deficiência na Constituição de 1988 - 77

5.3.1 Distinção entre grupo vulnerável e minoria - 77

5.3.2 Terminologia utilizada pela Constituição - 79

5.3.3 Dispositivos constitucionais acerca das pessoas com deficiência - 80

5.3.3.1 Art. 7º, XXXI – vedação da discriminação no mercado de trabalho - 82

5.3.3.2 A reserva de vagas no serviço público - 83

5.3.3.3 Critérios diferenciados de aposentadoria – 84

5.3.3.4 Direito à habilitação e reabilitação e integração à vida comunitária - 85

5.3.3.5 Atribuição de um salário mínimo mensal - 86

5.3.3.6 Educação - 87

5.3.3.7 Criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as crianças e adolescentes com deficiência - 89

5.3.3.8 Acessibilidade - 90

Capítulo II: O Princípio Constitucional da Igualdade – Vedações de Discriminações Injustificadas e Ações Afirmativas - 92

1. O Princípio constitucional da igualdade - 94

1.1 Igualdade perante a lei - 97

1.2 Igualdade na lei - 98

1.2.1 Pressuposto: a igualdade em dignidade de todos os seres humanos - 101

1.2.2 Elemento diferencial - 103

1.2.3 Vínculo de correlação lógica - 106

1.2.4 Definição de igualdade material - 107

2. Ações afirmativas como forma de promoção da igualdade - 108

2.1 A insuficiência da neutralidade estatal para a promoção da igualdade - 111

2.1.1 Os efeitos atuais da discriminação do passado - 114

2.1.2 As minorias e os grupos vulneráveis como objetos de discriminação positiva - 116

2.2 A postura ativa do Estado: as ações afirmativas como forma de promoção da igualdade - 117

2.2.1 Definição de ação afirmativa - 118

2.2.2 Histórico das ações afirmativas - 120

2.2.3 Modalidades de ações afirmativas - 122

2.2.3.1 Inserção de cláusulas nos contratos administrativos - 122

2.2.3.2	Previsão constitucional ou legal de obrigações -	121
2.2.3.3	Concessão legal ou constitucional de incentivos -	122
2.2.3.4	Ações afirmativas decorrentes da atuação do Poder Judiciário -	125
2.2.3.5	Ações afirmativas promovidas por particulares -	126
2.3	Fundamentação filosófica das ações afirmativas -	127
2.3.1	As ações afirmativas como equiparação de oportunidades – visão compensatória -	128
2.3.2	As ações afirmativas e a distribuição dos ônus e benefícios da sociedade – visão distributiva -	130
2.3.3	Visão utilitarista das ações afirmativas -	132
2.3.4	O argumento liberal contrário às ações afirmativas e sua refutação -	134
2.4	As ações afirmativas no sistema constitucional brasileiro -	135
2.4.1	Os objetivos fundamentais da República – Constituição Federal, art. 3º -	135
2.4.2	Ações afirmativas expressamente previstas pela Constituição Federal brasileira -	138
3.	Ações afirmativas e pessoas com deficiência -	143
3.1	As pessoas com deficiência como grupo vulnerável -	143
3.2	As medidas de ação afirmativa expressamente previstas na Constituição Federal brasileira para as pessoas com deficiência –	146
Capítulo III: Concurso Público - 147		
1.	Questões terminológicas -	149
2.	Concurso público e princípios constitucionais -	151
2.1	Princípio republicano -	151

- 2.2 Princípio da igualdade - 152
 - 2.3 Princípio da impessoalidade - 157
 - 2.4 Princípio da legalidade - 158
 - 2.5 Indisponibilidade do interesse público pela Administração - 160
 - 2.6 Princípio da eficiência - 162
 - 2.7 Princípio da moralidade - 163
 - 2.8 Princípio da publicidade - 165
3. O concurso público nas constituições brasileiras pré-1988 - 166
- 3.1 A Constituição Imperial de 1824 - 166
 - 3.2 A Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1891 - 167
 - 3.3 A Constituição de 1934 - 167
 - 3.4 A Constituição de 1937 - 169
 - 3.5 A Constituição de 1946 - 170
 - 3.6 A Constituição de 1967 - 171
 - 3.7 A Emenda Constitucional nº 1 de 1969 - 173
4. O Concurso Público na Constituição Federal de 1988 - 174
- 4.1 Delineação constitucional do instituto do concurso público - 175
 - 4.2 Ampla acessibilidade aos cargos, empregos e funções públicas - 182
 - 4.2.1 Cargos, empregos e funções públicas - 183
 - 4.2.2 A igualdade de oportunidades de acesso ao serviço público - 185
 - 4.3 As exceções à regra constitucional do concurso público - 187
 - 4.3.1 Os cargos em comissão - 187
 - 4.3.2 As funções de confiança - 189

- 4.3.3 A contratação de pessoal temporário - 190
- 4.3.4 A contratação de agentes comunitários de saúde e de agentes de combate de endemias - 193
- 3.3.5 Hipóteses de cargos específicos - 194
- 3.3.6 Os ex-combatentes da Segunda Guerra Mundial - 197
- 4.4 O Edital de concurso público e seu conteúdo - 197
 - 4.4.1 Vinculação ao edital - 200
- 4.5 Direito à nomeação - 201
 - 4.5.1 Cadastro de reserva - 206
- 5. Concurso público nas pessoas estatais de direito privado - 208
 - 5.2 Pessoas estatais exploradoras de atividade econômica - 209

Capítulo IV: Pessoas com deficiência - 212

- 1. A definição de pessoas com deficiência na legislação brasileira - 216
 - 1.1 A definição de pessoas com deficiência na legislação brasileira anteriormente à Convenção da ONU - 216
 - 1.1.1 Normas que apresentam definição de pessoas com deficiência apenas para uma determinada finalidade - 216
 - 1.1.2 Normas gerais sobre pessoas com deficiência - 217
 - 1.1.3 Caráter constitucional da nova definição de pessoas com deficiência - 221
 - 1.2 A nova definição constitucional de pessoas com deficiência - 223
 - 1.2.1 Elementos integrantes da definição - 228
 - 1.2.1.1 Impedimentos - 228
 - 1.2.1.1.1 Longo prazo - 233
 - 1.2.1.2 Barreiras - 235

1.2.1.3 Igualdade de oportunidades - 237

1.2.2 A incompletude do conceito - 239

1.3 Consequências da nova definição constitucional de pessoas com deficiência para a legislação infraconstitucional - 242

1.4 Graus de deficiência - 245

2. O dever de incluir - 249

3. Vedação do retrocesso - 255

4. O Estatuto das Pessoas com Deficiência – Projeto de Lei nº 7.699/2006 - 260

5. O Poder Judiciário e a tutela dos direitos das pessoas com deficiência – a mudança de conceito e as decisões dos tribunais - 268

Capítulo V: A reserva de vagas para as pessoas com deficiência no serviço público - 277

1. Normas relativas à reserva de vagas para as pessoas com deficiência no serviço público - 278

2. O edital de concurso público - 283

2.1 O número de vagas reservadas - 283

2.1.1 Empresas públicas e sociedades de economia mista - 286

2.1.2 Concursos com apenas uma e até quatro vagas - 289

2.2 Requisitos para exercício do cargo ou emprego público - 293

2.3 Forma de aferição da deficiência - 298

2.4 A equipe multiprofissional - 299

2.5 O direito de não se inscrever para a disputa das vagas reservadas - 302

3. Provas - 304

3.1 Adaptação dos locais de provas - 304

3.2 Adaptação das provas - 305

- 3.3 Nota mínima - 307
- 3.4 Prova de aptidão física (ou de esforço físico) - 308
- 4. Ordem de classificação e nomeação - 310
 - 4.1 A separação das listas - 313
 - 4.2 O candidato inscrito para disputa de vagas reservadas aprovado nas vagas não reservadas - 314
 - 4.2.1 A inexistência do direito de figurar em lista de vagas reservadas quando aprovado na lista regular - 315
 - 4.3 A formação das listas - 316
 - 4.4 A ordem de nomeação - 318
 - 4.4.1 Convocação proporcional - 319
 - 4.4.2 Convocação ao final dentro do número de vagas abertas pelo edital de concurso e proporcional para eventuais vagas surgidas após o edital - 320
- 5. Avaliação médica - 325
- 6. Curso de formação - 327
- 7. Estágio probatório (ou período de experiência) - 328
- 8. O descumprimento da ação afirmativa pela Administração - 334
 - 8.1 Defesa extrajudicial do direito das pessoas com deficiência às vagas reservadas no serviço público - 335
 - 8.2 Defesa judicial do direito das pessoas com deficiência às vagas reservadas no serviço público - 337
 - 8.3 Responsabilidade do Estado pelo descumprimento da ação afirmativa - 340
 - 8.3.1 Responsabilidade do agente público 342

Conclusão – 345

Referências Bibliográficas - 356

Introdução

O presente trabalho tratará da ação afirmativa prevista no artigo 37, VIII, da Constituição Federal, que estabelece a obrigatoriedade de que sejam reservadas vagas para pessoas com deficiência nos concursos públicos. Como qualquer medida de ação afirmativa, trata-se do estabelecimento de um tratamento jurídico diferenciado, para que seja possível incluir adequadamente na sociedade um grupo de pessoas que, sem tal tratamento jurídico especial, dificilmente (ou nunca) conseguiria ter as mesmas oportunidades que têm as outras pessoas. Trata-se, assim, de medida de efetivação da igualdade, em seu sentido material.

A Constituição Federal brasileira de 1988 fixou a igualdade como um de seus principais vetores de interpretação, constituindo a República brasileira em Estado Social e Democrático de Direito, fundado, dentre outros valores, na dignidade da pessoa humana, e fixando como um de seus objetivos a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, além da promoção do bem de todos, sem a admissão de quaisquer formas de preconceitos ou discriminações. A inclusão é, assim, um dever que exsurge diretamente do texto constitucional, devendo ser considerada na atuação do Estado em todas as suas esferas e poderes.

Para a efetivação da igualdade e da inclusão, no entanto, faz-se indispensável o reconhecimento da existência, com a conseqüente identificação, de pessoas ou grupo de pessoas que, por suas peculiares condições (sejam estas históricas, étnicas, sociais, físicas etc.), necessitam de um tratamento jurídico diferenciado, de forma a lhes propiciar as mesmas oportunidades que têm os demais integrantes da sociedade. A todos deve ser deferido desfrutar das benesses da vida em sociedade, bem como entre todos devem ser repartidos os seus ônus o que, evidentemente, deverá ser procedido de acordo com as necessidades e possibilidades de cada um. O reconhecimento da diferença é condição essencial para a implementação da igualdade; não é possível tratar de igualdade se não houver a percepção da existência do outro.

Um desses grupos que devem ser reconhecidos e identificados, pois face suas peculiares condições necessitam de um especial tratamento jurídico para que seus integrantes possam adequadamente incluir-se na sociedade em igualdade de oportunidades para com as demais pessoas, é o grupo das pessoas com deficiência.

Dentro desse especial tratamento jurídico está a possibilidade de implementação de ações afirmativas, como é o caso do tema central deste trabalho, que é a reserva de vagas para as pessoas com deficiência nos concursos públicos, como previsto no artigo 37, VIII, da Constituição Federal.

Segundo dados do último censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, realizado no ano de 2010, há 45.606.048 pessoas no Brasil que alegam ter alguma deficiência¹. Isso representa aproximadamente 24% da população nacional, o que quer dizer que quase um quarto dos habitantes do Brasil se considera pessoa com deficiência. A expressividade dos números apresentados já nos dá a dimensão da relevância que as questões afetas às pessoas com deficiência têm na sociedade, nos levando a questionar como o direito nacional trata desse grupo de pessoas. Afinal, tratar dos direitos das pessoas com deficiência pode significar tratar dos direitos de um quarto da população brasileira².

Dez anos antes, no censo realizado pelo IBGE no ano 2000, eram 24.600.256 pessoas que se declaravam como tendo alguma deficiência, o que representava, à época, aproximadamente 14,5% da população nacional³.

Notamos, assim, que no intervalo relativamente curto de dez anos, quase dobrou o número de pessoas que declaram ter deficiências, o que nos leva a crer que os números não

¹ Dados do Censo 2010 do IBGE disponíveis em <ftp://ftp.ibge.gov.br/Censos/Censo_Demografico_2010/Caracteristicas_Gerais_Religiao_Deficiencia/tab1_3.pdf>. Acesso em 09 de novembro de 2013.

² Devemos considerar, outrossim, que, como será exposto no presente trabalho, o direito brasileiro conta com uma definição social de pessoa com deficiência, que não se satisfaz com a presença de alguma alteração física, mental ou sensorial na pessoa (impedimento), mas que leva em consideração as barreiras existentes na sociedade que virão a interferir com os impedimentos, ocasionando uma desigualdade de oportunidade dessas pessoas em relação às outras. Dessa forma, o fato de alguém alegar que tem (ou de fato ter) alguma alteração física, mental ou sensorial não qualifica essa pessoa necessariamente como pessoa com deficiência à vista do direito brasileiro, já que há a necessidade do preenchimento desses outros requisitos apontados, como veremos com maior detalhamento no decorrer deste trabalho.

O IBGE, entretanto, pela metodologia utilizada no censo, trata como pessoa com deficiência aquelas que simplesmente aleguem ter alguma alteração nas estruturas ou funcionalidade de seu corpo, incluindo as estruturas mentais e sensoriais. Assim, não podemos falar, num primeiro momento, que aproximadamente 24% da população brasileira são pessoas com deficiência sob o aspecto legal, mas podemos entender que há o potencial de que até aproximadamente 24% da população brasileira venham a ser considerados pessoas com deficiência, já que a presença da alteração no corpo humano (incluídas as funções e estruturas mentais e sensoriais) é um dos requisitos para que alguém seja considerado como pessoa com deficiência, chamado impedimento. No entanto, a pessoa somente será considerada como pessoa com deficiência se houver a presença de outros requisitos, ou seja, se da interação do impedimento com as barreiras existentes na sociedade resultar a exclusão, ou a impossibilidade de inclusão na sociedade em igualdade de oportunidades para com as demais pessoas.

³ Dados do Censo 2000 do IBGE, disponíveis em <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2000/populacao/deficiencia_Censo2000.pdf>. Acesso em 09 de novembro de 2013.

estão apenas a refletir um aumento efetivo no contingente de pessoas com deficiência (ou mesmo apenas uma mudança de metodologia, que de fato houve, na realização do censo), mas que as pessoas estão procurando vencer os preconceitos de se declararem como tal, possivelmente em razão da maior relevância com que vem sendo tratada a questão pela sociedade presentemente, não mais considerando esse grupo apenas como carecedor de ações assistencialistas por parte do Estado, mas tratando o tema sob a ótica da efetivação dos comandos constitucionais e da garantia plena dos direitos fundamentais.

O Brasil, reconhecendo a relevância da questão dos direitos dessa relevante parcela da população, tornou-se parte da Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, internalizando-a, em 2008, com equivalência de emenda constitucional, na forma do artigo 5º, §3º, da Constituição Federal.

Essa Convenção, agora considerada como parte da Constituição brasileira, vem agregar aos direitos já garantidos originalmente pelo texto constitucional outros preceitos, incrementando o sistema jurídico de proteção das pessoas com deficiência. Houve a introdução de uma nova definição, de novos princípios e, especialmente, de novos direitos garantidos a essas pessoas, que, pela equivalência constitucional da Convenção, passam a condicionar a produção, a aplicação e a interpretação de todo o direito brasileiro. Dessa forma, a partir de 2008, houve uma grande alteração no sistema jurídico de proteção dos direitos das pessoas com deficiência, o que deve guiar as atividades não apenas do Estado, mas de toda a sociedade, especialmente dos operadores do ordenamento jurídico brasileiro.

A Constituição brasileira já trazia uma especial proteção às pessoas com deficiência, reconhecendo essas pessoas como parte de um grupo que necessitava de uma especial atenção do ordenamento jurídico para que fosse possível sua efetiva inclusão na sociedade, atendendo aos princípios republicanos da construção de uma sociedade livre, justa e solidária e da promoção do bem de todos, sem quaisquer preconceitos ou discriminações. Com fundamento nessas diretrizes constantes do texto constitucional desde 1988, foi produzida legislação infraconstitucional para operacionalizar os comandos constitucionais, estabelecendo um sistema protetivo das pessoas com deficiência.

A incorporação com equivalência constitucional da Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, entretanto, obriga que o sistema jurídico estabelecido para a proteção das pessoas com deficiência seja reinterpretado, e, quando necessário, reformulado, adaptado às novas diretrizes.

Cuidar dos direitos das pessoas com deficiência, assim, é cuidar da efetivação da igualdade, é cuidar do cumprimento do dever constitucional de inclusão. Para que possamos compreender adequadamente o instituto que iremos estudar (a reserva de vagas para as pessoas com deficiência nos concursos públicos), faz-se necessário que abordemos diversos pontos do ordenamento jurídico constitucional brasileiro, de forma a percorrer um caminho que nos conduza com segurança às conclusões precisas sobre o tema proposto.

Trata-se de questão afeta à proteção e efetivação dos direitos fundamentais, já que, em síntese, tais direitos têm como pressuposto a proteção da dignidade humana, em todas as suas esferas. Por tal motivo, o primeiro capítulo deste trabalho irá apresentar a história e evolução dos direitos fundamentais, bem como seu tratamento nas Constituições brasileiras ao longo da história, culminando com sua disciplina na Constituição de 1988. Paralelamente, ainda no primeiro capítulo, estudaremos como as pessoas com deficiência foram vistas e tratadas juridicamente ao longo da história, inclusive nas Constituições brasileiras.

Como a reserva de vagas para as pessoas com deficiência em concursos públicos é uma medida de efetivação da igualdade material, constituindo-se em uma ação afirmativa, o segundo capítulo desta dissertação tratará da igualdade, de sua importância como vetor interpretativo da Constituição brasileira, com especial destaque para o estudo das ações afirmativas.

A seguir, apresentaremos a conformação constitucional do instituto do concurso público, sua relação com os diversos princípios contidos na Constituição Federal, especialmente com o princípio da igualdade. Trata-se de capítulo que nos trará conceitos essenciais para que possamos entender como a ação afirmativa dirigida às pessoas com deficiência poderá ser operacionalizada em consonância com o regramento constitucional dos concursos públicos.

Na sequência, nos cumprirá identificar adequadamente o grupo das pessoas com deficiência, ou seja, identificar aqueles que poderão se beneficiar da ação afirmativa estabelecida pela Constituição. A definição de pessoas com deficiência no direito brasileiro passou por significativa alteração após a adesão do Brasil à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, com sua internalização, no ano de 2008, com equivalência de emenda constitucional, na forma do artigo 5º, §3º, da Constituição Federal. Face a especial hierarquia com que tal Convenção foi incorporada ao direito brasileiro, todo o ordenamento jurídico, no que seja pertinente à proteção dos direitos das pessoas com deficiência, deverá ser

interpretado de acordo com seus preceitos, sob pena de inconstitucionalidade. O capítulo mostrará, ainda, como os tribunais brasileiros estão lidando com o tema, como está sendo aplicado o novo conceito de pessoas com deficiência pelo Poder Judiciário, nos casos em que a atuação dos outros Poderes foi questionada judicialmente.

Já identificados o regime constitucional dos direitos fundamentais, a conformação que o princípio da igualdade apresenta no direito brasileiro, como a Constituição delinea os concursos públicos e qual o grupo vulnerável que se pretende proteger, passaremos a analisar especificamente a ação afirmativa trazida pelo artigo 37, VIII, da Constituição Federal, que determina a reserva de vagas para as pessoas com deficiência nos concursos públicos. Nesse capítulo abordaremos como a legislação infraconstitucional operacionalizou a determinação constitucional, bem como a interpretação mais adequada que hoje devemos dar a tal legislação, face a nova disciplina dos direitos das pessoas com deficiência trazida pela Convenção da ONU. Anotaremos, ainda, o tratamento jurisprudencial conferido à matéria.

Cumprе ressaltar, ainda nessas notas introdutórias, que ao longo do trabalho será apresentado o tratamento jurídico conferido às pessoas com deficiência pelo Estatuto das Pessoas com Deficiência, que consta de projeto de lei em discussão no Congresso Nacional (Projeto de Lei nº 7.699/2006), aguardando aprovação.

As opções terminológicas adotadas serão indicadas nos capítulos próprios, com as respectivas justificativas. Nesta introdução cabe apontar que utilizaremos ao longo de todo o trabalho para nos referirmos ao grupo vulnerável de que trataremos a expressão “pessoas com deficiência”, que é aquela trazida pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, incorporada no ordenamento jurídico brasileiro com equivalência de emenda constitucional e, assim, de observância necessária por todos os operadores e intérpretes do sistema jurídico nacional. Somente serão utilizadas outras expressões para referência a tal grupo (como “portadores de deficiência”, “deficientes” etc.) quando em referências históricas ou na citação de dispositivos legais e constitucionais que ainda não tenham sido adaptados aos novos ditames da matéria.

A legislação histórica, sempre que referida, será apresentada, nos respectivos trechos, em nota de rodapé, como forma de possibilitar o conhecimento e a comparação dos conceitos históricos com os dispositivos atuais.

Capítulo I – Dos Direitos Fundamentais

O sistema constitucional brasileiro apresenta ampla proteção aos chamados direitos fundamentais, consagrando, como vetor de aplicação e interpretação, a igualdade.

A consagração dos direitos fundamentais é forma de promoção da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, sendo que a constituição de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como a redução das desigualdades sociais são objetivos fundamentais do Estado brasileiro.

Não há, no entanto, como promover a igualdade sem estabelecer distinções entre aqueles que se encontrem em situações diferentes, tendo o constituinte eleito previamente alguns grupos como merecedores de especial proteção e, por tal razão, tendo lhes atribuído uma série de direitos específicos.

Um desses grupos é o grupo das pessoas com deficiência, que recebeu da Constituição um especial tratamento.

Neste capítulo estudaremos um panorama geral dos direitos fundamentais, com sua história e evolução no curso do tempo e do Direito. O Direito Constitucional brasileiro sempre se preocupou com o reconhecimento dos direitos fundamentais, o que será demonstrado pela análise das diversas Constituições brasileiras que se sucederam.

Os direitos das pessoas com deficiência na história e no ordenamento jurídico brasileiro também serão objeto do presente capítulo, que tem por objetivo situar o objeto do trabalho no momento histórico e jurídico atual.

1. Conceito e características dos direitos fundamentais

Passamos, inicialmente, a apontar o que se entende por direitos fundamentais, bem como suas principais características.

1.1 Definição de direitos fundamentais

Os direitos fundamentais constituem-se em um conjunto sistêmico e aberto de normas de um determinado ordenamento jurídico destinadas a garantir a todos os indivíduos de qualquer forma vinculados a tal ordenamento a preservação integral de sua existência digna, consubstanciando-se em direitos oponíveis ao próprio Estado e à sociedade⁴.

Colocamos os direitos fundamentais como conjunto sistêmico de normas em razão de que as normas que os delineiam necessariamente devem interagir umas com as outras, ou seja, o conteúdo de uma norma de direito fundamental é influenciado pelo conteúdo de outras normas de mesma natureza. Essa a visão de Vidal Serrano Nunes Júnior, quando afirma o seguinte:

Aponta-se que os direitos fundamentais constituem um sistema, na medida em que suas normas estão em constante interação, reconduzindo sempre ao mesmo objeto: a proteção do ser humano. Assim, um direito fundamental implica outro e um influencia o conteúdo do outro, de tal modo que, fora de uma análise sistemática, não poderiam ser enfocados como uma espécie de somatória de disposições analiticamente isoladas.⁵

Diz-se que tal sistema é aberto em razão da constante interação de seu conteúdo com a realidade histórica e social em que se insere o sistema jurídico, ou seja, a interpretação das normas garantidoras dos direitos fundamentais será procedida de acordo com tal realidade, nunca dela descontextualizada. A realidade regulada interfere na interpretação de todas as normas constitucionais, e isso inclui as normas relativas aos direitos fundamentais. Não é necessário que se altere o texto constitucional para que se altere a Constituição, bastando que seja alterada a realidade dos fatos por esta regulados, o que tornará diferente a interpretação, em fenômeno denominado pela doutrina de mutação constitucional.

⁴ Vidal Serrano Nunes Júnior conceitua direitos fundamentais como “o sistema aberto de princípios e regras que, ora conferindo direitos subjetivos a seus destinatários, ora conformando a forma de ser e de atuar do Estado que os reconhece, tem por objetivo a proteção do ser humano em suas diversas dimensões, a saber: em sua liberdade (direitos e garantias individuais), em suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e em relação à sua preservação (solidariedade).” (**A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivção e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais**. São Paulo: Ed. Verbatim, 2009, p. 15) Segundo José Afonso da Silva, a expressão direitos fundamentais do homem designa, “no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas”. Aponta o autor, ainda, que tal expressão significa também “limitação imposta pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado que dela dependem”. (**Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 178 – grifos no original)

⁵ **A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivção e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais**. São Paulo: Ed. Verbatim, 2009, p. 15.

Os direitos garantidos pelas normas de direitos fundamentais, oponíveis e exigíveis perante o Estado, fazem parte da conformação deste, tendo em vista que são tidos tanto como limites à atuação estatal quanto como diretrizes da referida atuação. Como ressaltam Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior, “[...] *os Direitos Fundamentais passam a assumir também uma dimensão institucional, na medida em que pontuam a forma de ser e atuar do Estado que os reconhece*”⁶.

Não por outro motivo que seu lugar no ordenamento jurídico seja naturalmente a Constituição, conjunto de normas supremas que, fundamentalmente, estruturam o Estado, sua forma de agir e suas relações com os cidadãos. Lembra J.J. Gomes Canotilho que a constitucionalização dos direitos fundamentais atribui a esses direitos proteção mais efetiva, pois subtrai do legislador ordinário o seu reconhecimento e disponibilidade, e os torna paradigma do controle de constitucionalidade das normas infraconstitucionais⁷.

Nesse ponto justificamos nossa opção pela expressão “direitos fundamentais” ao invés da expressão “direitos humanos” (ou “direitos do homem”), que é utilizada pela maioria da doutrina associada aos direitos inerentes a qualquer indivíduo simplesmente por sua natureza humana; qualquer sujeito, em qualquer lugar e em qualquer tempo seria titular, em razão de sua dignidade humana, de certos direitos essenciais para a sua preservação, independentemente do reconhecimento de tais direitos por algum ordenamento jurídico concreto. Como se nota do conceito acima apresentado de direitos fundamentais, os direitos que serão objeto de estudo neste trabalho são aqueles reconhecidos em determinado ordenamento jurídico constitucional, não sendo adequada, portanto, a utilização da expressão “direitos humanos”, que se refere a direitos desvinculados de um ordenamento jurídico específico.

Ademais, a doutrina nacional, quase em sua totalidade, vem se utilizando da expressão “direitos fundamentais” exatamente para se referir aos direitos garantidores da dignidade humana positivados em nível interno, reservando a expressão “direitos humanos” para os direitos garantidos em tratados internacionais ou que ainda não tenham sido positivados de nenhuma forma.

⁶Curso de Direito Constitucional. 18ª edição. São Paulo: Ed. Verbatim, 2014, p. 153.

⁷Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª edição. Coimbra: Edições Almedina, p. 378.

Vidal Serrano Nunes Júnior, aliás, adotando tal distinção, aponta funções diversas para os direitos fundamentais e para os direitos humanos, ressaltando que os primeiros “[...]cumpre[m] função normativa em cada Estado, prescrevendo direitos sindicáveis, inclusive por via judicial”, ao passo que os segundos “[...]remetem a um esforço de criação de um sistema transnacional, supraconstitucional, que tem por escopo policiar e fazer cumprir as normas protetivas da dignidade humana em todos os Estados”⁸.

Os direitos fundamentais protegem o ser humano em função de sua dignidade, são destinados ao resguardo da dignidade humana em todos os seus aspectos. Nesse sentido, temos a noção de sua amplitude, pois a dignidade humana não é restrita apenas à liberdade do indivíduo, mas diz respeito também à sua possibilidade de autodeterminação e preservação. O indivíduo, além de ter garantida sua liberdade de ação sem interferência do Estado, deve ser provido dos meios necessários à sua existência digna, cultural, social e economicamente; não há verdadeiramente liberdade se o sujeito não é dotado dos meios, ainda que mínimos, para sua existência e convívio social. Assim, não basta ao cidadão que lhe seja garantido que em algumas esferas poderá atuar livremente sem a interferência do Estado, sendo de rigor que também lhe seja garantido o atendimento de suas necessidades básicas.

A preservação do ser humano também deve ser garantida pelo Estado por intermédio dos direitos fundamentais, eis que indispensável a uma existência digna.

Mais uma vez justifica-se a utilização da expressão “direitos fundamentais”, dessa vez em detrimento da expressão “liberdades públicas”, também utilizada por parte da doutrina para expressar a realidade de que tratamos. Se a expressão “direitos humanos” é cercada de uma amplitude que foge ao escopo do presente estudo, a expressão “liberdades públicas”, por sua vez, exprime apenas parcialmente o objeto que pretendemos analisar. Tal expressão traduz a ideia dos direitos individuais (direitos de liberdade), ou seja, apenas aqueles direitos que são garantidos mediante mera abstenção estatal da prática de alguma conduta a eles ofensiva (o que traduziria apenas a primeira geração dos direitos fundamentais, conforme adiante se verá).

Cumpra, aqui, atentar para o alerta de Pontes de Miranda que ressalta que não basta que um direito seja garantido pela Constituição para que seja considerado como direito fundamental:

⁸ **A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivção e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais**. São Paulo: Ed. Verbatim, 2009, p. 23-24.

Os direitos fundamentais não se confundem com os outros direitos assegurados ou protegidos pelas Constituições. As Constituições não protegem só direitos fundamentais. Vão além deles e das linhas separativas dos poderes. Seria erro crer-se que o simples fato de inserir-se em Constituição a referência a um direito e, portanto, não se permitir a sua alteração por lei ordinária, o torne fundamental. Direitos fundamentais valem perante o Estado, e não pelo acidente da regra constitucional.⁹

Ressaltamos, outrossim, que, embora tenham os direitos fundamentais surgido nos ordenamentos jurídicos, conforme adiante se demonstrará, como forma de preservação do indivíduo contra o poder estatal, modernamente entende-se que tais direitos não são somente oponíveis ao Estado, mas também são oponíveis aos demais indivíduos, no que se tem chamado de eficácia horizontal dos direitos fundamentais, cabendo ao Estado, no caso de violação do direito fundamental de um indivíduo por outro particular, agir para a preservação ou restabelecimento do direito violado¹⁰. Pode-se entender que também nesses casos os direitos fundamentais seriam oponíveis ao Estado, já que a este cumprirá a sua preservação ou restabelecimento, mas, de qualquer forma, é de se registrar a ressalva, já que não se pode negar que há limitação à conduta dos particulares, que devem se abster da prática de atos que violem direito fundamental alheio.

Conforme aponta J. J. Gomes Canotilho¹¹, a fundamentalidade de tais direitos pode ser apontada tanto sob o aspecto formal, associada à sua positivação na Constituição, como sob o aspecto material, ou seja, associada ao conteúdo de tais direitos.

Da fundamentalidade formal podemos extrair, conforme acima já apontado, que as normas garantidoras de direitos fundamentais são colocadas no grau mais alto da ordem jurídica, o que implica, via de regra, a impossibilidade de sua alteração pelo processo legislativo ordinário (e, no caso da atual Constituição brasileira até mesmo pelo poder constituinte de reforma, já que os direitos e garantias individuais são colocados como cláusulas pétreas, por força do art. 60, §4º, IV, da Constituição Federal¹²), bem como torna

⁹ **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969**. 2ª edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1974, Tomo IV, p. 617.

¹⁰ Sobre o tema da eficácia dos direitos fundamentais na regulação das relações entre os particulares confira-se: MARTINS, Ricardo Marcondes. **Abuso de Direito e a Constitucionalização do Direito Privado**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 74-90.

¹¹ **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª edição. Coimbra: Edições Almedina, p. 378-379.

¹² Devemos apontar que atualmente há grande discussão doutrinária acerca de considerarem-se todos os direitos fundamentais como cláusulas pétreas, tendo em vista os termos em que grafado o artigo 60, §4º, IV, da Constituição Federal, que fixa como cláusulas pétreas os “direitos e garantias individuais”. Interpretando-se literalmente o dispositivo constitucional citado, estariam excluídos da condição de cláusulas pétreas os direitos políticos (primeira geração), os direitos sociais (segunda geração) e os direitos de fraternidade

inconstitucionais as normas editadas em desconformidade com suas disposições, vinculando, ainda, a atuação dos poderes públicos.

Já da fundamentalidade material de tais direitos decorre que sua conformação é fator estruturante do Estado, condicionando toda a atividade da administração pública. As normas garantidoras de direitos fundamentais são pacificamente apontadas pela doutrina

(terceira geração), porque, embora indiscutivelmente direitos fundamentais, não se tratam de direitos individuais, expressão que histórica e doutrinariamente é reservada àqueles direitos fundamentais de primeira geração consistentes em garantias do indivíduo contra o Estado, nascidos em resposta aos Estados absolutistas, como a liberdade de ir e vir, a liberdade de expressão, a liberdade de religião, a legalidade, dentre outros. Seriam cláusulas pétreas, assim, tão somente os direitos individuais, e não todos os direitos fundamentais.

No entanto, há parte considerável da doutrina, como Gilmar Ferreira Mendes (**Curso de Direito Constitucional**. 6ª edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011, p. 145-146) e Ingo Wolfgang Sarlet (**Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 130-140) que estende a cláusula pétrea trazida pelo artigo 60, §4º, IV, a todos os direitos fundamentais.

Ingo Wolfgang Sarlet, na obra referida, afirma que os direitos políticos, sociais e mesmo os de fraternidade são direitos fundamentais de titularidade individual, e, assim, poderiam ser acolhidos pela disposição do artigo 60, §4º, IV, da Constituição Federal. Ao argumento que se opõe a tal tese, de que a expressão “direitos individuais” nenhuma relação tem com a titularidade de tais direitos, mas traz carga histórica de referência aos direitos de liberdade contra o Estado nascidos em oposição ao Estado absolutista, o autor contrapõe a alegação de que a Constituição brasileira não apresenta qualquer distinção de regime jurídico em seu texto entre os direitos de liberdade e os direitos sociais (bem como os outros grupos de direitos fundamentais). Afirma o autor, ainda, que a garantia dos direitos sociais, políticos, e de fraternidade integram a conformação básica do Estado brasileiro, integram a conformação do Estado Social e Democrático de Direito, conforme se extrai do preâmbulo e dos artigos 1º e 3º da Constituição Federal, e, dessa forma, forçosamente estariam inseridos na proteção trazida pelas cláusulas pétreas, já que estas têm por escopo justamente proteger o núcleo da Constituição, no qual está inserida a conformação de Estado idealizada pelo Poder Constituinte.

Outro argumento apresentado pelo referido autor é justamente a impossibilidade de que os direitos sociais (e os outros direitos fundamentais diferentes dos direitos individuais) tenham uma “fundamentalidade mais fraca”, o que aconteceria se fosse possível ao titular da competência reformadora suprimir aqueles direitos, enquanto que lhe seria vedado suprimir tão-somente os direitos individuais; haveria dois tipos diferentes de fundamentalidade formal para os direitos fundamentais, o que não se mostraria adequado. Por tudo isso, entende o autor que todos os direitos fundamentais, inclusive aqueles assim considerados pela cláusula de abertura trazida pelo artigo 5º, §2º, da Constituição Federal, estariam abrangidos na impossibilidade material de alteração da Constituição trazida pelo artigo 60, §4º, IV, da Lei Maior.

Já Gilmar Ferreira Mendes afirma, também defendendo a inclusão de todos os direitos fundamentais na cláusula pétrea do artigo 60, §4º, IV, da Constituição Federal, que teria havido uma “lacuna de formulação”, ou seja, que o constituinte originário teria dito menos do que desejava dizer, já que os direitos sociais são uma parte da essência da concepção de Estado acolhida pela Constituição Federal, e, dessa forma, face a função das cláusulas pétreas, justamente de defesa dessa essência, forçosamente todos os direitos fundamentais estariam inseridos em tal cláusula.

Entendemos que, de fato, todos os direitos fundamentais, e não apenas os direitos e garantias individuais, como referido no artigo 60, §4º, IV, da Constituição Federal, são cláusulas pétreas, ou seja, limites materiais à atuação da competência reformadora da Constituição. No entanto, não entendemos que tais direitos são cláusulas pétreas por extensão do referido artigo 60, §4º, IV, da Lei Maior, mas que são cláusulas pétreas implícitas, ou seja, limitações materiais à reforma da constituição que não necessitam estar expressas para que sejam de observância obrigatória. Tendo em vista que as cláusulas pétreas têm por função a preservação do núcleo da Constituição conforme idealizada pelo Poder Constituinte Originário, ou seja, existem para preservar o texto constitucional de determinadas mudanças que o descaracterizem e acabem por criar nova Constituição sob o pretexto de reformar-se a Constituição existente (já que mudanças são necessárias para preservar o próprio texto constitucional, pois a absoluta impossibilidade de mudanças certamente implicaria na ruptura da ordem constitucional em razão das mudanças fáticas da sociedade), e indiscutivelmente, os direitos fundamentais (todos) são parte da estrutura do Estado, conformam sua maneira de ser e de atuar, e, assim sendo, tais normas não são passíveis de supressão, sob pena de modificar-se inteiramente a conformação de Estado idealizada pelo Constituinte Originário. Não haveria, assim, a necessidade de uma cláusula expressa em tal sentido, tampouco da extensão de uma das cláusulas pétreas explícitas do Texto Constitucional.

constitucionalista como normas materialmente constitucionais, ou seja, normas que dispõem sobre matéria tipicamente constitucional.

Cumprir diferenciar, ainda, direitos fundamentais de garantias fundamentais, já que a Constituição brasileira de 1988 utiliza-se dos dois termos. Temos que os direitos fundamentais devem ser entendidos como aquelas disposições declaratórias, que apontam a existência legal dos direitos, ao passo que as garantias fundamentais seriam disposições assecuratórias, destinadas à proteção dos direitos declarados, com caráter, assim, predominantemente instrumental.

Os direitos fundamentais, dessa forma, em suma, são aqueles direitos a todos conferidos pela Constituição de determinado Estado, oponíveis a este e a toda sociedade, destinados à preservação da dignidade humana em todos os seus aspectos.

1.2 Características dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais apresentam alguns caracteres comuns e essenciais, que nos permitem identificá-los, os quais passamos agora a expor.

1.2.1 Historicidade

Os direitos fundamentais surgiram de um processo de amadurecimento e evolução do pensamento jurídico ao longo da história. Assim, tais direitos são figuras que vão se atualizando ao longo do tempo, que devem ser verificadas e interpretadas de acordo com o contexto histórico e social de cada época. Conforme apontam Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, “*O recurso à História mostra-se indispensável para que, à vista da gênese e do desenvolvimento dos direitos fundamentais, cada um deles se torne mais bem compreendido*”¹³.

¹³ **Curso de Direito Constitucional**. 6ª edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011, p. 163.

Tais direitos, face sua historicidade, podem ter sua conformação sensivelmente alterada conforme a época que se observe, já que decorrem da evolução das relações sociais e das relações do indivíduo para com o Estado. Assim, um mesmo direito, conforme o caso concreto em que sua aplicação se verifique, bem como de acordo com a época em que se dê a questão, poderá ter conformações distintas, de acordo com o entendimento social predominante.

Aponta José Afonso da Silva que os direitos fundamentais “*São históricos como qualquer direito. Nascem, modificam-se e desaparecem*”¹⁴.

A evolução do pensamento histórico que culminou com a atual conformação dos direitos fundamentais será objeto de posterior exposição neste capítulo.

1.2.2 Universalidade

Os direitos fundamentais não podem ser conferidos apenas a uma classe ou grupo de pessoas, sendo de rigor o seu reconhecimento a todos os indivíduos. Tendo em vista tratar-se de direitos de preservação da dignidade humana, basta para sua titularidade a condição humana, não se levando em consideração fatores econômicos, políticos ou sociais. Todos, indistintamente, são titulares dos direitos fundamentais.

Tais direitos são fruto da evolução do pensamento no sentido da preservação da dignidade humana e, assim, não faria qualquer sentido sua limitação a um grupo de pessoas, senão sua atribuição a todos os seres humanos.

Conforme ressaltam Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes júnior, “*os Direitos Fundamentais são universais, ou seja, sua razão de existir faz com que sejam destinados ao ser humano enquanto gênero*”¹⁵.

Ressalte-se que não se deve confundir titularidade com capacidade de exercício. Todos são titulares dos direitos fundamentais, embora, no caso concreto, possa faltar capacidade para seu exercício. J. J. Gomes Canotilho aponta que, em determinados casos, discute-se se é

¹⁴ **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 181.

¹⁵ **Curso de Direito Constitucional**. 18ª edição. São Paulo: Ed. Verbatim, 2014, p. 164-165.

plausível conceber-se direitos fundamentais insuscetíveis de serem exercidos, como o direito de reunião para recém-nascidos, ressalvando que nesses casos a atribuição dos direitos fundamentais não teria grande sentido, mas que seria perigosa a simples limitação da atribuição dos direitos fundamentais apenas àqueles que tenham capacidade de seu exercício, pois daria azo a uma série de restrições inconstitucionais. Como solução, aponta que

No entanto, é possível indicar a ‘mensagem’ geral da constituição quanto aos direitos fundamentais de menores: os menores têm em regra (*prima facie*) os mesmos direitos dos adultos, admitindo-se exceções (sobretudo quanto ao exercício) quando da *natureza do direito em causa* se possa extrair metódico-interpretativamente a legitimidade de restrições nos termos do regime específico dos direitos, liberdades e garantias¹⁶.

Dessa forma, a universalidade, a destinação a todos os seres humanos enquanto gênero, é característica dos direitos fundamentais.

1.2.3 Autogeneratividade

Os direitos fundamentais não surgem com o texto constitucional, mas lhe precedem, sendo que a Constituição os reconhece e os insere no ordenamento jurídico nacional, lhes dá existência jurídica naquele ordenamento. Assim, se, por um lado, os direitos fundamentais são instituídos no ordenamento pela Constituição, por outro, um dos fatores que determinam o surgimento de uma Constituição é justamente a necessidade de incorporação dos direitos fundamentais à ordem jurídica, ao lado dos elementos constitutivos dos Estados.

Conforme lição de Vidal Serrano Nunes Júnior,

Nesse sentido, os direitos fundamentais, de um lado, assim o são por se consubstanciarem em normas constitucionais, mas, por outro, constituem também o alicerce de legitimação da própria ordem constitucional.¹⁷

Nesse sentido que se afirma que os direitos fundamentais são autogenerativos, pois a sua introdução no sistema não os cria, já que eram tais direitos preexistentes ao próprio Estado; a Constituição apenas os insere em uma determinada ordem jurídica, o que não apaga sua anterior existência. Os direitos fundamentais são fruto de um processo de evolução social,

¹⁶ **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª edição. Coimbra: Edições Almedina, p. 425.

¹⁷ **A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivização e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais**. São Paulo: Ed. Verbatim, 2009, p. 38.

cultural, política e econômica, como forma de preservação da existência digna dos seres humanos, pressupondo que todos os seres humanos são iguais em dignidade.

1.2.4 Limitabilidade

Não existem direitos absolutos. Todo e qualquer direito pressupõe a possibilidade de sua limitação, inclusive como forma de que possam todos os seus titulares exercê-los adequadamente. Assim, muitas vezes a norma que consagra um direito fundamental não poderá produzir todos os seus efeitos, mas a sua extensão terá que ser limitada, até mesmo para que o direito consagrado em tal norma possa ser fruído por mais de um indivíduo ao mesmo tempo.

Os direitos fundamentais podem ser limitados por outros direitos fundamentais ou valores constitucionais, sempre se levando em conta seu exercício concreto por mais de um titular. A questão da limitabilidade dos direitos fundamentais, dessa forma, tem relação com a colisão entre os diversos direitos assim qualificados, simultaneamente exercidos pelos indivíduos.

Assim, não se limita em tese um direito fundamental que foi trazido de forma ampla pela Constituição, mas, diante do caso concreto e para possibilitar que outros direitos fundamentais (ou aquele mesmo direito fundamental com diversa titularidade) sejam também exercidos, os direitos fundamentais podem sofrer limitações. Somente diante de um caso concreto em que haja colisão de direitos fundamentais é que podemos definir a sua limitabilidade.

Robert Alexy, para quem os direitos fundamentais sempre estão consagrados em normas com a estrutura de princípios¹⁸, aponta para a impossibilidade de limitação dos direitos fundamentais fora do caso concreto, ao afirmar que

O “conflito” deve, ao contrário, ser resolvido ‘por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes’. O objetivo desse sopesamento é definir qual

¹⁸ Segundo o mencionado jurista, princípios são tidos como mandamentos de otimização, ou seja, nas suas palavras, “(...) princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas ou jurídicas existentes”. (**Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª edição. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 90).

dos interesses – que abstratamente estão no mesmo nível – tem maior peso no caso concreto¹⁹.

Os direitos fundamentais deverão ser limitados no caso concreto observando-se a cedência recíproca, método pelo qual cada direito irá ceder até que seja possível seu exercício conjunto na maior extensão possível, encontrando-se um ponto no meio do caminho, sem que o exercício de um direito implique na supressão total do exercício de outro, no que, nesse aspecto, discordamos da posição de Robert Alexy²⁰ que admite, aplicando-se um sopesamento entre os direitos em conflito, que nada reste de um dos direitos fundamentais envolvidos, desde que haja fundamentação racional para tanto, o que também é admitido por Virgílio Afonso da Silva²¹.

A impossibilidade de que um direito fundamental seja integralmente suprimido no caso concreto é defendida por Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior:

Desse modo, caracterizada a colisão, cumpre ao exegeta conciliar os valores em confronto. Segundo esse raciocínio, a interpretação não poderá negar vigência e aplicabilidade a nenhum dos direitos em colisão, pois que sempre haverá uma esfera mínima para seu exercício legítimo²².

Dessa forma, os direitos fundamentais são limitáveis, como todos os direitos, sendo necessária, para se dar a limitação, a ocorrência de colisão entre os direitos fundamentais dos indivíduos no caso concreto, sendo que o fundamento da limitação, assim, é a preservação de outro direito.

Ademais, cumpre apontar que os direitos fundamentais apresentam um conteúdo mínimo, um núcleo inatingível por qualquer limitação ou supressão, conforme aponta Vidal Serrano Nunes Júnior:

O chamado conteúdo mínimo aponta que cada direito tem um núcleo mínimo irremissível, associado à sua própria razão de ser. Evoca, assim, uma abstração que enuncia a essência do direito cogitado, que não pode ser objeto de supressão ante qualquer panorama histórico ou ante quaisquer eventuais limites. (...)”²³

¹⁹ **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª edição. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 95.

²⁰ **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª edição. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 297/298.

²¹ **Direitos Fundamentais – Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia**. 2ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 199.

²² **Curso de Direito Constitucional**. 18ª edição. São Paulo: Ed. Verbatim, 2014, p. 167.

²³ **A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivção e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais**. São Paulo: Ed. Verbatim, 2009, p. 72.

Posicionamo-nos, nesse sentido, ao lado daqueles que entendem que não é possível que no caso de colisão de direitos fundamentais, que sempre se verifica no caso concreto, o juízo de ponderação possa resultar na total anulação de um dos direitos fundamentais em conflito, já que, além de serem os direitos fundamentais dotados de um conteúdo essencial mínimo, o sistema jurídico brasileiro não admite que se deixe de atribuir um mínimo de eficácia a todos os dispositivos constitucionais, como é o caso das normas consagradoras de direitos fundamentais.

De fato, um direito fundamental somente é passível de ter seu conteúdo delineado, sua extensão revelada, diante do caso concreto, quando verificamos até onde seu exercício poderá ser efetivado sem conflito com outros direitos fundamentais, aplicando-se a técnica da cedência recíproca. O que refutamos é a possibilidade de que um conflito entre direitos fundamentais seja solucionado mediante a total supressão de um dos direitos conflitantes.

1.2.5 Irrenunciabilidade

Tendo em vista que se trata de direitos inerentes aos seres humanos, os direitos fundamentais são irrenunciáveis. O indivíduo pode até deixar de exercer algum de seus direitos fundamentais, mas não pode renunciar à sua titularidade.

Os direitos fundamentais são uma proteção mínima atribuída aos seres humanos simplesmente pela sua condição humana, não havendo que se falar em possibilidade de renúncia a esses direitos. Apontam Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior que a renúncia a esses direitos seria a renúncia à própria condição humana, o que não é admissível²⁴.

1.2.6 Imprescritibilidade

²⁴Curso de Direito Constitucional. 18ª edição. São Paulo: Ed. Verbatim, 2014, p. 168.

Os direitos fundamentais nunca deixam de ser exigíveis, pelas mesmas razões apontadas para a sua irrenunciabilidade. A condição humana é inerente ao indivíduo, e não exige qualquer ação ou reclamo para que seja respeitada e mantida.

Afirma José Afonso da Silva que “[...] *prescrição é um instituto jurídico que somente atinge, coarctando, a exigibilidade dos direitos de caráter patrimonial, não a exigibilidade de direitos personalíssimos, ainda que não individualistas, como é o caso*”²⁵.

Não são passíveis de prescrição pela ausência de seu exercício, assim, os direitos fundamentais.

1.2.7 Inalienabilidade

De tudo o que se disse, decorre também a inalienabilidade dos direitos fundamentais, já que a condição humana não se negocia.

Não são direitos de caráter patrimonial, mas caracteres inerentes à condição humana dos sujeitos, não cabendo, assim, qualquer espécie de mensuração ou negociação econômica.

1.2.8 Possibilidade de concorrência

O indivíduo acumula diversos direitos fundamentais, que não se excluem uns aos outros.

Há diversas situações em que o sujeito atua amparado por mais de um direito fundamental, ou seja, na mesma conduta há o exercício de direitos fundamentais diversos, que se acumulam, como o caso, por exemplo, de uma manifestação pacífica na via pública em que os manifestantes demonstrem sua insatisfação com o governo, na qual são exercidos simultaneamente o direito de reunião, o direito de opinião, o direito de expressão e o direito de locomoção.

²⁵Curso de Direito Constitucional Positivo. 35ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 181.

2. Histórico dos direitos fundamentais

Como acima referido, os direitos fundamentais têm como uma de suas características a historicidade. Cumpre, agora, verificarmos como se deu a evolução histórica do pensamento e do ordenamento jurídico acerca dos direitos fundamentais.

Devemos apontar que nesse tópico utilizaremos, em muitos pontos, a expressão “direitos humanos” ou “direitos do homem”, face o significado acima apontado da expressão “direitos fundamentais” como direitos relacionados à preservação da dignidade humana em um determinado ordenamento jurídico, tendo em vista que trataremos de momento anterior à sua incorporação a um ordenamento jurídico específico, ou seja, trataremos do surgimento e evolução histórica da ideia de existência de direitos de tal natureza o que, evidentemente, precede à sua incorporação a qualquer ordenamento jurídico.

2.1 Surgimento e evolução do pensamento acerca dos direitos fundamentais

Não há certeza acerca do momento de surgimento da preocupação com os direitos humanos, ou seja, de direitos mínimos dos seres humanos pelo simples fato de serem humanos.

Na antiguidade não se cogitava, pelo pensamento dominante, da ideia de direitos inerentes a todos os seres humanos simplesmente por sua qualidade humana. J.J. Gomes Canotilho²⁶ aponta que Platão e Aristóteles consideravam natural o estatuto da escravidão, admitindo que somente um pequeno número de pessoas estava habilitado à condução do Estado, sendo que os demais deveriam incondicionalmente obedecê-los, como súditos ou escravos. Afirma, entretanto, que o pensamento sofisticado aproxima-se da tese da igualdade natural e da ideia da humanidade, partindo da noção da natureza biológica comum dos homens.

²⁶ **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7ª edição. Coimbra: Edições Almedina, p. 381.

A referência a um Direito superior, ditado pelos deuses, é apontada por Manoel Gonçalves Ferreira Filho²⁷ como um ancestral remoto da doutrina dos direitos fundamentais, citando Sófocles e Cícero, para o qual a lei deve coincidir com a natureza das coisas.

Nesse momento, no entanto, os direitos do homem não são considerados como uma categoria jurídica, mas são vistos apenas no plano filosófico, o que nos impede de falar em direitos humanos propriamente ditos.

Com frequência²⁸ é atribuído ao cristianismo o impulso à aceitação da ideia de que todos os homens são iguais em dignidade, tendo em vista que moldados à imagem e semelhança de Deus.

Cumprе apontar a posição de Ingo Wolfgang Sarlet²⁹, que afirma:

[...] Muito embora não nos pareça correto, inclusive por nos faltarem dados seguros quanto a este aspecto, reivindicar – no contexto das diversas religiões professadas pelo ser humano ao longo dos tempos, para a religião cristã a exclusividade e originalidade quanto à elaboração de uma concepção de dignidade da pessoa, o fato é que tanto no Antigo quanto no Novo Testamento podemos encontrar referências no sentido de que o ser humano foi criado à imagem e semelhança de Deus, premissa da qual o cristianismo extraiu a consequência – lamentavelmente renegada por muito tempo por parte das instituições cristãs e seus integrantes (basta lembrar as crueldades praticadas pela ‘Santa Inquisição’) – de que o ser humano – e não apenas os cristãos – é dotado de um valor próprio e que lhe é intrínseco, não podendo ser transformado em mero objeto ou instrumento.

Foi Tomás de Aquino o principal sistematizador de que as leis humanas deveriam ser submetidas às leis de Deus e da natureza, no século XIII, com sua concepção hierárquica do sistema normativo, no qual existe uma lei eterna (que somente Deus conhece plenamente), uma lei divina (que é parte da lei eterna revelada por Deus aos homens ou declarada pela Igreja), uma lei natural (gravada na natureza e descoberta pelos homens pelo uso da razão) e, abaixo de todas essas, uma lei humana (ditada pelo legislador), que deve obediência às outras três. Assim, o direito positivo seria ditado pelos direitos divino e natural, com o reconhecimento da igualdade de dignidade para todos os homens. Havia, no entanto, como

²⁷ **Direitos Humanos Fundamentais**. 14ª edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012, p. 27

²⁸ Cf. MENDES, GILMAR FERREIRA; BRANCO, PAULO GUSTAVO GONET. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011, p. 154, e ARAUJO, LUIZ ALBERTO DAVID; NUNES JÚNIOR, VIDAL SERRANO. **Curso de Direito Constitucional**. 18ª edição. São Paulo: Ed. Verbatim, 2014, p. 161-162.

²⁹ **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. 9ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 34.

aponta J. J. Gomes Canotilho³⁰, problemas com as entidades que captavam a lei divina e sua conformidade com a lei positiva.

A concepção de um direito independente da vontade do homem foi a concepção que prevaleceu por quase toda a idade média, sendo depois desenvolvida por Grotius, Puffendorf e Locke, como ressalta J. J. Gomes Canotilho³¹. Paulatinamente foi ocorrendo um processo de secularização do direito natural, desvinculando o direito natural da vontade divina, como um direito independente da vontade humana, mas também não vinculado à vontade divina. Foi daí que se evoluiu para a ideia de direitos naturais do indivíduo e a concepção de direitos humanos universais.

A doutrina adotada pelo pensamento iluminista foi aquela formulada pela Escola do Direito Natural e das Gentes. Conforme acima apontado, foi Grotius um dos principais expoentes da laicização do direito natural, apontando, em síntese, que determinados direitos decorrem da natureza humana e, dessa forma, não são criados ou conferidos pelo legislador.

A citada Escola é responsável pela difusão das ideias do estado de natureza e de contrato social. A ideia de que os indivíduos celebram um pacto social no qual abrem mão de uma parcela de suas liberdades, que possuem por sua natureza humana, em troca da proteção do Estado tem como pressuposto que os homens tenham direitos que lhes são intrínsecos. Enquanto para Hobbes os homens, que em seu estado de natureza travariam uma guerra contra todos os outros pela escassez de todas as coisas às quais todos têm direito, somente poderão viver em paz se submetidos a um poder absoluto, inquestionável, e centralizado, Locke defende a possibilidade de que os indivíduos se revoltem contra governos que não respeitem os seus direitos naturais. As ideias de Locke, que conduzem a uma autonomia privada consolidada no direito à vida, à liberdade e à propriedade, influenciam a teoria liberal dos direitos fundamentais, considerados como direitos de defesa dos cidadãos perante o Estado, induzindo as declarações de direitos que surgiram no Século das Luzes.

Desenvolveu-se, assim, nos séculos XVII e XVIII (especialmente neste último) a doutrina dos direitos fundamentais como direitos dos indivíduos contra o Estado, o que foi encampado como ideal político do Iluminismo.

³⁰**Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7ª edição. Coimbra: Edições Almedina, p. 382.

³¹**Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7ª edição. Coimbra: Edições Almedina, p. 382.

O passo seguinte da evolução dos direitos fundamentais deu-se em razão do liberalismo econômico, experimentado justamente a partir do final do Século XVIII e no Século XIX, em razão da instituição do Estado Liberal. Com a ausência de intervenção do Estado na economia como mote principal (livre economia e livre concorrência), houve uma grande geração de riqueza, que, no entanto, concentrou-se nas mãos dos detentores dos meios de produção (burguesia), deixando a classe trabalhadora em situação de extrema necessidade. Com tal situação, associada à revolução tecnológica, passou a haver uma desproporção muito significativa entre a quantidade de trabalhadores disponíveis e a quantidade de empregos a serem preenchidos (já que as máquinas diminuam a necessidade de trabalhadores), o que, pela lei da oferta e da procura, sem qualquer intervenção estatal para a garantia do mínimo de condições dignas de trabalho, tendo em vista que pregava-se a ausência total do Estado nas relações econômicas e de trabalho, colocava a classe trabalhadora em enorme desvantagem. Gerou-se uma massa de desempregados, e aqueles que tinham empregos recebiam uma remuneração extremamente insuficiente para suas necessidades.

Com uma massa marginalizada e vivendo em condições de miséria, quase que natural foi a instituição de uma “luta de classes”, em que a classe trabalhadora era extremamente hostil aos detentores dos meios de produção, que constituíam a elite econômica. Foi para a superação dessa situação, que poderia levar a um estado insanável de revolução, que foi desenvolvida a doutrina dos direitos sociais e econômicos como direitos fundamentais, passando-se a entender que não bastava garantir fisicamente a liberdade dos indivíduos, mas, para que de fato houvesse liberdade, os indivíduos necessitavam de ter provido o mínimo para uma existência digna; a exclusão social impede a existência digna.

Conforme afirma Vidal Serrano Nunes Júnior,

O surgimento dos direitos sociais, como se vê, está atrelado, de um lado, ao capitalismo industrial embrionário, que, organizado com base em uma economia de mercado liberta de amarras jurídicas, produziu relações trabalhistas tirânicas, marcadas por um intenso processo de violação à dignidade do operariado; e, de outro, pelos movimentos de resistência e de afirmação de direitos, que se contrapuseram ao quadro de opressão configurado.

Realmente, a concentração operária, a situação de submissão a que estavam sujeitos e a ausência de cláusulas legais que impedissem arbitrariedades

patronais acabaram por ensejar fortes movimentos de resistência que culminaram no reconhecimento dos direitos sociais³².

Foi, assim, para a superação de uma questão social, gerada pelo liberalismo econômico com ausência quase total do Estado na regulação da economia e das relações de trabalho, associada à revolução industrial e tecnológica, que tiveram origem os direitos sociais e econômicos como direitos fundamentais.

A evolução dos direitos fundamentais, no entanto, não para com o reconhecimento (e evolução) dos direitos econômicos e sociais, prosseguindo para o reconhecimento de um novo rol de direitos fundamentais, ligados à fraternidade humana e à solidariedade entre os povos e à qualidade de vida.

Após a Segunda Guerra Mundial e todos os descalabros ocorridos na Alemanha Nazista passou-se a pensar os direitos do homem sob uma nova perspectiva, valorizando-se o sentimento de fraternidade entre os povos e a paz mundial.

A preocupação com a questão ambiental, inclusive como forma de preservação da própria espécie humana, além da necessidade de um ambiente social sadio e igualitário, vem motivando o reconhecimento de uma nova plêiade de direitos como direitos fundamentais, pois tais concepções vão se incorporando aos ordenamentos jurídicos nacionais e às Convenções internacionais.

São direitos que tomam o homem como parte de uma coletividade, porém não necessariamente uma coletividade local, mas como parte da humanidade, o que implica no reconhecimento da necessidade de que as relações entre os povos e nações seja pautada por princípios éticos.

Novamente socorremo-nos da lição de Vidal Serrano Nunes Júnior, para quem *“Depois da Segunda Grande Guerra e dos horrores do Holocausto, a perspectiva de reconstrução dos direitos do homem veio adornado de um elemento novo, a saber, a noção de solidariedade entre os povos.”*³³

Examinada a evolução do pensamento e da doutrina acerca dos direitos fundamentais, cumpre, agora, verificarmos seus principais antecedentes formais, ou seja, os principais

³²A **Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivção e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais**. São Paulo: Ed. Verbatim, 2009, p. 51.

³³A **Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivção e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais**. São Paulo: Ed. Verbatim, 2009, p. 46.

documentos que procuraram positivá-los ao longo da história, acompanhando a evolução das doutrinas que acabamos de expor.

2.2 Principais antecedentes formais

Apesar da ideia da existência dos direitos humanos ter se desenvolvido, ao menos, desde o advento do Cristianismo, como acima exposto, a preocupação em tentar positivá-los, agregá-los ao direito escrito começou a aparecer somente na Idade Média. Tratava-se, outrossim, de declarações de direitos de comunidades específicas, não de direitos humanos propriamente ditos.

Passaremos, agora, a abordar os principais documentos, de acordo com a doutrina, produzidos ao longo da história, que se preocuparam em positivar os direitos fundamentais. Centralizaremos nossa exposição naqueles documentos mais comumente referenciados nos manuais como marcos históricos dos direitos fundamentais.

Foi no período medieval que se editaram, como forma de limitação do poder dos monarcas, os pactos, os forais e as cartas de franquias. Em tais documentos, como lembra Manoel Gonçalves Ferreira Filho³⁴, “[...] os senhores feudais, mormente os reis, outorgavam, inscreviam-se direitos próprios e peculiares aos membros dos grupos – direitos fundamentais, sem dúvida – para que, por todo o sempre, fossem conhecidos e respeitados.”

Como principais documentos deste período, como aponta José Afonso da Silva³⁵, podemos citar os de León e Castela, de 1188, de Aragão, de 1265, e o de Viscaia, em 1526. O mais significativo³⁶ documento escrito destinado à positivação de direitos fundamentais elaborado na Idade Média, outrossim, foi a *Magna Carta* inglesa, de 21 de junho de 1215, outorgada por João Sem Terra.

Como todo documento da época de sua expedição, não se propunha a *Magna Carta* a ser uma declaração dos direitos do homem, mas tão-somente uma declaração de direitos dos

³⁴ **Direitos Humanos Fundamentais**. 14ª edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012, p. 29.

³⁵ **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 151.

³⁶ Cf. FERREIRA FILHO, MANOEL GONÇALVES, **Direitos Humanos Fundamentais**. 14ª edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012, p. 29-30; SILVA, JOSÉ AFONSO DA, **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 152.

ingleses, mais especificamente um documento para que fossem protegidos os privilégios dos barões e os direitos dos homens livres, que eram muito poucos à época, conforme aponta José Afonso da Silva³⁷, já que foi outorgada como produto de acordo entre o monarca e os barões revoltosos, que tinham o apoio da burguesia. Manoel Gonçalves Ferreira Filho³⁸ não compartilha de tal visão, apontando que a *Magna Carta* enumerava direitos de todos os súditos da monarquia, numa evidente limitação do poder.

Consagrava a Magna Carta a impossibilidade de que um homem livre fosse privado de sua liberdade sem um julgamento pelos seus pares com observância da *law of the land* (lei da terra), garantido, ainda, a propriedade, a liberdade de ir e vir e a proporcionalidade da pena à gravidade do delito.

Diversos monarcas reafirmaram as garantias trazidas pela *Magna Carta*, e foram ainda editados na Inglaterra outros instrumentos importantes na evolução histórica dos direitos fundamentais, como a *Petition of Rights*, em 1628, o *Habeas Corpus Amendment Act*, de 1679, e o *Bill of Rights*, de 1688.

A *Petition of Rights* foi um documento dos membros do parlamento ao monarca no qual era requerido o reconhecimento de direitos e garantias aos súditos, consistindo, conforme anotado por José Afonso da Silva³⁹, em transação entre o monarca e o Parlamento, que detinha o poder financeiro, já que o rei não poderia gastar dinheiro sem a autorização parlamentar.

O *Habeas Corpus Amendment Act*, por sua vez, foi um documento dirigido mais especificamente à proteção da liberdade, destinado à garantia da impossibilidade de prisões arbitrárias.

Já o *Bill of Rights*, em 1688, foi um documento pós-revolucionário que afirmou a supremacia do parlamento, restringindo os poderes do monarca com uma declaração de direitos.

Todos esses instrumentos ingleses desenvolveram o governo das leis (*rule of law*), sujeitando todos, especialmente o Estado, à obediência das leis. Foi por intermédio desses textos que os tribunais desenvolveram regras, não escritas, de grande proteção aos direitos

³⁷ **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 152.

³⁸ **Direitos Humanos Fundamentais**. 14ª edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012, p. 29-30.

³⁹ **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 152.

fundamentais. Não havia mais espaço para o poder arbitrário do Estado, mesmo em um sistema de direito consuetudinário, em que todos eram igualmente submissos à lei. Formou-se a partir da interpretação jurisprudencial o chamado *Common Law*.

Evidentemente que tal concepção de direito, com menos preceitos escritos e maior valor da interpretação jurisprudencial foi tomada em consideração no direito norte-americano, já que ali era área de colonização inglesa. Com sua independência os norte-americanos construíram seu direito carregando as tradições inglesas de um direito fortemente marcado pela jurisprudência.

Em 12 de janeiro de 1776, foi editada a Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia, uma das treze colônias inglesas na América do Norte, que é apontada como sendo a primeira declaração de direitos no sentido moderno. Como ensina José Afonso da Silva⁴⁰,

[...] a Declaração se preocupava com a estrutura de um governo democrático, com um sistema de limitação de poderes. Os textos ingleses apenas tiveram por finalidade limitar o poder do rei, proteger o indivíduo contra a arbitrariedade do rei e firmar a supremacia do Parlamento. As Declarações de Direitos, iniciadas com a da Virgínia, importam em limitações do poder estatal como tal, inspiradas na crença na existência de direitos naturais e imprescritíveis do homem. [...]

Dentre outros direitos fundamentais, eram consagrados a natureza livre e independente de todos os homens, a igualdade, a separação tripartida de poderes, a liberdade de imprensa, o direito a um julgamento justo e imparcial, a impossibilidade de privação da liberdade sem a observância da lei da terra, a impossibilidade de prisões arbitrárias e castigos cruéis, e a liberdade de religião.

A Constituição estadunidense, de 17 de setembro de 1789, não apresentava uma declaração de direitos fundamentais, que somente nela foi inserida em 1791, com a promulgação conjunta das dez primeiras Emendas a seu texto. Até 1975 foram acrescentadas outras emendas, constituindo o *Bill of Rights* norte-americano. São consagrados, dentre outros direitos fundamentais, os direitos à liberdade de religião e culto, liberdade de palavra, liberdade de imprensa, liberdade de reunião pacífica, direito de petição, inviolabilidade da pessoa e do domicílio, o devido processo legal, o princípio do juiz natural, a proibição da escravatura, a igualdade perante a lei e o direito de sufrágio.

⁴⁰ **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 154.

Na mesma época, em 26 de agosto de 1789, foi editada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, pela Assembleia Constituinte francesa, documento mais importante de declaração de direitos que segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁴¹ foi “*por um século e meio o modelo por excelência das declarações*”, merecendo ainda hoje a reverência daqueles que se preocupam com a liberdade e os direitos do homem.

Diverge a doutrina acerca da influência da Revolução Americana e da Declaração da Virgínia na Declaração francesa. Enquanto uns, como Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁴², apontam, outros, como José Afonso da Silva⁴³, expressamente a repele, afirmando que a Declaração francesa foi preparada pelos revolucionários ao longo de todo o Século XVIII, apontando que as fontes ideológicas das declarações de direitos, tanto a francesa como as americanas, são europeias, admitindo, entretanto, que os franceses “emprestaram” a técnica dos norte-americanos.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, como declaração, pressupõe a existência desses direitos, ou seja, não os institui, não os cria, mas os reconhece, reconhece direitos de origem natural, que são intrínsecos ao ser humano. Por tal razão aponta-se, também, seu caráter universal, pois se são direitos intrínsecos ao homem não podem ser limitados aos franceses ou a qualquer outra nacionalidade. Tenciona a Declaração a defesa do indivíduo frente ao Estado, protegendo-o contra o arbítrio tanto do Legislativo como do Executivo.

São expressas liberdades, ou seja, direitos de agir ou não agir do indivíduo, consagrando-se liberdades como a de locomoção, de expressão, de propriedade, além da segurança. É verificada a ausência da liberdade de reunião e de associação, o que se explica em razão do caráter extremamente individualista do pensamento iluminista. Além das liberdades, quando se refere a direitos do “cidadão”, a declaração consagra formas de participação do indivíduo no Poder Político, como escolher representantes para participação na vontade geral ou fazê-lo diretamente, além do controle das atividades do Estado.

Tal Declaração expressamente consigna que os direitos consagrados não são absolutos, encontrando limites no exercício dos mesmos direitos pelos outros homens, limites estes a serem estabelecidos pela lei.

⁴¹ **Direitos Humanos Fundamentais**. 14ª edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012, p. 37.

⁴² **Direitos Humanos Fundamentais**. 14ª edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012, p. 38

⁴³ **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 157.

Completando o panorama geral dos instrumentos históricos que procuraram positivar os direitos fundamentais, devemos apontar que a partir do século XIX, mas principalmente no século XX, acompanhando a evolução histórica do pensamento e da doutrina anteriormente apontados, começaram a aparecer documentos que traziam, além das liberdades individuais perante o Estado, os direitos chamados sociais, como a Constituição mexicana de 1917, e a Constituição alemã de Weimar, de 1919.

Os citados documentos, motivados pela opressão econômica provocada pela ausência de interferência do Estado na economia e pela Revolução Industrial, com o surgimento de uma classe operária sem o mínimo de condições de subsistência, apresentavam a preocupação comum de que nada adiantava conferir, ou garantir, aos indivíduos liberdades sem que lhes fosse assegurada a possibilidade material de seu exercício. Procurou-se conferir direitos sociais ao homem, mediante a participação do estado na ordem econômica e social.

Houve, ainda, a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado soviética, de 1918, que, além da garantia dos direitos sociais e econômicos, dentro do regime capitalista, como os documentos acima mencionados, buscou uma nova concepção de Estado e de sociedade, que visava extirpar toda forma de opressão, suprimindo toda forma de exploração do homem pelo homem⁴⁴.

O documento de destaque seguinte, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, patrocinada pela Organização das Nações Unidas – ONU, de 10 de dezembro de 1948, face seu caráter supranacional, bem como sua notável importância, será tratado à parte, no tópico que segue.

2.3 A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948

Regionalmente, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948, foi precedida por outro documento supranacional, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, aprovada em Bogotá, na Colômbia, em 02 de maio de 1948.

⁴⁴ Cf. SILVA, JOSÉ AFONSO DA. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 160-161.

No entanto, o primeiro documento de caráter efetivamente universal a tratar dos direitos humanos foi a Declaração aprovada na terceira sessão ordinária da Assembleia Geral da ONU, realizada em Paris no ano de 1948.

Em seu preâmbulo, é afirmada a sua procedência da ideia de dignidade humana e de igualdade, já trazendo a fundamentalidade dos direitos sociais.

No corpo de seus trinta artigos são proclamados, dentre outros, a liberdade e a igualdade em dignidade e direitos de todos os indivíduos (arts. I e II), o direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal (art. III), a igualdade perante a lei (art. VII), a impossibilidade de prisões arbitrárias (art. IX), a inviolabilidade da vida privada, do lar e da correspondência (art. XII), a liberdade de locomoção (art. XIII), o direito de propriedade (art. XVII), a liberdade de pensamento, expressão e religião (arts. XVIII e XIX), a liberdade de reunião e associação (art. XX), além de direitos sociais (arts. XXII a XXIX).

É expressamente consignado que os direitos e liberdades não são absolutos, cabendo limitações impostas pela lei, com o fim de assegurar o livre exercício dos mesmos direitos pelos outros, além da moral e da ordem públicas e do bem-estar de uma sociedade democrática (art. XXIX, 2).

Discute-se, outrossim, a efetividade dos direitos e garantias trazidos pela Declaração, já que esta não traz instrumentos que a façam cogente, que a façam ser efetivamente cumprida. Para suprir essa ausência de efetividade, foram sendo firmados vários pactos e Convenções internacionais para que tais direitos sejam efetivamente assegurados, dentre eles o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos aprovados em 16 de dezembro de 1966 pela Assembleia Geral da ONU em Nova Iorque. Fundamentalmente esses Pactos nasceram para conferir eficácia jurídica à Declaração Universal dos Direitos do Homem, que se entendia ter apenas dimensão moral. O Brasil ratificou esses pactos apenas em 24 de janeiro de 1992, sendo que eles entraram em vigência no país em 24 de abril do mesmo ano.

Posteriormente, nas Américas, foi celebrada a Convenção Americana de Direitos Humanos, em 22 de novembro de 1969, em San José, na Costa Rica, que institucionalizou a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Novamente ressalve-se que o Brasil somente aderiu ao documento em 1992.

No âmbito europeu foi celebrada a Convenção de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, em 04 de novembro de 1950, em Roma, que é dotada de grande efetividade, já que previu mecanismos que asseguram a sua observância pelos países signatários, como a instituição da Comissão Europeia de Direitos do Homem e do Tribunal Europeu de Direitos do Homem.

2.4 As declarações de direitos nas Constituições contemporâneas

Para uma maior efetividade dos direitos fundamentais, desenvolveu-se, a partir do século XIX, a técnica de inscrevê-los nas Constituições nacionais, formulando-se um sistema de garantias constitucionais dos direitos fundamentais. Conforme ressalta José Afonso da Silva⁴⁵,

[...] Tal exigência técnica, no entanto, determinou que o reconhecimento desses direitos se fizesse segundo formulação jurídica mais caracterizadamente positiva, mediante sua inscrição no texto das constituições, visto que as declarações de direitos careciam de força e de mecanismos jurídicos que lhe imprimissem eficácia bastante.

O primeiro documento constitucional que apresentou uma declaração de direitos em seu corpo foi a Constituição do Império do Brasil de 1824, que, em seu artigo 179, trouxe a enunciação dos direitos fundamentais dos cidadãos brasileiros.

Na sequência, a Constituição da Bélgica de 1831 trouxe em seu Título II os direitos fundamentais dos belgas, sendo que, a partir de então, quase todas as constituições liberais democráticas passaram a trazer em seu corpo os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos que se vinculam ao respectivo Estado.

De se ressaltar que a Constituição dos Estados Unidos da América, de 1787, não trazia em seu corpo as garantias e direitos fundamentais dos cidadãos, tendo sido o *Bill of Rights* acrescido com a promulgação conjunta das dez primeiras Emendas, em 1791, e outras foram acrescentadas até 1975, conforme acima já apontado. Assim, explicamos as razões de considerarmos o texto brasileiro de 1824 como o primeiro a já trazer insculpido um rol de direitos e garantias fundamentais em seu corpo, seguido pela Constituição belga de 1831;

⁴⁵ **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 166-167.

foram esses dois textos que inauguraram a técnica de já trazer no corpo da Constituição a declaração de direitos do povo do respectivo Estado.

Com relação ao reconhecimento de direitos sociais e econômicos, são pioneiras as acima referidas Constituição mexicana de 1917 e a Constituição alemã de Weimar de 1919.

José Afonso da Silva ⁴⁶, face as diversas conformações das constituições contemporâneas no que tange às declarações de direitos, propõe sua classificação em quatro grupos distintos: 1) constituições liberais, que trazem principalmente os elementos liberais individuais, grupo este dividido em duas subespécies, as liberais típicas, que não trazem declaração de direitos sociais, e as liberais com declaração de direitos sociais; 2) constituições transformistas, assim entendidas aquelas que se comprometem a estabelecer uma transição para o socialismo democrático pluralista; 3) constituições socialistas, que trazem elementos sociais da igualdade; 4) constituições ditatoriais, que não reconhecem formalmente os direitos fundamentais, seja no aspecto liberal ou social, além daquelas constituições que apesar de reconhecerem os direitos fundamentais contêm fórmulas que possibilitem sua inobservância.

Esse o panorama geral acerca da consubstanciação de declarações de direitos nas constituições contemporâneas, ressaltando, novamente, que a totalidade da doutrina aponta que os direitos e garantias fundamentais constituem-se em disposições materialmente constitucionais, ou seja matérias típicas da constituição de um Estado.

3. As gerações de direitos fundamentais

Verificada a evolução histórica do pensamento acerca dos direitos humanos/fundamentais, fica bastante clara a clássica divisão dos referidos direitos em três gerações, conforme apontado pela absoluta maioria da doutrina que discorre acerca do tema. Cada uma dessas gerações tem relação com o período histórico e a evolução do pensamento na respectiva época.

A título preliminar, devemos explicar nossa opção terminológica pela expressão “gerações” de direitos fundamentais, e não pela expressão “dimensões” de direitos fundamentais, que é utilizada por parte importante e abalizada da doutrina acerca do tema.

⁴⁶ **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 169-170.

Entendemos o termo “gerações” como mais apropriado à ideia que se pretende transmitir com a classificação que será apresentada, qual seja, a de grupos de direitos humanos/fundamentais com determinadas características comuns decorrentes de uma determinada época histórica, bem como de uma evolução bastante nítida, geracional mesmo, na qual um novo momento histórico e novas preocupações do pensamento humano propiciam o aparecimento de direitos humanos ou fundamentais com novas características, acrescendo direitos àqueles já consagrados.

O termo “dimensões” traria uma ideia de que se estaria tratando de um mesmo grupo de direitos fundamentais observado por ângulos diferentes, ou seja, que seriam diversas faces de um mesmo objeto, o que não é exatamente a ideia que se pretende exprimir, pois quando falamos em direitos humanos ou fundamentais de gerações diferentes estamos a falar de grupos diversos de direitos, ainda que todos qualificados como humanos ou fundamentais, apresentando os caracteres comuns já acima explicitados. As gerações de direitos fundamentais diferem entre si pela justificativa histórica, pela preocupação relativa ao momento histórico na qual aqueles direitos foram admitidos como fundamentais.

Valendo-nos da lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁴⁷, temos que

As três gerações, como o próprio termo *gerações* indica, são os grandes momentos de conscientização em que se reconhecem “famílias” de direitos. Estes têm assim características jurídicas comuns e peculiares. Ressalve-se, no entanto, que, no que concerne à estrutura, há direitos que, embora reconhecidos num momento histórico posterior, têm a que é típica de direitos de outra geração. Mas isso é um fenômeno excepcional. (grifos no original)

Reconhecemos, outrossim, que contra a ideia de “gerações” temos a ausência de substituição de uma geração pela subsequente, como comumente ocorre na natureza. Explico: naturalmente temos a entender que quando surge uma segunda geração de algo, a primeira geração está superada, ou seja, que a segunda geração viria para substituir a primeira e assim subsequentemente, o que não ocorre no caso dos direitos fundamentais. As gerações de direitos fundamentais surgiram em épocas históricas diferentes, mas não substituíram umas as outras, ao contrário, acumularam-se e formam um espectro mais amplo de proteção.

Ainda assim, com essa ideia de cumulatividade de gerações de direitos fundamentais, entendemos o termo “gerações” mais adequado, já que exprime melhor a ideia matriz da divisão desses direitos em tais grupos. Ademais, a regra de que uma geração substitui a outra,

⁴⁷ **Direitos Humanos Fundamentais**. 14ª edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012, p. 24.

que deixaria de existir, não é irrefutável, já que é bastante comum a convivência entre gerações, sem qualquer necessidade de superação de uma geração por outra, ou tendência de extinção de uma geração em razão da existência de outra. Esse o posicionamento de Paulo Gustavo Gonet Branco⁴⁸:

Essa distinção entre gerações dos direitos fundamentais é estabelecida apenas com o propósito de situar os diferentes momentos em que esses grupos de direitos surgem como reivindicações acolhidas pela ordem jurídica. Deve-se ter presente, entretanto, que falar em sucessão de gerações não significa dizer que os direitos previstos num momento tenham sido suplantados por aqueles surgidos em instante seguinte. Os direitos de cada geração persistem válidos juntamente com os direitos da nova geração, ainda que o significado de cada um sofra o influxo das concepções jurídicas e sociais prevalentes nos novos momentos. [...]

Esclarecida nossa opção terminológica, passamos a examinar a classificação dos direitos fundamentais em gerações.

3.1 A primeira geração de direitos fundamentais

A primeira geração dos direitos fundamentais abarca aqueles direitos fundamentais que as constituições atribuem aos indivíduos como medidas de preservação de sua liberdade perante o poder estatal, constituindo-se, fundamentalmente, em direitos a abstenções estatais, direitos a que o Estado não interfira em certos campos da vida dos indivíduos. Abarca, ainda, os direitos de participação do indivíduo na formação da vontade estatal, de participação deste na sociedade, ou seja, os direitos políticos. Os direitos de primeira geração são apontados pela doutrina como direitos de liberdade, ou ,ainda, como direitos individuais e políticos.

Tais direitos são tidos como a primeira geração de direitos fundamentais pois foram os primeiros a serem positivados em declarações e pelas constituições, fruto da evolução histórica acima apresentada, especialmente dos ideais iluministas e de limitação do poder estatal, como resposta ao absolutismo.

Vejamos o quanto exposto por Vidal Serrano Nunes Júnior⁴⁹:

⁴⁸ **Curso de Direito Constitucional**. 6ª edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011, p. 156.

⁴⁹ **A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivção e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais**. São Paulo: Ed. Verbatim, 2009, p. 46.

Os primeiros direitos fundamentais reconhecidos e proclamados, quer por declarações universais, quer no âmbito interno de cada Estado, foram os individuais e os direitos políticos.

O florescimento de tal pletera de direitos guarda estreita correlação histórica com o fim das monarquias absolutas.

Os direitos de primeira geração são intimamente relacionados com a concepção de Estado de Direito, de submissão do Estado às leis, bem como à ideia de exercício do poder estatal de forma repartida, sem que houvesse sua concentração em uma determinada pessoa ou grupo de pessoas, evitando-se o arbítrio.

Os direitos de primeira geração implicam no reconhecimento de uma esfera da vida dos indivíduos, ou, nas palavras de Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior⁵⁰, de um “campo de domínio”, na qual não se admite atuação do Estado. São, por tal motivo, denominados, também, como “direitos negativos”, ou “liberdades públicas negativas”, denominações estas que levam em conta essa impossibilidade de atuação do Estado quando do exercício dos direitos pelos particulares.

Importante ressalva nos cumpre aqui apontar. Como acima referido, tem-se entendido que os direitos fundamentais não são apenas oponíveis contra o Estado, mas que podem ser opostos também a outros grupos sociais ou mesmo nas relações entre os indivíduos, no que se vem chamando de eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Nesses casos, o Estado atuaria positivamente, ou seja, haveria a necessidade de uma atuação estatal para que os direitos fundamentais, ainda que de primeira geração, fossem garantidos a seus titulares, impedindo a violação de direitos de um particular por outro particular. Parece-nos, aqui, inadequado utilizarmos as expressões “direitos negativos” ou “liberdades públicas negativas” para delimitarmos tais direitos, pois nesses casos a conduta estatal de garantia desses direitos seria comissiva, e não de abstenção.

Ainda que se entenda que haveria um direito a uma abstenção, não do Estado, mas dos outros indivíduos, não entendemos adequadas as referidas expressões, pois estariam a retratar realidades distintas, ora referindo-se à atuação estatal, ora referindo-se à atuação dos outros indivíduos membros daquela sociedade. Preferimos, assim, a denominação de direitos individuais (ou civis) e políticos.

⁵⁰Curso de Direito Constitucional. 18ª edição. São Paulo: Ed. Verbatim, 2014, p. 159.

Como exemplos dos direitos dessa primeira geração temos os direitos à liberdade de locomoção, às liberdades de pensamento e manifestação, às liberdades de religião e de culto, a inviolabilidade do domicílio, às liberdades de reunião e associação, dentre outros.

Notemos, ainda, que alguns desses direitos, como as liberdades de reunião e de associação, ainda que de exercício coletivo, são direitos individuais, direitos que expressam um campo de atuação dos indivíduos no qual o Estado não pode imiscuir-se; não é inadequado, assim, o uso da expressão “direitos individuais” mesmo para esses direitos, já que de fato são individuais, sendo que apenas seu exercício é coletivo. A forma de exercício do direito, ou sua forma de tutela jurisdicional em nada tem relação com sua natureza de direitos individuais à luz da classificação apresentada.

3.2 A segunda geração de direitos fundamentais

Tal geração de direitos fundamentais não nasce da preocupação com as liberdades do indivíduo perante o Estado, o que exigia sua abstenção, mas da preocupação com a satisfação das necessidades mínimas para que o indivíduo possa ter uma existência com dignidade; de nada adianta a liberdade do indivíduo perante o Estado se tal liberdade não pode ser exercida em razão de faltar materialmente o mínimo para que o indivíduo possa existir com dignidade. São os chamados direitos sociais, econômicos e culturais.

Essa geração de direitos fundamentais aponta, precipuamente, para a ideia de igualdade entre os indivíduos, ou seja, trata-se da noção de que o Estado deve agir para promover a redução das desigualdades existentes entre os membros da sociedade, provendo àqueles econômica, social e culturalmente desfavorecidos condições de viverem plena e condignamente. O Estado não deve mais se preocupar somente com a preservação da liberdade dos indivíduos, deixando de interferir, mas deve preocupar-se também com o seu bem-estar, agindo positivamente para reduzir as desigualdades e para garantir o mínimo existencial para todos. Os direitos fundamentais de segunda geração são também chamados de direitos de igualdade.

Conforme apresentado na evolução histórica do pensamento acerca dos direitos fundamentais, a total ausência do Estado nas relações econômicas e de trabalho, associada à

revolução tecnológica e industrial, gerou uma significativa massa de desempregados ou de pessoas com salários baixíssimos, que não lhes garantia o mínimo para uma existência digna. Frente tal situação, e até como forma de evitar-se uma revolução, os textos constitucionais passaram a garantir aos indivíduos o direito a um mínimo de condições materiais para sua existência digna.

Trata-se de direitos que apontam para uma posição do Estado em relação à sua garantia completamente oposta à sua posição em relação aos chamados direitos fundamentais de primeira geração, pois se estes exigem, via de regra, uma abstenção do Estado, os direitos fundamentais de segunda geração exigem, em grande parte dos casos, prestações positivas do estado, ou seja, atuações do Estado para prover os indivíduos de determinados direitos, atividades do poder público para que o indivíduo tenha garantida sua existência plena e digna. Como aponta Paulo Gustavo Gonet Branco⁵¹,

[...] O ideal absentéista do estado liberal não respondia, satisfatoriamente, às exigências do momento. Uma nova compreensão do relacionamento Estado/sociedade levou os Poderes Públicos a assumir o dever de operar para que a sociedade lograsse superar suas angústias estruturais. [...] Como consequência, uma diferente pleora de direitos ganhou espaço no catálogo dos direitos fundamentais – direitos que não mais correspondem a uma pretensão de abstenção do Estado, mas que o obrigam a prestações positivas. [...]

É de se ressaltar que normalmente os direitos fundamentais de segunda geração são associados a direitos a prestações positivas por parte do Estado, o que, no entanto, nem sempre corresponde aos direitos reconhecidos como direitos sociais. Os direitos sociais compreendem uma grande gama de direitos, bastante heterogênea entre si, como o direito à saúde, o direito à educação, o direito à alimentação, o direito à assistência social, o direito à previdência, o direito ao lazer e os direitos trabalhistas. Dessa forma, face essa diversidade de direitos englobados dentre os direitos sociais, há direitos que de fato exigem uma atividade do Estado, como os direitos à saúde, à educação, à assistência e previdência social, mas há outros que exigem uma abstenção do Poder Estatal, como é o caso do direito trabalhista de greve. Outros direitos sociais, por sua vez, como bem aponta Vidal Serrano Nunes Júnior⁵², exigem atividades do Estado não no sentido de prestações positivas, mas com aquele atuando em atividade reguladora, como a fixação de pisos salariais, ou de normas de intervenção no domínio privado.

⁵¹ **Curso de Direito Constitucional**. 6ª edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011, p. 155.

⁵² Cf. **A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivização e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais**. São Paulo: Ed. Verbatim, 2009, p. 63 e ss.

Temos, assim, que a segunda geração dos direitos fundamentais encampa os direitos sociais, econômicos e culturais, destinados à promoção da igualdade entre os indivíduos, exigindo, como regra mas não exclusivamente, prestações positivas do Estado para sua garantia.

3.3 A terceira geração dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais de terceira geração são aqueles que revelam uma preocupação do ser humano enquanto integrante da comunidade mundial, enquanto membro da sociedade global. São direitos que o indivíduo tem em relação a um ambiente seguro, sadio e solidário para sua existência. São os chamados direitos de solidariedade ou de fraternidade.

Conforme ressaltam Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior, *“Enfoca-se o ser humano relacional, em conjunção com o próximo, sem fronteiras físicas ou econômicas”*⁵³.

Tais direitos passaram a constar das constituições dos Estados muito em razão dos acontecimentos das Grandes Guerras Mundiais e do Holocausto, como forma de reconstrução da sociedade, decorrente de um sentimento de solidariedade entre os povos.

Dentre os direitos fundamentais de terceira geração encontramos o direito à paz no mundo, o direito à preservação do meio-ambiente e do patrimônio comum da humanidade e o direito ao relacionamento ético entre as nações.

Grande parte da doutrina aponta como direitos fundamentais de terceira geração os direitos difusos e coletivos o que, no entanto, não nos parece adequado, como não seria adequado, ademais, a sua inserção em qualquer das outras gerações de direitos fundamentais. As gerações de direitos fundamentais compõem uma classificação dos direitos fundamentais levando em conta a evolução histórica, ou seja, o fator de distinção entre as gerações dos direitos fundamentais é a evolução histórica que implicou seu surgimento. Os chamados direitos difusos e coletivos não compõem uma categoria de direitos assim classificados em função de sua evolução, mas sua classificação como difusos ou coletivos toma como pressuposto a forma de tutela jurisdicional, individual ou metaindividual. Há, assim, a

⁵³ **Curso de Direito Constitucional**. 18ª edição. São Paulo: Ed. Verbatim, 2014, p. 160.

possibilidade de existência direitos difusos ou coletivos dentre os direitos de quaisquer das gerações, desde que a forma de sua tutela jurisdicional seja metaindividual (difusa, coletiva ou individual homogênea).

4. Os direitos fundamentais nas Constituições brasileiras

Como acima anotado, os direitos fundamentais são aqueles direitos humanos positivados em um determinado ordenamento jurídico nacional. Verificaremos, aqui, como tal positivação se deu no ordenamento jurídico brasileiro.

Todas as Constituições brasileiras preocuparam-se em apresentar declarações de direitos fundamentais. Com maior ou menor detalhamento, com nomenclaturas diversas, o fato é que todos os textos constitucionais pátrios, desde o período do Império, consagraram em seus corpos declarações de direitos.

Por fugir ao escopo do presente trabalho, não traremos em pormenores os direitos fundamentais trazidos em cada uma das Constituições brasileiras, mas apenas apresentaremos um panorama geral de cada uma delas.

Optamos, assim, por nos determos um pouco mais na Carta de 1824, que, como acima visto, foi o primeiro texto constitucional no mundo a trazer em seu corpo uma declaração de direitos, e, na sequência, pela apresentação conjunta de todas as Constituições republicanas pré-1988. O texto constitucional vigente também será objeto de um detalhamento maior.

4.1 A Constituição Política do Império do Brasil de 1824

O primeiro texto constitucional brasileiro, datado de 1824, ainda na época do Império do Brasil, já trazia em seu corpo uma declaração de direitos fundamentais, tendo sido, como já verificamos, o primeiro texto constitucional a conter uma declaração de direitos em seu corpo.

Embora sem trazer a denominação de “direitos fundamentais”, trouxe a Constituição de 1824, em seu artigo 179⁵⁴ um rol de 35 incisos contendo direitos e garantias individuais.

⁵⁴ “Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. I. Nenhum Cidadão pôde ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma cousa, senão em virtude da Lei. II. Nenhuma Lei será estabelecida sem utilidade publica. III. A sua disposição não terá effeito retroactivo. IV. Todos podem communicar os seus pensamentos, por palavras, escriptos, e publicar-os pela Imprensa, sem dependencia de censura; com tanto que hajam de responder pelos abusos, que commetterem no exercicio deste Direito, nos casos, e pela fôrma, que a Lei determinar. V. Ninguem pôde ser perseguido por motivo de Religião, uma vez que respeite a do Estado, e não offenda a Moral Publica. VI. Qualquer pôde conservar-se, ou sahir do Imperio, como lhe convenha, levando consigo os seus bens, guardados os Regulamentos policiaes, e salvo o prejuizo de terceiro. VII. Todo o Cidadão tem em sua casa um asylo inviolavel. De noite não se poderá entrar nella, senão por seu consentimento, ou para o defender de incendio, ou inundaçãõ; e de dia só será franqueada a sua entrada nos casos, e pela maneira, que a Lei determinar. VIII. Ninguem poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na Lei; e nestes dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em Cidades, Villas, ou outras Povoações proximas aos logares da residencia do Juiz; e nos logares remotos dentro de um prazo razoavel, que a Lei marcará, attenta a extensão do territorio, o Juiz por uma Nota, por elle assignada, fará constar ao Réo o motivo da prisão, os nomes do seu accusador, e os das testemunhas, havendo-as. IX. Ainda com culpa formada, ninguem será conduzido á prisão, ou nella conservado estando já preso, se prestar fiança idonea, nos casos, que a Lei a admite: e em geral nos crimes, que não tiverem maior pena, do que a de seis mezes de prisão, ou desterro para fóra da Comarca, poderá o Réo livrar-se solto. X. A' excepção de flagrante delicto, a prisão não pôde ser executada, senão por ordem escripta da Autoridade legitima. Se esta fôr arbitraria, o Juiz, que a deu, e quem a tiver requerido serão punidos com as penas, que a Lei determinar. O que fica disposto acerca da prisão antes de culpa formada, não comprehende as Ordenanças Militares, estabelecidas como necessarias á disciplina, e recrutamento do Exercito; nem os casos, que não são puramente criminaes, e em que a Lei determina todavia a prisão de alguma pessoa, por desobedecer aos mandados da justiça, ou não cumprir alguma obrigação dentro do determinado prazo. XI. Ninguem será sentenciado, senão pela Autoridade competente, por virtude de Lei anterior, e na fôrma por ella prescripta. XII. Será mantida a independencia do Poder Judicial. Nenhuma Autoridade poderá avocar as Causas pendentes, sustal-as, ou fazer reviver os Processos findos. XIII. A Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, o recompensará em proporção dos merecimentos de cada um. XIV. Todo o cidadão pode ser admittido aos Cargos Publicos Civis, Politicos, ou Militares, sem outra differença, que não seja dos seus talentos, e virtudes. XV. Ninguem será exempto de contribuir pera as despezas do Estado em proporção dos seus haveres. XVI. Ficam abolidos todos os Privilegios, que não forem essencial, e inteiramente ligados aos Cargos, por utilidade publica. XVII. A' excepção das Causas, que por sua natureza pertencem a Juizos particulares, na conformidade das Leis, não haverá Foro privilegiado, nem Comissões especiaes nas Causas civeis, ou crimes. XVIII. Organizar-se-ha quanto antes um Codigo Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade. XIX. Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas crueis. XX. Nenhuma pena passará da pessoa do delinquente. Por tanto não haverá em caso algum confiscação de bens, nem a infamia do Réo se transmittirá aos parentes em qualquer grão, que seja. XXI. As Cadêas serão seguras, limpas, o bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos Réos, conforme suas circumstancias, e natureza dos seus crimes. XXII. E'garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem publico legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será elle préviamente indemnizado do valor della. A Lei marcará os casos, em que terá logar esta unica excepção, e dará as regras para se determinar a indemnisação. XXIII. Tambem fica garantida a Divida Publica. XXIV. Nenhum genero de trabalho, de cultura, industria, ou commercio pôde ser prohibido, uma vez que não se opponha aos costumes publicos, á segurança, e saude dos Cidadãos. XXV. Ficam abolidas as Corporações de Officios, seus Juizes, Escrivães, e Mestres. XXVI. Os inventores terão a propriedade das suas descobertas, ou das suas producções. A Lei lhes assegurará um privilegio exclusivo temporario, ou lhes remunerará em resarcimento da perda, que hajam de soffrer pela vulgarisação. XXVII. O Segredo das Cartas é inviolavel. A Administração do Correio fica rigorosamente responsavel por qualquer infracção deste Artigo. XXVIII. Ficam garantidas as recompensas conferidas pelos serviços feitos ao Estado, quer Civis, quer Militares; assim como o direito adquirido a ellas na fôrma das Leis. XXIX. Os Empregados Publicos são strictamente responsaveis pelos abusos, e omissões praticadas no exercicio das suas funcções, e por não fazerem effectivamente responsaveis aos seus subalternos. XXX. Todo o Cidadão poderá apresentar por escripto ao Poder Legislativo, e ao Executivo reclamações, queixas, ou petições, e até expôr qualquer infracção da Constituição, requerendo perante a competente Auctoridade a effectiva responsabilidade dos infractores. XXXI. A Constituição tambem garante os soccorros publicos. XXXII. A Instrucção primaria, e gratuita a todos os

Não foi destinado a tais disposições um capítulo próprio da Constituição, que inseriu o citado artigo 179 conjuntamente com suas disposições gerais, em seu Título 8º, denominado “Das disposições Geraes, e Garantias dos Direitos Civis e Políticos dos Cidadãos Brasileiros”.

O *caput* do artigo 179 da Constituição de 1824 expressamente afirma a inviolabilidade da liberdade, da segurança individual e da propriedade dos cidadãos brasileiros, não havendo menção aos estrangeiros residentes no país. Percebe-se que a preocupação era exclusivamente com os direitos de liberdade, aqueles que acima denominamos de direitos de primeira geração, garantindo o indivíduo contra o poder estatal, como era assente no momento histórico de elaboração do texto.

Foram garantidas as liberdades de expressão e de religião, bem como a inviolabilidade do domicílio, consagradas ainda a liberdade de locomoção e a proibição da prisão arbitrária. A irretroatividade da lei foi expressamente declarada.

A preocupação da Constituição, nitidamente, era a de garantia do cidadão brasileiro contra o abuso do poder estatal, com a consagração dos direitos e garantias individuais.

Os direitos de nacionalidade e políticos foram trazidos pelos artigos 6 a 8, bem como 90 a 97 da Constituição de 1824, fora da chamada “Declaração de Direitos”.

4.2 As Constituições republicanas pré-1988

Todas as Constituições do período republicano brasileiro trouxeram em seus textos as declarações de direitos, embora com características distintas.

Cidadãos. XXXIII. Collegios, e Universidades, aonde serão ensinados os elementos das Sciencias, Bellas Letras, e Artes. XXXIV. Os Poderes Constitucionaes não podem suspender a Constituição, no que diz respeito aos direitos individuaes, salvo nos casos, e circunstancias especificadas no paragrapho seguinte. XXXV. Nos casos de rebelião, ou invasão de inimigos, pedindo a segurança do Estado, que se dispensem por tempo determinado algumas das formalidades, que garantem a liberdede individual, poder-se-ha fazer por acto especial do Poder Legislativo. Não se achando porém a esse tempo reunida a Assembléa, e correndo a Patria perigo imminente, poderá o Governo exercer esta mesma providencia, como medida provisoria, e indispensavel, suspendendo-a immediatamente que cesse a necessidade urgente, que a motivou; devendo num, e outro caso remetter á Assembléa, logo que reunida fôr, uma relação motivada das prisões, e d'outras medidas de prevenção tomadas; e quaesquer Autoridades, que tiverem mandado proceder a ellas, serão responsaveis pelos abusos, que tiverem praticado a esse respeito.”

A primeira constituição republicana (Constituição dos Estados Unidos do Brasil), de 1891, em seu Título IV (Dos Cidadãos Brasileiros), trouxe uma Seção (II) expressamente com a denominação “Declaração de Direitos”. O artigo 72 da Constituição de 1891, trouxe um rol de direitos fundamentais com 31 parágrafos, destinados aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país, garantindo a liberdade, a segurança individual e a propriedade.

Percebemos a inserção dos estrangeiros residentes no país como titulares de direitos fundamentais, mas o rol, assim, como na Carta de 1824, permaneceu restrito às chamadas garantias e direitos individuais, os direitos civis. Novamente havia apenas a consagração de direitos de defesa dos indivíduos contra o poder estatal.

Os artigos 73 a 77 da Constituição de 1891, ainda contidos na Seção denominada “Declaração de Direitos”, traziam questões relativas ao acesso aos cargos públicos, aposentadoria dos servidores, bem como assuntos acerca dos militares, como a instituição do Supremo Tribunal Militar e a instituição de foro especial.

Seu artigo 78 traz fórmula que indica não serem exaustivos os direitos e garantias individuais arrolados naquela Seção II do Título IV, dispondo que “*A especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consigna*”.

Os direitos políticos e de nacionalidade, embora constantes da Constituição de 1891, no mesmo Título IV, estavam apartados da “Declaração de Direitos”, constando da Seção I (artigos 69/71).

A Constituição de 1934 (Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil) trouxe um Título (III) inteiramente dedicado à Declaração de Direitos, composto de dois Capítulos, um (I) dedicado aos direitos políticos e de nacionalidade (artigos 106/112), e outro (II) aos direitos e garantias individuais (artigos 113/114).

O rol do artigo 113 é composto de 38 incisos, destinados a assegurar aos brasileiros e estrangeiros residentes no país direitos à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade.

Notamos, assim, especialmente com a referência ao direito à subsistência, a inserção como direitos fundamentais dos direitos econômicos e sociais, direitos de segunda geração,

fenômeno notado nas Constituições pós-Primeira Guerra Mundial, como é o caso da Constituição de 1934. O Título IV da Constituição, aliás, é dedicado à ordem econômica e social, sendo expressamente declarado no artigo 115 que a organização da ordem econômica deveria se dar conforme os princípios da justiça e conforme as necessidades da vida nacional, possibilitando a todos existência digna.

Tendo em vista o disposto no artigo 114 da Constituição de 1934, constante da declaração de direitos, que afirma textualmente que “*A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros, resultantes do regime e dos princípios que ela adota*”, associado ao caput do artigo 113, que faz referência à garantia à subsistência, assim como os princípios vetores da ordem econômica acima citados, podemos afirmar o reconhecimento dos direitos econômicos e sociais como direitos fundamentais pelo ordenamento jurídico brasileiro de então.

A Constituição de 1934, então, além de formalmente inserir os direitos políticos e de nacionalidade na declaração de direitos, expressamente trouxe a consagração dos direitos sociais e econômicos como direitos fundamentais.

Por sua vez, a Constituição de 1937 (Constituição dos Estados Unidos do Brasil), ditatorial, não fez menção expressa à “Declaração de Direitos”, trazendo em seus artigos 115 a 121 os direitos políticos e de nacionalidade, e, em seu artigo 122 um rol de direitos e garantias individuais, que, como se sabe, foram muito pouco observados no período de vigência do texto.

A menção à garantia da subsistência foi retirada, assim como do Capítulo da ordem econômica foi retirada a previsão de possibilitar a todos uma existência digna e a regulação da ordem econômica conforme os princípios da Justiça, tendo sido mantida, no entanto, a proteção a alguns direitos dos trabalhadores. A possibilidade de intervenção do Estado na economia foi elevada ao extremo pelo Texto Constitucional.

O sentido da Constituição de 1937 pode ser entendido com precisão na simples verificação da capciosa redação do seu artigo 123, que transcrevemos:

Art. 123 - A especificação das garantias e direitos acima enumerados não exclui outras garantias e direitos, resultantes da forma de governo e dos princípios consignados na Constituição. O uso desses direitos e garantias terá por limite o bem público, as necessidades da defesa, do bem-estar, da paz e da ordem coletiva, bem como as exigências da segurança da Nação e do Estado em nome dela constituído e organizado nesta Constituição.

A utilização das cláusulas genéricas e imprecisas do “bem público”, das “necessidades de defesa”, do “bem-estar”, da “paz e da ordem coletiva”, além das “exigências da segurança da Nação e do Estado”, como limitações aos direitos e garantias individuais aponta para o seu total desrespeito, o que de fato ocorreu em tal período.

A Constituição de 1937, assim, no tocante aos direitos fundamentais, retrocedeu em relação à Constituição de 1934.

Já a Constituição de 1946 voltou a trazer um Título (IV) denominado “Da Declaração de Direitos”, e, a exemplo do texto de 1934, o dividiu em dois capítulos, dedicados à nacionalidade e à cidadania (Capítulo I) e aos direitos e garantias individuais (Capítulo II). Os direitos políticos e de nacionalidade, assim, voltaram a fazer parte da declaração de direitos.

Não foi restabelecido no *caput* do artigo que traz o rol de direitos e garantias individuais (artigo 141) o direito à subsistência, mas foi acrescido o direito à vida, ao lado dos sempre presentes direitos à liberdade, à segurança individual e à propriedade. O artigo 144 da Constituição novamente trouxe a possibilidade de reconhecimento de direitos e garantias individuais decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição, sem as cláusulas genéricas de limitação trazidas pelo texto de 1937.

O Título V da Constituição de 1946 é dedicado à ordem econômica e social, trazendo como princípios a justiça social e a valorização do trabalho humano. A existência digna é expressamente assegurada pelo artigo 145, parágrafo único. Há, dessa forma, um reforço à garantia dos direitos sociais e econômicos dos indivíduos, com uma melhor disposição inclusive em relação à Constituição de 1934, com o Título VI dedicado à família, à educação e à cultura, com a consagração de direitos sociais relevantes.

A Constituição de 1967 (Constituição da República Federativa do Brasil), bem como a Emenda Constitucional nº 1 de 1969, apresentam seu Título II com a denominação de “Da Declaração de Direitos”, com divisão em cinco capítulos, a saber: I) da nacionalidade; II) dos direitos políticos; III) dos partidos políticos; IV) dos direitos e garantias individuais; V) do estado de sítio (Das Medidas de Emergência, do Estado de Sítio e do Estado de Emergência, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1 de 1969).

A declaração de direitos, assim, conta com os direitos e garantias individuais, bem como com os direitos políticos e de nacionalidade. As possíveis limitações aos direitos e

garantias constantes da declaração de direitos, trazidos pelo regime excepcional do estado de sítio, também contaram como parte da declaração de direitos.

A Carta de 1967, bem como a Emenda Constitucional nº 1 de 1969 trazem também títulos dedicados à ordem econômica e social (III) e à família, à educação e à cultura (IV), como na Constituição de 1946.

A ordem econômica e social passa a ter por princípios aqueles insculpidos no artigo 160 do texto:

Art. 160. A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios:

I - liberdade de iniciativa;

II - valorização do trabalho como condição da dignidade humana;

III - função social da propriedade;

IV - harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção;

V - repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros; e

VI - expansão das oportunidades de emprego produtivo.

Dessa forma, os direitos sociais e econômicos continuaram prestigiados pelo ordenamento constitucional brasileiro, com estrutura bastante sólida, embora no período correspondente à ditadura militar o Estado tenha solenemente deixado de observar grande parte das disposições constantes da Lei Maior.

4.3 A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

O atual Texto Constitucional traz um título específico dedicado aos “Direitos e Garantias Fundamentais” (Título II), dividido em cinco capítulos, a saber: I) “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos; II) “Dos Direitos Sociais”; III) “Da Nacionalidade”; IV) “Dos Direitos Políticos”; V) “Dos Partidos Políticos”.

Podemos afirmar, assim, que a Constituição de 1988 adotou sistema que consagra como gênero os direitos e garantias fundamentais, do qual são espécies os direitos individuais e coletivos, os direitos sociais e os direitos políticos e de nacionalidade⁵⁵.

O Capítulo I do Título II da Constituição Federal de 1988 (“Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”) é composto unicamente pelo artigo 5º, que em seu *caput* coloca como princípio nuclear dos direitos fundamentais a igualdade, garantindo aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país “a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”, na forma especificada em seus 78 incisos.

A igualdade, no atual texto constitucional, teve sua topografia alterada em relação ao regime constitucional anterior, tendo sido alçada para o *caput* do artigo 5º, da Lei Maior.

A forma como colocada a igualdade na Constituição Federal aponta para a necessidade de considerá-la como pressuposto de interpretação de todos os outros direitos e garantias fundamentais, ou seja, toda e qualquer disposição constitucional garantidora de um direito fundamental (e, em especial, aquelas constantes do artigo 5º, que traz um rol não exaustivo de direitos fundamentais) deve ser olhada e aplicada considerando-se a igualdade de todos perante a lei, bem como a igualdade na lei.

Devemos, então, ter a igualdade como direcionadora de todas as disposições constitucionais garantidoras de direitos fundamentais, ou dito de outra forma, os direitos e as garantias fundamentais são estabelecidos como forma de promoção da efetiva igualdade de todos.

O Capítulo II, do Título II da Constituição é dedicado aos direitos sociais, consagrando, no artigo 6º, expressamente a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência dos desamparados como direitos sociais. O Artigo 7º, por sua vez, traduz disposições relativas às relações de trabalho, garantindo direitos sociais aos trabalhadores, preocupação também dos artigos 8º a 11 da Constituição.

No tocante aos direitos sociais, devemos apontar que a Constituição de 1988 traz Títulos específicos acerca da ordem econômica e financeira (Título VII) e da ordem social (Título VIII), que inclui capítulos sobre a seguridade social e a educação, dentre outros

⁵⁵ Nesse sentido, confira-se ARAUJO, LUIZ ALBERTO DAVID; NUNES JUNIOR, VIDAL SERRANO. **Curso de Direito Constitucional**. 18ª edição. São Paulo: Ed. Verbatim, 2014, p. 174.

(veremos, nos tópicos subsequentes, a possibilidade de existência de direitos fundamentais fora do Título II da Constituição Federal).

Importante ressaltar que a ordem econômica tem por fim “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (artigo 170 da Constituição) e que é primado da ordem social o trabalho, e seu objetivo consiste no bem-estar e na justiça sociais (artigo 193 da Constituição). Fica assente, assim, o caráter social do Estado brasileiro, demonstrando a extrema valorização atribuída aos direitos sociais.

Como direitos fundamentais, ainda, são considerados os direitos de nacionalidade, trazidos no Capítulo III, do Título II, da Constituição Federal, além dos direitos políticos, consagrados no Capítulo IV do mesmo Título, com destaque do constituinte para os partidos políticos, que receberam um Capítulo próprio dentro do Título (Capítulo V).

Não esqueceu o constituinte, também, dos chamados direitos fundamentais de terceira geração, já que a Constituição traz a defesa do consumidor como um dos princípios da ordem econômica (Artigo 170, V, da Constituição Federal), bem como é dedicado Capítulo específico ao meio ambiente, dentro do Título relativo à ordem social (Capítulo VI, do Título VIII, da Constituição).

4.3.1 A aplicabilidade das normas consagradoras de direitos fundamentais e a possibilidade de integração do seu catálogo

Os parágrafos do artigo 5º da atual Constituição Federal trazem regras acerca da aplicabilidade e eficácia das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, bem como acerca do reconhecimento de outros direitos e garantias que não aqueles expressos diretamente na Constituição.

Nesse sentido, é determinado pela Lei Maior que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (art. 5º, §1º), bem como a cláusula já tradicional em nosso direito acerca da possibilidade de reconhecimento de direitos e garantias fundamentais não expressos na Constituição, mas decorrentes “do regime e princípios por ela adotados”, acrescida, outrossim, da possibilidade de reconhecimento de direitos fundamentais em tratados internacionais em que o Brasil seja parte (art. 5º, §2º).

4.3.1.1 A aplicabilidade imediata das normas consagradoras de direitos fundamentais

Segundo dispõe o artigo 5º, §1º, da Constituição Federal, as normas consagradoras de direitos fundamentais têm aplicação imediata.

Tal disposição constitucional, no entanto, como bem ressalta Ingo Wolfgang Sarlet⁵⁶, não pode ser tomada de modo extremado, no sentido de que toda e qualquer norma consagradora de direito fundamental deva ser imediatamente implementada, ainda que não contenha os elementos necessários para tanto, carecendo de intervenção do legislador ordinário para tanto.

Parece-nos que a melhor interpretação do dispositivo em comento é a que leva ao reconhecimento da necessidade de que às normas consagradoras de direitos fundamentais deverá ser emprestada a máxima aplicabilidade e efetividade possível diante do caso concreto, ou seja, ainda que não se possa delas extrair todas as suas consequências de direito, sua interpretação e aplicação diante de uma situação concreta deverão ser procedidas de forma a lhes garantir a maior aplicação possível. Se todas as normas constitucionais são dotadas de um mínimo de eficácia, as normas consagradoras de direitos fundamentais também o são, mas, no tocante a estas o aplicador do direito deverá cuidar para que tenham a maior efetividade possível.

Essas as lições de Ingo Wolfgang Sarlet, que discorre:

Se, portanto, todas as normas constitucionais sempre são dotadas de um mínimo de eficácia, no caso dos direitos fundamentais, à luz do significado outorgado ao art. 5º, §1º, de nossa Lei Fundamental, pode afirmar-se que aos poderes públicos incumbe a tarefa e o dever de extrair das normas que os consagram (os direitos fundamentais) a maior eficácia possível, outorgando-lhes, neste sentido, efeitos reforçados relativamente às demais normas constitucionais, já que não há como desconsiderar a circunstância de que a presunção de aplicabilidade imediata e plena eficácia que milita em favor dos direitos fundamentais constitui, em verdade, um dos esteios de sua fundamentalidade formal no âmbito da Constituição. [...] ⁵⁷

⁵⁶ **A Eficácia dos Direitos Fundamentais – Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional.** 11ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 261-274.

⁵⁷ **A Eficácia dos Direitos Fundamentais – Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional.** 11ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 272.

De fato, não se pode interpretar o artigo 5º, §1º, da Constituição Federal, no sentido de que todas as normas consagradoras de direitos fundamentais estejam absolutamente prontas para produzirem todos os seus efeitos jurídicos, ainda quando claramente indicado pela Constituição a necessidade de atuação do legislador infraconstitucional⁵⁸. Assim, devemos entender tal norma como um mandamento constitucional que determina a necessidade de aplicação mais efetiva das normas consagradoras de direitos fundamentais, demonstrando a especial deferência dedicada pelo constituinte brasileiro à matéria.

4.3.1.2 Direitos fundamentais que não constam do Título II da Constituição Federal

Face o mencionado artigo 5º, §2º, da Constituição Federal, podemos entender que os direitos e garantias fundamentais encontram-se pulverizados por todo o texto constitucional, inclusive implicitamente, embora, logicamente, com prevalência nos seus artigos 5º a 17, que, indiscutivelmente constituem disposições com tal conteúdo. O disposto no artigo 5º, §2º, da Constituição Federal torna indispensável, também, a compreensão dos chamados “Princípios Fundamentais” do Estado brasileiro, contidos no Título I da Lei Maior, para a identificação dos direitos fundamentais dispersos ao longo do Texto⁵⁹. Ingo Wolfgang Sarlet é taxativo ao

⁵⁸ Segundo José Afonso da Silva, as normas constitucionais, quanto à sua eficácia, podem ser classificadas em: 1) *normas constitucionais de eficácia plena*, que são todas as normas que, desde a entrada em vigor da constituição produzem todos os seus efeitos essenciais ou têm a possibilidade de produzi-los; 2) *normas constitucionais de eficácia contida*, que são aquelas que incidem imediatamente e produzem (ou podem produzir) todos os efeitos queridos, mas preveem meios ou conceitos que permitem manter sua eficácia contida em certos limites, dadas certas circunstâncias; 3) *normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida*, que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte deixou o estabelecimento da normatividade para isto bastante a cargo do legislador ordinário ou a outro órgão do Estado. Confira-se a respeito a clássica obra do Ilustre Mestre, **Aplicabilidade das Normas Constitucionais** (8ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2012).

O mesmo autor, analisando o artigo 5º, §1º da Constituição Federal, aponta posicionamento no sentido de que a “aplicação imediata” das normas consagradoras de direitos fundamentais não tem o condão de resolver todas as questões, especialmente no caso de a Constituição prever a necessidade de legislação ulterior integrativa, o que é muito comum no caso dos direitos sociais (**Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 179-180).

⁵⁹ Disposição exatamente no mesmo sentido, da admissão de outros direitos decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição além daqueles expressamente declarados (embora sem menção a direitos decorrentes de tratados internacionais) já constava da Constituição de 1967, que foi posteriormente alterada pela Emenda Constitucional 1 de 1969, em seu artigo 153, §36. Comentando tal dispositivo, Pontes de Miranda afirmou: “O que se diz é que – os termos são os da Constituição norte-americana – a enumeração de alguns direitos na Constituição não pode ser interpretada no sentido de excluir ou enfraquecer outros direitos que tem o povo.” E, mais adiante: “Os textos constitucionais, quando se preocupam com os direitos das indivíduos e dos nacionais, mais cogitam daqueles que facilmente se põem em perigo. Com isso, não negam outros como, por exemplo, o *direito à vida*.” (**Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969**. Tomo V. São

afirmar que “*Neste contexto, importa salientar que o rol do art. 5º, apesar de analítico, não tem cunho taxativo*”⁶⁰.

Tal disposição constitucional, no tocante aos direitos decorrentes do regime e princípios adotados pela Constituição, constitui-se em uma cláusula de abertura material, ou seja, de acordo com a interpretação dos princípios consagrados pela Lei Maior, em especial a dignidade humana, alçada a fundamento do Estado brasileiro, podemos encontrar ao longo do texto constitucional outros direitos fundamentais que não aqueles expressamente consignados no Título II da Constituição, assim caracterizados por seu conteúdo, ou seja, por um critério material.

Nesse sentido a lição de Paulo Gustavo Gonet Branco:

É legítimo, portanto, cogitar de direitos fundamentais previstos expressamente no catálogo da Carta e de direitos materialmente fundamentais que estão fora da lista. Direitos não rotulados expressamente como fundamentais no título próprio da Constituição podem ser assim tidos, a depender da análise de seu objeto e dos princípios adotados pela Constituição. A sua fundamentalidade decorre da sua referência a posições jurídicas ligadas ao valor da dignidade humana; em vista da sua importância, não podem ser deixados à disponibilidade do legislador ordinário⁶¹.

Dessa forma, há a possibilidade de reconhecimento de direitos fundamentais fora do rol trazido no Título I da Constituição ou mesmo implícitos em seu texto, que, por força do artigo 5º, §2º, da Lei Maior, terão o mesmo reconhecimento e a mesma hierarquia daqueles expressamente declarados.

Com relação aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, diverso é o entendimento que adotamos, consubstanciado no posicionamento do Supremo Tribunal Federal.

Abalizada corrente doutrinária⁶² aponta que o disposto o artigo 5º, §2º, da Constituição Federal implica na hierarquia constitucional dos tratados internacionais versando sobre

Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1974, p. 659 – grifos no original).

⁶⁰ **A Eficácia dos Direitos Fundamentais – Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 11ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 79.

⁶¹ **Curso de Direito Constitucional**. 6ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 194.

⁶² Confira-se o posicionamento de Ingo Wolfgang Sarlet a respeito do tema: “à luz dos argumentos esgrimidos, verifica-se que a tese da equiparação (por força do disposto no art. 5º, §2º, da CF) entre os direitos fundamentais localizados em tratados internacionais e os sediados na Constituição formal é a que mais se harmoniza com a especial dignidade jurídica e axiológica dos direitos fundamentais na ordem jurídica interna e internacional, constituindo, ademais, pressuposto indispensável à construção e consolidação de um autêntico direito constitucional internacional dos direitos humanos, resultado da interpenetração cada vez maior entre os direitos fundamentais constitucionais e os direitos humanos dos instrumentos jurídicos internacionais”. (**A Eficácia dos**

direitos humanos de que o Brasil seja signatário, exatamente como no caso dos direitos decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição. Vejamos as lições de Flávia Piovesan acerca do tema:

Logo, por força do art. 5º, §§1º e 2º, a Carta de 1988 atribui aos direitos enunciados em tratados internacionais a hierarquia de norma constitucional, incluindo-os no elenco dos direitos constitucionalmente garantidos, que apresentam aplicabilidade imediata. A hierarquia constitucional dos tratados de proteção dos direitos humanos decorre da previsão constitucional do art. 5º, §2º, à luz de uma interpretação sistemática e teleológica da Carta, particularmente da prioridade que atribui aos direitos fundamentais e ao princípio da dignidade da pessoa humana. Essa opção do Constituinte de 1988 se justifica em face do caráter especial dos tratados de direitos humanos e, no entender de parte da doutrina, da superioridade desses tratados no plano internacional, tendo em vista que integraria o chamado *jus cogens* (direito cogente e inderrogável).⁶³

No entanto, o Supremo Tribunal Federal⁶⁴ sempre se mostrou contrário a tal entendimento. Atualmente, alterando posicionamento anterior que conferia aos tratados internacionais de direitos humanos *status* de lei ordinária, entendeu a Suprema Corte que tais tratados têm caráter supralegal, mas infraconstitucional, ou seja, a lei deve ser consentânea com esses tratados, mas a Constituição lhes é hierarquicamente superior⁶⁵.

A Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, acrescentando o §3º ao artigo 5º da Constituição Federal, trouxe importante inovação consistente na possibilidade de que os tratados internacionais de direitos humanos, desde que aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, sejam considerados como equivalentes às emendas constitucionais⁶⁶. Dessa forma, temos que

Direitos Fundamentais – Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 11ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 123)

⁶³ Temas de Direitos Humanos. 6ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 58-59.

⁶⁴ RE 466.343/SP, HC 88240/SP, HC 95967-9/MS, dentre outros.

⁶⁵ Tal supralegalidade decorreria da especial deferência que a Constituição brasileira confere aos direitos humanos consagrados em tratados internacionais, conforme se pode verificar do próprio artigo 5º, §3º, da Lei Maior, que confere a esses direitos um lugar especial no ordenamento jurídico brasileiro, bem como do artigo 4º, parágrafo único e do artigo 5º, §§ 2º, 3º e 4º, que demonstram uma abertura constitucional ao direito internacional. O Supremo Tribunal Federal, ainda, na decisão citada (RE 466.343/SP), adotou a visão do Estado Cooperativo, defendida por Peter Häberle, em que o Estado não é mais voltado para si mesmo, mas é referência para os outros Estados Constitucionais membros de uma comunidade. Reconhece-se, ainda, uma premente necessidade de dar efetividade à proteção dos direitos humanos no plano interno e internacional.

⁶⁶ Questão que surge da possibilidade de incorporação dos tratados internacionais na forma do artigo 5º, §3º, da Constituição Federal, é acerca da necessidade de Decreto do presidente da República para a incorporação de tais instrumentos ao Direito brasileiro, quando percorrido o iter do artigo 5º, §3º. Entendemos que, tendo em vista que tais tratados são equiparados a emendas constitucionais, não há necessidade de promulgação pelo presidente da República mediante Decreto, pois seu processo legislativo assemelha-se ao das emendas constitucionais, que não exigem promulgação pelo Poder Executivo, conforme o rito previsto no artigo 60 da Constituição. Nesse sentido ensinam, dentre outros, Luiz Alberto David Araujo (**Curso de Direito Constitucional**. 18ª edição. São Paulo: Editora Verbatim, 2014, p. 276-277), Lauro Luiz Gomes Ribeiro (**Manual dos Direitos da Pessoa com**

a questão foi solucionada pelo Reformador da Constituição, já que expressamente fixou que há a necessidade de que haja o respeito à formalidade prevista no artigo 5º, §3º, para que os direitos decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos tenham hierarquia constitucional; se há a necessidade de aprovação do tratado em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros para que este tenha a capacidade de alterar a Constituição (equivalência de emenda constitucional), não é admissível que os tratados que não passem por tal forma de aprovação tenham hierarquia constitucional.

Dessa forma, na visão do Supremo Tribunal Federal, os tratados internacionais que versem sobre direitos humanos terão diferente hierarquia conforme sua forma de internalização no Direito brasileiro. Se internalizados mediante aprovação por maioria simples do Congresso Nacional terão caráter supralegal, na forma apontada pela Corte Suprema brasileira; se internalizados na forma do artigo 5º, §3º, da Constituição Federal, terão hierarquia constitucional, face sua equivalência a emenda constitucional^{67 68}.

De fato, se a Constituição aponta a possibilidade de que os direitos advindos de tratados internacionais de direitos humanos sejam considerados como de ordem constitucional, e, em seguida, especifica um procedimento pelo qual tais tratados poderão

Deficiência. São Paulo: Editora Verbatim, 2010, p. 111-117) e Ingo Wolfgang Sarlet (**A Eficácia dos Direitos Fundamentais – Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 11ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 132).

⁶⁷ Esse também o posicionamento de Luiz Alberto David Araujo. Cf. a respeito **Curso de Direito Constitucional**. 18ª edição. São Paulo: Editora Verbatim, 2014, p. 276-278. Cumpre apontar, ainda, o posicionamento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que entende que os tratados internacionais aprovados por procedimento diverso do artigo 5º, §3º, da Constituição, apresentam *status* de lei ordinária (**Direitos Humanos Fundamentais**. 14ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 126).

⁶⁸ Importante salientar que mesmo após a alteração da Constituição pela Emenda Constitucional nº 45/2004, autores como Flávia Piovesan continuam a sustentar o entendimento de que os tratados internacionais que versem sobre direitos humanos celebrados pelo Brasil têm hierarquia constitucional, independentemente de sua forma e quórum de aprovação. A citada autora aponta que o §3º do art. 5º da Constituição vem apenas ratificar o caráter materialmente constitucional dos direitos consagrados em tratados de direitos humanos, possibilitando que estes integrem formalmente a Constituição se percorrido o iter procedimental ali colocado, ou seja, de qualquer maneira os direitos consagrados nos tratados internacionais de direitos humanos teriam o caráter material de constituição, mas agora há a possibilidade de que também tenham formalmente tal caráter. Discorre expressamente Flávia Piovesan: “(...) Frise-se: todos os tratados internacionais de direitos humanos são materialmente constitucionais, por força do §2º do art. 5º. Para além de serem materialmente constitucionais, poderão, a partir do §3º do mesmo dispositivo, acrescer a qualidade de formalmente constitucionais, equiparando-se às emendas à Constituição, no âmbito formal.” (**Temas de Direitos Humanos**. 6ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 68-69)

Essa também a Posição de Ingo Wolfgang Sarlet, que afirma: “(...) Na realidade, parece viável concluir que os direitos materialmente fundamentais oriundos das regras internacionais – embora não tenham sido formalmente consagrados no texto da Constituição – se aglutinam à Constituição material e, por esta razão, acabam tendo *status* equivalente. Caso contrário, a regra do art. 5º, §2º, também nesse ponto, teria seu sentido parcialmente desvirtuado. (...)” (**A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 11ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 123).

incorporar-se à Constituição formal, entendemos que a interpretação conjunta desses dois dispositivos (§§ 2º e 3º, do artigo 5º, da CF) nos leva à necessidade de que seja observado o procedimento formal ali previsto para que a tais direitos seja atribuída hierarquia constitucional. Caso não houvesse a necessidade de percorrer o procedimento previsto no artigo 5º, §3º, tal dispositivo haveria de ser tido por desnecessário, como mera faculdade do Congresso Nacional sem nenhuma consequência jurídica, já que, embora sem o caráter de emenda à Constituição a Constituição teria sido alterada pelo tratado internacional. Assim, entendemos que para que os direitos fundamentais consagrados em tratados internacionais tenham hierarquia constitucional, faz-se necessária a aprovação do instrumento internacional que lhes consagre na forma do artigo 5º, §3º, da Constituição Federal.

Vejamos o entendimento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho comentando o artigo 5º, §3º, da Constituição:

(...) Nesse parágrafo, é, com efeito, estipulado que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, quando “aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros [exatamente o que é exigido para uma Emenda constitucional] serão equivalentes às emendas constitucionais”. Ou seja, terão valor constitucional. Claro está, a contrario sensu, que as normas de tratados não aprovadas por essa forma não terão valor constitucional.⁶⁹

Cumprе ressaltar, ainda, que a situação dos direitos fundamentais decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição difere da situação dos direitos garantidos em tratados internacionais em razão de que os primeiros já se encontram, ainda que implicitamente, formalmente no texto constitucional, ao passo que os segundos não constam formalmente da Constituição, mas no texto dos tratados em que garantidos e, para que integrem a Constituição brasileira deverão passar pelo procedimento trazido pelo artigo 5º, §3º, da Lei Maior.

Especificamente em relação aos direitos das pessoas com deficiência, tema do presente trabalho, tal disposição constitucional tem especial importância, já que a Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU e seu Protocolo Facultativo, dos quais o Brasil é signatário, foram os únicos instrumentos internacionais, até o momento, internalizados pelo nosso ordenamento jurídico na forma prevista pelo artigo 5º, §3º, da Constituição, com consequências que adiante, em capítulo próprio, serão delineadas.

⁶⁹ **Direitos Humanos Fundamentais**. 14ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 124.

Esse, em linhas gerais, o panorama dos direitos fundamentais no Texto Constitucional vigente.

5. História e Evolução dos Direitos das Pessoas com Deficiência

As pessoas com deficiência ao longo de toda a história da humanidade tiveram extrema dificuldade de inserção social, passando por situações que variavam desde a segregação e o confisco de bens até a sumária condenação à morte de crianças, inclusive com amparo legal. A deficiência já chegou a ser imposta como penalidade a pessoas cujo comportamento se desviava do socialmente desejável.

Antigamente, e ao longo de quase toda a história, as pessoas com deficiência eram vistas unicamente sob o aspecto médico da questão, sendo inseridas nesse grupo as pessoas que fossem acometidas de problemas fisiológicos de determinadas naturezas, gerando uma visão assistencialista acerca das necessidades de tais pessoas.

Pessoas com deficiência, conforme a definição hoje adotada com equivalência constitucional pelo Brasil,

[...] são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.⁷⁰

Na atualidade, as pessoas com deficiência, grupo cuja definição acima transcrita será detalhada adiante em capítulo próprio, encontram problemas das mais variadas ordens, que impedem sua vida em sociedade em condições de igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

A Constituição Federal brasileira, reconhecendo-as como integrantes de um grupo vulnerável⁷¹, atribui às pessoas com deficiência um tratamento jurídico diferenciado, de forma a tentar propiciar-lhes uma maior e mais efetiva integração e participação na sociedade.

⁷⁰ Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, art. 1.

⁷¹ Vide item 5.3.1 do presente capítulo, para a definição de grupo vulnerável.

Verificaremos, assim, antes mesmo de uma delimitação mais precisa de uma definição de pessoa com deficiência no direito brasileiro atual, o tratamento que lhes foi dispensado ao longo da história, que, em grande medida, é uma das justificativas da necessidade reconhecida pelo constituinte brasileiro de que recebam uma especial proteção do ordenamento jurídico.

5.1 Os direitos das pessoas com deficiência ao longo da história

As pessoas com deficiência, desde os primórdios das civilizações, eram consideradas como pessoas inferiores às demais, não raro sendo atribuídos seus males a um castigo divino a elas próprias ou a seus pais.

O Código de Hamurabi (aproximadamente 1.800 a.C.) impunha a deficiência física como forma de punição àqueles que cometiam crimes; assim, pessoas poderiam ser mutiladas, cortando-se dedos, mãos, língua, olhos, ou outras partes do corpo conforme a natureza da infração praticada. Claramente era a consagração da visão de que a deficiência era um castigo merecido para quem houvesse praticado algum mal.

O Código de Manu, de origem indiana (redigido aproximadamente em 1550 a.C. e promulgado entre os anos 1300 a.C. e 800 a.C.), além de estabelecer penas de mutilação como o Código de Hamurabi, em seu artigo 612 estabelecia que as pessoas com deficiência (“eunucos, os homens degradados, os cegos e surdos de nascimento, os loucos, os idiotas, mudos e estropiados”) não possuíam direitos sucessórios, proibindo-lhes de herdar.

Na Idade Antiga, crianças com deficiência comumente eram mortas em rituais religiosos ou mesmo com aparo legal, como o que ocorria em Roma, em que a Lei das XII tábuas (aproximadamente 451 a.C.), autorizava, na tábua IV, a morte da criança nascida com deficiência (“disforme”), assim reconhecida pelo testemunho de cinco vizinhos.

Em Atenas e Esparta as crianças com deficiência eram normalmente executadas, para evitar o enfraquecimento do povo. Platão, em “A República”, defende a eugenia.

A Bíblia Sagrada, em seu Antigo Testamento, em Levítico 21:18, Livro atribuído a Moisés, traz a discriminação à pessoa com deficiência, em trecho que demonstra a impossibilidade de que alguém “com deformidade” venha a se tornar Sacerdote:

E o Senhor falou a Moisés:

17 Dize a Arão: O homem de qualquer das famílias da tua linhagem que tiver deformidade não oferecerá pães a seu Deus.

18 Pois nenhum homem que tiver algum defeito se chegará: como homem cego, ou coxo, ou de nariz chato, ou de membros demasiadamente compridos,

19 ou homem que tiver o pé quebrado, ou a mão quebrada,

20 ou for corcunda, ou anão, ou que tiver belida, ou sarna, ou impigens, ou que tiver testículo lesado;

21 nenhum homem dentre os descendentes de Arão, o sacerdote, que tiver algum defeito, se chegará para oferecer as ofertas queimadas do Senhor; ele tem defeito; não se chegará para oferecer o pão do seu Deus.

22 Comerá do pão do seu Deus, tanto do santíssimo como do santo;

23 contudo, não entrará até o véu, nem se chegará ao altar, porquanto tem defeito; para que não profane os meus santuários; porque eu sou o Senhor que os santifico.

24 Moisés, pois, assim falou a Arão e a seus filhos, e a todos os filhos de Israel.⁷²

Devemos lembrar que, como já visto, na Antiguidade não havia, ainda, a consciência ou a preocupação de garantir um mínimo de direitos às pessoas, não havia a ideia de direitos humanos, ou mesmo de dignidade humana, que, conforme afirmado anteriormente, passou a ser considerada com o advento do cristianismo. Essa ausência de consciência da ideia de dignidade humana, associada à aversão à diferença que imperava nas civilizações da Idade Antiga, certamente muito contribuíram para o tratamento cruel dispensado às pessoas com deficiência.

Na Idade Média, no feudalismo, as pessoas com deficiência continuavam segregadas, embora até fossem admitidas a trabalharem para os senhores feudais; no entanto, as pessoas com deficiência eram apontadas como culpadas por males com os quais não tinham qualquer relação, como as pragas nas lavouras, sendo levadas a andar vagando para pagar com sua penitência pelos males causados à sociedade⁷³.

⁷² BÍBLIA. **Português. Bíblia Sagrada.** 7ª edição. Tradução pelo Pe. Matos Soares. São Paulo: Edições Paulinas, 1975.

⁷³ Confira-se, a propósito, LOPES, LAÍS VANESSA CARVALHO DE FIGUEIREDO. Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU. In: GUGEL, MARIA APARECIDA; COSTA FILHO, WALDIR

No Século XVI os leprosos da Holanda chegaram a ter seus bens confiscados para sustentar àqueles que não haviam sido atingidos pela doença, demonstrando que a deficiência ainda era tida como castigo divino.

As Idades Antiga e Média, assim como boa parte da Idade Moderna, são marcadas pela fase da intolerância às pessoas com deficiência, como acima se demonstrou.

A Revolução Industrial, apesar de ter proporcionado alguma melhora nas condições das pessoas com deficiência, com o surgimento de próteses e equipamentos para minorar os seus problemas, trouxe outro efeito: a impossibilidade de produzir em igualdade de condições com as pessoas sem deficiência retirava das pessoas com deficiência a possibilidade de participação no mercado de trabalho, acentuando ainda mais a sua segregação na sociedade. Essas pessoas passaram a ser internadas em instituições especializadas, sustentadas em sua maioria pelo Estado, na qual recebiam cuidados médicos, mas sem qualquer perspectiva de inserção social ou de conquista de autonomia; não havia uma forma de fazer cessar a dependência das pessoas com deficiência em relação aos cuidados do Estado ou dos seus parentes e amigos.

Nota-se, aqui, não mais uma extrema rejeição às pessoas com deficiência, mas o início de uma fase de segregação desse grupo, em que seus integrantes são considerados como pessoas doentes, carecedoras exclusivamente de cuidados médicos dirigidos a curá-las ou a minimizar seu sofrimento físico.

Ainda no século XIX acreditava-se que as pessoas com deficiência, especialmente aquelas com enfermidades de caráter congênito, poderiam enfraquecer a raça e tornar um determinado povo menos produtivo, pregando diversos cientistas, fundamentando-se nas teorias darwinistas, a seleção genética, bem como o eterno isolamento das pessoas com deficiência, além de sua esterilização⁷⁴.

Forçoso reconhecer que, se por um lado a visão acerca das pessoas com deficiência ainda não era minimamente adequada, havia um início de preocupação assistencialista, coincidente com o surgimento da ideia de garantia dos direitos sociais. Repita-se, entretanto,

MACIEIRA DA; RIBEIRO, LAURO LUIZ GOMES (Org.). **Deficiência no Brasil – Uma Abordagem Integral dos Direitos das Pessoas com Deficiência**. Florianópolis: Editora Obra Jurídica, 2007.

⁷⁴ Como principal expoente dessa corrente podemos citar Francis Galton (1822-1911), que em sua obra **Inquiries into Human Faculty and Its Development** (Livro em domínio público, consultado em Kindle Edition), originalmente publicado em 1883, traz as bases da chamada eugenia, que procurava “melhorar a raça humana” mediante experiências com a hereditariedade.

que se tratava de visão meramente assistencialista e inadequada para a garantia da dignidade das pessoas com deficiência, já que fomentadora da segregação desse grupo, bem como impeditiva da conquista de sua autonomia.

No início do Século XX diversos países ainda mantinham em suas legislações a possibilidade de esterilização de pessoas com deficiência, física ou mental. A Inglaterra adotou, nos anos 1920, legislação que definia as pessoas como idiotas, imbecis e defeituosos morais, forçando a segregação das pessoas com deficiência em instituições especializadas.

A partir das Grandes Guerras Mundiais, que geraram como consequência um grande número de pessoas com deficiência na Europa e Estados Unidos, começou a haver uma mudança de visão acerca dessas pessoas, especialmente aqueles sobreviventes reconhecidos como heróis de guerra, passando a sociedade a procurar proteger os seus direitos de forma mais efetiva, notadamente no tocante à habilitação e reabilitação, porém ainda sob uma ótica estritamente assistencialista, causadora de grande dependência destas pessoas, que não passavam de meros coadjuvantes no processo decisório acerca de suas próprias vidas. A deficiência era entendida como uma doença, que deveria ter seus efeitos minorados ou tratados.

Desde 1948, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, supracitada, uma maior preocupação com os direitos das pessoas com deficiência passou a se revelar. Diversos instrumentos internacionais acerca dos direitos das pessoas com deficiência, especialmente no tocante à habilitação e à reabilitação começaram a ser produzidos, como a Recomendação nº 99 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, de 1955, que tratava da reabilitação das pessoas com deficiência, a Declaração dos Direitos do Retardado Mental, da ONU, de 1971, e a Declaração dos Direitos dos Impedidos, da ONU, em 1975.

A ONU proclamou o ano de 1981 como o Ano Internacional das Pessoas Deficientes, sendo que a década compreendida entre 1983 e 1992 foi declarada a Década das Nações Unidas para as Pessoas com Deficiência.

Em 1999 a Organização dos Estados Americanos – OEA elaborou a Convenção Americana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência.

Já se nota, aqui, a insuficiência de simplesmente integrar as pessoas com deficiência na sociedade, reconhecendo-se que esse grupo de pessoas deve ser capaz de desfrutar das

mesmas oportunidades de que desfrutam as demais pessoas. As pessoas com deficiência não devem ser *suportadas* pela sociedade, mas devem dela *efetivamente participar*, sem depender da caridade ou da boa-vontade alheias.

No ano de 2002 começaram os trabalhos da ONU para a elaboração de uma declaração de direitos das pessoas com deficiência, que culminou, em 2006, com a celebração da Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, internalizada pelo Brasil em 2010 com equivalência de Emenda Constitucional, como adiante se verá. Essa Convenção contou com a efetiva participação das pessoas com deficiência na sua elaboração, sob o lema “nada sobre nós sem a nossa participação”, o que levou ao reconhecimento de que a sociedade é que tem deficiências, não as pessoas, sendo estas dotadas de características peculiares que deverão ser entendidas como parte da diversidade humana.

O Século XX, então, principalmente nas proximidades do início de sua segunda metade, nos apresenta uma nova fase da evolução histórica do tratamento dispensado às pessoas com deficiência, que se inicia com a sua *integração* ao convívio social e ao trabalho, passando ao momento em que atualmente nos situamos, de *inclusão*, no qual há uma preocupação com a possibilidade de que as pessoas com deficiência participem efetivamente da sociedade e possam concorrer com os demais em igualdade de condições, ou seja, há uma preocupação não simplesmente em assistir as pessoas com deficiência, mas em possibilitar-lhes iguais oportunidades de participação efetiva na sociedade; a sociedade deve adaptar-se às pessoas com deficiência.

Notamos, assim, que a evolução histórica dos direitos das pessoas com deficiência aponta que inicialmente havia uma forte rejeição a tal grupo. Na sequência da evolução, as pessoas com deficiência, se não eram mais assassinadas ou destituídas de seus bens, passaram a ser segregadas das demais pessoas, gerando uma grande dependência desse grupo em relação aos cuidados assistenciais que lhes eram dispensados, já que não havia a oportunidade de que as pessoas com deficiência trabalhassem ou pudessem ser incorporadas à sociedade, não participando efetivamente nem das decisões acerca de seus próprios destinos.

Já no Século XX as pessoas com deficiência passaram a ser integradas à sociedade, havendo uma preocupação com a possibilidade de que fossem adaptadas ou readaptadas para o trabalho e o convívio, mas ainda com um viés extremamente assistencial. Desde o final do Século XX até a atualidade, encontramos-nos na fase de inclusão das pessoas com deficiência, em que há uma preocupação para com a possibilidade de sua inclusão na sociedade em

igualdade de condições em relação às demais pessoas, reconhecendo-se que é a sociedade que deve sofrer adaptações para acolher integralmente as pessoas com deficiência, conferindo-lhes autonomia, e as entendendo como parte da diversidade humana.

A fase em que se admitia legalmente o extermínio de pessoas com deficiência (notadamente as crianças), é coincidente com a fase histórica em que não havia qualquer preocupação com a existência de direitos inerentes aos seres humanos. O reconhecimento de que todos os seres humanos devem ter garantidos alguns direitos mínimos não mais autorizava a condenação à morte das pessoas com deficiência, embora estas tenham enfrentado uma longuíssima fase de segregação. Como se nota, muitos dos marcos relativos à evolução dos direitos fundamentais na história são comuns à evolução dos direitos das pessoas com deficiência, como a revolução industrial e as grandes guerras, além dos instrumentos internacionais de consagração de direitos.

Essa breve exposição histórica situa a questão nos dias atuais, sendo possível verificarmos muitas das razões que culminaram no tratamento jurídico que hoje é dispensado às pessoas com deficiência, que será exposto no decorrer do presente trabalho.

5.2 As pessoas com deficiência nas Constituições brasileiras anteriores a 1988

A primeira preocupação com a deficiência que encontramos nas Constituições brasileiras, ainda que muito incipiente, está no Texto de 1891, em seu artigo 75, que garante aposentadoria aos servidores públicos somente “em caso de invalidez no serviço da Nação”.

A Constituição de 1934 traz algo um pouco mais específico, embora ainda sem muita efetividade, em seu artigo 138, que tinha a seguinte redação:

Art. 138 - Incumbe à União, aos Estados e aos Municípios, nos termos das leis respectivas:

- a) assegurar amparo aos desvalidos, criando serviços especializados e animando os serviços sociais, cuja orientação procurarão coordenar;
- b) estimular a educação eugênica;

[...]

Notamos, assim, que a Constituição de 1934 trouxe o “amparo aos desvalidos” e o estímulo à “educação eugênica”, como as formas de proteção às pessoas com deficiência. Havia, ainda, a possibilidade de aposentadoria compulsória dos juízes nos casos de invalidez (art. 64, “a”, da Constituição de 1934).

No entanto, a sanidade física era requisito para a contração do matrimônio, na forma do artigo 145 da Constituição de 1934:

Art. 145 - A lei regulará a apresentação pelos nubentes de prova de sanidade física e mental, tendo em atenção as condições regionais do País.

O Texto Constitucional de 1937 não repete os dispositivos relativos à educação eugênica e à proteção aos desvalidos, trazendo em seu artigo 127 a proteção às condições físicas da infância e da juventude:

Art. 127 - A infância e a juventude devem ser objeto de cuidados e garantias especiais por parte do Estado, que tomará todas as medidas destinadas a assegurar-lhes condições físicas e morais de vida sã e de harmonioso desenvolvimento das suas faculdades.

O abandono moral, intelectual ou físico da infância e da juventude importará falta grave dos responsáveis por sua guarda e educação, e cria ao Estado o dever de provê-las do conforto e dos cuidados indispensáveis à preservação física e moral.

[...]

É instituído, outrossim, no artigo 137, “m”, o seguro contra invalidez dos trabalhadores, para os casos de acidentes do trabalho, bem como, no artigo 156, “f”, é criada regra para a invalidez dos servidores públicos, possibilitando a aposentadoria com proventos integrais em tempo inferior ao regular. Foi mantida a possibilidade de aposentadoria compulsória dos juízes nos casos de invalidez (art. 91, “a”).

A Constituição de 1946 amplia a proteção ao trabalhador garantindo-lhe a previdência contra as consequências da doença, da velhice, da invalidez e da morte (artigo 157, XVI).

Aos servidores públicos foi assegurada aposentadoria com proventos integrais no caso de invalidez, desde que gerada por acidente de trabalho, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável especificada em lei (art. 191, §3º, da Constituição de 1946). Os juízes continuavam podendo ser aposentados compulsoriamente no caso de invalidez (art. 95, §1º).

A Constituição de 1967, por sua vez, em sua redação original, limita-se a manter igual a proteção aos servidores públicos que se tornarem inválidos (art. 101, I, “b”), bem como dos trabalhadores da iniciativa privada, que continuavam com a garantia de benefício previdenciário no caso de invalidez (art. 158, XVI), além da aposentadoria compulsória dos magistrados acometidos pela invalidez (art. 108, §1º).

Com a Emenda Constitucional nº 01, de 1969, que reescreveu o Texto Constitucional de 1967, foram mantidos os dispositivos supracitados, alteradas, no entanto, a sua localização, nos casos da aposentadoria por invalidez dos trabalhadores da iniciativa privada, que passou a figurar no artigo 165, XVI, da Constituição, e da aposentadoria compulsória dos magistrados, que passou a constar no artigo 113, §2º, do Texto Constitucional de 1967/1969.

Foi introduzido, entretanto, o artigo 175, que pela primeira vez mencionou a expressão “excepcionais” para tratar das pessoas com deficiência, trazendo que a lei disporia sobre a educação dos excepcionais.

Em outubro de 1978 houve um importante marco da proteção constitucional às pessoas com deficiência no Direito pátrio: foi introduzido no ordenamento constitucional brasileiro, pela emenda Constitucional nº 12, de 17 de outubro de 1978, um dispositivo que tratava especificamente das pessoas com deficiência, destinado à sua proteção, o que representou grande avanço para a época em que promulgado. Vejamos seu texto:

Artigo único: É assegurado aos deficientes a melhoria de sua condição social e econômica especialmente mediante:

I – educação especial e gratuita;

II – assistência, reabilitação e reinserção na vida econômica e social do País;

III – proibição de discriminação, inclusive quanto à admissão no trabalho ou ao serviço público e a salários;

IV – possibilidade de acesso a edifícios e logradouros públicos.

Evidentemente a proteção trazida pela Emenda Constitucional nº 12 de 1978 está longe do que hoje se imagina como ideal, mas, para a época de sua promulgação, representou grande avanço; notamos em seu texto preocupação com a inserção social, a educação e a acessibilidade, além da proibição de discriminação, especialmente no mercado de trabalho.

Curioso notar que tal emenda não foi inserida no corpo da Constituição, tendo permanecido apartada.

5.3 As pessoas com deficiência na Constituição de 1988

A Constituição de 1988 inovou significativamente na proteção da pessoa com deficiência, trazendo uma série de dispositivos, espalhados por todo o texto, a garantir direitos específicos a tal grupo, que reconheceu como vulnerável.

Há diversos dispositivos constitucionais que conferem às pessoas com deficiência direitos suplementares aos direitos conferidos às demais pessoas, sempre com a preocupação de promover a sua adequada inclusão e participação na sociedade, em igualdade de oportunidades para com os demais. Verificaremos uma breve exposição de tais dispositivos, apenas para que fique demonstrada a preocupação do constituinte brasileiro com a pessoa com deficiência.

5.3.1 Distinção entre grupo vulnerável e minoria

Preliminarmente, devemos apontar que as pessoas com deficiência são reconhecidas pelo constituinte como um grupo vulnerável, ou seja, um grupo de pessoas, ligado por uma determinada característica, que pode ser de ordem social, econômica, física, cultural, grupo este que necessita de uma especial proteção face sua fragilidade, sua vulnerabilidade.

Desse entendimento de grupo vulnerável deve ser diferenciada uma expressão que comumente lhe é apresentada como sinônimo, mas não tem tecnicamente o mesmo significado, que é a expressão “minorias”. A distinção entre grupos vulneráveis e minorias, aliás, não encontra pacificação na doutrina.

Podemos entender que as minorias seriam espécies do gênero “grupos vulneráveis”, ou seja, as minorias seriam grupos vulneráveis dotados de certas características específicas. Esse o entendimento de Robério Nunes dos Anjos Filho⁷⁵:

⁷⁵ A Proteção Jurídica dos Grupos Vulneráveis e das Minorias. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano 4, n.13, jan./mar. 2010. Disponível em <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=68202>>. Acesso em 21 de novembro de 2012.

Diante disso, propomos *que grupos vulneráveis em sentido amplo*, ou simplesmente *grupos vulneráveis*, seja expressão entendida como um *gênero*, que engloba distintas e variadas coletividades, a depender do contexto do Estado de que se trata, como, por exemplo: pessoas com deficiências físicas, sensoriais ou mentais, idosos, mulheres, favelados, crianças, minorias étnicas, religiosas e linguísticas, índios, descendentes de quilombos, ribeirinhos, trabalhadores rurais sem terra. [...] (grifos no original)

A minoria é também um grupo vulnerável, ou seja, necessita de uma proteção especial, mas é um grupo vulnerável dotado de certos caracteres especiais, os quais passamos a examinar.

Para a caracterização de uma minoria faz-se necessária a existência de um liame, de um traço comum dentre os integrantes do grupo, como no caso dos grupos vulneráveis. Ocorre que esses traços comuns não podem ser quaisquer traços, mas devem ser traços culturais (como a língua, a etnia, a religião ou a nacionalidade, por exemplo), ou seja, traços relacionados a aspectos meramente físicos ou econômicos não devem ser levados como traços ensejadores da caracterização de um grupo como minoria.

Ainda em relação ao traço distintivo, deve-se entender que as pessoas integrantes das minorias devem tencionar a manutenção dos traços distintivos de que são dotadas, é dizer, não devem pretender que esses traços sejam diluídos pela sociedade. Esse é o dito elemento subjetivo das minorias, ou seja um elemento volitivo de manutenção do traço distintivo, que a doutrina caracteriza como elemento de solidariedade.

Evidentemente que a minoria apresenta um elemento caracterizador essencial, quantitativo, sendo impossível caracterizar-se como minoria um grupo que corresponda à parcela majoritária da população. Ademais, esse grupo, quantitativamente inferior, para ser caracterizado como minoria, não poderá ser dominante na sociedade em que se insere, tendo em vista que se for dominante na política social não haverá a necessidade do reconhecimento de uma proteção especial, o que a descaracterizaria, inclusive, como grupo vulnerável, gênero do qual é espécie.

Dessa forma, temos que a vulnerabilidade não está presente apenas nas minorias, como acima caracterizadas, mas também em outros grupos vulneráveis, que não apresentem algum dos fatores que qualificam as minorias.

Um grupo vulnerável que apresente como traço distintivo uma característica fisiológica, por exemplo, como é o caso das pessoas com deficiência, ou um grupo que não

apresente o elemento volitivo de preservação do traço distintivo poderá perfeitamente ser caracterizado como grupo vulnerável, embora não se constitua numa minoria.

O grupo vulnerável, inclusive, poderá ser quantitativamente superior ao restante da sociedade, o que não é possível no caso das minorias.

Temos, de acordo com o exposto, que as pessoas com deficiência não se constituem em minoria, mas em grupo vulnerável, tendo em vista que falta a esse grupo o caráter cultural do elemento distintivo, bem como o elemento subjetivo da solidariedade. A vulnerabilidade, no entanto, faz-se presente em relação às pessoas com deficiência, face as inúmeras barreiras presentes na sociedade a dificultar-lhes a plena inclusão, em igualdade de oportunidade para com as demais pessoas, motivo pelo qual o constituinte brasileiro dispensou-lhes especial atenção.

5.3.2 Terminologia utilizada pela Constituição

A Constituição Federal de 1988 utilizou-se da expressão “pessoas portadoras de deficiência” para identificar o grupo vulnerável de que estamos tratando.

À época da elaboração do Texto Constitucional vigente, talvez essa fosse a terminologia mais avançada, consentânea com desenvolvimento do tema. De se ressaltar que as expressões “excepcionais”, “inválidos”, ou mesmo “deficientes” não mais foram utilizadas, passando-se a adotar uma expressão cujo núcleo encontra-se em “pessoa”, o que demonstra uma preocupação com indivíduo que se pretende proteger e com sua dignidade.

Muito se utilizou, não na Constituição, mas na doutrina e em alguns diplomas normativos, a expressão “portadores de necessidades especiais”, expressão, outrossim, inadequada para tratar do grupo vulnerável ora verificado. Ter “necessidades especiais” não é privilégio das pessoas com deficiência, mas diversos grupos de pessoas podem ter ditas “necessidades especiais”, como as crianças e os idosos, por exemplo, o que, assim, torna tal expressão inadequada para identificar o grupo.

Atualmente a expressão utilizada para a referência a esse grupo é “pessoas com deficiência”, nomenclatura que foi utilizada na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com

Deficiência da ONU, tendo sido retirado o “portadoras”, como se a deficiência fosse algo que a pessoa carregasse, portasse.

Aliás, e tendo em vista que a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência foi internalizada com equivalência de Emenda Constitucional, na forma do artigo 5º, §3º, da Constituição Federal, como adiante detalharemos, a Constituição já deveria ter sido adaptada para que “pessoas com deficiência” fosse a nomenclatura adotada em todo o texto, o que, no entanto, não ocorre.

A legislação infraconstitucional brasileira mais atual já adota a nomenclatura “pessoas com deficiência”, como notamos na Lei nº 12.435/2011, que altera a Lei nº 8.742/1993, bem como no Decreto nº 7.612/2011.

É de se ressaltar, ademais, o extremo descuido do constituinte reformador brasileiro, que, na Emenda Constitucional nº 65, de 13 de julho de 2010, alterando o artigo 227, §1º, II, da Constituição Federal, ainda utilizou-se das expressões “portadoras de deficiência” e “portador de deficiência”, mesmo tendo sido a Convenção da ONU, que traz a nomenclatura “pessoas com deficiência”, aprovada com equivalência de Emenda Constitucional pelo Decreto Legislativo nº 186, de 09 de julho de 2008, e promulgada pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009.

Utilizaremos no presente trabalho a expressão “pessoas com deficiência”, consagrada pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, que, como dito, foi recebida pelo direito brasileiro com equivalência de Emenda Constitucional.

5.3.3 Dispositivos constitucionais acerca das pessoas com deficiência

Passaremos, agora, à verificação, ainda que sucinta, já que esse não é o escopo do presente trabalho, dos dispositivos da Constituição Federal de 1988 que tratam especificamente da proteção às pessoas com deficiência.

Primeiramente, devemos apontar que, em relação às pessoas com deficiência, como grupo vulnerável reconhecido pela Constituição, há um inegável dever de incluir, decorrente

da interpretação da Lei Maior calcada nos fundamentos, nos objetivos e nos princípios do Estado Brasileiro, que o texto constitucional expressamente consagra.

De fato, já no seu Preâmbulo⁷⁶, a Constituição defende a criação de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, cujos valores supremos são o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça.

Como fundamento do Estado Democrático de Direito em que a República brasileira se constitui, está colocada a dignidade da pessoa humana, conforme consagra o artigo 1º, III, da Constituição Federal. Dentre os objetivos da República encontramos a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, além da promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (artigo 3º, I e IV, da Constituição Federal).

Tais disposições constitucionais não são meros conselhos, recomendações, mas, como todos os dispositivos da Constituição, apresentam valor normativo e, assim, são cogentes, de observância obrigatória por todos, Estado e sociedade. A Constituição somente é corretamente interpretada e aplicada se o procedimento considerar tais disposições. O Título I de nossa Constituição, que consagra os princípios fundamentais do Estado brasileiro não contém disposições vazias de sentido e conteúdo, mas traz importantes e inafastáveis diretrizes para o

⁷⁶ Posicionamo-nos ao lado daqueles que entendem que o Preâmbulo da Constituição, embora desprovido de caráter normativo, não criando, dessa forma, direitos ou obrigações, constitui-se em importantíssimo parâmetro interpretativo do Texto, já que traz em si os valores e motivos que guiaram a confecção da Lei Maior. Nesse sentido, afirma Alexandre de Moraes que “*O preâmbulo, portanto, por não ser norma constitucional, não poderá prevalecer contra texto exposto da Constituição Federal, e tampouco poderá ser paradigma comparativo para declaração de inconstitucionalidade, porém, por traçar as diretrizes políticas, filosóficas e ideológicas da Constituição, será uma de suas linhas mestras interpretativas*”. (**Direito Constitucional**. 28ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 18). No mesmo sentido, MENDES, Gilmar Ferreira; Branco, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 88-89. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.076-5, em 15 de agosto de 2002 (Publicado no DJ de 08/08/2003), entendeu no mesmo sentido, de que o preâmbulo não tem força normativa, mas contém proclamação dos princípios inscritos na Constituição. Vejamos trecho do voto do Ministro Relator, Ministro Carlos Velloso: “*O preâmbulo, ressaí das lições transcritas, não se situa no âmbito do Direito, mas no domínio da Política, refletindo posição ideológica do Constituinte. É claro que uma Constituição que consagra princípios democráticos, liberais, não poderia conter preâmbulo que proclamasse princípios diversos. Não contém o preâmbulo, portanto relevância jurídica. O preâmbulo não constitui norma central da Constituição, de reprodução obrigatória na Constituição do Estado-membro. O que acontece é que o preâmbulo contém, de regra, proclamação ou exortação no sentido dos princípios contidos na Carta: princípio do Estado Democrático de Direito, princípio republicano, princípio dos direitos e garantias, etc. Esses princípios sim, inscritos na Constituição, constituem normas centrais de reprodução obrigatória, ou que não pode a Constituição de Estado-membro dispor de forma contrária, dado que, reproduzidos, ou não, na Constituição estadual, incidirão na ordem local.* (STF. Tribunal Pleno. ADI nº 2.076-5/AC. Relator Ministro Carlos Velloso. Julgado em 15 de agosto de 2002. Publicado no DJ de 08 de agosto de 2003. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375324>> Acesso em 26 de março de 2014).

correto entendimento e funcionamento do sistema jurídico brasileiro. Como todas as normas constitucionais, estas normas têm o condão de tornar inconstitucionais as normas infraconstitucionais que lhes contrariem, e, dessa maneira, condicionam as atividades do legislador, do administrador e do juiz, que deverá verificar se a atuação do Estado está conforme à Constituição.

Os citados valores, associados ao princípio da igualdade que, como adiante se verá (Capítulo II), é o principal vetor de interpretação da Constituição, ao lado dos dispositivos que expressamente tratam da proteção conferida às pessoas com deficiência, apontam para a incontestável existência de um dever de incluir, de uma diretriz muito clara que o Estado, seja o Estado-legislador, seja o Estado-juiz, ou o Estado-administrador, deverá seguir, sob pena de inconstitucionalidade das leis e das políticas públicas que criar, bem como das decisões que proferir, ou dos atos administrativos que praticar.

As disposições constitucionais que a seguir iremos observar, denotam que o grupo vulnerável das pessoas com deficiência, politicamente, recebeu do constituinte uma especial deferência, como efetivação do princípio da igualdade material, já que são estabelecidos tratamentos jurídicos diferenciados para aqueles que apresentam uma peculiar situação de fato⁷⁷.

Cumprido, aqui, ainda, apontar uma ressalva: vamos discorrer acerca dos dispositivos trazidos pela Constituição Federal em seu corpo, com as alterações promovidas pelas Emendas Constitucionais regulares. Não se deve olvidar, outrossim, que a Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, por ter sido aprovada na forma do artigo 5º, §3º, da Constituição Federal, tem equivalência de Emenda à Constituição e, dessa forma, suas disposições agora devem ser entendidas como normas constitucionais, conferindo às pessoas com deficiência uma proteção significativamente mais ampla.

5.3.3.1 Art. 7º, XXXI – vedação da discriminação no mercado de trabalho

⁷⁷ V. Capítulo II, acerca do conceito de igualdade material e sua distinção para com a igualdade formal.

O artigo 7º, XXXI, da Constituição Federal⁷⁸, proíbe a discriminação no tocante a salário e critérios de admissão ao trabalho das pessoas com deficiência.

Embora a disposição do artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, de que todos são iguais perante a lei, sem distinções de qualquer natureza, garantindo-se o direito à igualdade, já trouxesse a proibição da discriminação da pessoa com deficiência no tocante ao salário e critérios de admissão no mercado e trabalho, houve por bem o constituinte explicitar tal vedação, denotando a sua preocupação e consideração com o grupo vulnerável.

Dessa forma, as pessoas com deficiência devem ser tratadas sem qualquer discriminação pelos empregadores, recebendo o mesmo salário pelo desempenho das mesmas funções que os demais trabalhadores. A deficiência não pode ser considerada como critério de exclusão do mercado de trabalho, como critério para ceifar a oportunidade de emprego. Somente uma incompatibilidade entre a função a ser exercida e a deficiência de determinada pessoa, demonstrada cabalmente no caso concreto, poderá afastar a pessoa com deficiência do exercício de um emprego.

A inclusão é a regra, é a determinação da Constituição. Na dúvida, deve-se incluir, deixando para o contrato de experiência, previsto na legislação trabalhista, a avaliação da compatibilidade da deficiência com a função exercida⁷⁹.

5.3.3.2 A reserva de vagas no serviço público

O artigo 37, VIII, da Constituição Federal⁸⁰, determina a reserva de cargos e empregos na Administração Pública para as pessoas com deficiência.

⁷⁸Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência; [...]

⁷⁹O artigo 93 da Lei nº 8.213/1991 prevê a fixação de quotas de reserva de vagas para as pessoas com deficiência nas empresas privadas com mais de cem funcionários, percentual quem varia de acordo com o número de funcionários total da empresa. Trata-se de política de ação afirmativa consentânea com os valores de inclusão trazidos pela Constituição Federal.

⁸⁰Art. 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; [...]

Trata-se de medida que visa a possibilitar que as pessoas com deficiência tenham acesso aos cargos e empregos públicos. O constituinte reconheceu que as pessoas com deficiência, por diversas ordens de razões, como as barreiras acima apontadas, não concorriam em igualdade de condições às vagas de concurso público para com as demais pessoas e, assim, pretendendo igualar as oportunidades, estabeleceu tal medida.

Este dispositivo será analisado adiante em capítulo próprio, tendo em vista sua centralidade em relação ao tema do presente trabalho.

5.3.3.3 Critérios diferenciados de aposentadoria

As pessoas com deficiência podem aposentar-se mediante critérios especiais, o que é, via de regra, proibido aos demais trabalhadores. Há disposições nesse sentido tanto para as pessoas com deficiência que trabalham na iniciativa privada, como para aqueles que trabalham no serviço público. A previsão consta dos artigos 40, §4º, I e 201, §1º, da Constituição Federal⁸¹.

A aposentadoria das pessoas com deficiência seguradas no Regime Geral de Previdência Social, prevista no artigo 201, §1º, da Constituição Federal, foi recentemente regulamentada pela Lei Complementar nº 142, de 08 de maio de 2013, que entrou em vigor após seis meses de sua publicação.

Observamos, novamente, que a Constituição estabelece tratamento diferenciado às pessoas com deficiência, promovendo a igualdade com o reconhecimento da desigualdade,

⁸¹ Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003) [...] § 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005) I – portadores de deficiência; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005) [...]

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998) [...] § 1º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física e quando se tratar de segurados portadores de deficiência, nos termos definidos em lei complementar. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005) [...]

possibilitando-lhes a aposentadoria com critérios diferenciados em relação aos demais trabalhadores, do setor público ou do setor privado. Reconheceu a Constituição que, em face de sua peculiar condição, as pessoas com deficiência teriam maior esforço e dificuldade no exercício de suas atividades laborativas, e lhes foi possibilitado, assim, que sua aposentadoria observasse critérios diferenciados, consentâneos com sua condição.

5.3.3.4 Direito à habilitação e reabilitação e integração à vida comunitária

No artigo 203, inciso IV⁸², a Constituição estabeleceu como objetivo da seguridade social a habilitação e a reabilitação das pessoas com deficiência, bem como a promoção de sua integração à vida comunitária.

Trata-se de medida que efetiva o dever de inclusão decorrente do próprio sistema constitucional, quando observado sob o prisma da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, conforme artigo 1º, III, da Constituição Federal, da construção de uma sociedade solidária, e da promoção do bem de todos, objetivos fundamentais do Estado brasileiro, conforme artigo 3º, I e IV, da Lei Maior. É corolário, ainda, do princípio da igualdade, vetor de interpretação da Constituição (como adiante se verá – Capítulo II), e valor supremo da sociedade, conforme o preâmbulo do Texto.

Habilitação significa a capacitação para o desenvolvimento das atividades cotidianas, como trabalho, lazer e cultura. Reabilitação significa devolver à pessoa que por algum motivo perdeu sua habilitação a capacidade de desenvolvimento de suas atividades cotidianas.

Determina a Constituição, ainda, que seja promovida a integração das pessoas com deficiência na vida comunitária. Está expresso, aqui, o dever do Estado de incluir tais pessoas, de fazê-las efetivamente participar da vida da sociedade. As pessoas com deficiência, assim, devem ter acesso a todos os eventos e atividades da vida cotidiana que as demais pessoas têm, inclusive, e especialmente, o trabalho, que lhes propiciará a oportunidade de prover a própria manutenção e de desenvolver e demonstrar as suas habilidades e capacidades pessoais, em

⁸²“Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: [...] IV – a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; [...]”

medida imprescindível para a efetivação do fundamento republicano da dignidade da pessoa humana.

5.3.3.5 Atribuição de um salário mínimo mensal

A Constituição Federal atribui às pessoas com deficiência e aos idosos que não possam prover a própria manutenção ou tê-la provida por sua família a garantia de um salário mínimo mensal, em seu artigo 203, V⁸³.

Aqui a Constituição reconheceu em dois grupos de pessoas necessidade de maior proteção do que as demais, os idosos e as pessoas com deficiência, e atribuiu-lhes o direito a um benefício assistencial de um salário mínimo mensal, caso não tenham condições de prover a própria manutenção. Novamente é de se notar o reconhecimento de uma situação de desigualdade e a atribuição de um tratamento diferenciado para possibilitar a promoção da igualdade.

O referido dispositivo constitucional, ora verificado, foi regulamentado legalmente pela Lei nº 8.742/1993, cuja redação foi alterada (e adaptada à Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência) pela Lei nº 12.435/2011, em seu artigo 20⁸⁴.

⁸³ Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: [...] V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

⁸⁴ Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011) § 1º Para os efeitos do disposto no **caput**, a família é composta pelo requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011) § 2º Para efeito de concessão deste benefício, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. (Redação dada pela Lei nº 12.470, de 2011) § 3º Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal **per capita** seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011) § 4º O benefício de que trata este artigo não pode ser acumulado pelo beneficiário com qualquer outro no âmbito da seguridade social ou de outro regime, salvo os da assistência médica e da pensão especial de natureza indenizatória. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011) § 5º A condição de acolhimento em instituições de longa permanência não prejudica o direito do idoso ou da pessoa com deficiência ao benefício de prestação continuada. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011) § 6º A concessão do benefício ficará sujeita à avaliação da deficiência e do grau de impedimento de que trata o § 2º, composta por avaliação

O Supremo Tribunal Federal, em 18 de abril de 2013, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 567985, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do artigo 20, §3º, da referida Lei nº 8.742/1993, que estabelecia como requisito para recebimento do benefício assistencial previsto no artigo 203, V, da Constituição, a renda mensal familiar *per capita* inferior a um quarto do salário mínimo. A Suprema Corte, revendo seu posicionamento anterior, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.232-1/DF, julgada em 22 de março de 1995, na qual reconheceu a constitucionalidade do dispositivo em comento, entendeu que a Lei, ao estabelecer que a limitação da renda mensal familiar *per capita*, estaria indevidamente restringindo o exercício de um direito onde a Constituição não limitou, já que a Lei Maior simplesmente definiu que faria jus ao benefício a pessoa com deficiência ou idoso que comprovasse não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. Dessa forma, a lei, mencionada pelo dispositivo constitucional, somente poderia cuidar de dar operacionalidade ao benefício, e não limitar as hipóteses de seu recebimento onde a Constituição não o fez; não poderia a lei fixar um único critério objetivo de aferição da condição de hipossuficiência econômica dos grupos vulneráveis.

A nova interpretação do Supremo Tribunal Federal é consentânea com o sistema de proteção à pessoa com deficiência estabelecido pela Constituição Federal, decorrente dos princípios e objetivos fundamentais da República, trazidos pelos artigos 1º e 3º da Lei Maior.

5.3.3.6 Educação

médica e avaliação social realizadas por médicos peritos e por assistentes sociais do Instituto Nacional de Seguro Social - INSS. (Redação dada pela Lei nº 12.470, de 2011) § 7º Na hipótese de não existirem serviços no município de residência do beneficiário, fica assegurado, na forma prevista em regulamento, o seu encaminhamento ao município mais próximo que contar com tal estrutura. (Incluído pela Lei nº 9.720, de 30.11.1998) § 8º A renda familiar mensal a que se refere o § 3º deverá ser declarada pelo requerente ou seu representante legal, sujeitando-se aos demais procedimentos previstos no regulamento para o deferimento do pedido. (Incluído pela Lei nº 9.720, de 30.11.1998) § 9º A remuneração da pessoa com deficiência na condição de aprendiz não será considerada para fins do cálculo a que se refere o § 3º deste artigo. (Incluído pela Lei nº 12.470, de 2011) § 10. Considera-se impedimento de longo prazo, para os fins do § 2º deste artigo, aquele que produza efeitos pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos. (Incluído pela Lei nº 12.470, de 2011)

As pessoas com deficiência receberam também a garantia de acesso a atendimento educacional especializado, preferencialmente na rede regular de ensino, conforme disposto no artigo 208, III, da Constituição Federal⁸⁵.

Assim, com base no fator de discriminação “deficiência” foi estabelecido um tratamento jurídico diferenciado, que, evidentemente, guarda relação de pertinência lógica com o fator de discriminação eleito. É razoável entender-se que a pessoa com deficiência deva ter uma atenção especializada na educação, que precisará levar em conta as suas peculiaridades. Mais uma vez está a Constituição a estabelecer um tratamento jurídico diferenciado para que todos consigam ter as mesmas oportunidades.

O atendimento educacional especializado consiste no ensino e na implementação de técnicas e instrumentos que possibilitem às pessoas com deficiência a plena apreensão do conteúdo de ensino ministrado a todas as pessoas, bem como lhes possibilitem uma melhor inserção na sociedade. Nesse sentido, como parte do atendimento educacional especializado podemos citar o ensino e o uso da Linguagem Brasileira de Sinais, do Braille, de recursos de informática, enfim, de técnicas, métodos e instrumentos que permitam às pessoas com deficiência entender e aprender o conteúdo educacional regulamente ministrado, bem como lhes possibilite a comunicação com o meio social. Tal atendimento também inclui a possibilidade de acompanhamento especial de pessoas com deficiência em sala de aula.

Dessa forma, o atendimento educacional especializado não substitui o ensino regular, mas lhe é complementar, e deve ser disponibilizado em todos os níveis e modalidades educacionais (educação infantil, ensino fundamental, ensino médio, educação profissional, educação de jovens e adultos, e ensino superior, de graduação, pós-graduação e extensão, segundo a Lei nº 9.394/1996 – Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional).

Cumprido apontar que o mandamento constitucional, de incluir preferencialmente as pessoas com deficiência na rede regular de ensino é consentâneo com a moderna tendência de pôr fim à segregação das crianças com deficiência, possibilitando-lhes a convivência com as demais crianças, o que é extremamente benéfico ao seu desenvolvimento, e também ao desenvolvimento das demais crianças. Cabe às escolas promover as adaptações necessárias,

⁸⁵Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: [...] III – atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino; [...]

inclusive com a capacitação de seu corpo docente para o atendimento das pessoas com deficiência.

A matrícula de crianças com deficiência em escolas especializadas, que não cuidem de conferir todo o conteúdo de ensino regular determinado pelos órgãos competentes de regulação da educação básica, assim, não substitui a matrícula da criança no ensino regular.

Outro aspecto indispensável à efetivação do direito à educação das pessoas com deficiência é a acessibilidade, já que de nada adiante a escola dispor de atendimento educacional especializado se a pessoa com deficiência não conseguir nela chegar, por falta de adaptação das vias públicas e dos meios de transporte coletivo, ou se a escola não for acessível, não possibilitar que as pessoas com deficiência circulem, com autonomia, por todas as suas áreas e ambientes.

5.3.3.7 Criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as crianças e adolescentes com deficiência

Dispõe o artigo 227, §1º, II, da Constituição Federal⁸⁶, que as crianças e adolescentes com deficiência deverão receber atendimento e ser colocados em programas especializados para inserção no mercado de trabalho e na sociedade.

Assim, as crianças e adolescentes com deficiência receberam tratamento jurídico diferenciado com vistas à situação diferenciada em que se encontram em relação às demais crianças e adolescentes, tratamento este que guarda correlação de pertinência lógica com o fator de *discrimen* eleito. Novamente o fundamento de tal dispositivo é a igualdade material,

⁸⁶Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010) § 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos: (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010) [...] II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

que busca o constituinte, bem como o dever de inclusão, que decorre dos princípios fundamentais do Estado brasileiro.

5.3.3.8 Acessibilidade

A Constituição Federal estabelece a obrigatoriedade de que os edifícios públicos ou de uso coletivo e os veículos de transporte público, já existentes ou a serem construídos ou produzidos sejam adaptados para o uso pelas pessoas com deficiência. Tais disposições constam dos artigos 227, §2º e 244 da Lei Maior⁸⁷.

Cumpra ressaltar que, embora o §2º do art. 227 da Constituição Federal esteja em dispositivo atinente à proteção das crianças e adolescentes, entende-se que seus mandamentos aproveitam a todas as pessoas com deficiência, o que é confirmado, inclusive, pela referência que o art. 244 da Lei Maior faz a tal norma.

Reconhece a Constituição novamente a existência de uma diferença e determina providência para possibilitar a todos o igual acesso aos prédios públicos ou de uso coletivo, bem como aos meios de transporte coletivo. É, à evidência, medida de promoção de igualdade e essencial à inclusão que sistematicamente exsurge do texto constitucional. Não há inclusão sem acessibilidade. De nada adiantaria garantir o direito ao emprego, à educação, à inserção na vida comunitária, se as pessoas com deficiência não conseguirem transitar pelas cidades e pelas suas edificações. A pessoa com deficiência ficará impedida de estudar, trabalhar, desenvolver atividades de lazer, se não houver transporte público acessível para que ela chegue até os locais de desenvolvimento de tais atividades; se a pessoa com deficiência não conseguir transitar pela rua, também não adiantará haver veículos acessíveis. O direito à acessibilidade, mais que um direito autônomo garantido às pessoas com deficiência, é um instrumento essencial para o gozo dos demais direitos, é essencial à inclusão.

⁸⁷Art. 227 [...] § 2º - A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.

Art. 244. A lei disporá sobre a adaptação dos logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo atualmente existentes a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência, conforme o disposto no art. 227, § 2º.

Regulamentando os citados dispositivos constitucionais, foram editadas a Lei nº 10.048/2000 e a Lei nº 10.098/2000, que trazem normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas com deficiência, e seu Decreto regulamentador, o Decreto nº 5.296/2004.

Não podemos deixar de registrar que a lei de regulamentação dos dispositivos constitucionais foi editada doze anos após a promulgação da Constituição Federal, e que o decreto que lhe deu instrumentalidade foi expedido somente após dezesseis anos que a Constituição determinou o dever de que o Estado garantisse e velasse pela acessibilidade. Trata-se de uma inconstitucional mora na efetivação dos direitos das pessoas com deficiência, que, no entanto, não foi levada à discussão junto ao Poder Judiciário.

Apresentado um panorama sobre a história e a evolução dos direitos fundamentais, bem como sobre os direitos das pessoas com deficiência, e verificado o tratamento jurídico dispensado no Brasil aos direitos fundamentais e à proteção das pessoas com deficiência, contextualizamos o tema tratado no presente trabalho, que versa sobre a efetivação do dever de inclusão contido na Constituição Federal mediante a reserva de vagas no serviço público para as pessoas com deficiência.

Capítulo II – O Princípio Constitucional da Igualdade – Vedação de Discriminações Injustificadas e Ações Afirmativas

O sistema Constitucional brasileiro consagra o princípio da igualdade como um dos seus pilares, a irradiar efeitos sobre toda a interpretação e aplicação da Lei Maior.

A ideia de igualdade sempre esteve fortemente relacionada à ideia de justiça. É impossível pensarmos em efetivação e promoção de justiça sem que passemos pela implementação da igualdade. São conceitos que, embora não coincidentes, são inseparáveis e, por tal razão, a igualdade sempre teve papel central nos ordenamentos jurídicos, principalmente com o advento do constitucionalismo⁸⁸.

Afirma Arthur Kaufmann, analisando a relação entre igualdade e justiça:

À pergunta o que é a Justiça responde-se frequentemente: a justiça é no seu cerne *igualdade*. Mas se a justiça é essencialmente igualdade, isso significa também, como é óbvio, que a justiça não é apenas igualdade. [...] (grifos no original)

A implementação da isonomia, outrossim, vai muito além de não estabelecer diferenças no tratamento dispensado aos indivíduos, mas, ao contrário, implica justamente em discriminar pessoas, coisas e situações, conferindo-lhes tratamento jurídico diferenciado, consentâneo com a situação incomum tomada em consideração, com vistas a promover a igualdade de oportunidades entre todos.

Devemos ter em conta que a igualdade é sempre algo que implica em uma comparação, em uma relação entre mais de um sujeito ou objeto. Valhamo-nos, novamente, das lições de Arthur Kaufmann a respeito:

O princípio da igualdade é, como se viu, antes de mais puramente formal. Ele afirma tão somente o igual deve ser tratado de forma igual e o diferente de modo proporcionalmente diferente. Não diz *o que* é igual ou diferente (o que é importante para a configuração das previsões legais) nem *como* se deverá tratar o que é igual ou diferente (o que importa sobretudo para a determinação das consequências jurídicas). Ora acontece que nada no mundo é absolutamente igual ou diferente, sendo sempre apenas, por referência a um termo de comparação (*tertium comparationis*, porventura a “*ratio iuris*”), mais ou menos *semelhante e dissemelhante* (por isso é sempre logicamente

⁸⁸ Confira-se a respeito SARLET, INGO WOLFGANG; MARINONI, LUIZ GUILHERME; MITIDIERO, DANIEL. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 523-526.

⁸⁹ **Filosofia do Direito**. Tradução de António Ulisses Cortês. 4ª Edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010, p. 226.

possível em vez da analogia a conclusão *a contrario*). A igualdade é abstracção da diferença e esta, por sua vez, é abstracção da igualdade. Não há uma fronteira lógica entre igualdade e semelhança, a igualdade material é sempre apenas semelhança por referência a...⁹⁰ (grifos no original)

Esse também o entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet, ao afirmar que “*é preciso partir da premissa que a igualdade é um conceito relacional e comparativo, pois toda afirmação de uma igualdade ou desigualdade pressupõe uma comparação*”⁹¹.

Tratar a todos, sob o aspecto jurídico, da mesma maneira, sem levar em consideração as diferenças fáticas (econômicas, sociais, culturais etc.) não implica na efetivação da igualdade mas, ao contrário, poderá implicar na impossibilidade de que todos tenham acesso às benesses da vida em sociedade, ou, ainda, que todos sejam igualmente responsáveis pelos ônus do convívio social.

Nesse sentido, a própria Constituição Federal estabeleceu tratamentos diferenciados para alguns grupos de pessoas que elegeu, considerando a sua peculiar situação em relação à inclusão social. Dentre esses grupos, encontramos as pessoas com deficiência, que receberam do constituinte uma proteção diferenciada.

Devemos notar, outrossim, que a efetivação do princípio da igualdade não assume, e não pode assumir, apenas uma dimensão negativa de vedação de toda e qualquer forma de discriminação, ou seja, uma dimensão repressivo-punitiva contra os tratamentos discriminatórios, mas assume também uma dimensão positiva, ativa, com o implemento de ações destinadas à redução das desigualdades histórica e socialmente perpetradas, no que se costuma denominar de ações afirmativas.

As ações afirmativas, como adiante veremos, são formas de implementação do princípio da igualdade, que, se limitado apenas à vedação de todas as práticas de discriminação, poderia culminar com a perpetuação das desigualdades sociais existentes, impedindo que todos possam ter as mesmas oportunidades de desenvolvimento.

O princípio constitucional da igualdade deve ser também interpretado à luz do disposto no artigo 3º, IV, da Constituição Federal brasileira, que traz como objetivo fundamental da República a promoção do bem de todos, “sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Mais ainda, devemos entender

⁹⁰ **Filosofia do Direito**. Tradução de António Ulisses Cortês. 4ª Edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010, p. 230.

⁹¹ **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 534-535.

que o artigo 3º, IV, da Constituição Federal, integra a estrutura constitucional do princípio da igualdade expresso no artigo 5º, *caput*, de nossa Lei Maior.

Os contornos jurídicos do princípio constitucional da igualdade, em suas duas dimensões, repressiva e ativa, sua relação com a proteção da dignidade humana e o tratamento diferenciado conferido às pessoas com deficiência serão o objeto do presente capítulo.

1. O princípio constitucional da igualdade

A Constituição Federal brasileira, em seu artigo 5º, *caput*, consagra o princípio da igualdade, nos termos seguintes:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito a vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

Primeiramente, devemos apontar que o princípio da igualdade, no atual texto constitucional, teve sua topografia alterada em relação ao regime constitucional anterior, tendo sido alçada para o *caput* do artigo 5º, da Lei Maior.

A forma como colocada a igualdade na Constituição Federal aponta para a necessidade de considerá-la como pressuposto de interpretação de todos os outros direitos e garantias fundamentais, ou seja, toda e qualquer disposição constitucional garantidora de um direito fundamental (e, em especial, aquelas constantes do artigo 5º, que traz um rol não exaustivo de direitos fundamentais) deve ser olhada e aplicada considerando-se a igualdade de todos perante a lei, bem como a igualdade na lei.

Essa a lição de Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra da Silva Martins⁹²

O atual artigo isonômico teve trasladada a sua topografia. Deixou de ser um direito individual tratado tecnicamente como os demais. Passou a encabeçar a lista destes direitos que foram transformados em parágrafos do artigo igualizador. Essa transformação é prenhe de significação. Com efeito, reconheceu-se à igualdade o papel que ela cumpre na ordem jurídica. Na verdade, a sua função é de um verdadeiro princípio a informar e a

⁹²Comentários à Constituição do Brasil – Promulgada em 05 de outubro de 1988, p. 13 *apud* ARAUJO, LUIZ ALBERTO DAVID. **A Proteção Constitucional das Pessoas com Deficiência**. 4ª edição, Revista, ampliada e atualizada. Brasília: CORDE, 2011, p. 21.

condicionar todo o restante do direito. É como se estivesse dito: assegura-se o direito de liberdade de expressão do pensamento, respeitada a igualdade de todos perante este direito. Portanto, igualdade não assegura nenhuma situação jurídica específica, mas na verdade garante o indivíduo contra toda má utilização que possa ser feita da ordem jurídica.

Assim, devemos ter a igualdade como direcionadora de todas as disposições constitucionais garantidoras de direitos fundamentais, ou dito de outra forma, os direitos e as garantias fundamentais são estabelecidos como forma de promoção da efetiva igualdade de todos, já que todos os seres humanos são iguais em dignidade.

Já o Preâmbulo da Constituição brasileira coloca a igualdade como um dos valores supremos da sociedade, demonstrando que o Texto Constitucional somente poderá ser corretamente interpretado e aplicado se tal valor for levado em consideração. A igualdade, ao lado do exercício dos direitos sociais e individuais, da liberdade, da segurança, do bem-estar, do desenvolvimento e da justiça, deve ser uma das regras mestras de interpretação da Constituição.

É de se apontar, ainda, que o constituinte brasileiro, além de garantir a igualdade de todos perante a lei, no citado *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, o que, por si só, já bastaria para que todo o ordenamento jurídico brasileiro fosse interpretado considerando o princípio constitucional da igualdade, em diversos outros momentos do Texto Constitucional explicitou o dever de obediência à igualdade, em normas que, se por um lado não seriam necessárias face a existência do princípio geral, por outro reforçam a importância de tal princípio⁹³.

Exemplos desse extremo cuidado do constituinte com a igualdade podemos encontrar: no artigo 3º, IV, que veda quaisquer formas de discriminação; no próprio *caput* do artigo 5º, em que, após a consagração de que todos são iguais perante a lei é novamente garantido o direito à igualdade; no mesmo artigo 5º, inciso I, em que se consagra a igualdade entre homens e mulheres; no artigo 7º, incisos XXX e XXXI, em que se veda a discriminação no âmbito das relações de trabalho; no artigo 150, II, em que é vedado o tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente; no artigo 196, II, em que é

⁹³A cláusula de igualdade contida no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, que dispõe que “todos são iguais perante a lei”, é entendida por parte relevante da doutrina como um “direito geral de igualdade” (Cf. SARLET, INGO WOLFGANG; MARINONI, LUIZ GUILHERME; MITIDIERO, DANIEL. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 530-534), sendo que as demais disposições constitucionais referentes à igualdade seriam cláusulas especiais de igualdade, manifestações da cláusula geral, referentes a certos grupos de pessoas ou situações, como os trabalhadores, as mulheres, as pessoas com deficiência etc.

previsto o acesso igualitário às ações e serviços de saúde; no artigo 206, I, em que é determinada a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; no artigo 226, §5º, em que são atribuídos aos homens e às mulheres, em igualdade de condições, os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal; no artigo 227, §6º, em que é vedada qualquer discriminação relativa à filiação, com a impossibilidade de discriminação dos filhos havidos fora da relação do casamento.

Ademais, todos os dispositivos constitucionais que se destinam a promover uma medida de ação afirmativa, como adiante veremos, como os casos do artigo 7º, XX, que garante a proteção do mercado de trabalho das mulheres, do artigo 37, VIII, que estabelece a reserva de vagas no serviço público para as pessoas com deficiência, do artigo 203, IV, que fixa como objetivo da assistência social a habilitação e a reabilitação dos trabalhadores com deficiência, e do artigo 208, III, que estabelece a obrigatoriedade de oferecimento de atendimento educacional especializado para as pessoas com deficiência, são dispositivos que destinam-se diretamente a dar aplicação concreta ao princípio da igualdade.

Dessa forma, nota-se que a igualdade é um princípio extremamente caro à Constituição brasileira, impregnando todo o ordenamento jurídico nacional. Verifica-se que a igualdade é parte da estrutura da Constituição, permeando todo o seu texto.

A conformação do princípio da igualdade no ordenamento jurídico constitucional brasileiro é dada pela conjugação de um princípio geral de igualdade, conforme trazido pelo Preâmbulo da Constituição Federal, bem como pelo *caput* de seu artigo 5º, associado às disposições específicas que são encontradas ao longo de todo o texto de nossa Lei Maior. A igualdade, tanto em sua dimensão de proibição de discriminações desarrazoadas, como em sua dimensão de necessidade de estabelecimento de tratamentos jurídicos distintos às situações e pessoas que, conforme os critérios que serão a seguir expostos, fazem jus a tal diferenciação, é parte da conformação da ordem constitucional brasileira, condicionando a interpretação e aplicação de todo o Texto.

Devemos ter em mente, ainda, que a igualdade, como princípio constitucional, é de ser entendida como uma norma que irradia seus efeitos sobre todas as outras normas do ordenamento jurídico, de maneira a dar-lhes coesão e harmonia, fazendo com que a interpretação de todo o sistema seja uniforme e coerente.

Nesse sentido a visão de Celso Antônio Bandeira de Mello acerca dos princípios:

Cumpra, pois, inicialmente, indicar em que sentido estamos a tomar o termo *princípio*, tal como vimos fazendo desde 1971, quando pela primeira vez enunciamos a acepção que lhe estávamos a atribuir. À época dissemos: “Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico” [...] ⁹⁴ (grifos no original).

Dessa forma, o princípio da igualdade, que permeia todo o texto constitucional mediante inserções expressas por parte do constituinte, como vimos acima, também se faz presente como mandamento nuclear do sistema, como norma que deverá ser observada na maior intensidade possível, de forma a atribuir um sentido harmônico ao sistema jurídico pátrio. Trata-se de verdadeiro vetor de interpretação da Constituição.

O princípio da igualdade, como referimos acima, tem dois aspectos que devemos reconhecer, quais sejam, a igualdade diante da lei e a igualdade na lei, e deve ser aplicada de forma a que tenha a maior extensão possível. Vejamos o detalhamento de tais assertivas.

1.1 Igualdade perante a lei

A Lei Maior consagrou a igualdade de todos perante a lei, ou seja, diante de um comando legal não pode seu aplicador proceder a distinções de qualquer natureza; a lei se aplica a todos, indistintamente, sem que seja possível o estabelecimento de qualquer favoritismo ou perseguição.

Trata-se do princípio da igualdade formal, que serve de parâmetro para a aplicação da lei, norma que regerá toda a interpretação constitucional. Nesse sentido o ensinamento de Luiz Alberto David Araujo ⁹⁵:

Assim, todo texto deverá ser interpretado tendo por base o princípio da igualdade, que funcionará como regra mestra de toda hermenêutica constitucional e infraconstitucional.

A regra isonômica traz um primeiro significado, qual seja, o de tratar igualmente todos perante a lei. O ato normativo infraconstitucional posto e

⁹⁴ **Curso de Direito Administrativo**. 30ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 54.

⁹⁵ **A Proteção Constitucional das Pessoas com Deficiência**. 4ª edição, Revista, ampliada e atualizada. Brasília: CORDE, 2011, p. 21.

sua aplicação não podem deixar de dar tratamento igualitário a todos.

O princípio da igualdade formal, dessa forma, impede que o juiz, o administrador, enfim, qualquer aplicador do direito promova qualquer privilégio ou desprestígio em face do texto constitucional e das leis, devendo tratar a todos que estejam na situação de incidência de determinada norma de forma igual.

De tal entendimento não destoa J. J. Gomes Canotilho⁹⁶, dissertando acerca desse primeiro aspecto do princípio da igualdade:

A afirmação – ‘todos os cidadãos são iguais perante a lei’ – significava, tradicionalmente, a *exigência de igualdade na aplicação do direito*. Numa fórmula sintética, sistematicamente repetida, escrevia Anschütz: ‘as leis devem ser executadas sem olhar as pessoas’. A **igualdade na aplicação do direito** continua a ser uma das dimensões básicas do princípio da igualdade constitucionalmente garantido e, como se irá verificar, ela assume particular relevância no âmbito da aplicação igual da lei (do direito) pelos órgãos da administração e pelos tribunais (cfr. Ac TC 142/85) (grifos no original)

Trata-se, assim, de comando dirigido ao aplicador da lei, seja a Administração Pública, seja o Poder Judiciário, sejam, em alguns casos específicos, os próprios particulares, que, como demonstrado, não poderão fazer tratamento diferenciado para a aplicação do comando legal, vedada qualquer perseguição ou qualquer favoritismo.

Visto o aspecto da igualdade formal, a igualdade *diante da lei*, *perante a lei*, passamos a verificar a igualdade *na lei*, também denominada igualdade material.

1.2 A igualdade na lei

Não basta, para a verdadeira isonomia, que todos aqueles que sejam atingidos por uma hipótese legal sejam tratados da mesma forma. Faz-se necessário que a própria lei, em sua elaboração, busque promover a igualdade, ou seja, que o legislador reconheça as diferenças e tome-as em consideração para a confecção de seus preceitos.

Nesse sentido, o princípio da igualdade é dirigido ao legislador, ou seja, é uma imposição ao Poder Legislativo para que trate equanimemente todas as pessoas.

⁹⁶ **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª edição. Coimbra: Edições Almedina, p. 426.

Vejamos a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello⁹⁷:

O preceito magno da igualdade, como já tem sido assinalado, é norma voltada quer para o aplicador da lei quer para o próprio legislador. Deveras, não só perante a norma posta se nivelam os indivíduos, mas, a própria edição dela assujeita-se ao dever de dispensar tratamento equânime às pessoas.

Também Pontes de Miranda, comentando o ordenamento Constitucional anterior, concluía que o comando da igualdade dirige-se tanto ao legislador como ao aplicador da lei, acrescentando, ainda, seu direcionamento até aos particulares:

O princípio de igualdade perante a lei dirige-se aos legisladores, aos juízes e às autoridades administrativas. Têm o dever de respeitá-lo as unidades políticas (União, Estados-membros, Distrito Federal, Territórios e Municípios). Os próprios particulares, para discriminações de freguesia, ou de contacto, ou de serviços prestados a outrem ou a lhes serem prestados, somente podem estabelecer desigualdades dentro do espaço que as leis cogentes (impositivas ou proibitivas) assinalam. A companhia de auto-ônibus que proíbe o transporte de Negros viola o art. 153, §1º; bem assim o clube que veda a entrada de Judeus, ou pessoas de outra raça, ou Estado.⁹⁸

Cumprir apontar, ainda, o ensinamento de José Afonso da Silva⁹⁹, que, analisando a distinção entre igualdade formal e igualdade material assim discorre:

Entre nós, essa distinção é desnecessária, porque a doutrina como a jurisprudência já firmaram, há muito, a orientação de que a igualdade perante a lei tem o sentido que, no exterior, se dá à expressão igualdade *na lei*, ou seja: *o princípio tem como destinatários tanto o legislador como os aplicadores da lei*. O princípio significa, para o legislador – consoante observa Seabra Fagundes – “que, ao elaborar a lei, deve reger, com iguais disposições – os mesmos ônus e as mesmas vantagens – situações idênticas, e, reciprocamente, distinguir, na repartição de encargos e benefícios, as situações que sejam entre si distintas, de sorte a aquinhoá-las ou gravá-las em proporção às suas diversidades”. (grifos no original)

Fala-se, assim, em igualdade na lei, ou seja, a própria lei contém comandos que irão promover (ou buscar promover) a igualdade, já que o legislador terá levado em consideração o princípio da igualdade para a elaboração do comando normativo.

Tratar equanimemente todas as pessoas, outrossim, está longe de significar que a lei deve dispensar o mesmo tratamento a todos, mas, ao contrário, deve a lei tratar de forma semelhante aqueles que estejam em situação semelhante, e deve tratar de forma diferenciada aqueles que estejam em situações diversas, levando em conta a relação lógica entre a situação

⁹⁷ **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª edição, 20ª tiragem. São Paulo : Malheiros Editores, 2011, p. 9.

⁹⁸ **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969**. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1974, Tomo IV, p. 707.

⁹⁹ **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 215.

diferente e o tratamento jurídico diverso a ser oferecido, assim como os valores estabelecidos pelo ordenamento constitucional.

Esse o posicionamento de Robério Nunes dos Anjos Filho¹⁰⁰:

A máxima da igualdade material, ao insistir que *os iguais devem ser tratados igualmente, e os desiguais desigualmente, na medida de suas desigualdades*, tornou possível e fez necessário introduzir no sistema jurídico tratamentos formais distintos, inclusive no campo legislativo. É preciso, desta forma, identificar *discriminações lícitas* e *discriminações ilícitas*, também chamadas de *legítimas* e *ilegítimas*, pois as primeiras fortalecem e as últimas violam a igualdade. (grifos no original)

Legislar, fundamentalmente, é proceder a discriminações, ou seja, é eleger determinadas situações e estabelecer-lhes um tratamento jurídico diverso daquele dispensado a outras situações. Tais discriminações, outrossim, deverão ser norteadas pelo princípio da igualdade, ou seja, deverão ter como objetivo a consecução da igualdade material. Uma discriminação somente é admitida pelo nosso ordenamento jurídico quando pautada pela busca da igualdade material. Vejamos o entendimento de Alexandre de Moraes¹⁰¹:

A Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desigualem, é exigência tradicional do próprio conceito de justiça [...].

Ademais, temos que ter em mente que a simples proibição de todo e qualquer tratamento legislativo desigual, ou seja, a simples proibição de que a lei estabeleça distinções, é medida que, ao invés de promover a igualdade, tende a perpetuar as desigualdades, já que não permite que aqueles que estejam em situação desfavorável atinjam a mesma situação mais benéfica desfrutada por outros. Essencial à igualdade, assim, é o reconhecimento das diversas situações em que se encontram os indivíduos (e os grupos) na sociedade, sendo absolutamente ineficaz a pura e simples proibição de atribuição de tratamentos jurídicos distintos. Reconhecer a diferença é essencial para promover a igualdade.

¹⁰⁰ A proteção jurídica dos grupos vulneráveis e das minorias. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais RBEC**, Belo Horizonte, ano 4, n. 13, jan./mar. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=68202>>. Acesso em: 16 de novembro de 2012.

¹⁰¹ **Direito Constitucional**, 28ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p.35.

Como bem aponta Ingo Wolfgang Sarlet¹⁰², comentando o posicionamento de Celso Antônio Bandeira de Mello acerca do princípio da igualdade, é “*indispensável perquirir o que deve ser considerada uma discriminação juridicamente intolerada*”, sendo que promover tratamentos desiguais é função precípua da lei.

Robert Alexy, por sua vez, reconhecendo que a igualdade não significa que todos sejam tratados exatamente da mesma forma, aponta para a necessidade de haja critérios para o estabelecimento de tratamentos diferenciados pelo legislador, quando afirma:

Portanto, o enunciado geral de igualdade, dirigido ao legislador, não pode exigir que todos sejam tratados exatamente da mesma forma ou que todos devam ser iguais em todos os aspectos. Por outro lado, para ter algum conteúdo, ele não pode permitir toda e qualquer diferenciação e toda e qualquer distinção. [...] ¹⁰³

Passamos a verificar a extensão de tal assertiva, ou seja, a possibilidade de tratamento diferenciado para promover a igualdade, o reconhecimento da diferença como forma de efetivação da isonomia, com seus pressupostos.

1.2.1 Pressuposto: a igualdade em dignidade de todos os seres humanos

Antes de podermos passar à análise efetiva da possibilidade da lei estabelecer desigualdades como forma de promoção da igualdade, devemos atentar que a ideia de que deve haver a promoção da igualdade material entre todas as pessoas advém do pressuposto lógico, como apontado por Vidal Serrano Nunes Júnior, de que todos os indivíduos são iguais em dignidade.

O que se quer apontar é que somente faz sentido utilizar-se o ordenamento jurídico para que todos possam ter as mesmas oportunidades, para que todos, independentemente das suas situações concretas, tenham as mesmas chances, enfim, para a promoção da igualdade material, entendendo-se que todos os seres humanos, pelo simples fato de serem humanos, são dotados de uma mesma dignidade, que lhes é intrínseca. Valemo-nos das lições de Vidal Serrano Nunes Júnior, que afirma que a “[...] *dignidade humana constitui um imperativo que*

¹⁰² **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 535.

¹⁰³ **Teoria dos Direitos Fundamentais**, tradução de Virgílio Afonso da Silva, 2ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 397.

*faz com que todo ser humano, só por sê-lo, como fim em si mesmo, possui um valor não relativo, intrínseco, o qual não comporta nenhuma espécie de majoração [...]*¹⁰⁴.

Pontes de Miranda, comentando a Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, aponta essa igualdade entre os homens pelo simples fato de serem humanos, a que acima se referiu:

Assim, a evolução do direito, no sentido de desbastar as desigualdades, é a realização de uma política que atenua as *diferenças* entre os julgamentos de valor e aumenta o número de julgamentos de fato relativos à igualdade dos homens.

A ideia de igualdade dos homens assenta em que todos eles são *entes humanos* – portanto, em *semelhanças* indiscutíveis¹⁰⁵. (grifos no original)

A dignidade humana, embora não seja dotada de um conceito pronto e acabado, podendo, inclusive, variar conforme a época e o grupo social tomados em consideração, pode ser entendida como a impossibilidade de que o indivíduo seja reduzido à condição de mero objeto, ou seja, a pessoa não pode ser relegada a um plano de mera submissão aos interesses de outrem. Vejamos a lição de Ingo Wolfgang Sarlet¹⁰⁶

A partir do exposto, sustenta-se que a dignidade possui uma dimensão dúplice, que se manifesta enquanto simultaneamente expressão da autonomia da pessoa humana (vinculada à ideia de autodeterminação no que diz com as decisões essenciais a respeito da própria existência), bem como da necessidade de sua proteção (assistência) por parte da comunidade e do Estado, especialmente quando fragilizada ou até mesmo – e principalmente – quando ausente a capacidade de autodeterminação. [...]

Temos, assim, que o pressuposto lógico para que se promova a igualdade é a assertiva de que todos os seres humanos são iguais em dignidade. Nessa medida, é de se afirmar, também, que a proteção e a promoção da igualdade com a atribuição de direitos e garantias fundamentais tem por objeto, como já apontado no capítulo anterior, a preservação da dignidade humana em todos os seus aspectos, já que a igualdade pressupõe o reconhecimento de dignidade em todos os seres humanos.

A promoção da igualdade na lei, dessa forma, traz intrinsecamente a proteção da dignidade humana, razão de existência do reconhecimento e proteção dos direitos e garantias

¹⁰⁴ **A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivção e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais**. São Paulo: Editora Verbatim, 2009, p. 130.

¹⁰⁵ **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969**. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1974, Tomo IV, p. 669.

¹⁰⁶ **As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível**, in **Dimensões da Dignidade – Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 30.

fundamentais.

Visto o pressuposto lógico da promoção da igualdade, da possibilidade do tratamento legal diferenciado para situações diferentes, passamos ao exame de sua estrutura, ou seja, de como se dá a implementação da igualdade na lei.

1.2.2 Elemento diferencial

Para o estabelecimento de um tratamento jurídico, objeto de uma lei, o legislador deve buscar um ou alguns fatores que levará em conta para promover a discriminação, a diferenciação do tratamento jurídico a ser dispensado. O elemento diferencial, em síntese, é aquele fator que no caso concreto será tomado como fator de desigualação.

Tal elemento não poderá ser escolhido aleatoriamente pelo legislador, mas deverá necessariamente residir nas coisas, pessoas ou situações a serem diferenciadas.

Não é dado ao legislador tomar em consideração para a atribuição de um tratamento diferenciado para um determinado grupo de pessoas uma característica que lhes seja exterior; se o elemento diferencial não for inerente àquele grupo, situação ou coisa que será objeto do tratamento legislativo a ser dispensado, não caberá a sua utilização como fator de discriminação para a diferenciação pretendida.

Nesse sentido a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁰⁷:

É inadmissível, perante a isonomia, discriminar pessoas ou situações ou coisas (o que resulta, em última instância, na discriminação de pessoas) mediante traço diferencial que não seja nelas mesmas residentes. Por isso, são incabíveis regimes diferentes determinados em vista de fator alheio a elas; quer-se dizer: que não seja extraído delas mesmas.

Por outro lado, não podemos deixar de considerar que a lei deve ser um comando geral e abstrato, ou seja, não pode destinar-se a apanhar um único indivíduo (deve ser geral) e deve incidir sobre uma situação que poderá ser reproduzida (deve ser abstrata).

Uma lei que individualize seu sujeito, ou seja, que tenha eleito como elemento de

¹⁰⁷ **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade.** 3ª edição, 20ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2011 p. 29-30.

diferenciação algo tão específico que permita imediatamente individualizar seu destinatário único, será fatalmente violadora do princípio isonômico, já que ou lhe concederia um privilégio ou lhe imporia um ônus, sem que todas as demais pessoas tivessem a oportunidade de receber aquele privilégio, ou, ao contrário, fossem igualmente sujeitadas àquele ônus. Exceção poderia haver se, a despeito da norma eleger um critério de diferenciação que permita individualizar seu destinatário, este não exista ainda no presente (destinatário único que ainda não é passível de individualização no presente).

De outra parte, uma norma que eleja como fator de diferenciação uma situação impossível de se reproduzir, ou que materialmente não possa ocorrer novamente, também estaria individualizando seu destinatário, já que a situação já ocorrida indicaria com precisão aquele a quem se destina a norma, incorrendo na situação de conceder privilégio ou impor gravame a uma determinada pessoa, o que violaria a isonomia. Somente se poderá admitir lei desse tipo, que tome como elemento diferencial uma situação de impossível reprodução, se a regra puder ser aplicada futuramente sobre destinatários inexistentes (ou de impossível individualização) quando de sua edição.

Dessa forma, o elemento de diferenciação deve residir na pessoa, coisa ou situação que se pretende desigualar, não se admitindo, no entanto, que seja de tal ordem que permita a individualização de seu único destinatário, retirando a generalidade ou a abstração do comando legal, o que violaria a isonomia em razão de conceder um privilégio a um único indivíduo sem que os demais tenham a mesma oportunidade, ou, então de impor a alguém um gravame, sem sujeitar o restante das pessoas.

Toda e qualquer característica, desde que não seja exterior às pessoas, coisas ou situações que se pretende desigualar, poderá ser adotada como elemento de diferenciação; como bem alerta Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁰⁸, não é em tal elemento que poderá haver ofensa ao princípio da igualdade, sendo o caso de observar se há um vínculo de correlação lógica entre o elemento eleito e a desigualdade de tratamento que será atribuída em razão de tal elemento. Essa a premissa que verificaremos no próximo tópico.

Devemos apontar o posicionamento diverso defendido por José Afonso da Silva, que entende que não poderão ser tomados em consideração como elementos de discriminação os fatores raça, sexo, cor e idade, tendo em vista que o artigo 3º, IV, da Constituição Federal

¹⁰⁸ **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade.** 3ª edição, 20ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2011 p. 15-19.

veda discriminações com fulcro em tal critério. Afirma o referido autor:

[...] As constituições anteriores enumeravam as razões impeditivas de discrimine: *sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas*. Esses fatores continuam a ser encarecidos como possíveis fontes de discriminações odiosas e, por isso, desde logo, proibidas expressamente, como consta do art. 3º, IV, onde dispõe que, entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, está: promover o bem de todos, *sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*. [...] ¹⁰⁹ (grifos no original)

Nesse aspecto, adotamos o posicionamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, no sentido de que não é apenas nos fatores tomados como diferenciais que devemos examinar a possível violação do princípio isonômico, mas que, havendo um vínculo de pertinência lógica entre o fator de desigualação e a desigualação efetivada o princípio da igualdade não sofre violação. Se assim não fosse, a cláusula genérica contida no final da redação do artigo 3º, IV, da Constituição Federal, vedando “quaisquer outras formas de discriminação”, impediria a lei de tomar como elemento de *discrímen* qualquer fator que seja, deixando a lei, assim, de cumprir sua função precípua de discriminar situações e lhes estabelecer um tratamento jurídico diferenciado. O que nos parece, examinado o artigo 3º, IV, da Constituição Federal, em conjunto com toda a estrutura do princípio da igualdade, é que foram vedadas todas as discriminações injustificadas, arbitrárias, não só baseadas nos fatores origem, raça, sexo, cor e idade, mas como em qualquer outro fator, pois afrontariam o princípio da igualdade.

Também esse é o posicionamento apontado por Joaquim B. Barbosa Gomes, comentando a possibilidade de utilização de critérios raciais para a implementação de políticas públicas no Direito norte-americano:

O que caracteriza o Direito norte-americano nesse domínio é precisamente o fato de ele haver rompido com essa suposta ortodoxia constitucional, ao admitir que, embora os critérios e classificações de ordem racial sejam em princípio <suspeitos> sob o prisma constitucional, são eles no entanto plenamente compatíveis com a Constituição quando concebidos com o fim exclusivo de corrigir injustiças, de promover a igualdade e não segregar ou de marginalizar certos grupos de pessoas. Noutras palavras, o uso de critérios raciais na implementação de políticas públicas só é viável quando utilizado com intuito benéfico (<benign racial criteria> = <critérios raciais <benignos>).[...] ¹¹⁰

Passemos a examinar o vínculo de correlação lógica que deve existir entre o fator de *discrímen* e o tratamento jurídico diferenciado, o que irá aclarar o posicionamento defendido.

¹⁰⁹ **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 223.

¹¹⁰ **Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade (O Direito Como Instrumento de Transformação Social. A Experiências dos EUA)**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001, p. 77.

1.2.3 Vínculo de correlação lógica

Deve haver uma estreita conexão entre o elemento de discriminação que foi eleito e a desigualação que a lei prestigiou, ou seja, deve o tratamento jurídico diferenciado imposto pela lei ser logicamente pertinente ao elemento diferencial tomado em conta para a promoção da desigualação.

Para que seja validamente imposta pela lei uma desigualdade, deve ser possível verificar a existência de uma correlação lógica entre as situações, as pessoas ou as coisas a serem tratadas diferentemente pela lei e o tratamento jurídico que lhes foi atribuído.

Se, por um lado, todo e qualquer elemento residente nas pessoas, coisas ou situações que se quer igualar podem ser tomados como elementos de discriminação, por outro, somente haverá o atendimento ao princípio isonômico se for possível estabelecer-se um vínculo lógico entre o elemento levado em consideração pela lei e o tratamento jurídico diferenciado que for atribuído.

Nota-se, assim, que a efetiva verificação da validade da lei diante do princípio da igualdade não está na simples análise do fator eleito como elemento diferencial. Como dito, todo e qualquer elemento pode ser erigido a elemento diferencial, bastando que seja interno às pessoas, coisas ou situações que serão objeto de tratamento diferenciado; a análise de tal elemento, isoladamente, não levará à conclusão do respeito ou não ao princípio isonômico, sendo possível unicamente a análise acerca de ser ou não interno, intrínseco, ao objeto da diferenciação.

A validade do tratamento diferenciado que a lei impõe deve ser verificada mediante a análise da existência de correlação lógica entre os elementos de discriminação e o tratamento jurídico diferenciado dispensado pela lei. A discriminação não pode ser fortuita, gratuita.

Em tal sentido é a advertência de Joaquim José Gomes Canotilho, quando, discorrendo acerca do princípio da igualdade, assevera que há a necessidade da promoção da igualdade justa. Vejamos a lição do ilustre Mestre português:

[...] Por outras palavras: o princípio da igualdade é violado quando a desigualdade de tratamento surge como arbitrária. O arbítrio da desigualdade

seria condição necessária e suficiente da violação do princípio da igualdade. Embora ainda hoje seja corrente a associação do princípio da igualdade com o princípio da proibição do arbítrio, este princípio, como simples princípio de limite, será também insuficiente se não transportar já, no seu enunciado normativo-material, critérios possibilitadores da valoração das relações de igualdade ou desigualdade. [...] ¹¹¹

Alexandre de Moraes aponta a necessidade de que a finalidade da discriminação seja proporcional ao fim que se pretende atingir, afirmando que “*os tratamentos normativos diferenciados são compatíveis com a Constituição Federal quando verificada a existência de uma finalidade razoavelmente proporcional ao fim visado*” ¹¹².

Cumpra, aqui, anotar a advertência de Celso Antônio Bandeira de Mello no sentido de que o momento histórico da época poderá influenciar no reconhecimento ou não da existência de vínculo de pertinência lógica entre o fator de *discrimen* e o tratamento jurídico diferenciado atribuído:

Por derradeiro, cumpre fazer uma importante averbação. A correlação lógica a que se aludiu, nem sempre é absoluta, “pura”, a dizer, isenta da penetração de ingredientes próprios das concepções da época, absorvidos na inteligência das coisas ¹¹³.

Dessa forma, essencial à igualdade é a existência de um vínculo de pertinência lógica, de uma justificativa racional e consentânea com as concepções sociais da época para que a discriminação não seja tomada como violadora do princípio da igualdade.

1.2.4 Definição de igualdade material

Face todo o exposto, podemos concluir que a *igualdade material*, ou igualdade na lei, pode ser definida como a *forma de promoção da dignidade humana mediante o tratamento igual conferido aos iguais e o tratamento desigual conferido aos desiguais, na medida dessa desigualdade*.

Tendo em vista que todos os seres humanos são iguais em dignidade, a promoção da igualdade pelo ordenamento jurídico é forma de proteção da dignidade humana, sendo a

¹¹¹ **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª edição. Coimbra: Edições Almedina, p. 428.

¹¹² **Direito Constitucional**. 28ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p.36.

¹¹³ **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª edição, 20ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 39.

igualdade vetor interpretativo de todos os direitos fundamentais trazidos pelo ordenamento constitucional brasileiro.

Sintetizando bem todo o exposto até aqui, cumpre mencionarmos o posicionamento de Robert Alexy, no sentido da necessidade de que sempre seja apresentado um discurso justificativo das diferenciações legalmente estabelecidas. É nesse sentido que é apresentada a seguinte afirmação:

Não existe uma razão suficiente para a permissibilidade de uma diferenciação quando todas as razões que poderiam ser cogitadas são consideradas insuficientes. Nesse caso, não há como fundamentar a permissibilidade da diferenciação. Com isso, como já salientado diversas vezes, o enunciado geral de igualdade estabelece um ônus argumentativo para o tratamento desigual¹¹⁴.

A lei tem como função precípua justamente discriminar situações, coisas e pessoas e a elas atribuir tratamentos jurídicos diversos, sendo de rigor, para tal intento, que o legislador eleja fatores de diferenciação residentes nas pessoas, coisas ou situações que se pretende diferenciar, fatores estes que deverão guardar relação de pertinência lógica com o tratamento jurídico diferenciado a ser conferido.

2. Ações afirmativas como forma de promoção da igualdade

A Lei Maior brasileira, em seu artigo 3º, estabeleceu os objetivos fundamentais da República, e, dentre eles, colocou o estabelecimento de uma sociedade livre, justa e solidária (inciso I), bem como a promoção do bem de todos, sem preconceitos de qualquer ordem (inciso IV). Vejamos o texto Constitucional:

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

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

[...]

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Evidentemente que o atingimento de tais objetivos tem íntima relação com a promoção

¹¹⁴**Teoria dos Direitos Fundamentais**, tradução de Virgílio Afonso da Silva, 2ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 408-409.

da igualdade, tendo em vista que a justiça social e a promoção do bem de todos passam necessariamente pelo oferecimento de oportunidades iguais de desenvolvimento e participação política, em seu mais amplo sentido, a todas as pessoas.

Para oferecer oportunidades iguais a todos, logicamente deverão ser levadas em conta as diferenças existentes entre os diversos grupos da sociedade, sendo de rigor que aqueles que tenham maiores dificuldades de inclusão social recebam uma maior proteção da lei.

Norberto Bobbio, tratando do que chama de multiplicação dos direitos do homem, aponta a existência de um processo de especificação dos sujeitos de direito, ou seja, ao invés da pura e simples preocupação com o homem enquanto homem começou a haver a preocupação com a diversidade:

Com relação ao terceiro processo, a passagem ocorreu do homem genérico – do homem enquanto homem – para o homem específico, ou tomado na diversidade de seus diversos status sociais, com base em diferentes critérios de diferenciação (o sexo, a idade, as condições físicas), cada um dos quais revela diferenças específicas, que não permitem igual tratamento e igual proteção. A mulher é diferente do homem; a criança, do adulto; o adulto, do velho; o sadio, do doente; o doente temporário, do doente crônico; o doente mental, dos outros doentes; os fisicamente normais, dos deficientes, etc. [...]¹¹⁵

A própria Constituição Federal, elaborada pelo Poder Constituinte Originário, que tem como principais características o fato de ser autônomo e ilimitado, seguindo tal tendência, elegeu certos grupos como merecedores de especial proteção, sem a qual estariam em desvantagem nas suas relações com o restante da sociedade, determinando que o legislador infraconstitucional adotasse providências que lhes proporcionasse igualdade de oportunidades para com as demais pessoas.

Vejamos as lições de Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior¹¹⁶:

Na disciplina do princípio da igualdade, o constituinte tratou de proteger certos grupos que, a seu entender, mereciam tratamento diverso. Enfocando-os a partir de uma realidade histórica de marginalização social ou de hipossuficiência decorrente de outros fatores, cuidou de estabelecer medidas de compensação, buscando concretizar, ao menos em parte, uma igualdade de oportunidades com os demais indivíduos, que não sofreram as mesmas espécies de restrições. São as chamadas ações afirmativas.

Aqui, cumpre apontar que as ações afirmativas diretamente estabelecidas no Texto Constitucional são uma opção política do constituinte. Evidente que, tratando-se de uma

¹¹⁵ **A Era dos Direitos**. Nova edição, 13ª reimpressão. Rio de Janeiro: Ed. Elsevier, 2004, p. 64.

¹¹⁶ **Curso de Direito Constitucional**. 18ª edição. São Paulo: Editora Verbatim, 2014, p. 182-183.

medida que irá criar benefícios a um grupo de pessoas, como toda ação afirmativa, possivelmente outras pessoas terão suas oportunidades diminuídas, para a implantação de tal política. No entanto, essa foi a opção da Constituição para que seja implementado um valor que julgou maior, qual seja, a igualdade de oportunidades entre todas as pessoas, independentemente de sua condição fática (fisiológica, étnica, social, cultural, dentre outros fatores). Nesse sentido a advertência de John Hart Ely¹¹⁷:

A “discriminação compensatória” em favor de minorias raciais ou de outra espécie suscita uma questão ética bastante complexa. Por um lado, para ter uma oportunidade mínima de curar nossa sociedade da doença do racismo, é necessário que um número muito maior de membros dos grupos minoritários penetrem nas profissões liberais e nas camadas superiores da sociedade. E, por mais complexas que sejam as razões, parece que isso não acontecerá no futuro próximo a menos que levemos em conta o status de minoria e atribuamos a ele um peso positivo quando da distribuição de oportunidades. Mas, como quer que chamemos esse processo – preferência, cotas, busca de diversidade –, o ato de dar peso positivo à “negritude”, por exemplo, necessariamente fará com que outros tenham suas oportunidades negadas porque não nasceram negros. Confesso, portanto, que acho difícil compreender a indignação farisaica que muitos sentem em cada um dos polos dessa questão moral complexíssima.

Também Joaquim B. Barbosa Gomes relaciona o princípio da igualdade às chamadas ações afirmativas, reconhecendo a existência de uma forte carga político-ideológica na questão:

O debate em torno do princípio constitucional da igualdade, em cuja raiz se situa a discussão a respeito dos direitos civis, e especialmente do seu mais eficaz instrumento de implementação – as ações afirmativas –, traz em si, além de uma explosiva carga político-ideológica, uma base filosófica e constitucional não desprezível. Com efeito, remontando a Aristóteles e passando por diversas escolas de pensamento modernas, são diversos os postulados filosóficos que disputam a primazia da fundamentação das ações afirmativas, quase todos eles filiados ao pensamento liberal. Dois dentre eles se destacam. De um lado, o postulado da Justiça Compensatória e, de outro, o da Justiça Distributiva. À margem desses dois postulados circulam ainda certas concepções inspiradas de uma visão utilitarista, bem como do chamado multiculturalismo.¹¹⁸

Dessa forma, podemos afirmar que as ações afirmativas são uma maneira de implementação do princípio da igualdade.

¹¹⁷ **Democracia e Desconfiança – Uma Teoria do Controle Judicial de Constitucionalidade**. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. 228-229.

¹¹⁸ **Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade (O Direito Como Instrumento de Transformação Social. A Experiências dos EUA)**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001, p. 61.

2.1 A insuficiência da neutralidade estatal para a promoção da igualdade

Como visto anteriormente (Capítulo I, 2.1), durante a idade antiga não havia um pensamento que se preocupasse em reconhecer a todos os seres humanos direitos fundamentais iguais, noção que normalmente é atribuída ao advento do Cristianismo, que impulsiona a ideia de que todos os seres humanos são iguais em dignidade, moldados à imagem e semelhança de Deus.

Na evolução da história estatal, a igualdade em dignidade de todos os seres humanos culminou com a elevação da igualdade a princípio conformador básico da noção de justiça, e dessa forma, deveria o Estado tratar de forma igual todos os seus cidadãos, sem perseguições ou favoritismos. Vejamos as observações de Melina Breckenfeld Reck e Clèmerson Merlin Clève sobre o tema:

Nos séculos XVII e XVIII, erigiu-se a igualdade como um dos pilares da democracia moderna e como elemento essencial da noção de Justiça, tanto que os primeiros documentos constitucionais consagraram-na como pressuposto lógico-jurídico do Estado.¹¹⁹

A igualdade, outrossim, na concepção liberalista de Estado, sempre foi interpretada (e implementada) dentro de uma visão de neutralidade estatal, ou seja, sob o prisma de que o Estado deveria abster-se de interferir na esfera de liberdades de seus cidadãos, bem como na esfera econômica. Entendia-se que a mera inserção de dispositivos que vedassem a discriminação nos ordenamentos constitucionais seria suficiente para a promoção da igualdade.

Acreditava-se que a igualdade de oportunidades para todos, o igual acesso aos benefícios da vida em sociedade, poderia ser garantido simplesmente com a garantia constitucional e legal de que discriminações infundadas seriam proibidas. Tal concepção, no entanto, revelou-se inadequada e ineficaz, tendo em vista que certos grupos vulneráveis e minorias, inclusive e especialmente pelo passado de discriminação e segregação a que foram submetidos, jamais conseguiriam ter acesso às mesmas oportunidades que os demais

¹¹⁹ As Ações Afirmativas e a Efetivação do Princípio Constitucional da Igualdade. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional – A&C** – Belo Horizonte, n. 11, ano 3, janeiro / março 2003, disponível em < <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=12596>> . Acesso em 20 fev. 2013.

integrantes da sociedade.

Essa a visão de Joaquim B. Barbosa Gomes:

[...] Na maioria das nações pluriétnicas e pluriconfessionais, o abstencionismo estatal se traduziu na crença de que a mera introdução nas respectivas Constituições de princípios e regras asseguradoras de uma igualdade formal perante a lei de todos os grupos étnicos componentes da Nação, seria suficiente para garantir a existência de sociedades harmônicas, onde seriam assegurados a todos, independentemente de raça, credo, gênero ou origem nacional, efetiva igualdade de acesso ao que comumente se tem como conducente ao bem-estar individual e coletivo.

Como se sabe, a idéia de neutralidade estatal tem-se revelado um formidável fracasso, especialmente nas sociedades que durante muitos séculos mantiveram certos grupos ou categorias de pessoas em posição de subjugação legal, de inferioridade legitimada pela lei, em suma, em países com longo passado de escravidão. [...] ¹²⁰

Nesse sentido também a afirmação de Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, de que “*A neutralidade estatal mostrou-se um fracasso*”. ¹²¹

Essa, ainda, a lição de Flávia Piovesan, que afirma:

Faz-se necessário combinar a proibição da discriminação com políticas compensatórias que acelerem a igualdade enquanto processo. Isto é, para assegurar a igualdade não basta apenas proibir a discriminação, mediante legislação repressiva. São essenciais as estratégias promocionais capazes de estimular a inserção e inclusão de grupos socialmente vulneráveis nos espaços sociais. Com efeito, a igualdade e a discriminação pairam sob o binômio inclusão-exclusão. Enquanto a igualdade pressupõe formas de inclusão social, a discriminação implica a violenta exclusão e a intolerância à diferença e à diversidade. O que se percebe é que a proibição da exclusão, em si mesma, não resulta automaticamente na inclusão. Logo, não é suficiente proibir a exclusão, quando o que se pretende é garantir a igualdade de fato, com efetiva inclusão social de grupos que sofreram e sofrem um consistente padrão de violência e discriminação. ¹²²

O Estado, dessa forma, deverá abandonar sua postura de pura neutralidade, de abstenção de intervenção na ordem social, para promover a igualdade. Não basta inserir no ordenamento jurídico toda sorte de dispositivos que vedem a discriminação injustificada (essa

¹²⁰ **Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade (O Direito Como Instrumento de Transformação Social. A Experiências dos EUA)**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001, p. 36.

¹²¹ A Igualdade e as Ações Afirmativas. **Fórum Administrativo – Direito Público – FA**, Belo Horizonte, ano 3, n. 29, jul. 2003. Disponível em <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=3701>> . Acesso em 20 fev. 2013.

¹²² Ações Afirmativas Sob a Perspectiva dos Direitos Humanos. In **Ações Afirmativas e Combate ao Racismo nas Américas**. Edição eletrônica . Brasília: Ministério da Educação , 2007, p. 40.

é uma medida necessária, mas não suficiente), sendo de rigor que o ordenamento jurídico preveja formas mais efetivas de oferecer a todos as mesmas oportunidades de desfrute dos bens e vantagens produzidos pela vida em sociedade. A igualdade de oportunidades não pode ser extraída da simples proibição da discriminação, mas do efetivo fomento estatal por intermédio de instrumentos mais efetivos de promoção da igualdade material.

Assevera Cármen Lúcia Antunes Rocha que

Por essa constatação histórica irrefutável é que, desde a década de 60, especialmente, começou a se fazer patente aos que tinham olhos com que ver claro que o Direito Constitucional acanhava-se em sua concepção meramente formal do princípio denominado isonomia, despojado de instrumentos de promoção da igualdade jurídica como vinha sendo, até então, cuidado. Conclui-se, então, que proibir a discriminação não era bastante para se ter a efetividade do princípio da igualdade jurídica. O que naquele modelo se tinha e se tem é tão-somente o princípio da vedação da desigualdade, ou da invalidade do comportamento motivado por preconceito manifesto ou comprovado (ou comprovável), o que não pode ser considerado o mesmo que garantir a igualdade jurídica.¹²³

É nesse contexto que surge, nos Estados Unidos da América, a ideia de ações afirmativas, como forma de que o Estado atue positivamente para a promoção da igualdade, deixando de lado sua histórica neutralidade.

Ressalta Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, ainda, que não é somente o Legislativo que deve adotar tal postura, cumprindo o Judiciário, também, importante papel para a efetivação da igualdade:

O Judiciário pode contribuir, e muito, nesse campo, como o fez a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, após a Segunda Guerra Mundial. Até então só o legislador atuava. Percebeu aquela Corte que precisava, realmente, sinalizar para a população, de modo a que prevalecessem, na vida gregária, os valores básicos da Constituição americana. Diante de um conflito de interesses, cumprirá ao juiz ter sempre presente o mandamento constitucional de regência da matéria. Só teremos a supremacia da Carta quando implementarmos a igualdade. A ação afirmativa evidencia o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica.[...] ¹²⁴

Nunca é demais lembrar, também, como ressaltado pelo autor citado, que o limite da atuação do Poder Judiciário deverá ser a Constituição, limite este que jamais poderá ser transbordado, sob pena de indevida usurpação do Poder Constituinte das mãos de seu titular, o

¹²³ Ação Afirmativa – O Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 33, n. 131, p. 283-295, jul./set. 1996.

¹²⁴ A Igualdade e as Ações Afirmativas. **Fórum Administrativo – Direito Público – FA**, Belo Horizonte, ano 3, n. 29, jul. 2003. Disponível em <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=3701>> . Acesso em 20 fev. 2013.

povo. Por tal razão, ademais, é que somente poderemos admitir as ações afirmativas se estas decorrerem, ainda que não de forma expressa, do ordenamento constitucional, se da Constituição conseguirmos extrair a postura positiva do Estado para a efetivação da igualdade que se busca com tal instrumento.

Antes de passarmos para a análise dessa postura ativa do Estado e da conformação jurídica das ações afirmativas, para depois verificarmos a sua adequação ao sistema constitucional brasileiro, cumpre-nos tecer algumas observações sobre os efeitos atuais das discriminações do passado e dos grupos que serão objetos das ações afirmativas.

2.1.1 Os efeitos atuais da discriminação do passado

Os integrantes dos grupos sociais discriminados ou segregados ao longo da história, ainda que tal discriminação hoje seja proibida pelo ordenamento jurídico ou não mais encontre fundamentação oficial (embora se saiba que a proibição da discriminação no ordenamento jurídico não faz com que ela desapareça da mentalidade e das atitudes, ainda que veladas, das pessoas), enfrentam no presente o resultado e as consequências de toda uma história de discriminação. Embora tenha a discriminação (ao menos oficialmente) cessado no passado recente, os seus efeitos persistem até a atualidade, retirando dos integrantes dos grupos que foram discriminados a possibilidade de vida em sociedade com igualdade de oportunidades em relação aos demais integrantes do meio social.

Face o longo período histórico de discriminação e subjugação, que, em grande medida e em muitos casos foi inclusive fruto de políticas oficiais do Estado (como a escravidão, por exemplo), os integrantes de diversos grupos sociais (como os negros, os indígenas, as mulheres, as pessoas com deficiência) embora agora inseridos no sistema jurídico como detentores de iguais direitos em relação aos demais grupos, ainda enfrentam na atualidade uma situação de vulnerabilidade social, de ausência de condições de concorrerem na vida social em igualdade de oportunidades com os demais componentes da sociedade. Em síntese, a subjugação passada emana efeitos que até hoje incidem sobre seus descendentes.

A mentalidade da parcela dominante da sociedade ainda é influenciada pela mentalidade social que legitimava as práticas discriminatórias passadas, levando os grupos

vulneráveis a ainda enfrentarem os efeitos da discriminação passada.

As ações afirmativas têm por objeto atingir justamente esses grupos, ou seus descendentes, que ainda na atualidade enfrentam problemas relacionados à prática histórica da discriminação, promovendo políticas que visem sua plena inserção na sociedade, proporcionando a igualdade de oportunidades para com os demais membros do corpo social.

Essa também a visão de Joaquim B. Barbosa Gomes, que afirma:

Como se vê, a ação afirmativa tem como objetivo não apenas coibir a discriminação do presente, mas sobretudo eliminar os <lingering effects>, ie, os efeitos persistentes (psicológicos, culturais e comportamentais) da discriminação do passado, que tendem a se perpetuar. Esses efeitos se revelam na chamada <discriminação estrutural>, espelhada nas abismais desigualdades sociais entre grupos dominantes e grupos marginalizados.¹²⁵

Afirma-se, assim, que as ações afirmativas têm como objetivo não apenas a inclusão dos integrantes das minorias e dos grupos vulneráveis na sociedade, mas também têm o objetivo de fomentar uma mudança na concepção social acerca de tais indivíduos (ou grupos), de efetivamente fulminar a discriminação enraizada nas práticas sociais e na estrutura do Estado. A mudança da mentalidade da sociedade é um dos importantes efeitos que as ações afirmativas buscam implementar. Têm as ações afirmativas, assim, um caráter também pedagógico e cultural, promovendo a educação da sociedade para o convívio com a diferença.

Segundo Joaquim B. Barbosa Gomes¹²⁶, outro efeito das ações afirmativas seria o de fomentar maior “diversidade” e “representatividade” nas atividades públicas e privadas, ou seja, aumentar a representatividade que os grupos vulneráveis têm em certas áreas, ou em posições de prestígio ou de mando, ou ainda, na sua presença em determinadas instituições estatais (universidades, por exemplo). As ações afirmativas, ainda, acabam por reforçar o caráter multicultural do país, inserindo nas diversas atividades sociais os representantes de todos os grupos componentes da sociedade.

Vejamos a manifestação de Flávia Piovesan acerca de tal objetivo das ações afirmativas:

As ações afirmativas, enquanto políticas compensatórias adotadas para aliviar e remediar as condições resultantes de um passado discriminatório,

¹²⁵ **Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade (O Direito Como Instrumento de Transformação Social. A Experiências dos EUA)**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001, p. 47.

¹²⁶ **Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade (O Direito Como Instrumento de Transformação Social. A Experiências dos EUA)**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001, p. 47/48.

cumprem uma finalidade pública decisiva para o projeto democrático, que é assegurar a diversidade e a pluralidade social. Constituem medidas concretas que viabilizam o direito à igualdade, com a crença de que a igualdade deve se moldar no respeito à diferença e à diversidade. Através delas transita-se da igualdade formal para a igualdade material e substantiva.¹²⁷

Dessa forma, as ações afirmativas são uma forma de que as atuais gerações enfrentem os efeitos presentes da discriminação pretérita, promovendo a igualdade de oportunidades e a conscientização da sociedade no sentido da convivência e aceitação da diferença, bem como o reforço do multiculturalismo e da pluralidade social.

2.1.2 As minorias e os grupos vulneráveis como objetos de discriminação positiva

As políticas de ações afirmativas sempre terão por objeto um grupo vulnerável ou uma minoria (v. distinção entre grupo vulnerável e minoria no Capítulo I, item “5.3.1” – utilizaremos, neste tópico, a expressão “grupo vulnerável” em seu sentido amplo, a envolver tanto os grupos vulneráveis em sentido estrito como as minorias, tendo em vista que nos interessa apenas o fato de que haja uma situação de vulnerabilidade a ser tratada pelo ordenamento jurídico).

Ao buscar a efetivação da igualdade, como acima apontado, caberá ao sistema jurídico promover discriminações, ou seja, identificar aqueles que se encontram em situações jurídicas distintas e conferir-lhes um tratamento jurídico diferenciado, compatível com o fator de desigualação eleito, prestigiando um valor constitucionalmente caro.

Temos, assim, que será promovida pelo legislador (constitucional ou ordinário) uma discriminação, não uma discriminação odiosa ou aleatória, mas uma discriminação positiva. As ações afirmativas são exatamente uma das formas de se promover a igualdade com o estabelecimento de desigualdades.

Os destinatários dessas ações afirmativas são os grupos vulneráveis, ou seja, aquelas pessoas que apresentam uma situação social em que diversas barreiras as impedem de competir em igualdade de condições com as demais.

¹²⁷ Ações Afirmativas Sob a Perspectiva dos Direitos Humanos. In **Ações Afirmativas e Combate ao Racismo nas Américas**. Edição eletrônica . Brasília: Ministério da Educação , 2007, p. 40.

Evidentemente que não é qualquer discriminação legal que poderá ser caracterizada como uma ação afirmativa, pois, caso contrário, toda lei traria em si uma ação afirmativa, tendo em vista que estabelecer desigualdades, atribuir tratamentos jurídicos diferenciados a determinadas situações, é justamente o objeto da atividade legislativa.

As ações afirmativas são discriminações trazidas pelo sistema jurídico na forma de medidas destinadas a combater outras discriminações, sejam raciais, étnicas, de gênero, por elementos fisiológicos, ou mesmo para buscar compensar a discriminação passada sofrida por determinados grupos, cujos efeitos ainda na atualidade se podem sentir.

Trazem as ações afirmativas, assim, um beneficiário específico, um grupo vulnerável em sentido amplo que se pretende proteger e ao qual se quer propiciar a efetiva inclusão na sociedade, atribuindo aos integrantes daquele a possibilidade de que concorram em igualdade de oportunidades com os demais membros do corpo social.

Essencial, assim, para a caracterização das ações afirmativas a presença de um grupo vulnerável em sentido amplo como beneficiário da política promovida. Sempre estará presente, dessa forma, um grupo que passou (ou passa) por um processo histórico de discriminação, que gera na atualidade uma inferioridade de oportunidades a seus integrantes.

Discordamos, dessa forma, daqueles posicionamentos que inserem na conceituação de ações afirmativas como seus destinatários obrigatoriamente grupos delimitados pelos fatores raça, etnia ou gênero, e entendemos que deve ser inserido no conceito de tais políticas como seu beneficiário o grupo vulnerável em sentido amplo que passou (ou ainda passa) por processo discriminatório ou de segregação.

Passemos à definição do que se entende por ações afirmativas, o que irá aclarar as considerações aqui expostas.

2.2 A postura ativa do Estado: as ações afirmativas como forma de promoção da igualdade

Conforme acima mencionado, não basta ao Estado para combater a discriminação e promover a igualdade a adoção de uma postura passiva, simplesmente cuidando de fazer constar de seu ordenamento jurídico dispositivos de proibição de práticas discriminatórias.

Para a efetivação da igualdade, faz-se necessário que o Estado assuma uma postura ativa, ou seja, efetivamente promova medidas tendentes a incluir efetivamente na sociedade os integrantes dos grupos vulneráveis, que enfrentam ainda na atualidade os efeitos de um processo histórico de discriminação.

O Estado abre mão de sua postura de neutralidade perante os indivíduos e passa a efetivamente agir para a proteção de determinados grupos que seu sistema jurídico elegeu como vulneráveis, buscando equiparar as oportunidades oferecidas para todos, dando materialidade ao princípio da igualdade.

Surgem, assim, com a constatação da ineficiência da neutralidade estatal e sua consequente passividade, as ações afirmativas, fundadas na ideia de adoção de uma postura mais ativa do Estado em busca da efetiva igualdade, tentando superar os efeitos ainda vivos de um processo histórico de discriminação ou segregação, inclusive no tocante à concepção da parcela dominante da sociedade em relação aos grupos vulneráveis, que tenderá a ser alterada com uma maior inserção desses últimos em determinadas áreas, instituições e posições sociais.

Em outras palavras, surgem as ações afirmativas como forma não só de tentar igualar as oportunidades a serem desfrutadas pelos integrantes de grupos vulneráveis às oportunidades que a parcela dominante da sociedade desfruta, mas também como forma de interferir no psicológico da sociedade, com caráter pedagógico, incluindo os integrantes de grupos vulneráveis em instituições e atividades que antes lhes eram praticamente inacessíveis, face os efeitos atuais da discriminação pretérita, e demonstrando sua condição de plena capacidade de desempenho de tais atividades.

2.2.1 Definição de ação afirmativa

Nenhuma definição de ação afirmativa poderá deixar de conter as ideias vetoriais de tal instituto jurídico, que são, quanto ao objeto, a busca da igualdade material através de políticas de inclusão (caráter positivo, não de mera proibição de discriminação), e quanto ao sujeito os grupos vulneráveis (em sentido amplo) que se encontram em inferioridade de oportunidades em relação à parcela dominante da sociedade. De tais ideias podem ser

extraídos todos os contornos jurídicos e características de tal figura.

Podemos definir as *ações afirmativas*, assim, como *as medidas destinadas à efetivação da igualdade material, mediante a inclusão social dos indivíduos integrantes de grupos vulneráveis, com vistas a conferir-lhes igualdade de oportunidades de fruição das vantagens da vida em sociedade de que gozam a parcela dominante da sociedade, compensando, ainda, os efeitos persistentes no presente do processo histórico de discriminação e segregação pelo qual passaram (ou ainda passam) esses grupos, propiciando, dessa forma, melhora no bem-estar coletivo*¹²⁸.

De tal definição parece não se afastar Flávia Piovesan, que assim expõe:

As ações afirmativas, enquanto políticas compensatórias adotadas para aliviar e remediar as condições resultantes de um passado discriminatório, cumprem uma finalidade pública decisiva para o projeto democrático, que é a de assegurar a diversidade e a pluralidade social. Constituem medidas concretas que viabilizam o direito à igualdade, com a crença de que a igualdade deve se moldar no respeito à diferença e à diversidade. Através dela transita-se da igualdade formal para a igualdade material e substantiva.¹²⁹

Também Joaquim B. Barbosa Gomes, ao delinear as ações afirmativas, adota definição contendo os elementos acima descritos:

Atualmente, as ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego. [...] Em síntese, trata-se de políticas públicas e de mecanismos de inclusão concebidas por entidades públicas, privadas e por órgãos dotados de competência jurisdicional, com vistas à concretização de um objetivo constitucional universalmente reconhecido – o da efetiva igualdade de

¹²⁸ Preferimos definir as ações afirmativas como “medidas” e não “políticas” para que não haja confusão com o termo “políticas públicas”. Política pública, na visão de Celso Antônio Bandeira de Mello, “[...] é um conjunto de atos unificados por um fio condutor que os une ao objetivo comum de empreender ou prosseguir um dado projeto governamental para o país. [...]” (**Curso de Direito Administrativo**. 30ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 830); Maria Paula Dallari Bucci, por sua vez, aponta que “*Políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Políticas públicas são ‘metas coletivas conscientes’ e, como tais, um problema de direito público, em sentido lato.*” (**Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p. 241). Dessa forma, entendemos que as ações afirmativas podem até consistir, em alguns casos, em políticas públicas, mas não necessariamente o serão, já que seu objeto é mais amplo do que as definições apresentadas de políticas públicas, não havendo, obrigatoriamente, ligação com determinado programa ou projeto de governo.

¹²⁹ Ações Afirmativas Sob a Perspectiva dos Direitos Humanos. In **Ações Afirmativas e Combate ao Racismo nas Américas**. Edição eletrônica. Brasília: Ministério da Educação, 2007, p. 40.

oportunidades a que todos os seres humanos têm direito.¹³⁰

No Direito dos Estados Unidos da América, pátria de surgimento das ações afirmativas, como veremos no próximo item, tais ações encontram definição bastante consentânea com aquelas acima apresentadas, como bem exemplifica a definição cunhada por Kent Greenawalt, professor da Faculdade de Direito da Universidade de Columbia, EUA:

A ação afirmativa é uma expressão que se refere a tentativas de trazer membros de grupos sub-representados, normalmente grupos que sofreram discriminação, a um maior grau de participação em algum programa de benefícios. Alguns esforços de ação afirmativa incluem tratamento preferencial, outros não.¹³¹(tradução livre)

A legislação brasileira, no artigo 1º, parágrafo único, VI, da Lei nº 12.688/2010, que institui o Estatuto da Igualdade Racial, traz definição de ação afirmativa, que transcrevemos:

Art. 1º Esta Lei institui o Estatuto da Igualdade Racial, destinado a garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica.

Parágrafo único. Para efeito deste Estatuto, considera-se:

[...]

VI - ações afirmativas: os programas e medidas especiais adotados pelo Estado e pela iniciativa privada para a correção das desigualdades raciais e para a promoção da igualdade de oportunidades.

[...]

As ações afirmativas, assim, são uma forma de efetivação material do princípio da igualdade, consistentes em um conjunto de políticas de integração de grupos vulneráveis, buscando corrigir os efeitos da discriminação passada e eliminar a discriminação no presente, inclusive pelo seu caráter pedagógico e cultural.

2.2.2 Histórico das ações afirmativas

¹³⁰ **Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade (O Direito Como Instrumento de Transformação Social. A Experiências dos EUA)**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001, p. 40/41.

¹³¹ **Discrimination and Reverse Discrimination**. New York: Alfred. A. Knopf, 1983 *apud* ROSENFELD, MICHAEL. **Affirmative Action and Justice**. New York: Yale University Press, 1991.

Texto original: “Affirmative action is a phrase that refers to attempts to bring members of underrepresented groups, usually groups that have suffered discrimination, into a higher degree of participation in some beneficial program. Some affirmative action efforts include preferential treatment others do not.”

Como já mencionado acima, as ações afirmativas surgiram nos Estados Unidos da América, na década de 1960, em um contexto de reivindicação da consagração de direitos civis e da inserção dos negros na sociedade norte-americana.

A partir desse período, nota-se na doutrina constitucional uma mudança de paradigma na interpretação do princípio da igualdade, anotando-se a insuficiência da simples proibição do preconceito, a sua ineficiência para a efetivação da igualdade em seu aspecto material, reconhecendo-se a necessidade de possibilitar a todos o desfrute das mesmas oportunidades de fruição dos bens, materiais ou não, produzidos pela sociedade¹³².

Aponta a doutrina¹³³ que a mais antiga ação afirmativa instituída foi o Decreto Executivo nº 11246/65, do presidente norte-americano Lyndon Johnson, em que se proíbe empreiteiros e subempreiteiros que fazem negócios de valor maior do que US\$10.000,00 (dez mil dólares norte-americanos), bem como empreiteiros e subempreiteiros assistidos pelo governo federal, de promoverem discriminações em decisões de emprego, com base em raça, cor, religião, sexo ou origem nacional, e os obriga a adotarem ações afirmativas para garantir a igualdade de oportunidades em todos os aspectos, não somente na contratação, mas também nas possibilidades de ascensão funcional e exercício de cargos de chefia, de seus empreendimentos¹³⁴.

A expressão “ação afirmativa”, outrossim, apareceu pela primeira vez no Decreto Executivo nº 10925, de 1961, do presidente norte-americano John F. Kennedy, que criou o Comitê Presidencial sobre Oportunidades Iguais de Emprego (President's Committee on Equal Employment Opportunity), para examinar e estudar as práticas de emprego do Governo dos Estados Unidos da América, e para considerar e recomendar medidas afirmativas adicionais que devem ser tomadas pelos departamentos executivos e agências para realizar mais plenamente a política nacional de não-discriminação dentro do ramo executivo do Governo. Tal Decreto, ainda, determinava àqueles que contratassem com o governo que estabelecessem regras de não-discriminação para seus empregados.

O Estatuto dos Direitos Civis dos Estados Unidos da América, de 1964, faz menção,

¹³²v. ROCHA, CÁRMEN LÚCIA ANTUNES. Ação Afirmativa – O Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 33, n. 131, p. 283-295, jul./set. 1996.

¹³³v. GOMES, JOAQUIM B. BARBOSA. *Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade (O Direito Como Instrumento de Transformação Social. A Experiências dos EUA)*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001.

¹³⁴Fonte: Departamento de Estado de Trabalho dos Estados Unidos da América (U.S. Department of Labor). Disponível em <<http://www.dol.gov/ofccp/regs/statutes/eo11246.htm>>. Acesso em 13 de abril de 2013.

em sua seção 706, “g”, às ações afirmativas por ordem judicial, no seguintes termos (tradução livre):

(1) Se o tribunal considerar que o demandado intencionalmente participou ou intencionalmente incorreu em uma prática de emprego ilegal indicada na denúncia, o tribunal pode ordenar que o demandado abstenha-se de se envolver em tal prática de emprego ilegal, e ordenar uma ação afirmativa, se for adequado, que pode incluir, não exclusivamente, a reintegração ou contratação de funcionários, com ou sem pagamento retroativo (suportado pelo empregador, agência de emprego, ou organização do trabalho, conforme o caso, responsável pela prática ilegal de emprego), ou qualquer outra reparação justa que o tribunal julgar apropriado. [...]¹³⁵

Passemos, agora, à verificação das formas pelas quais o Estado pode promover as ações afirmativas, ou seja, como o ordenamento jurídico poderá prever e implementar tais políticas.

2.2.3 Modalidades de ações afirmativas

Podemos apontar diversas formas de implementação de ações afirmativas nos ordenamentos jurídicos. Vamos analisar, agora, as principais modalidades que são utilizadas para a efetivação de medidas afirmativas no ordenamento jurídico.

2.2.3.1 Inserção de cláusulas nos contratos administrativos

A forma mais antiga de ação afirmativa é aquela que se apresenta no supramencionado Decreto Executivo nº 11.246/1965, dos Estados Unidos da América, consistente na utilização do poder econômico do Estado, bem como de sua posição de supremacia diante dos particulares, para promover as medidas necessárias à implementação da igualdade.

¹³⁵ Fonte: Comissão de Igualdade de Oportunidade de Emprego dos Estados Unidos da América (U.S. Equal Employment Opportunity Commission). Disponível em <<http://www.eeoc.gov/laws/statutes/titlevii.cfm>>. Acesso em 13 de abril de 2013.

Texto Original: “ (1) If the court finds that the respondent has intentionally engaged in or is intentionally engaging in an unlawful employment practice charged in the complaint, the court may enjoin the respondent from engaging in such unlawful employment practice, and order such affirmative action as may be appropriate, which may include, but is not limited to, reinstatement or hiring of employees, with or without back pay (payable by the employer, employment agency, or labor organization, as the case may be, responsible for the unlawful employment practice), or any other equitable relief as the court deems appropriate. [...]”

Tal fórmula consiste na inserção de disposições nos contratos entre a Administração e os particulares que determine a estes últimos a adoção de medidas de ação afirmativa se pretenderem efetivar a contratação com a Administração. Como aponta Joaquim B. Barbosa Gomes¹³⁶, é a efetivação da chamada “*Spending Clause*” da Constituição, ou seja, do princípio de que os recursos públicos deverão ser utilizados nas causas de interesse público. A Administração condiciona a contratação de particulares para a execução de recursos públicos desde que sejam adotadas medidas afirmativas de igualdade, ou seja, desde que os integrantes de certos grupos vulneráveis tenham garantidas oportunidades de progressão na sua carreira e de ocupação de posições de destaque.

Tendo em vista o grande vulto das contratações da Administração, bem como a grande variedade de setores em que tais contratações são efetivadas, a inserção de tais cláusulas constitui-se em eficaz medida de ação afirmativa.

Tal formato de ação afirmativa nos parece plenamente compatível com o ordenamento jurídico brasileiro, desde que tais cláusulas estejam previstas nos editais de licitação ou de chamamento públicos, já que todas as contratações da Administração, nos termos do artigo 37, XXI, da Constituição Federal, deverão ser precedidas de licitação pública assecuratória da igualdade de oportunidades entre todos os concorrentes. Acolhendo o sistema constitucional brasileiro as ações afirmativas, como adiante se demonstrará (item 2.4 infra), poderá a Administração fixar em seus editais de licitação, ou mesmo nas minutas de contrato que forçosamente os acompanham (Lei nº 8.666/1993, art. 40, §2º, III), cláusulas que obriguem os contratados a adotarem medidas afirmativas em seus negócios.

2.2.3.2 Previsão constitucional ou legal de obrigações

Outra forma de ação afirmativa é a própria previsão legal da medida de ação afirmativa, criando, mediante lei, cujo fundamento constitucional é o princípio da igualdade em seu aspecto material, as medidas de inclusão dos grupos vulneráveis em determinadas atividades ou promovendo seu ingresso em instituições às quais aqueles dificilmente teriam acesso pelas vias regulares (como as universidades, por exemplo). Poderá a ação afirmativa,

¹³⁶ **Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade (O Direito Como Instrumento de Transformação Social. A Experiências dos EUA)**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001, p. 53/54.

ainda, vir prevista diretamente no corpo da Constituição. Trata-se da forma de ação afirmativa mais comum no ordenamento jurídico brasileiro.

Como exemplo de ações afirmativas dessa modalidade podemos apontar a reserva de vagas aos pretos, pardos e indígenas nas instituições federais de ensino superior e de ensino técnico de nível médio (Lei nº 12.711/2012, artigos 1º e 4º, respectivamente), ou ainda, o percentual de pessoas com deficiência que forçosamente deverá ser contratado pelas empresas com mais de 100 empregados (Lei nº 8.213/1991, art. 93), bem como a garantia de que os partidos políticos deverão reservar a cada gênero pelo menos 30% (trinta por cento) das candidaturas nas eleições proporcionais (art. 10, §3º, da Lei nº 9.504/1997).

Como medidas de ação afirmativa previstas diretamente na constituição podemos apontar a reserva de vagas em concurso público para as pessoas com deficiência, objeto deste trabalho, trazido pelo artigo 37, VIII, da Constituição Federal.

Conforme já afirmamos, a previsão legal ou constitucional das medidas de ação afirmativa em nada viola o princípio da igualdade, mas lhe dá efetiva aplicação, já que busca conferir igualdade de oportunidades àqueles que, pelas vias regulares, bem como com a simples proibição da discriminação, dificilmente teriam a possibilidade do desenvolvimento de suas potencialidades em igualdade de condições com os demais integrantes do corpo social.

2.2.3.3 Concessão legal ou constitucional de incentivos

Outra modalidade de ação afirmativa, ainda, é a previsão legal, ou constitucional, não diretamente de imposições aos particulares ou à própria Administração, como a reserva de vagas ou a obrigatoriedade de contratação de integrantes de um grupo vulnerável, mas de alguma medida que incentive os particulares a fomentarem a inclusão desses grupos, ou seja, medidas de incentivo para que os particulares sintam-se estimulados a promover a inclusão.

Exemplo dessa forma de ação afirmativa em nosso ordenamento é a previsão do artigo 24, XX, da Lei nº 8.666/1993, que prevê a possibilidade de dispensa de licitação para a contratação de associação de pessoas com deficiência, sem fins lucrativos, para a prestação de serviços de fornecimento de mão-de-obra, desde que o preço contratado seja compatível com

o de mercado.

Vê-se que não se trata da obrigação de um comportamento ou sua abstenção, mas do estímulo à contratação de associações de defesa dos interesses de pessoas integrantes de um grupo vulnerável, o que estimulará sua inserção na sociedade. A lei não impõe nenhum comportamento, mas estimula os particulares a agirem de determinada maneira, induzindo um comportamento de finalidade social.

Da mesma forma como já apontado no item anterior, tal concessão de incentivos a determinadas atividades benéficas aos interesses dos grupos vulneráveis é consentânea com o princípio da igualdade, conferindo-lhe concreção em seu aspecto material.

2.2.3.4 Ações afirmativas decorrentes da atuação do Poder Judiciário

Em alguns ordenamentos jurídicos, como o norte-americano, por exemplo, prevê-se a possibilidade de que o Poder Judiciário, constatando alguma prática discriminatória intencional, determine, além da cessação da discriminação, a adoção de medidas de ação afirmativa pelo particular, que poderá consistir, por exemplo, na obrigatoriedade da contratação de pessoas integrantes de determinado grupo vulnerável, ou na obrigatoriedade de concessão de oportunidades de ascensão profissional a indivíduos desses grupos.

Entendemos, outrossim, que tal modalidade ações afirmativas somente poderá ser efetivada quando expressamente autorizada pela Constituição ou pela lei, sob pena de que o Poder Judiciário usurpe as competências do constituinte ou do legislador, criando obrigações não decorrentes da lei, o que é absolutamente vedado em nosso ordenamento jurídico.

Dispõe o artigo 5º, II, da Constituição Federal brasileira que somente em virtude de lei poderá alguém ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa. Dessa forma, a imposição de uma medida de ação afirmativa, que irá limitar a atuação do particular, obrigando-lhe a algum comportamento, somente de lei poderá decorrer.

O Poder Judiciário poderá, sem dúvida, quando provocado, garantir que uma norma que traga alguma ação afirmativa seja cumprida, ou seja, poderá (e deverá) contribuir para a efetivação das medidas afirmativas trazidas pelo ordenamento jurídico, mas não poderá criar

medidas que não encontrem respaldo legal.

O Poder Judiciário encontra limites à sua atuação na lei e na Constituição Federal e, dentro desses limites, é que poderá contribuir para a promoção das medidas de ação afirmativa.

2.2.3.5 Ações afirmativas promovidas por particulares

As ações afirmativas são normalmente promovidas pelo Poder Público, que, mediante lei molda sua própria ação e a ação dos particulares no sentido da inclusão social dos grupos vulneráveis que sofrem com os efeitos atuais da discriminação pretérita.

Questiona-se, no entanto, se pode o particular promover, no exercício de suas atividades, ações afirmativas, ou seja, se é dado aos particulares adotarem medidas destinadas à inclusão dos indivíduos integrantes de grupos vulneráveis, independentemente de lei que lhes autorize ou faculte a adoção de tais medidas.

Segundo aponta Joaquim B. Barbosa Gomes¹³⁷, a Suprema Corte norte-americana respondeu afirmativamente a tal questão, ou seja, o Estado pode permitir aos particulares que adotem medidas de ação afirmativa com a integração e a promoção das pessoas integrantes dos grupos vulneráveis, no que seria uma modalidade de ação afirmativa denominada de “planos de ação afirmativa voluntários” (“*Voluntary Affirmative Action Plans*”).

A definição de ações afirmativas trazida pela lei brasileira, no supratranscrito artigo 1º, parágrafo único, VI, da Lei nº 12.688/2010, no sentido de que aquelas seriam “*os programas e medidas especiais adotados pelo Estado e pela iniciativa privada para a correção das desigualdades raciais e para a promoção da igualdade de oportunidades*”, nos leva a entender que seria admissível a adoção de medidas de ação afirmativa pela iniciativa privada.

Notamos que a Lei nº 12.688/2010, ao delimitar as ações afirmativas, fomenta a adoção de medidas de incentivo ou estímulo por parte do Poder Público para que os particulares adotam ações afirmativas. Assim, é de se entender que, se a lei autoriza o Poder

¹³⁷ **Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade (O Direito Como Instrumento de Transformação Social. A Experiências dos EUA)**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001, p. 59/60.

Público a incentivar os particulares à adoção de medidas de ação afirmativa, poderão estes adotá-las. Essa a inteligência que podemos fazer do quanto disposto especialmente no artigo 39 da referida Lei¹³⁸, que trata da inclusão da população negra no mercado de trabalho.

Evidentemente que todos os cuidados destinados a evitar que as medidas de ação afirmativa adotadas pelos particulares acabem por incorrer em práticas discriminatórias odiosas, sem suporte jurídico, deverão ser tomados (da mesma forma que quaisquer medidas adotadas pelo Poder Público, ainda que legislativas, deverão ser verificadas sob o prisma do princípio da igualdade, ou seja, sob a verificação de um nexo de pertinência lógica entre a desigualação promovida e o tratamento jurídico diferenciado, em função do grupo vulnerável que se pretende beneficiar). Caberá sempre ao Poder Judiciário, em última instância, decidir se a prática adotada pelo particular de fato é consentânea com a ação afirmativa que se quer promover, ou seja, se de fato se está adotando uma medida destinada a promoção da igualdade de oportunidades para os integrantes de um grupo vulnerável; a proporcionalidade de tais medidas será sempre um possível objeto de verificação pelo Poder Judiciário.

2.3 Fundamentação filosófica das ações afirmativas

Muito se discute acerca da justiça da adoção de ações afirmativas, ou seja, acerca de se a sua adoção é admissível dentro de um sistema constitucional cujo princípio da igualdade é um dos seus pilares de sustentação. A fundamentação das ações afirmativas, as bases do pensamento que admitem sua adoção é o que vamos abordar agora.

¹³⁸Art. 39. O poder público promoverá ações que assegurem a igualdade de oportunidades no mercado de trabalho para a população negra, inclusive mediante a implementação de medidas visando à promoção da igualdade nas contratações do setor público e o incentivo à adoção de medidas similares nas empresas e organizações privadas. § 1º A igualdade de oportunidades será lograda mediante a adoção de políticas e programas de formação profissional, de emprego e de geração de renda voltados para a população negra. § 2º As ações visando a promover a igualdade de oportunidades na esfera da administração pública far-se-ão por meio de normas estabelecidas ou a serem estabelecidas em legislação específica e em seus regulamentos. § 3º O poder público estimulará, por meio de incentivos, a adoção de iguais medidas pelo setor privado. § 4º As ações de que trata o **caput** deste artigo assegurarão o princípio da proporcionalidade de gênero entre os beneficiários. § 5º Será assegurado o acesso ao crédito para a pequena produção, nos meios rural e urbano, com ações afirmativas para mulheres negras. § 6º O poder público promoverá campanhas de sensibilização contra a marginalização da mulher negra no trabalho artístico e cultural. § 7º O poder público promoverá ações com o objetivo de elevar a escolaridade e a qualificação profissional nos setores da economia que contem com alto índice de ocupação por trabalhadores negros de baixa escolarização.

2.3.1 As ações afirmativas como equiparação de oportunidades – visão compensatória

No âmbito de uma visão compensatória, as ações afirmativas teriam como fundamento central a compensação dos efeitos atuais de uma discriminação pretérita, é dizer, busca-se com as ações afirmativas minimizar as consequências da discriminação sofrida no passado que ainda hoje incidem sobre os integrantes dos grupos vulneráveis.

Tal visão baseia-se no argumento de que a discriminação vivida pelas gerações precedentes gera efeitos no presente e no futuro para as gerações atuais e futuras descendentes daquelas.

Imagina-se que, caso não houvesse acontecido a discriminação e a subjugação de determinados grupos da sociedade, vulneráveis, por outros, dominantes, hoje todos os integrantes da sociedade gozariam das mesmas oportunidades de desenvolvimento pessoal. No entanto, como no passado um grupo discriminou e subjugou outro, foi gerada uma situação na qual os atuais componentes do grupo dominante são dotados de oportunidades de desenvolvimento muito mais amplas do que os atuais integrantes daqueles grupos vulneráveis, que, dessa forma, continuam até hoje em situação de vulnerabilidade.

Em síntese, acredita-se que não é justo que um grupo beneficie-se hoje dos efeitos da discriminação e da subjugação promovidas no passado em face de outro grupo; justamente os integrantes dos grupos dominantes que discriminaram e subjugaram outros grupos colhem as melhores oportunidades de desenvolvimento na sociedade atual, e o fazem em razão de que os integrantes dos grupos dominados têm à sua disposição oportunidades muito menores.

Essa a lição de Michel Rosenfeld, quando, fazendo um paralelo com a apropriação indevida de bens particulares, procura explicar a visão compensatória:

Extrapolando as opiniões expressas, e centrando-se exclusivamente para o momento sobre o caso paradigma da apropriação indevida de bens particulares, pode-se dizer que a justiça compensatória exige a transferência de bens de um sujeito para outro, a fim de restaurar o equilíbrio que existia entre estes dois sujeitos antes de sua participação voluntária ou involuntária em uma transação que resultou em um ganho para o infrator e uma perda para a vítima. Os sujeitos em questão podem ser indivíduos ou grupos.[...]

(tradução livre)¹³⁹

Em síntese, temos que a visão compensatória procura fundamentar as ações afirmativas na restauração da situação de igualdade que predominaria caso os grupos não tivessem se relacionado da maneira predatória como o fizeram, ou seja, procura reestabelecer a situação de igualdade de oportunidades que existia antes da relação de discriminação e subjugação entre os grupos sociais, mediante a promoção de medidas que busquem compensar os efeitos atuais de tais relações.

Não devemos ignorar, entretanto, como bem aponta Joaquim B. Barbosa Gomes¹⁴⁰, que tal visão implica necessariamente na concepção de que mediante as ações afirmativas estaria havendo a compensação para um grupo social de um dano ocasionado no pretérito por outro grupo social, ou seja, haveria a compensação atual de um dano passado. E é nessa concepção que reside a principal contra-argumentação à fundamentação das ações afirmativas por intermédio da teoria da justiça compensatória, pois haveria a imposição da promoção da reparação do dano por aquele que não praticou o ato ilícito.

Se, por um lado, o direito não costuma refutar o recebimento da compensação de um dano sofrido pelos antepassados aos seus descendentes (o direito civil admite que os herdeiros, por exemplo, recebam indenizações devidas ao *de cuius*), por outro, a ideia de que alguém pague pelos ilícitos das gerações anteriores não encontra respaldo no ordenamento jurídico, a não ser, em questões patrimoniais, quando demonstrado que o sucessor beneficiou-se diretamente dos atos praticados pelos sucedidos.

Em outras palavras, a visão compensatória implica no pagamento de uma dívida das gerações anteriores pelas atuais gerações, ou seja, no ressarcimento de um dano por quem não praticou um ato ilícito.

Nesse sentido a colocação de Michael J. Sandel, quando afirma:

Entretanto, o argumento compensatório dá margem a uma grande contestação: os críticos alegam que os beneficiados não são necessariamente aqueles que sofreram, e os que acabam pagando pela compensação

¹³⁹ **Affirmative Action and Justice**. New York: Yale University Press, 1991, p. 32.

Texto original: “Extrapolating from the cited views, and focusing exclusively for the moment on the paradigm case of the misappropriation of particular goods, one could say that compensatory justice requires the transfer of goods from one subject to another in order to restore the equilibrium that existed between these two subjects prior to their voluntary or involuntary involvement in a transaction that resulted in a gain for the violator and a loss for the victim. The subjects in question may be individuals or groups. [...]”

¹⁴⁰ **Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade (O Direito Como Instrumento de Transformação Social. A Experiências dos EUA)**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001, p. 62/66.

raramente são os responsáveis pelos erros que estão sendo corrigidos. Muitos beneficiários da ação afirmativa são estudantes das minorias de classe média, que não passaram pelas dificuldades que afligem os jovens negros e hispânicos das áreas mais pobres das cidades. Por que um estudante negro de uma região rica de Houston deveria ter preferência sobre Cheryl Hopwood, que enfrentou uma luta muito mais árdua para superar dificuldades econômicas?¹⁴¹

Embora se possa sempre argumentar que as atuais gerações dos grupos dominantes beneficiam-se, sim, dos atos de discriminação praticados pelas gerações anteriores, já que gozam das melhores oportunidades de desenvolvimento pessoal em detrimento das atuais gerações dos grupos discriminados, tal liame de responsabilidade nem sempre é de fácil visualização ou mensuração, e não resta dúvida que enfraquece a argumentação em prol das ações afirmativas se esta for exclusivamente baseada na teoria da justiça compensatória. Propomos, dessa forma, que não seja descartada tal visão como um fundamento das ações afirmativas, mas que tal visão seria apenas um dos argumentos, apenas uma das fundamentações das ações afirmativas, sendo associado a outros argumentos, como a visão distributiva, que passamos a expor.

2.3.2 As ações afirmativas e a distribuição dos bens sociais – visão distributiva

Outra justificativa para a implementação das ações afirmativas reside no argumento de que os bens sociais, ou seja, todas as benesses, vantagens, riquezas geradas pela vida em sociedade, assim como os respectivos ônus, devem ser repartidos de forma equânime entre os integrantes do corpo social. Não é justo que uma parcela dos integrantes da sociedade aproprie-se da maior parte dos bens sociais, ficando outra parcela, em razão da desigualdade de oportunidades a que está submetida, com uma parte muito menor de tais bens, quando não arcando com a maior parte dos ônus. Essa a visão distributiva das ações afirmativas, que prega que a forma de implementar a igualdade de repartição das benesses e dos ônus da vida em sociedade passa pelas políticas afirmativas.

Segundo Joaquim B. Barbosa Gomes,

A noção de justiça distributiva é a que repousa no pressuposto de que um indivíduo ou o grupo social tem o direito de reivindicar certas vantagens,

¹⁴¹ **Justiça – O Que É Fazer a Coisa Certa**. 5ª edição. Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2012.

benefícios ou mesmo o acesso a determinadas posições, às quais teria naturalmente acesso caso as condições sociais sob as quais vive fossem de efetiva justiça. No dizer de Ronald Fiscus, justiça distributiva é uma busca de justiça no presente, ao passo que justiça compensatória seria uma postulação de justiça retroativa, que visa a reparar danos causados no passado.¹⁴²

O citado autor, ainda, aponta como vertente da visão distributivista das ações afirmativas aquela que tem por premissa a ideia da “igualdade ao nascer”, ou seja, que prega que todos os seres humanos nascem iguais (fatores raça e sexo não são importantes para aferição da capacidade e inteligência), sendo as desigualdades frutos de imposições da sociedade, considerando os valores nela prevalentes, e, dessa forma, os distintos caminhos que as pessoas devem percorrer para chegarem aos mesmos resultados são impostos artificialmente, de forma injustificável, sendo de rigor sua correção mediante ações afirmativas.

As ações afirmativas, sob a concepção distributiva, seriam uma forma de que as benesses e os ônus da vida em sociedade fossem redistribuídos entre todos, evitando que aqueles grupos que, em razão de mecanismos como a discriminação e a subjugação abarcam a maior parte das oportunidades, continuem desfrutando de tal situação em detrimento dos grupos vulneráveis, que sofreram o processo discriminatório.

A visão distributiva das ações afirmativas, que nos parece justificar melhor a sua adoção, tendo em vista que tem como fundamento a necessidade de que todos os ônus e bônus da vida em sociedade devem ser suportados igualmente por todos aqueles que na sociedade vivem, pregando a igualdade de oportunidades e, dessa forma, a efetivação do princípio da igualdade sem seu aspecto material, não é incompatível, mas é complementar, à visão compensatória, visto que, forçosamente, para o reconhecimento das razões pelas quais todos não desfrutam das mesmas oportunidades, é necessário que a discriminação histórica, e seus efeitos atuais, sejam levados em consideração, o que é consentâneo com a visão compensatória.

Tendo em vista que se busca, seja pela visão compensatória, seja pela visão distributiva, alcançar-se um mesmo objetivo de justiça, uma igualdade de oportunidades entre todos os integrantes do corpo social, é forçoso reconhecer que tais argumentos, tais visões, são complementares, e não excludentes. Vejamos a lição de Michel Rosenfeld sobre o tema:

¹⁴² **Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade (O Direito Como Instrumento de Transformação Social. A Experiências dos EUA)**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001, p. 66/67.

Dada a ampla concepção de justiça distributiva adotada acima, e assumindo uma adesão contínua com o mesmo princípio da justiça distributiva, a relação entre justiça distributiva e compensatória pode ser tanto de harmonia e complementaridade como de conflito e contradição. O primeiro é provável que seja o caso onde a justiça distributiva e a justiça compensatória são tratadas como duas concretizações distintas de um mesmo princípio fundamental. É também provável que assim seja naqueles casos em que as preocupações de distribuição de justiça apareçam como primordial e os de justiça compensatória como sendo subordinados a eles. Por outro lado, as justiças distributiva e compensatória são suscetíveis de colidir em casos em que cada uma delas é usada para alcançar os objetivos de princípios distintos e incompatíveis da justiça.¹⁴³ (tradução livre)

Nessa visão, assim, as ações afirmativas seriam forma de proceder a uma distribuição igualitária dos bens sociais, complementando a visão meramente compensatória.

2.3.3 Visão utilitarista das ações afirmativas

Outra fundamentação filosófica para as ações afirmativas tem por base um argumento utilitarista¹⁴⁴, que prega que a adoção das referidas políticas irá promover o bem-estar coletivo, em razão da melhor distribuição dos bens sociais, bem como da redução da pobreza e das desigualdades.

A utilidade social das ações afirmativas, nessa visão, seria o seu fundamento filosófico, ou seja, as políticas de ações afirmativas são justificáveis por serem socialmente úteis, por promoverem o bem-estar social.

¹⁴³ **Affirmative Action and Justice**. New York: Yale University Press, 1991, p. 33.

Texto original: “Given the broad conception of distributive justice adopted above, and assuming a continuing adherence to the same principle of distributive justice, the relationship between distributive and compensatory justice might either be one of harmony and complementarity or one of conflict and contradiction. The former is likely to be the case where justice in distribution and justice in compensation are treated as two distinct embodiments of the same overriding principle. It is also likely in those cases in which the concerns of distributive justice loom as paramount and those of compensatory justice as being subordinate to them. On the other hand, distributive and compensatory justice are likely to clash in those cases in which each of them is used to advance the goals of distinct and incompatible principles of justice.”

¹⁴⁴ Utilizamos a expressão “utilitarista” sem a carga pejorativa que normalmente lhe vem associada. Aqui, “utilitarista” tem o sentido de relativo ao utilitarismo, que por sua vez, vem assim definido no Dicionário Houaiss: “**Utilitarismo** s.m. [...] 2 *ét* teoria desenvolvida na filosofia liberal inglesa, esp. em Bentham (1748) e Stuart Mill (1806-1873), que considera a boa ação ou a boa regra de conduta caracterizáveis pela utilidade e pelo prazer que podem proporcionar a um indivíduo e, em extensão, à coletividade, na suposição de uma complementaridade entre a satisfação pessoal e coletiva[...]” (**Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2001, p. 2816/2817).

Dentre os argumentos utilitaristas, pode haver o utilitarismo puro, que coloca como primordial, como essencial para a adoção da medida, unicamente o bem-estar que será por ela gerado, e o utilitarismo moderado, que considera que haverá fundamento para a medida desde que socialmente útil e que respeite outros direitos fundamentais. Esse o posicionamento de Michel Rosenfeld:

Assim, as abordagens utilitárias à ação afirmativa podem ser divididas na sua maior parte em duas: aqueles que tratam as razões de utilidade social como sendo primordiais, e as outras que tratam tais razões como sendo legítimas, desde que os direitos individuais sejam devidamente considerados. O primeiro eu chamo de "abordagem utilitarista pura", este último, a "abordagem utilitarista limitada".¹⁴⁵ (tradução livre)

Ronald Dworkin é um dos principais expoentes do grupo que apresenta uma visão utilitarista das ações afirmativas apontando que a perda experimentada por alguém preterido em razão de uma ação afirmativa poderá ser compensada pelo ganho vivenciado pela sociedade como um todo. Vejamos as lições do citado jusfilósofo norte-americano:

[...] O direito de um indivíduo de ser tratado como igual significa que sua perda potencial deve ser tratada como uma questão que merece consideração. Mas essa perda pode, não obstante isso, ser compensada pelo ganho da comunidade como um todo. Se for assim, então o candidato menos inteligente não pode alegar que está sendo lesado em seu direito de ser tratado como igual, simplesmente porque enfrenta uma desvantagem que os outros não enfrentam.¹⁴⁶

Assim, em síntese, a visão utilitarista das ações afirmativas procura justificá-las em função da utilidade social de seus resultados, ou seja, do bem-estar social provocado pela sua adoção.

Ademais, devemos anotar outro argumento favorável às ações afirmativas, no sentido de que sua adoção promoverá a diversidade, ou seja, possibilitará que pessoas pertencentes aos grupos vulneráveis atinjam posições de destaque na sociedade, contribuindo para o bem comum e fomentando o multiculturalismo, no qual as diversas culturas presentes em uma sociedade, em interação, potencializam o desenvolvimento da comunidade.

¹⁴⁵ **Affirmative Action and Justice**. New York: Yale University Press, 1991, p. 95.

Texto original: "Accordingly, utilitarian approaches to affirmative action can be divided for the most part in two: those that treat considerations of social utility as being paramount; and those others that treat such considerations as being legitimate provided individual rights are properly considered. The former I call the 'pure utilitarian approach', the latter, the 'limited utilitarian approach'".

¹⁴⁶ **Levando os Direitos a Sério**. 3ª edição, 2ª tiragem. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

2.3.4 O argumento liberal contrário às ações afirmativas e sua refutação

As ações afirmativas tendem a ser repelidas por argumentos liberais, no sentido de que nenhuma interferência do Estado na esfera de liberdade dos indivíduos no tocante às suas políticas privadas de contratação e admissão seria tolerável, ou seja, a neutralidade estatal seria a expressão maior da liberdade e da igualdade de todos.

Para aclarar tal argumento socorremo-nos novamente das lições de Michel Rosenfeld:

A posição liberal rejeita fortemente a legitimidade de serem impostas quaisquer obrigações de ações afirmativas. Com base no forte sentido liberal da santidade da propriedade privada e da liberdade contratual, a um liberal parece improvável tolerar qualquer interferência no direito de um agente de alocação de conceder um emprego disponível para quem ele quiser [...].¹⁴⁷(tradução livre)

Dessa forma, para a doutrina liberal, não seriam admissíveis as ações afirmativas em razão da impossibilidade de que o Poder Público possa impor aos particulares restrições à liberdade de contratar e de escolher os próprios funcionários.

A refutação de tal visão, entretanto, toma por base o argumento de que a verdadeira equidade somente poderá existir se o Estado reconhecer e tratar com igualdade os integrantes dos diversos grupos componentes da sociedade, ou seja, se os integrantes dos grupos vulneráveis forem reconhecidos pelo Estado como merecedores das mesmas oportunidades de que desfrutam os integrantes das parcelas dominantes da sociedade. Esse o ensinamento de Joaquim B. Barbosa Gomes, ao questionar:

[...] A pergunta que se impõe, contudo, é: os cidadãos detentores de identidades e etnias diversas da dominante podem ser representados com equidade perante os Estados cujas instituições públicas não <reconhecem> as suas identidades particulares, ie, as suas diferenças?¹⁴⁸

Temos, assim, que a verdadeira igualdade somente existirá quando os integrantes de todos os grupos da sociedade forem reconhecidos pelo Estado com suas diferenças, sendo atribuídos a todos as mesmas oportunidades, sendo a todos possibilitado participar igualmente

¹⁴⁷ **Affirmative Action and Justice**. New York: Yale University Press, 1991, p. 52.

Texto original: “The libertarian position strongly rejects the legitimacy of imposing any affirmative actions obligations. Based on the strong libertarian sense of the sanctity of private property and of freedom of contract, a libertarian seems unlikely tolerate any interference with the right of an agent of allocation to award an available job to whomever she pleases.[...]”

¹⁴⁸ **Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade (O Direito Como Instrumento de Transformação Social. A Experiências dos EUA)**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001, p. 71.

das benesses da vida em sociedade e, da mesma forma, cuidando para que os respectivos ônus sejam também entre todos repartidos.

Deve o Estado, enfim, garantir que todos sejam alçados ao mesmo ponto de partida, alcançando os postos de maior destaque aqueles que melhor aproveitarem as oportunidades que a todos são oferecidas, sem, portanto, interferência das distorções provocadas pelo preconceito e pela discriminação.

2.4 As ações afirmativas no sistema constitucional brasileiro

Verificamos, até agora, o que se entende por ações afirmativas, seus destinatários, suas modalidades e suas fundamentações filosóficas, além de sua origem histórica. Faz-se necessário, neste momento, estudarmos se as ações afirmativas têm lugar no ordenamento constitucional brasileiro, ou seja, se a Constituição Federal as admite ou, mais, se as prevê diretamente. Passemos a tal análise.

2.4.1 Os objetivos fundamentais da República – Constituição Federal, artigo 3º

Dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, insculpidos no artigo 3º da Constituição Federal¹⁴⁹, podemos extrair que ao Estado brasileiro não é dado adotar uma postura de passividade, uma postura meramente de proibição de condutas para a busca da igualdade; o Estado brasileiro tem por dever adotar uma postura ativa para atingir a igualdade material entre seus cidadãos.

De fato, se observarmos os verbos utilizados pelo constituinte brasileiro ao delinear os objetivos da República iremos notar que todos apontam para uma ideia de ação, de movimento, não de passividade ou inércia. “Construir”, “garantir”, “erradicar”, “promover”, transmitem a necessidade de que o Estado aja efetivamente para alcançar os objetivos

¹⁴⁹ “**Art. 3º** Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade justa, livre e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

traçados, não se admitindo que o Estado apenas aguarde, como observador, que o sistema jurídico posto produza efeitos; deve o Poder Público trabalhar para o atingimento de tais objetivos, não apenas aguardar que a ordem jurídica os ofereça¹⁵⁰.

Especialmente o objetivo traçado no inciso IV do referido artigo 3º da Constituição Federal, qual seja, “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor idade e quaisquer outras formas de discriminação”, nos aponta para a plena admissibilidade das ações afirmativas no ordenamento constitucional brasileiro. Tal disposição expressamente coloca como um dos objetivos da República a necessidade de uma postura ativa do Estado, já que “promover” algo implica a necessidade agir para a consecução de uma finalidade, ou seja, a necessidade de tomar atitudes em busca de um objetivo.

Como acima apontamos, as ações afirmativas surgiram da ideia de que a simples neutralidade estatal não é suficiente para o atingimento da igualdade, ou seja, a mera proibição de condutas discriminatórias não é o bastante para que tenhamos por alcançado o ideal trazido pelo princípio constitucional da igualdade. A postura passiva do Estado em relação aos cidadãos, apenas cuidando de tratar a todos aqueles que estejam em situações jurídicas iguais da mesma maneira, não é suficiente para que a igualdade seja atingida.

A efetiva igualdade somente poderá ser atingida caso todos desfrutem das mesmas possibilidades de fruição dos bens sociais, ou seja, das benesses do convívio social, e todos repartam os ônus da vida em sociedade. Embora cada um venha a aproveitar as oportunidades de maneira diferente, ou ainda que não venha a aproveitá-las, conforme seus esforços pessoais, é necessário que todos tenham a possibilidade de ter as mesmas oportunidades. Em uma corrida, deve ser garantido que todos larguem do mesmo ponto de partida.

Promover o bem de todos, sem discriminações de qualquer natureza, significa que o Estado deve agir para que todos, sem exceção, tenham as mesmas oportunidades de desenvolvimento, deve adotar atitudes nesse sentido, e não limitar sua atuação a proibir condutas discriminatórias, ou velar para que atitudes discriminatórias não sejam adotadas.

A promoção do bem de todos implica que o Estado necessariamente deverá promover discriminações, identificando os grupos que não têm as mesmas oportunidades que a parcela dominante da sociedade (ou que nunca as irão ter se não houver alguma interferência estatal),

¹⁵⁰ Nesse sentido, confira-se: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação Afirmativa – O Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 33, n. 131, p. 283-295, jul./set. 1996, p. 289.

e agindo para que aos integrantes desses grupos sejam garantidas as oportunidades de desenvolvimento pessoal que todas as outras pessoas da sociedade têm diante de si; deve o Estado cuidar para que todos “larguem do mesmo ponto de partida”.

A promoção do bem de todos, trazida pelo artigo 3º da Constituição Federal, consagrada como princípio fundamental da República, assim, demonstra que as ações afirmativas são plenamente compatíveis com o sistema constitucional brasileiro.

Vejamos a lição de Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, comentando a igualdade na Constituição Federal de 1988, que converge para tal entendimento:

[...] Do artigo 3º vem-nos luz suficiente ao agasalho de uma ação afirmativa, à percepção de que o único modo de se corrigir desigualdades é colocar o peso da lei, com a imperatividade que ela deve ter, a favor daquele que é tratado de modo desigual. Nesse preceito, são objetivos precípuos da República: primeiro, construir – preste-se atenção a esse verbo – uma sociedade livre, justa e solidária; segundo, garantir o desenvolvimento nacional – novamente o verbo está a construir uma posição ativa; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e, por último, no que nos interessa, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Passou-se, assim, de uma igualização estática, negativa – no que se proibia a discriminação -, para uma igualização eficaz, dinâmica, já que os verbos “construir”, “garantir”, “erradicar” e “promover” denotam ação. [...] ¹⁵¹

Também Cármen Lúcia Antunes Rocha, ao comentar os objetivos fundamentais da República, comunga de tal entendimento, ao afirmar:

Verifica-se que todos os verbos utilizados, na expressão normativa – construir, erradicar, reduzir, promover – são de ação, vale dizer, designam um comportamento ativo. O que se tem, pois, é que os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil são definidos em termos de obrigações transformadoras do quadro social e político retratado pelo constituinte quando da elaboração do texto constitucional. E todos os objetivos contidos, especialmente, nos três incisos acima transcritos do art. 3º da Lei Fundamental da República traduzem exatamente mudança para se chegar à igualdade. [...] ¹⁵²

Devemos ressaltar, entretanto, que não é apenas a enumeração dos objetivos fundamentais da República, da forma como posta, que subsidia a afirmação de que as ações afirmativas são admitidas pelo ordenamento constitucional brasileiro.

¹⁵¹ A Igualdade e as Ações Afirmativas. **Fórum Administrativo – Direito Público – FA**, Belo Horizonte, ano 3, n. 29, jul. 2003. Disponível em <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=3701>> . Acesso em 20 fev. 2013.

¹⁵² Ação Afirmativa – O Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 33, n. 131, p. 283-295, jul./set. 1996, p. 289.

A dignidade da pessoa humana, alçada a fundamento da República Federativa do Brasil (artigo 1º da Constituição Federal) e, especialmente, toda a conformação acima exposta do princípio da igualdade como vetor de interpretação de toda a Constituição, especialmente no tocante aos direitos e garantias fundamentais, nos permitem ter segurança em entender que o ordenamento jurídico brasileiro, encimado pela Constituição Federal, expressamente admite, e mais, determina, a adoção de medidas de ação afirmativa por parte do Estado brasileiro.

Dessa forma, podemos entender que o sistema constitucional brasileiro, ao delinear o princípio da igualdade, o fez de forma a impor uma participação ativa do Estado, não se conformando apenas com uma postura passiva e de imposição de proibições discriminatórias, impondo, isso sim, a necessidade de ação para que todos possam partir de um mesmo ponto, para que todos tenham as mesmas oportunidades de desenvolvimento pessoal diante de si.

Da Constituição Federal decorre um dever de incluir, que o Estado deverá levar em conta em todas as suas atividades, sejam executivas, legislativas ou jurisdicionais.

2.4.2 Ações afirmativas expressamente previstas pela Constituição brasileira

Como acabamos de verificar, o sistema constitucional brasileiro admite a adoção de medidas de ações afirmativas, face a configuração que deu ao princípio da igualdade, bem como no estabelecimento dos princípios fundamentais da República. Dessa forma, leis que venham a estabelecer medidas de ações afirmativas poderão ser consideradas consentâneas com a Constituição Federal, compatíveis com o ordenamento jurídico-constitucional brasileiro (ao menos sob o prisma da possibilidade de estabelecimento de ações afirmativas).

Outrossim, em algumas hipóteses, a própria Constituição já cuidou de estabelecer a necessidade de adoção de ações afirmativas, ou seja, o constituinte apontou alguns grupos como vulneráveis, merecedores de especial proteção, reconhecendo que os integrantes de tais grupos sem interferência do Estado não conseguiriam desenvolver plenamente suas capacidades em igualdade de condições com o restante da sociedade, e indicou diretamente a obrigatoriedade de adoção de medidas destinadas a lhes propiciar a igualdade de oportunidades com relação aos demais indivíduos.

Em tais hipóteses, mais que proibir a discriminação praticada a um ou outro grupo, a Constituição estabelece expressamente a necessidade de adoção de medidas ativas de proteção, de estabelecimento de ações afirmativas. Nesses casos, notamos que a Constituição apenas indicou a necessidade de adoção de medidas afirmativas ou fixou de forma genérica seu conteúdo, deixando para o legislador infraconstitucional a tarefa de precisar os seus termos e dar-lhes concreção.

Os grupos reconhecidos como vulneráveis pela Constituição brasileira para efeito de estabelecimento direto de medidas de ações afirmativas foram as mulheres e as pessoas com deficiência. Frise-se que não iremos examinar todos os casos em que a Constituição reconhecendo alguns grupos como vulneráveis, fixou expressamente a impossibilidade de discriminação ou conferiu especial proteção, como em relação aos grupos raciais, às crianças, aos idosos, aos indígenas, mas iremos examinar os casos em que a Constituição determinou o estabelecimento de ações afirmativas, de acordo com a definição acima exposta; não é todo tratamento diferenciado que consiste em ação afirmativa.

Também cumpre alertar que mesmo em relação aos grupos vulneráveis que identificamos como objetos de ações afirmativas pelo constituinte brasileiro, as mulheres e as pessoas com deficiência, como acima indicado, devemos identificar quais as medidas protetivas adotadas pela Constituição que efetivamente podem ser consideradas ações afirmativas, de acordo com a definição que expusemos; como já dissemos, não é qualquer medida protetiva que pode ser considerada como uma ação afirmativa, mas somente devemos assim considerar aquelas que têm como objeto um grupo vulnerável e buscam compensar uma discriminação passada que gerou (e ainda gera) uma desigualdade de oportunidades, a ser superada ou minimizada mediante as ações afirmativas.

Nesse sentido, não consideramos como ação afirmativa, por exemplo, o disposto no artigo 203, V, da Constituição Federal, que confere à pessoa com deficiência e ao idoso que não possui meios de prover a própria subsistência e nem possa tê-la provida pela própria família. Nessa hipótese, apesar de ser o caso de uma discriminação positiva, de uma especial proteção que o Estado confere às pessoas com deficiência e aos idosos, trata-se de mero benefício assistencial, que não tem o caráter de inserir a pessoa com deficiência ou o idoso na sociedade, ou conferir-lhes igualdade de oportunidades, mas que tem por escopo propiciar a pessoas carentes e que não teriam condições de manter-se com dignidade um mínimo material para sua subsistência digna; falta, assim, o elemento primordial da caracterização das ações

afirmativas, que é a busca de atribuição de igualdade de oportunidades, de inclusão social, aos grupos vulneráveis que foram, ou ainda são, objeto de discriminação e preconceito.

Como exemplo de medida protetiva que consiste meramente na proibição de discriminação, e assim, não podendo se considerada como ação afirmativa, temos o disposto no artigo 7º, XXXI, da Constituição Federal, que proíbe a discriminação no tocante a salários e critérios de admissão do trabalhador com deficiência, já que, embora se trate de medida destinada à equiparação de oportunidades e inclusão no mercado de trabalho, e por consequência na sociedade, falta aqui o caráter positivo, ou seja, falta o estabelecimento de uma ação por parte do Estado (ou o estabelecimento de que o particular promova alguma ação); como dissemos, a mera proibição da discriminação não é uma medida de ação afirmativa, embora tenha por escopo, também, a efetivação do princípio da igualdade. As ações afirmativas e o estabelecimento de proibições de discriminação são mecanismos diferentes para a efetivação de um mesmo princípio do nosso sistema constitucional, o princípio da igualdade.

Não podem ser caracterizadas como ações afirmativas, assim, em nosso entendimento, medidas meramente assistenciais, ainda que destinadas à proteção dos mesmos grupos vulneráveis que a Constituição elegeu para ser objeto das ações afirmativas, ou mesmo medidas protetivas que estejam dissociadas da finalidade de equiparação de oportunidades.

Com tais considerações, vejamos as ações afirmativas expressamente previstas pela Constituição Federal.

O artigo 7º, XX, da Constituição Federal¹⁵³, garante às mulheres a proteção de seu mercado de trabalho, “mediante incentivos específicos, nos termos da lei”. Assim, temos que a Constituição expressamente admite a adoção de medidas específicas de integração da mulher no mercado de trabalho, em clara determinação ao legislador infraconstitucional de que este estabeleça ações afirmativas para proteger o mercado de trabalho das mulheres.

O artigo 37, VIII, da Constituição Federal, por sua vez, estabelece a necessidade de adoção de medida de ação afirmativa para a integração da pessoa com deficiência no serviço público (e, conseqüentemente, na sociedade), ao determinar que seja fixado mediante lei percentual dos cargos ou empregos públicos destinados aos integrantes de tal grupo, sendo,

¹⁵³“Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XX – proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei; [...]”

ainda, determinado que a lei estabeleça critérios de admissão compatíveis. Trata-se, assim, de medida que impõe uma atuação positiva do Estado, para efetivamente integrar a pessoa com deficiência na sociedade, determinado mais do que a não discriminação, determinando a ação do Estado para dar oportunidades de acesso das pessoas com deficiência ao serviço público. Tal dispositivo constitucional é o assunto central deste trabalho e, dessa forma, será minuciado mais adiante, em capítulo próprio.

Por sua vez, o artigo 203, IV, da Constituição Federal, estabelece como objetivo da assistência social a habilitação e reabilitação das pessoas com deficiência, para sua integração ao mercado de trabalho. Dessa forma, foi estabelecido pelo constituinte o dever de que sejam adotadas medidas efetivas de habilitação e reabilitação das pessoas com deficiência, tratando-se de medida positiva para a integração de grupo vulnerável ao mercado de trabalho, do qual sempre foram segregadas. Tal medida atende a todos os elementos do conceito de ações afirmativa que expusemos, e, dessa forma, pode ser caracterizada como uma ação afirmativa expressamente indicada pela Constituição.

Outra medida de ação afirmativa expressamente indicada pela Constituição Federal destinada às pessoas com deficiência é aquela trazida pelo artigo 208, III, da Lei Maior, que estabelece a garantia de atendimento educacional especializado às pessoas com deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino. Determinou a Constituição, assim, a obrigatoriedade de que os estabelecimentos de ensino sejam dotados de meios para que as pessoas com deficiência possam frequentá-los e ter garantido o seu acesso à educação, da mesma forma que as demais pessoas. Mais relevante, ainda, é a determinação de que as pessoas com deficiência possam frequentar a rede regular de ensino, medida que tem por escopo acabar com o processo de segregação de que as pessoas com deficiência historicamente foram vítimas. Como efeito de longo prazo da integração da pessoa com deficiência à rede regular de ensino exsurdirá sua plena integração à sociedade, já que desde os bancos escolares será promovida a convivência com as pessoas com deficiência, colocando na consciência coletiva sua inclusão na sociedade.

Muitos autores, como Joaquim B. Barbosa Gomes¹⁵⁴ e Cármen Lúcia Antunes Rocha¹⁵⁵, apontam que o artigo 170, IX, da Constituição Federal, traz a determinação de uma

¹⁵⁴ A Recepção do Instituto da Ação Afirmativa pelo Direito Constitucional Brasileiro. In **Ações Afirmativas e Combate ao Racismo nas Américas**. Edição eletrônica. Brasília: Ministério da Educação, 2007, p.63.

¹⁵⁵ A Igualdade e as Ações Afirmativas. **Fórum Administrativo – Direito Público – FA**, Belo Horizonte, ano 3, n. 29, jul. 2003. Disponível em <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=3701>>. Acesso em

ação afirmativa em benefício das empresas de pequeno porte, ao estabelecer como princípio da ordem econômica o tratamento favorecido a tais entes, desde que tenham sua sede e administração no Brasil.

Com a devida vênia, não comungamos de tal entendimento, pois, como acima expusemos (item 2.2.1 supra) a definição de ações afirmativas pressupõe que seu destinatário sejam grupos vulneráveis, grupo de pessoas que, em razão de uma discriminação passada ou presente não desfruta das mesmas oportunidades de desenvolvimento pessoal e inserção social que a parcela dominante da sociedade, o que não é compatível com a proteção conferida pela Constituição a um determinado grupo de empresas, como é o caso do artigo 170, IX, da Lei Maior.

Ademais, as ações afirmativas são forma de preservação da dignidade humana, o que nos faz pressupor como seus destinatários pessoas naturais, seres humanos, e não pessoas jurídicas que, embora sejam dotadas, em certa medida, de dignidade, não o são no sentido humano de tal palavra.

Parece-nos que o disposto no artigo 170, IX, da Constituição Federal trata exclusivamente de uma forma de fomento do Estado a um tipo de atividade econômica, aquela exercida pela empresa de pequeno porte, ou seja, de política de regulação de economia destinada ao atingimento de um determinado fim, de estimular as atividades das empresas de pequeno porte.

Não é qualquer medida protetiva ou de ação do Estado para o atingimento de uma finalidade social ou econômica que caracteriza uma ação afirmativa. As ações afirmativas destinam-se à efetivação da igualdade material, tendo por destinatários grupos vulneráveis, que sofrem os efeitos de uma discriminação passada ou presente, buscando, assim, a garantia da dignidade da pessoa humana, que é fundamento da República Federativa do Brasil.

Medidas meramente assistenciais, como já ressaltamos acima, assim, pelo mesmo motivo, não devem ser consideradas como medidas de ação afirmativa, embora também busquem a efetivação da igualdade material e tenham por fundamento a dignidade humana; as ações afirmativas sempre têm como pano de fundo a questão da igualdade de oportunidades, a busca por sua efetivação, e que, dessa forma, é essencial para sua caracterização.

Ressaltemos, novamente, que o fato de uma ação afirmativa não estar diretamente indicada no texto Constitucional não impede sua adoção por intermédio de legislação infraconstitucional; como visto, a Constituição Federal é plenamente consentânea com o estabelecimento de qualquer medida de ação afirmativa, desde que se busquem os valores de igualdade consagrados na Lei Maior. As ações afirmativas diretamente indicadas na Constituição apenas demonstram uma especial preocupação do constituinte com determinados grupos vulneráveis e situações, além de obrigar o legislador infraconstitucional à sua implementação, já que a Constituição Federal não é meramente um documento político que traz conselhos ou recomendações, mas é uma norma jurídica, obrigatória e que deve ser efetivada. Como lembra José Afonso da Silva, “*não há norma constitucional alguma destituída de eficácia*”¹⁵⁶.

Nesse sentido, o fato de uma ação afirmativa constar do Texto Constitucional em uma norma de eficácia limitada, assim entendida, na concepção de José Afonso da Silva¹⁵⁷, aquela que depende de outras providências, de caráter infraconstitucional, para que atinja todos os efeitos desejados pela Constituição, não implica em que a norma não produza efeitos imediatamente, tais como direcionar e limitar a ação do legislador infraconstitucional, podendo inclusive implicar na omissão inconstitucional do legislador ou do agente público, que poderá ter seu suprimento reivindicado judicialmente, mediante mandado de injunção ou, conforme o caso, mediante ação direta de inconstitucionalidade por omissão, além de revogar toda a legislação anterior incompatível com tal disposição, bem como servir de parâmetro para controle de constitucionalidade da legislação futura.

3. Ações afirmativas e pessoas com deficiência

Passamos, agora, a apontar as relações existentes entre as ações afirmativas e o grupo vulnerável das pessoas com deficiência.

3.1 As pessoas com deficiência como objeto das ações afirmativas

¹⁵⁶ **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 8ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 81.

¹⁵⁷ Sobre a aplicabilidade das normas constitucionais, vide nota de rodapé nº 59, do Capítulo I do presente trabalho.

Como apontamos anteriormente (Capítulo I, item 5.3.1), as pessoas com deficiência constituem um grupo vulnerável, ou seja, um grupo de pessoas ligadas por determinada característica (deficiência) que necessita de uma especial proteção do Estado para poder desenvolver-se adequadamente, em igualdade de oportunidades para com os demais indivíduos, enfim, são um grupo de pessoas que se encontram em uma situação de fragilidade, de vulnerabilidade.

Como adiante veremos com maior detalhamento, em capítulo próprio acerca da definição atual de “pessoas com deficiência”, a desigualação de oportunidades, situação que o instituto das ações afirmativas tem por objetivo corrigir ou minimizar, é parte da própria definição de pessoas com deficiência, na forma como trazido pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas Com Deficiência da ONU, internalizada pelo Direito brasileiro com equivalência de Emenda à Constituição, na forma do artigo 5º, §3º, da Lei Maior.

Por definição, são consideradas pessoas com deficiência aquelas que tenham impedimentos de longo prazo, de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, que, em interação com diversas barreiras ambientais, obstruam, ou tenham a possibilidade de obstruir, a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade, em igualdades de condições com as demais pessoas. A vulnerabilidade do grupo, assim, no caso das pessoas com deficiência, faz parte de sua própria conformação perante o ordenamento jurídico.

Evidentemente que os impedimentos que as pessoas com deficiência têm, em nosso ambiente social, inviabilizam sua plena inclusão na sociedade; basta uma simples volta no quarteirão para notarmos que uma pessoa com deficiência teria sérias dificuldades para se deslocar, para frequentar um cinema, uma loja, ou mesmo para entrar em uma repartição pública. Se as pessoas com deficiência apresentam sérias dificuldades simplesmente para acessarem fisicamente os locais públicos, imagine-se a dificuldade que enfrentam para exercerem as atividades da vida cotidiana destinadas a seu desenvolvimento pessoal e profissional, para buscar seu sustento de forma independente, de forma a garantir sua existência digna. Se entrar fisicamente em um prédio não raras vezes significa um desafio para uma pessoa com deficiência, entrar no mesmo prédio para trabalhar, contratada por uma empresa privada ou pelo Poder Público é um desafio ainda maior. O mesmo podemos dizer em relação às escolas, às universidades, enfim, a todos os locais que uma pessoa sem deficiência frequenta em todas as fases de suas vidas para o seu desenvolvimento pessoal,

que, para as pessoas com deficiência são inacessíveis, seja no sentido físico, seja no sentido moral de tal expressão.

Conforme expusemos no primeiro capítulo deste trabalho (item 5), as pessoas com deficiência ao longo da história foram sempre objeto de discriminação e segregação e, quando tal situação começou a mudar, ainda assim, passaram a ser vistas sob uma ótica meramente assistencialista e sem possibilidade de que fossem admitidas como capazes de fixarem as diretrizes para seu futuro.

Nesse sentido, além das dificuldades enfrentadas em razão da deficiência (interação dos impedimentos de longo prazo com as barreiras ambientais, de forma a gerar uma desigualdade de oportunidades), as pessoas com deficiência ainda enfrentam barreiras de dimensões iguais ou ainda maiores, que são o preconceito e a discriminação gerados por toda uma história de segregação. As pessoas com deficiência, além de enfrentarem o preconceito ainda hoje enraizado na sociedade, enfrentam os efeitos da história de discriminação e segregação da qual esse grupo sempre foi objeto.

Importante ressaltar que a segregação tem efeitos que nem sempre são intencionais ou são notados no curto prazo. Não é difícil concluirmos que a ausência de integração das pessoas com deficiência no convívio com os demais integrantes do corpo social gera uma natural ausência de intimidade com o trato de tais pessoas, é dizer, a falta histórica de convivência implica na falta de preparo para o tratamento que deve ser dispensado às pessoas com deficiência.

Se aqueles que hoje são engenheiros ou arquitetos, por exemplo, não tiveram o convívio com pessoas com deficiência nos bancos escolares, ou mesmo em sua vida cotidiana, é bem possível que na hora de projetar um edifício tais pessoas sejam “esquecidas”, suas necessidades de acessibilidade não sejam levadas em conta, por mais que a faculdade de engenharia ou arquitetura tenha provido disciplinas específicas de acessibilidade, ou que a lei determine que assim seja; a vivência da situação, a proximidade da pessoa com deficiência em toda a vida seria um modo muito mais eficaz de lembrar àqueles que projetam edifícios de que a acessibilidade deve estar presente. O mesmo podemos dizer em relação às atividades do legislador, do educador, do juiz etc.

Dessa forma, as pessoas com deficiência, além da deficiência propriamente dita, ainda enfrentam os efeitos da discriminação (e da segregação) presente e pretérita.

Caracterizado está, assim, o grupo das pessoas com deficiência como vulnerável, com aptidão de ser objeto de ações afirmativas por parte do sistema constitucional, para que seja possível a almejada equiparação de oportunidades.

3.2 As medidas de ação afirmativa expressamente previstas na Constituição Federal brasileira de 1988 para as pessoas com deficiência

Como acima já registrado (item 2.4.2), a Constituição Federal diretamente indicou algumas medidas de ações afirmativas destinadas à integração das pessoas com deficiência e a conferir-lhes a igualdade de oportunidades em relação às demais pessoas integrantes da sociedade.

Tais medidas estão expressas nos artigos 37, VIII (tema central do presente trabalho, e que será abordado especificamente em capítulo próprio), 203, IV e 208, III, da Constituição Federal, todas já abordadas quando expusemos as medidas de ação afirmativa expressamente indicadas pelo constituinte.

Cumprido apontar, novamente, que não são todas as medidas protetivas indicadas na Constituição Federal destinadas às pessoas com deficiência que poderão ser consideradas como medidas de ação afirmativa, já que, para tal caracterização, deverão estar presentes, além do objetivo de *efetivação da igualdade material* (comum às medidas de ação afirmativa e às medidas de mera proibição de discriminação, bem como às medidas estritamente assistenciais), o *objetivo de integração do grupo vulnerável à sociedade*, em igualdade de oportunidades com relação às demais pessoas, bem como o *objetivo de compensar ou minimizar os efeitos presentes de uma discriminação pretérita* (ou, como visto, ainda presente).

Vista a configuração do princípio da igualdade no ordenamento jurídico brasileiro, bem como o dever de inclusão que decorre da Constituição Federal, como forma de efetivação daquele princípio, bem como entendidas as ações afirmativas como forma ativa do Estado na busca da igualdade material, temos condições de avançar no estudo do tema proposto no presente trabalho.

Capítulo III – Concurso Público

O Estado desenvolve suas atividades por intermédio de seus agentes, de pessoas que agem em seu nome, os chamados agentes públicos. Questão de vital importância para o adequado funcionamento do Estado é a seleção do pessoal que irá agir em seu nome, que irá, de fato, gerir a coisa pública.

Conforme pregava Belmiro Siqueira, patrono dos administradores brasileiros, a seleção de pessoal, que consiste no “conjunto de atividades que visam a determinar, dentre os candidatos recrutados, os mais capazes para o provimento de cargos de uma organização”¹⁵⁸, é essencial para o sucesso da Administração Pública, e, conseqüentemente, do Estado¹⁵⁹.

Para que se garanta que o Estado estará servido pelos agentes mais capazes, o sistema de seleção por mérito é essencial, indispensável. Somente a seleção cujo critério seja o mérito poderá garantir que as pessoas mais preparadas para o desempenho dos cargos públicos serão contratadas. Nesse sentido, o concurso público é a forma de instrumentalização da seleção de pessoal por mérito, evitando-se apadrinhamentos e o uso político dos cargos e empregos do Estado¹⁶⁰. O concurso público é forma de promover o acesso aos cargos e empregos públicos conferindo a todos iguais possibilidades de ocuparem tais cargos e empregos, possibilitando à Administração, ainda, a escolha daqueles que melhor atendam às suas necessidades, sendo, nesse sentido, forma de atingimento do interesse público.

Segundo definem José Maria Pinheiro Madeira e Jansen Amadeu do Carmo Madeira,

Concurso, é uma série complexa de procedimentos para apurar as aptidões pessoais apresentadas por um ou vários candidatos que se empenham para obtenção de uma ou mais vagas, em que se submetem voluntariamente aos trabalhos de julgamento de uma comissão examinadora. (grifos no

¹⁵⁸ Recrutamento e Seleção de Pessoal. In: JAMESON, Samuel H.. **Administração de Pessoal**. Volume VI. São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, 1963, p. 209.

¹⁵⁹ No texto citado, o autor diferencia recrutamento de seleção, qualificando o primeiro como atividades destinadas a atrair pessoas para a seleção. O recrutamento incluiria a política de cargos e salários, a possibilidade de crescimento na carreira, as condições gerais de desempenho do cargo, enfim, tudo o que pode ser determinante para que os potenciais candidatos se interessem pelo posto oferecido. Aponta que quanto melhor o recrutamento, melhor a seleção. Tal conceito, ainda hoje, é muito atual, já que o recrutamento para o serviço público é bastante eficaz, pois a estabilidade e o regime de cargos oferecidos pelo Estado, assim como o regime jurídico dos servidores, raros nos dias de hoje na iniciativa privada, têm atraído um número cada vez maior de candidatos aos concursos públicos.

¹⁶⁰ Cf. SIQUEIRA, Belmiro. Regime de Concursos – Razões Técnicas e Sociais. In: JAMESON, Samuel H.. **Administração de Pessoal**. Volume VI. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 1963, pp. 225-234.

original)¹⁶¹

Com o instituto do concurso público implementam-se os princípios republicano, da igualdade e da impessoalidade, além de propiciar o melhor atendimento do interesse público, já que proporciona a seleção de servidores mais preparados para o desempenho das funções do Estado.

De fato, apontava Hely Lopes Meirelles:

[...] O concurso é o meio técnico posto à disposição da Administração Pública para obter-se moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público, e, ao mesmo tempo, propiciar igual oportunidade a todos os interessados que atendam aos requisitos da lei, consoante determina o art. 37, II, da Constituição da República. Pelo concurso se afastam, pois, os ineptos e os apaniguados, que costumam abarrotar as repartições, num espetáculo degradante de protecionismo e falta de escrúpulos de políticos que se alçam e se mantêm no poder, leiloando empregos públicos.¹⁶²

A ideia do concurso público é baseada na diversidade humana, nas diferenças que cada indivíduo tem para com os outros, nas capacidades individuais de cada um. Mais uma vez valemo-nos das lições de Belmiro Siqueira, que discorre:

Os homens diferem tanto em traços isolados como em conjunto de traços. A seleção é, justamente, a verificação de se os indivíduos que acorrem ao provimento de determinados cargos têm, e em que grau, os traços característicos dos bons trabalhadores do ramo.

Se os homens fossem todos iguais, não teriam significação os processos seletivos para adaptação do servidor ao trabalho. Sendo, porém, a estrutura e o comportamento do homem uma variável e os requerimentos dos trabalhos também variáveis, explica-se a existência e importância da seleção do pessoal.¹⁶³

Dessa forma, fundando-se na diversidade do ser humano, o concurso público deve ser instrumento apto para acolher toda essa diversidade, selecionando os mais habilitados para o desempenho das funções do Estado.

O sistema constitucional brasileiro atual impõe a seleção de pessoal pelo Estado mediante concurso público como a regra geral de provimento de cargos e empregos públicos, com algumas exceções, expressas na Lei Maior. Somente quando a Constituição expressamente excepcionar, assim, o Estado poderá contratar agentes sem a observância da

¹⁶¹ Concurso Público: algumas considerações indispensáveis. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 7, n. 76, abr. 2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=53105>>. Acesso em 14 jun. 2013.

¹⁶² **Direito Administrativo Brasileiro**. 15ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990, p. 370.

¹⁶³ Regime de Concursos – Razões Técnicas e Sociais. In: JAMESON, Samuel H.. **Administração de Pessoal**. Volume VI. São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, 1963, p. 230.

seleção mediante concurso público.

Aponta Alexandre de Moraes que

A Constituição Federal é intransigente em relação à imposição à efetividade do princípio constitucional do concurso público, como regra a todas as admissões da administração pública, vedando expressamente tanto a ausência deste postulado, quanto seu afastamento fraudulento, por meio de transferência de servidores públicos para outros cargos diversos daquele para o qual foi originalmente admitido.¹⁶⁴

O instituto do concurso público foi introduzido na ordem constitucional brasileira em 1934, unicamente em relação a alguns cargos. Ao longo de nossa história constitucional, o concurso público foi sendo moldado e foram rareando as hipóteses de contratação sem concurso, culminando com o modelo estabelecido pela Constituição de 1988, que, não por acaso, tem a igualdade como vetor de interpretação de todos os seus dispositivos, especialmente aqueles que expressam os direitos e garantias individuais.

A delimitação constitucional do instituto do concurso público, seus princípios vetores e as principais questões daí decorrentes serão o objeto do presente capítulo.

1. Questões terminológicas

Devemos apontar, primeiramente, que neste capítulo as expressões “funcionários” e “servidores” serão utilizadas como sinônimas, conforme tenham aparecido nos textos das Constituições brasileiras, sempre no sentido de agentes públicos, que não aqueles agentes políticos escolhidos mediante processo eleitoral, que, evidentemente, não se submetem ao concurso público para a investidura nos respectivos cargos.

Outra opção terminológica (e metodológica) que adotamos merece explicação. Aqui trataremos o concurso público como uma regra constitucional, diferentemente de boa parte da doutrina que o coloca como um princípio¹⁶⁵. Entendemos que o concurso público na

¹⁶⁴ **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. 7ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2007, p. 818.

¹⁶⁵ Adotamos a distinção entre princípios e regras trazida por Humberto Ávila, para quem as regras têm uma “pretensão de decidibilidade”, ou seja, pretendem antecipar uma decisão, ainda que provisória, para um problema conhecido, ao passo que os princípios têm uma “pretensão de complementariedade”, pois servem de razões a serem conjugadas com outras para a solução de um problema. Enquanto as regras descrevem objetos determináveis, exigindo do seu destinatário um comportamento mais ou menos determinado, os princípios

Constituição é delineado por diversas normas, que acabam por conferir ao instituto uma estrutura mais compatível com a estrutura de uma regra do que de um princípio, já que nos parece que há uma situação concreta, delimitada, de incidência do concurso público, que é a contratação de pessoal pela Administração Pública; há o estabelecimento de conduta a ser seguida pelo Poder Público, é dizer, a Constituição determina que um determinado procedimento deve ser realizado sempre que o Estado pretender contratar pessoal, apontando, ainda, quando tal procedimento não precisará ser seguido. Não nos parece que esteja sendo apontada uma finalidade a ser seguida, que deverá ser levada em conta para a aplicação de todo o sistema de normas jurídicas, mas que foi imposta uma conduta ao Poder Público, de observância obrigatória, nos casos de contratação de pessoal, qual seja, a prévia realização de concurso público, com os contornos dados pela Constituição.

Vale ressaltar que tanto princípios como regras são normas constitucionais de mesma hierarquia, com a mesma força normativa, mas que apenas cumprem funções diferentes no ordenamento constitucional e, por tal razão, apresentam estruturas diferentes. Não se está a afirmar, assim, que constituindo o concurso público uma regra, este tem menor relevo do que se o considerássemos como um princípio, mas apenas que o instituto do concurso público, na forma como trazido pela Constituição, tem a estrutura compatível com a estrutura das regras, já que há claramente o estabelecimento de uma conduta determinada a ser seguida pelo Poder Público em uma situação já prevista pelo constituinte, ou seja, há o estabelecimento da necessidade de realização de concurso público sempre que a Administração Pública pretender contratar pessoal. Também as exceções a tal regra estão estabelecidas pela Constituição, ou seja, a Lei Maior já excepciona algumas contratações da necessidade de realização de concurso público para a seleção de agentes.

Com o concurso público não há o estabelecimento pela Constituição de um estado de

estabelecem um estado de coisas a ser atingido, apresentam uma função diretiva, impondo comportamentos necessários ao atingimento do estado de coisas pretendido. No caso das regras o dever imediato que delas decorre é a adoção da conduta descrita, sendo que nos princípios a adoção de condutas necessárias ao atingimento de um estado de coisas pretendido é um dever mediato, já que o dever imediato que deles decorre é a promoção de um estado ideal de coisas. Aponta o autor que as regras são “normas imediatamente descritivas”, e os princípios são “normas imediatamente finalísticas”. (Cf. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos**. 14ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2013)

Tal distinção entre princípios e regras não parece ser diferente da que faz Luís Roberto Barroso, que aponta textualmente que “regras são descritivas de conduta, ao passo que princípios são valorativos ou finalísticos”. Mais adiante, ainda, aduz que “Ao utilizar a estrutura das regras, o constituinte cria condutas específicas, obrigatórias, e, conseqüentemente, limites claros à atuação dos poderes políticos. Os princípios, diversamente, indicam um sentido geral e demarcam um espaço dentro do qual as maiorias políticas poderão legitimamente fazer suas escolhas”. (Cf. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 4ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 233-234).

coisas a ser atingido mediante a adoção de condutas necessárias a tal mister, mas há o estabelecimento de um comportamento para o Poder Público quando da contratação de pessoal.

Evidentemente que essa regra, como todas as outras regras da Constituição, sofre a influência dos princípios constitucionais para sua interpretação e aplicação. Como aponta Humberto Ávila a aplicação das regras é “*sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente subjacentes*”¹⁶⁶.

O concurso público, assim, é relacionado a uma série de princípios constitucionais, é uma regra que permite a efetivação de diversos desses princípios, que contribui para o atingimento do estado de coisas pretendido pela Constituição, com eles se relacionando. Vejamos os princípios que se relacionam com o concurso público.

2. Concurso público e princípios constitucionais

Passamos, agora, a verificar os princípios constitucionais que se relacionam com o instituto do concurso público, que lhe dão estrutura como parte do sistema constitucional brasileiro e lhe vinculam a interpretação. Em uma análise sistemática do texto constitucional, o concurso público não pode ser visto somente considerando as normas especialmente estabelecidas na Lei Maior para lhe regular, mas deve ser entendido de acordo com toda a Constituição.

2.1 Princípio Republicano

Do disposto no artigo 1º, *caput*, da Constituição Federal, extraímos que o Estado brasileiro constitui-se em uma República. O princípio republicano impõe que todos participem da gestão da coisa pública, que todos tenham a oportunidade de igual participação nas atividades do Estado.

¹⁶⁶ **Teoria dos Princípios – Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos**. 14ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 85.

Nesse sentido, temos, como nos recorda Adilson Abreu Dallari¹⁶⁷, que o concurso público é instrumento essencial à efetivação do princípio republicano, pois é forma de garantir que todos tenham acesso em igualdades de condições à possibilidade de desempenhar as atividades do Estado, de garantir que todos possam atuar como agentes públicos; trata-se o concurso público, assim, de exigência do princípio republicano.

Como a seguir veremos, o instituto do concurso público tem como um de seus principais vetores o princípio da igualdade (assim como toda a Constituição). E a igualdade, conforme lembra Geraldo Ataliba, é também decorrência do princípio republicano:

Não teria sentido que os cidadãos se reunissem em *república*, erigissem um Estado, outorgassem a si mesmos uma Constituição, em termos republicanos, para consagrar instituições que tolerassem ou permitissem – seja de modo direto, seja indireto – a violação da igualdade fundamental, que foi o próprio postulado básico, condicional da ereção do regime. [...] (grifos no original)¹⁶⁸

Dessa forma, o instituto do concurso público pode ser visto, dentre outros, como decorrência do princípio republicano, insculpido no artigo 1º da Constituição Federal.

2.2 Princípio da igualdade

Conforme assinalamos anteriormente (Capítulo II), a igualdade é o principal vetor de interpretação da Constituição Federal. No caso do concurso público, quase que intuitiva é sua relação com o princípio da igualdade. O concurso público decorre do princípio da igualdade, e de acordo com ele deve ter suas disposições constitucionais interpretadas.

O concurso público busca preservar o direito de todos a gozarem de iguais oportunidades de acesso aos cargos e empregos públicos, de poderem desempenhar as atividades do Estado. Com o concurso público pretende-se que todos aqueles que sejam interessados em participar das atividades do Estado como seus agentes tenham a possibilidade de atingir seu objetivo.

¹⁶⁷Cf. DALLARI, Adilson Abreu. Princípio da Isonomia e Concursos Públicos. **Fórum Administrativo – Direito Público – FA**, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, jun. 2009. Disponível em <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=57941>>. Acesso em 3 jun. 2013.

¹⁶⁸ **República e Constituição**. 3ª edição, atualizada por Rosolea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 158/159.

As regras do concurso público deverão ser estabelecidas de forma a propiciar ao Estado que selecione o melhor agente dentre todos aqueles que tenham condições e interesse em participar de suas atividades. Não poderão, dessa forma, ser estabelecidos requisitos que impossibilitem alguém de concorrer ao cargo ou emprego pretendido sem que haja uma relação de pertinência lógica entre a limitação imposta e as atividades a serem desempenhadas, buscando-se a preservação de um valor constitucionalmente protegido.

A Constituição deve ser interpretada de acordo com seus princípios, que são normas jurídicas que lhe integram, dotadas, dessa maneira, de imperatividade. A igualdade, como princípio, vetor de interpretação da Constituição, permeia todo o texto constitucional, e o instituto do concurso público, assim, deve ser observado sob tal prisma. As normas constitucionais acerca do concurso público devem necessariamente ser observadas de forma que seja concretizado o princípio da igualdade; somente uma interpretação das regras estabelecidas nesse sentido é que se coaduna com a Constituição.

Ao garantir, no inciso I, do artigo 37¹⁶⁹, o amplo acesso aos cargos, empregos e funções públicas, bem como ao instituir, no inciso II do mesmo artigo¹⁷⁰, a obrigatoriedade de que a investidura nos cargos e empregos públicos se dê somente após seleção em concurso público, a Constituição determinou que todos devem ter iguais oportunidades de participarem das atividades do Estado como seus agentes, mediante a observância de requisitos, indispensáveis ao exercício dos cargos e empregos, bem como compatíveis com a natureza de suas atribuições; essa a interpretação dos dispositivos constitucionais citados exigida pelo princípio da igualdade.

O artigo 37, II, da Constituição Federal, ao dispor que a lei poderá instituir requisitos e etapas no concurso público, de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego em disputa, determina que, considerando as atividades que deverão ser desenvolvidas pelo agente ocupante do cargo ou do emprego público, a lei poderá delinear o concurso público para o seu preenchimento, mediante o estabelecimento de

¹⁶⁹“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: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (...)”

¹⁷⁰“Art. 37. [...] II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) [...]”

etapas e requisitos, mas que tais etapas e requisitos deverão ser logicamente compatíveis, e indispensáveis, ao exercício do cargo ou emprego.

O artigo 39, §3º, da Constituição¹⁷¹, faz expressamente incidir sobre os cargos públicos o quanto disposto no artigo 7º, XXX¹⁷², que veda a instituição de critérios de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil, bem como aponta que a lei poderá estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir.

Trazendo os artigos 37, II, e 39, §3º, da Constituição, para aquilo que expusemos acerca do princípio da igualdade, em seu aspecto material (Capítulo II, 1.2), temos que a Constituição autorizou o legislador a eleger fatores de *discrimen* para a seleção de candidatos aos cargos e empregos públicos, fatores esses que deverão variar conforme a natureza e a complexidade das atividades a serem desenvolvidas. Deverá haver um nexo de pertinência lógica entre os fatores de *discrimen* eleitos, e que irão nortear o concurso público, com as atividades que irão ser desenvolvidas pelos aprovados no exercício do cargo ou emprego.

Ressalta Celso Antônio Bandeira de Mello, comentado o fator diferencial que poderá ser eleito pela lei, que

Cabe, por isso mesmo, quanto a esse aspecto, concluir: o critério especificador escolhido pela lei, a fim de circunscrever os atingidos por uma situação jurídica – a dizer: o fator de discriminação – pode ser qualquer elemento radicado neles; todavia, necessita, inarredavelmente, guardar relação de pertinência lógica com a diferenciação que dele resulta. Em outras palavras: a discriminação não pode ser gratuita ou fortuita. [...]¹⁷³

Assim, características dos candidatos, conhecimentos e habilidades exigidos, ou quaisquer outros fatores que a lei estabeleça como requisitos de participação ou fatores de avaliação dos candidatos de concurso público, inclusive suas provas e etapas, deverão necessariamente ser justificados em função da natureza e da complexidade dos cargos em disputa. Aponta Maria Sylvia Zanella Di Pietro que *“Cabe ao legislador, portanto, estabelecer critérios para admissão com obediência ao princípio da isonomia, só estabelecendo exigências específicas quando necessária em razão das atribuições a serem*

¹⁷¹ “Art. 39. [...] §3º Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, IV, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir. [...]”

¹⁷² “Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XXX – proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; [...]”

¹⁷³ **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade.** 3ª edição, 20ª tiragem. São Paulo, Malheiros Editores, 2011, p. 38-39.

*exercidas.[...]*¹⁷⁴

Quaisquer critérios de seleção a serem estabelecidos pelo legislador, assim, deverão ser compatíveis com o princípio da igualdade. Fatores como idade, sexo, características físicas, não podem, a princípio, ser excluídos da possibilidade de figurarem como requisitos de um determinado concurso público, como requisitos para acesso a um cargo ou emprego público; no entanto, sua presença como fatores de *discrimen* deverá ser avaliada à luz do princípio da igualdade. O requisito de sexo, por exemplo, jamais poderá ser critério de seleção em um concurso para juiz de direito, mas poderá ser validamente considerado em um concurso que pretenda selecionar agentes da guarda feminina.

Com relação ao fator idade, a matéria foi inclusive sumulada pelo Supremo Tribunal Federal, no seguinte sentido: “*O limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido*”¹⁷⁵. Vê-se, claramente, que é exigida uma relação de pertinência lógica entre o fator de discriminação e a natureza das atribuições do cargo a ser preenchido.

Questão relacionada à complexidade do cargo ou emprego é a qualificação técnica a ser exigida. Novamente temos que somente poderá ser exigida a qualificação necessária ao desempenho do cargo. Não pode a lei, sob pena de inconstitucionalidade por violação à igualdade, exigir qualificação além da necessária para o desempenho do cargo.

Cumprе ressaltar que, nos termos do artigo 5º, XIII, da Constituição, “*é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.*” Dessa forma, no caso de profissões regulamentadas, deverão ser seguidas no concurso público as normas pertinentes.

Vale lembrar que a Constituição possibilita a fixação de requisitos necessários ao *exercício* do cargo ou emprego e, dessa forma, somente é possível exigir que o requisito de qualificação esteja atendido quando da posse do aprovado no cargo ou emprego pretendido. O requisito não é para participação no concurso, mas para desempenho do cargo público. São requisitos necessários ao *exercício* do cargo. Assim, se for exigido o diploma de curso superior em determinada área para o exercício de uma atividade, o candidato deverá

¹⁷⁴ **Direito Administrativo**. 23ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 531.

¹⁷⁵ Supremo Tribunal Federal, Súmula nº 683.

comprovar que preenche o requisito na data de sua posse, não sendo possível impedir sua participação no certame. É pacífica a jurisprudência nesse sentido em nossos Tribunais Superiores¹⁷⁶, tendo sido, inclusive, sumulada pelo Superior Tribunal de Justiça¹⁷⁷. O próprio Decreto nº 6.944/2009, que dispõe sobre as diretrizes gerais dos concursos públicos na esfera federal, em seu artigo 19, parágrafo único, dispõe que a escolaridade mínima e a experiência profissional, quando exigidas, serão comprovadas no ato da posse, sendo vedada a exigência de sua comprovação no ato de inscrição no concurso público ou em qualquer de suas etapas, salvo se houver ressalva em legislação específica.

Questões relacionadas à idoneidade moral do candidato poderão ser levadas em consideração no concurso público, desde que se pautem por critérios objetivos, pré-fixados e transparentes. O ingresso no serviço público pressupõe que o agente seja pessoa de reputação ilibada, apta a agir em nome do Estado. Deve-se tomar extremo cuidado, entretanto, para que a fixação de requisitos de idoneidade moral e a forma de sua apuração seja realizada de maneira criteriosa e com a maior objetividade possível, embora reconheça-se que “idoneidade moral” é uma expressão de diversos significados, dotada de alto grau de subjetividade. Adilson Abreu Dallari aponta, tratando do tema:

Maus antecedentes não se confundem com antecedentes criminais, nem, muito menos, com condenação criminal ou punição administrativa. Reputação ilibada é algo bastante complexo, insuscetível de aferição apenas por meio da exibição de certidões negativas. Uma vida pregressa irregular, tumultuada, inclusive quanto aos aspectos econômico e familiar, o envolvimento em uma pluralidade de ocorrências policiais, a participação como réu em uma pluralidade de ações de improbidade, revelam, no mínimo, uma dificuldade de relacionamento e uma significativa diferença em relação ao que se costuma designar como pessoa de bons antecedentes.¹⁷⁸

Nesse sentido, a exclusão do certame em função de ausência de reputação ilibada somente poderá se dar em casos extremos de incompatibilidade dos antecedentes do candidato com o cargo a ser exercido, devidamente comprovados e, ainda assim, mediante critérios previamente estabelecidos.

A lei poderá, ainda, determinar a realização de exame psicotécnico para o exercício de

¹⁷⁶ Supremo Tribunal Federal – RE 452720 AgR, Relator: Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 15/02/2011, DJe-087 DIVULG 10-05-2011 PUBLIC 11-05-2011 EMENT VOL-02519-01 PP-00081.

¹⁷⁷ Súmula nº 266 : “O diploma ou habilitação para o exercício do cargo deve ser exigido na posse e não na inscrição para o concurso público”

¹⁷⁸ DALLARI, Adilson Abreu. Princípio da Isonomia e Concursos Públicos. **Fórum Administrativo – Direito Público** – FA, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, jun. 2009. Disponível em <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=57941>>. Acesso em 3 jun. 2013.

cargo público, conforme reconheceu o Supremo Tribunal Federal, na Súmula nº 686¹⁷⁹. Tal exame, no entanto, como todos os outros requisitos, deverá ter sua compatibilidade com o cargo a ser exercido demonstrada, sendo de rigor a fixação de parâmetros objetivos e prévios para sua realização, com possibilidade, em qualquer caso, de que o candidato interponha recurso acerca de sua conclusão¹⁸⁰.

Cumpra-nos, acerca da possibilidade de realização de exames psicológicos em concursos públicos, transcrever a sempre esclarecedora lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Exames psicológicos só podem ser feitos como meros exames de saúde, na qual se inclui a higidez mental dos candidatos, ou, no máximo – e, ainda assim, apenas no caso de certos cargos ou empregos –, para identificar e inabilitar pessoas cujas características psicológicas revelem traços de personalidade incompatíveis com o desempenho de determinadas funções. [...]¹⁸¹

Insiste-se que a exclusão do certame somente poderá se dar no caso de comprovada incompatibilidade com o exercício do cargo. Na dúvida, a regra é a inclusão, é a possibilidade de participar do concurso e conseqüentemente de exercício do cargo ou emprego público, deixando para o estágio probatório a avaliação concreta da possibilidade de continuidade de desempenho do mister público.

Devemos, por fim, ressaltar o quanto disposto pelo Supremo Tribunal Federal na Súmula nº 684, que bem sintetiza aquilo que expusemos: “*É inconstitucional o veto não motivado à participação de candidato a concurso público*”. A lei, assim, somente poderá impor requisitos para o exercício do cargo público a serem observados no respectivo concurso se tais requisitos passarem pelo crivo do princípio da igualdade.

2.3 Princípio da impessoalidade

¹⁷⁹ “Súmula 686: Só por lei se pode sujeitar a exame psicotécnico a habilitação de candidato a concurso público”

¹⁸⁰ O Decreto nº 6.944/2009, que regulamenta os concursos públicos na esfera federal, em seus artigos 14 e 14-A dispõe sobre a realização de exames psicológicos nos concursos públicos, somente os admitindo se houver previsão legal específica e previsão no edital. Aponta, ainda, no artigo 14, §3º, que deverá haver o estabelecimento prévio dos requisitos psicológicos para o exercício do cargo, mediante estudo científico, compatíveis com o cargo em disputa. Fica permitido ao candidato, ainda, na fase recursal, apresentar parecer de assistente técnico (artigo 14-A, §4º).

¹⁸¹ **Curso de Direito Administrativo**. 30ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 287.

O princípio da impessoalidade é uma dimensão do princípio da igualdade, aplicado à Administração Pública, e que lhe impõe o dever de tratar a todos os administrados da mesma forma, sem quaisquer privilégios ou perseguições em função de suas características pessoais.¹⁸² Tal princípio está expresso no *caput* do artigo 37 da Constituição, como sendo de obediência obrigatória por toda a Administração Pública, direta e indireta, de todas as esferas de Poder.

Aplicado ao concurso público, o princípio da impessoalidade traz os mesmos imperativos que referimos ao tratar do princípio da igualdade: a Administração Pública não poderá promover quaisquer discriminações ou privilégios em função das características pessoais dos candidatos do concurso público, sendo vedado promover diferenciações onde a lei não promoveu.

O concurso público é forma de implementação do princípio da impessoalidade, já que impede que a Administração leve em consideração a pessoa do administrado para promover seu ingresso no serviço público. Com o concurso público serão habilitados para os cargos e empregos públicos aqueles mais capacitados para seu exercício, conforme os critérios estabelecidos pela Constituição e pela lei, critérios esses que necessariamente buscarão a promoção da igualdade em seu aspecto material, oferecendo igualdade de oportunidades de acesso e o tratamento equitativo de todos os interessados nas vagas em disputa.

A incidência do princípio da impessoalidade sobre o concurso público impede que a Administração privilegie ou prejudique qualquer candidato, impondo o dever de que todos os candidatos tenham o mesmo tratamento por parte do Poder Público, tratamento este definido pela lei e pelo edital de abertura do certame.

2.4 Princípio da legalidade

¹⁸² Devemos apontar outro sentido atribuído do princípio da impessoalidade, embora não diretamente incidente sobre o instituto do concurso público, ora estudado, conforme a configuração que lhe dá José Afonso da Silva. Segundo o I. Mestre, o princípio da impessoalidade é aquele que determina que os atos administrativos não são personalizados, não são atos do agente administrativo, mas são atos da Administração Pública; os atos administrativos não são pessoais, mas institucionais. A vontade que alimenta a prática do ato não é a vontade do agente que o pratica, mas a vontade do Estado (cf. SILVA, José Afonso da, **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 669-670.).

Também Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior apontam tal significado do princípio da impessoalidade, acrescentando que “*Ao lado do sentido acima especificado, o princípio da impessoalidade possui outro significado, qual seja, o de que a Administração Pública não deve conter a marca pessoal do administrador.[...]*” (**Curso de Direito Constitucional**. 18ª edição. São Paulo: Editora Verbatim, 2014, p. 422).

A administração deverá se comportar estritamente de acordo com aquilo que a lei lhe autorize, ou seja, o administrador público somente poderá agir conforme expressamente esteja prescrito na lei. Trata-se da legalidade estrita, princípio que rege a Administração Pública, conforme previsto no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal.

O princípio da legalidade assume tal forma estrita em relação à Administração Pública em razão do mandamento constitucional de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei, insculpido no artigo 5º, II, da Constituição. Se o particular somente poderá ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa em razão de mandamento previsto em lei, a Administração Pública não pode impingir-lhe comportamentos que não aqueles que a lei expressamente determine. Dessa forma, se o administrador público não estiver amparado em lei que expressamente lhe autorize a agir, não poderá impor obrigações ou exigir comportamentos do particular, já que somente a lei poderá fazê-lo. É por tal razão que se afirma que ao passo que o particular poderá fazer ou deixar de fazer tudo aquilo que a lei não proíba, o administrador público somente poderá fazer aquilo que a lei expressamente lhe autorize; para o particular, basta que não haja proibição legal para que este possa agir, enquanto que o administrador público deve contar com expressa autorização da lei para sua ação.

O princípio da legalidade é expressão do princípio do Estado Democrático de Direito, trazido no artigo 1º da Constituição Federal, já que aponta para a submissão de todos, Administração e administrados, ao império da lei.

Vejamos os apontamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello acerca do princípio em comento:

Assim, o princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração às leis. Esta deve tão-somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática. Daí que a atividade de todos os seus agentes, desde o que lhe ocupa a cúspide, isto é, o Presidente da República, até o mais modesto dos servidores, só pode ser a de dóceis, reverentes, obsequiosos cumpridores das disposições gerais fixadas pelo Poder Legislativo, pois esta é a posição que lhes compete no Direito brasileiro.¹⁸³

A Administração Pública, dessa forma, somente poderá agir conforme lhe autorize a lei, conforme os parâmetros pela lei estabelecidos. No tocante aos concursos públicos, isso

¹⁸³ **Curso de Direito Administrativo**. 30ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 104.

significa que não poderão ser impostos requisitos, fases, procedimentos, ou quaisquer outros elementos que não aqueles que a lei prevê.

O artigo 37, inciso I, é expresso ao dispor que compete à lei estabelecer os requisitos que deverão ser preenchidos por brasileiros e estrangeiros que pretendam ocupar cargos, empregos ou funções públicas. Por sua vez, o artigo 37, II, impõe que o concurso público deverá ser realizado de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego pretendido, “na forma prevista em lei”. Dessa forma, resta muito claro que somente a lei poderá fixar os requisitos de acesso ao serviço público, bem como que somente a lei poderá determinar os contornos do concurso público ao qual deverão submeter-se os candidatos aos cargos e empregos públicos (e a lei, por sua vez, deverá obedecer aos imperativos da igualdade e do amplo acesso ao serviço público, como acima apontado).

Não é facultado à Administração, ao elaborar o edital que irá reger um concurso público, estabelecer requisitos ou etapas que a lei não preveja, sob pena de violação ao comando constitucional. É a lei que deve reger a atividade da Administração no concurso público, desde a elaboração do edital, em cumprimento estrito do princípio da legalidade. Disposições do edital que transbordem do que foi por lei estabelecido não são admitidas pela Constituição.

Dessa forma, o princípio da legalidade é princípio vetor dos concursos públicos, já que todos os comportamentos da Administração Pública, desde a elaboração do seu edital de regência até a homologação de seus resultados deverão pautar-se por aquilo que dispuser a lei¹⁸⁴.

2.5 Indisponibilidade do interesse público pela Administração

¹⁸⁴ Cumpre anotar que, modernamente, tem-se atribuído uma nova dimensão ao princípio da legalidade no tocante à sua observância pela Administração Pública, na qual entende-se que não basta que o gestor público atue com fundamento na lei, mas que sua atuação deve se pautar diretamente pela Constituição, independentemente, em alguns casos, de manifestação do Poder Legislativo. É que vem sendo chamado de princípio da juridicidade. Vejamos a lição de Luís Roberto Barroso acerca do tema: “*Supera-se, aqui, a ideia restrita de vinculação positiva do administrador à lei, na leitura convencional do princípio da legalidade, pela qual sua atuação estava pautada por aquilo que o legislador determinasse ou autorizasse. O administrador pode e deve atuar tendo por fundamento direto a Constituição e independentemente, em muitos casos, de qualquer manifestação do legislador ordinário. O princípio da legalidade transmuda-se, assim, em princípio da constitucionalidade ou, talvez mais propriamente, em princípio da juridicidade, compreendendo sua subordinação à Constituição e à lei, nessa ordem.*” (**Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 4ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 402-403).

Segundo aponta Celso Antônio Bandeira de Mello, o interesse público é uma dimensão dos interesses individuais, é um interesse individual que as pessoas têm na sua qualidade de membros da sociedade. Vejamos o entendimento do referido autor:

Donde, o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto de interesses que os indivíduos **pessoalmente** têm quando considerados **em sua qualidade de membros da Sociedade, e pelo simples fato de o serem**.¹⁸⁵ (grifos no original)

Assim, o interesse público é aquele interesse do todo, da sociedade, que, embora em algum caso específico possa ser contrário a algum interesse individual de uma pessoa (ou grupo) em particular, é também um interesse do próprio atingido, enquanto integrante do corpo social. Tal definição de interesse público afasta o falso antagonismo que surgiria da contraposição entre o interesse privado e o interesse público, já que qualifica este último como uma dimensão do primeiro. Como bem aponta Celso Antônio Bandeira de Mello, não seria concebível um interesse público que fosse contrário a todos os interesses individuais de todos os membros da sociedade¹⁸⁶.

O princípio da indisponibilidade do interesse público pela Administração implica na necessidade de que a Administração Pública sempre procure se comportar de forma a buscar a efetivação do interesse público, ou seja, não cabe ao administrador público afastar-se das condutas necessárias ao atingimento do interesse público. Tal princípio, embora não esteja expresso na Constituição, dela é extraído implicitamente, decorrendo dos objetivos fundamentais da República expostos no artigo 3º da Lei Maior, de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como da promoção do bem de todos¹⁸⁷.

O gestor público administra algo que não é seu, mas que é de toda a coletividade. A Administração Pública não tem disponibilidade, assim, sobre o interesse público, mas apenas cuida de sua proteção e efetivação, sem dele poder se afastar. Não tem o administrador público a opção de perseguir ou não o interesse público, mas tem o dever de sempre buscá-lo.

¹⁸⁵ **Curso de Direito Administrativo**. 30ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 62.

¹⁸⁶ **Curso de Direito Administrativo**. 30ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 60.

¹⁸⁷ Celso Antônio Bandeira de Mello aponta que da indisponibilidade do interesse público pela Administração, bem como da subordinação da atividade administrativa à lei, decorrem os seguintes princípios vetores da Administração Pública: legalidade, com suas decorrências (princípios da finalidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da motivação e da responsabilidade do Estado); da obrigatoriedade do desempenho da atividade pública e da continuidade do serviço público; do controle administrativo ou tutela; da isonomia; da publicidade; da inalienabilidade dos direitos concernentes a interesses públicos; do controle judicial dos atos administrativos. (**Curso de Direito Administrativo**. 27ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 75)

Todos os poderes e prerrogativas da Administração Pública, assim, são meramente instrumentais, somente tendo razão de ser em função da obrigação de que o gestor público os maneje em busca da efetivação do interesse público.

O concurso público é medida de preservação do interesse público, já que propicia ao Estado a seleção dos melhores profissionais para o desenvolvimento de suas atividades. Se, por um lado, há o interesse, legítimo, de cada um dos candidatos de participar das atividades do Estado, por outro, há o interesse público de que somente aqueles que estejam habilitados para tanto, e, dentre esses, os que apresentem a melhor habilitação, sejam de fato investidos nos cargos e empregos públicos. O interesse público de contar com os melhores agentes para o desempenho das atividades estatais prevalece sobre o interesse particular dos candidatos que pretendiam participar de tais atividades e não foram selecionados.

Nesse sentido, também o princípio da indisponibilidade do interesse público pela administração fundamenta e rege o instituto do concurso público, já que propicia a escolha do melhor candidato para o desempenho do mister público e, dessa forma, é meio necessário ao atingimento do interesse público, que a Administração tem o dever de buscar.

2.6 Princípio da eficiência

A Constituição declara como um dos princípios de observância obrigatória pela Administração Pública a eficiência (artigo 37, *caput*). Trata-se de princípio que determina que a Administração deverá desenvolver as suas atividades de forma a proporcionar a melhor obtenção possível de benefícios, ou seja, que os recursos da Administração (materiais, financeiros, humanos, enfim, todos os recursos) deverão ser utilizados da forma que na maior medida possível atenda ao interesse público.

Descrevendo o princípio da eficiência, apontam Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior:

O princípio da eficiência tem partes como as normas de “boa administração”, indicando que a Administração Pública, em todos os seus setores, deve concretizar atividade administrativa predisposta à extração do maior número possível de efeitos positivos ao administrado. Deve sopesar relação de custo-benefício, buscar a otimização de recursos; em suma, tem

por obrigação dotar da maior eficácia possível todas as ações do Estado.¹⁸⁸

A Administração Pública deverá desenvolver suas atividades com a melhor coordenação possível de seus recursos para o atingimento das finalidades de interesse público, deve, em síntese, otimizar suas atividades. Como bem ressalta Celso Antônio Bandeira de Mello, no entanto, a eficiência deverá ser buscada sem violação à legalidade; somente é possível adotar condutas como forma de implementação do princípio da eficiência se tais condutas encontrarem guarida na legalidade¹⁸⁹.

Nesse sentido, o concurso público é forma de efetivação do princípio da eficiência, já que seleciona os melhores agentes para o desenvolvimento das atividades do Estado. Com agentes mais capacitados e habilitados para o desempenho de suas atividades, a Administração poderá ter melhores condições de efetivar o princípio da eficiência, já que contará com recursos humanos capazes de utilizarem com o maior benefício possível os recursos do Estado.

Cumprе lembrar, com José Afonso da Silva, que a eficiência na Administração Pública deverá levar em consideração a igualdade, já que os recursos do Estado deverão ser utilizados para a busca do bem de todos, não se admitindo a exclusão de nenhum administrado. Aponta o autor que *“a eficiência administrativa se obtém pelo melhor emprego dos recursos e meios (humanos, materiais e institucionais) para melhor satisfazer às necessidades coletivas num regime de igualdade dos usuários.”*¹⁹⁰

Dessa forma, também o princípio da eficiência tem relação direta com o concurso público.

2.7 Princípio da moralidade

A moralidade é outro dos princípios expressos trazidos como de observância obrigatória para a Administração Pública, pelo artigo 37, *caput*, da Constituição. Constitui-se na obrigação de que a Administração Pública pautе sua conduta por padrões éticos, que a conduta do administrador deverá pautar-se pela boa-fé e pela lealdade diante dos

¹⁸⁸ **Curso de Direito Constitucional**. 18ª edição. São Paulo: Editora Verbatim, 2014, p. 423.

¹⁸⁹ **Curso de Direito Administrativo**. 30ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 125-126.

¹⁹⁰ **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 673-674.

administrados, devendo revestir-se de probidade.

A Constituição Federal imputa como crime de responsabilidade a violação à probidade administrativa (artigo 85, V), sendo que a violação à moralidade é passível de invalidação judicial por intermédio da ação popular, nos termos do artigo 5º, LXXIII da Lei Maior.

Devemos entender, outrossim, que a moralidade deverá ser entendida à vista do regime constitucional, ou seja, considerando os valores que a Constituição consagra em suas normas. Não são quaisquer valores éticos que podem indicar o que se deve entender por moralidade, mas os valores trazidos pelo sistema implementado pela Constituição. Nosso sistema jurídico é um sistema jurídico de direito positivo, e, dessa forma, é no direito positivo que devemos procurar os valores éticos pelos quais deverá a sociedade se pautar. Vejamos as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello:

[...] Quanto a nós, também entendendo que não é qualquer ofensa à moral social que se considerará idônea para dizer-se ofensiva ao princípio jurídico da moralidade administrativa, entendemos que este será havido como transgredido quando houver violação a uma norma de moral social que traga consigo menosprezo a um bem juridicamente valorado. Significa, portanto, um reforço ao princípio da legalidade, dando-lhe um âmbito mais compreensivo que normalmente teria.¹⁹¹

O concurso público, nesse sentido, é importante instrumento do princípio da moralidade, pois garante que as contratações de pessoal pelo Estado dar-se-ão pautadas estritamente pelo critério de escolha dos profissionais melhor preparados para o desempenho das atividades públicas, sem apadrinhamentos ou perseguições. Trata-se de consagração da boa-fé, da probidade, da igualdade, da eficiência e de preservação do interesse público, todos valores que a Constituição incorpora como vetores da atividade estatal e, assim, integrantes da moralidade administrativa.

Ademais, o princípio da moralidade deverá ser levado em consideração também nas ações da Administração no decorrer do concurso, de forma a impedir que este se desvirtue de sua finalidade de propiciar a todos os interessados iguais oportunidades de participação no serviço público, transformando-se em instrumento de atribuição de benesses a pessoas escolhidas pelo administrador. O estabelecimento de requisitos e etapas em concursos públicos de forma a direcionar seu resultado para a seleção de uma determinada pessoa, além de conduta violadora da igualdade, é conduta violadora da moralidade administrativa, podendo ser impugnada pela via da ação popular e ensejar a responsabilidade dos agentes

¹⁹¹ **Curso de Direito Administrativo**. 30ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 123.

públicos envolvidos.

2.8 Princípio da publicidade

Também o princípio da publicidade, outro dos princípios vetores da Administração Pública constante do *caput* do artigo 37 da Constituição, é ensejador e regulador do concurso público.

O dever de publicidade impõe que a Administração divulgue a necessidade de preenchimento das vagas de trabalho em aberto, comunicando a todos os interessados em ocupá-las os requisitos a serem preenchidos, bem como caminho a ser percorrido. O concurso público tem, também, essa função, de dar publicidade às necessidades de pessoal da Administração.

Ademais, o princípio da publicidade deverá permear todo o desenvolvimento do concurso, que será regido por edital público, contendo todas as regras do certame, que vinculará a Administração. Todos os gabaritos e resultados, especialmente as listas dos candidatos aprovados, na respectiva ordem de aprovação, deverão ser públicos, assim, como as provas a serem realizadas, na medida do possível ao resguardo da segurança da sua elaboração. A publicidade é forma de controle das atividades do Estado, possibilitando a toda a sociedade verificar a correção e legalidade do certame, bem como propiciando aos candidatos a possibilidade de interposição de recursos e insurgências contra as decisões administrativas.

A motivação é medida que deve ser associada à publicidade, sendo de rigor que não apenas as decisões e resultados sejam divulgados, mas também a necessária motivação dos atos praticados, para que seja possível aferir-se a sua legalidade e correção. Somente é possível averiguar-se a legalidade da conduta administrativa se públicos forem os motivos de sua decisão.

Devemos ressaltar que no presente tópico nos limitamos a apontar os princípios constitucionais que dão fundamento ao instituto do concurso público e com ele diretamente se relacionam. Outrossim, nos cabe apontar que o concurso público, como atividade desenvolvida pelo Estado, recebe a incidência em todos os seus atos e fases dos princípios

constitucionais vetores das atividades da Administração como um todo. Todos os princípios constitucionais que regem as atividades do Estado devem ser trazidos para a análise do concurso público.

Passamos, agora, a verificar como o instituto do concurso público desenvolveu-se na história constitucional brasileira, para, em seguida, verificarmos o seu tratamento na Constituição de 1988.

3. O concurso público nas constituições brasileiras pré-1988

O concurso público não esteve desde sempre presente na ordem constitucional brasileira, que somente em 1934 começou a exigir o concurso público como requisito de acesso a alguns cargos públicos.

Nas sucessivas constituições brasileiras, o concurso público foi sendo aproximado de sua configuração atual, com uma sensível diminuição das hipóteses de contratação sem a prévia aprovação em concurso.

Cumpre-nos, antes de analisarmos cada uma das constituições brasileiras, fixarmos o objeto do presente item, que é verificar o instituto do concurso público na história constitucional brasileira. Assim, não pretendemos proceder a uma análise da evolução do funcionalismo público, mas tão-somente do concurso público como requisito de ingresso no serviço público nos textos das constituições brasileiras.

Vejamos, agora, como as constituições brasileiras anteriores a 1988 trataram do acesso ao serviço público.

3.1 A Constituição Imperial de 1824

A Constituição Imperial de 1824 não trazia qualquer previsão de necessidade de concurso público para o acesso aos cargos públicos. Apenas em seu artigo 179, que tratava da

declaração de direitos do povo brasileiro, no inciso XIV¹⁹², pregava que qualquer cidadão brasileiro poderia aceder aos cargos públicos, em função unicamente de seus talentos e virtudes.

Dessa forma, não havia a previsão da obrigatoriedade do concurso público para o acesso aos cargos públicos na ordem constitucional do Império Brasileiro.

3.2 A Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1891

Nossa primeira Constituição republicana, de 24 de fevereiro de 1891, seguiu o mesmo modelo da Constituição do Império de 1824 e não previu a necessidade de concurso público para o acesso aos cargos públicos.

Embora garantisse o acesso de todos os brasileiros aos cargos públicos, no artigo 73 da Constituição de 1891¹⁹³ era delegada à lei a regulamentação das condições de tal acesso, no que denominou a Constituição de “capacidade especial”, vedando expressamente, outrossim, as acumulações remuneradas.

Dessa forma, ainda não foi na primeira Constituição republicana brasileira que a ordem constitucional pátria acolheu o instituto do concurso público como requisito de acesso aos cargos públicos.

3.3 A Constituição de 1934

Foi na Constituição de 1934 que pela primeira vez foi mencionada em uma Constituição pátria a necessidade de concurso público para acesso a cargos públicos, embora não se pudesse entender tal exigência como aplicável a todos os casos.

¹⁹²“Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. [...] XIV. Todo o cidadão pode ser admittido aos Cargos Publicos Civis, Politicos, ou Militares, sem outra differença, que não seja dos seus talentos, e virtudes.[...]”

¹⁹³“Art. 73 - Os cargos públicos civis ou militares são acessíveis a todos os brasileiros, observadas as condições de capacidade especial que a lei estatuir, sendo, porém, vedadas as acumulações remuneradas.”

Nesse sentido, os membros do Ministério Público Federal, por força do artigo 95, §3º¹⁹⁴, os integrantes do Poder Judiciário estadual, em razão do disposto no artigo 104, “a”¹⁹⁵, e os ocupantes dos cargos do magistério oficial, conforme o artigo 158¹⁹⁶, necessariamente deveriam ser aprovados em concurso público para terem acesso aos respectivos cargos.

Devemos anotar, ainda, que a forma como redigido o artigo 158 da Constituição de 1934, que determina a necessidade de concurso público para a contratação de professores do magistério oficial, demonstra a possibilidade de contratação de outros funcionários sem concurso público, ao afirmar que “*É vedada a dispensa do concurso de títulos e provas no provimento dos cargos do magistério oficial [...]*”. Se em tal hipótese veda-se a dispensa do concurso, devemos entender que em outras hipóteses tal dispensa é admitida.

Curioso notar, ainda, que os juízes federais não necessitavam de aprovação em concurso público para acesso aos seus cargos, sendo de nomeação pelo Presidente da República, com escrutínio secreto pela Corte Suprema, dentre os brasileiros natos de reconhecido saber jurídico e reputação ilibada, alistados eleitores, e que tivessem entre 30 e 60 anos de idade, dispensado este limite aos que já fossem magistrados (artigo 80¹⁹⁷).

O artigo 168¹⁹⁸ da Constituição de 1934 trazia o princípio do livre acesso os cargos públicos para todos os brasileiros, “*observadas as condições que a lei estatuir*”. Não havia na Constituição, no entanto, a previsão da obrigatoriedade do concurso público. Tanto não havia

¹⁹⁴“Art. 95 - O Ministério Público será organizado na União, no Distrito Federal e nos Territórios por lei federal, e, nos Estados, pelas leis locais. [...] § 3º - Os membros do Ministério Público Federal que sirvam nos Juízos comuns, serão nomeados mediante concurso e só perderão os cargos, nos termos da lei, por sentença judiciária, ou processo administrativo, no qual lhes será assegurada ampla defesa.”

¹⁹⁵“Art. 104 - Compete aos Estados legislar sobre a sua divisão e organização judiciárias e prover os respectivos cargos, observados os preceitos dos arts. 64 a 72 da Constituição, mesmo quanto à requisição de força federal, ainda os princípios seguintes: a) investidura nos primeiros graus, mediante concurso organizado pela Corte de Apelação, fazendo-se a classificação, sempre que possível, em lista tríplice; [...]”

¹⁹⁶“Art. 158 - É vedada a dispensa do concurso de títulos e provas no provimento dos cargos do magistério oficial, bem como, em qualquer curso, a de provas escolares de habilitação, determinadas em lei ou regulamento. § 1º - Podem, todavia, ser contratados, por tempo certo, professores de nomeada, nacionais ou estrangeiros. § 2º - Aos professores nomeados por concurso para os institutos oficiais cabem as garantias de vitaliciedade e de inamovibilidade nos cargos, sem prejuízo do disposto no Título VII. Em casos de extinção da cadeira, será o professor aproveitado na regência de outra, em que se mostre habilitado.”

¹⁹⁷“Art. 80 - Os Juízes federais serão nomeados dentre brasileiros natos de reconhecido saber jurídico e reputação ilibada, alistados eleitores, e que não tenham menos de 30, nem mais de 60 anos de idade, dispensado este limite aos que forem magistrados. Parágrafo único - A nomeação será feita pelo Presidente da República dentre cinco cidadãos com os requisitos acima exigidos, e indicados, na forma da lei, e por escrutínio secreto pela Corte Suprema.”

¹⁹⁸“Art. 168 - Os cargos públicos são acessíveis a todos os brasileiros, sem distinção de sexo ou estado civil, observadas as condições que a lei estatuir.”

tal necessidade, que a Constituição, no artigo 169¹⁹⁹, previa que os funcionários públicos nomeados em virtude de concurso público, após dois anos de efetivo exercício, somente poderiam ser destituídos em virtude de sentença judicial ou processo administrativo regulado por lei, garantia que aos funcionários não concursados somente seria conquistada após dez anos de efetivo exercício.

A regra geral de forma de provimento dos cargos públicos estava no artigo 70, §2º²⁰⁰, da Constituição de 1934, que trazia a obrigatoriedade de que a primeira investidura nos postos de carreira das repartições administrativas, e nos demais que a lei determinasse, somente seria efetivada após exame de sanidade e concurso público de provas ou títulos. Assim, devemos entender que também nessa hipótese, de primeira investidura em cargos de carreira, a Constituição exigia o concurso público.

Associando as disposições do artigos 168 e 169 acima referidos às disposições do artigo 170, §2º, temos que a regra para a primeira investidura no serviço público passa a ser o concurso público, desde que o cargo seja considerado um cargo de carreira, ou seja, um cargo integrante de um quadro que permite promoções e progressões. No caso de cargos não integrantes de uma carreira, não fixava Constituição a obrigatoriedade de provimento após aprovação em concurso público.

3.4 A Constituição de 1937

A Constituição de 1937 praticamente repetiu a regra geral trazida pelos artigos 168 a 170 da Constituição de 1934 acima mencionados, trazendo, em seu artigo 156²⁰¹, a

¹⁹⁹“Art. 169 - Os funcionários públicos, depois de dois anos, quando nomeados em virtude de concurso de provas, e, em geral, depois de dez anos de efetivo exercício, só poderão ser destituídos em virtude de sentença judiciária ou mediante processo administrativo, regulado por lei, e, no qual lhes será assegurada plena defesa. Parágrafo único - Os funcionários que contarem menos de dez anos de serviço efetivo não poderão ser destituídos dos seus cargos, senão por justa causa ou motivo de interesse público.”

²⁰⁰“Art. 170 - O Poder Legislativo votará o Estatuto dos Funcionários Públicos, obedecendo às seguintes normas, desde já em vigor: [...] 2º) a primeira investidura nos postos de carreira das repartições administrativas, e nos demais que a lei determinar, efetuar-se-á depois de exame de sanidade e concurso de provas ou títulos; [...]”

²⁰¹“Art. 156 - O Poder Legislativo organizará o Estatuto dos Funcionários Públicos, obedecendo aos seguintes preceitos desde já em vigor: a) o quadro dos funcionários públicos compreenderá todos os que exerçam cargos públicos criados em lei, seja qual for a forma de pagamento; b) a primeira investidura nos cargos de carreira far-se-á mediante concurso de provas ou de títulos; c) os funcionários públicos, depois de dois anos, quando nomeados em virtude de concurso de provas, e, em todos os casos, depois de dez anos de exercício, só poderão

necessidade de que a primeira investidura nos cargos de carreira se desse mediante concurso público de provas ou de títulos.

Os integrantes do Poder Judiciário dos Estados, por força do disposto no artigo 103²⁰² da Constituição de 1937, deveriam ser selecionados mediante concurso público, sendo nomeados pelo Governador do Estado em lista tríplice elaborada em razão da classificação.

Assim, nenhuma inovação significativa trouxe a Constituição de 1937 em relação à Constituição de 1934, no tocante aos concursos públicos.

3.5 A Constituição de 1946

Na Constituição de 1946, a regra geral para o acesso aos cargos públicos, que eram acessíveis a todos os brasileiros, observados os requisitos legalmente estabelecidos (artigo 184²⁰³), continuava a apontar para a necessidade de concurso público para a primeira investidura nos cargos de carreira e em outros que a lei assim determinasse, conforme a regra trazida pelo artigo 186²⁰⁴.

As disposições acerca da estabilidade do servidor público novamente estavam a indicar a possibilidade de que funcionários efetivos fossem nomeados sem a necessidade de concurso público, tendo em vista que, excepcionando expressamente os cargos de confiança e aqueles declarados por lei como de livre nomeação e demissão, nos termos do artigo 188²⁰⁵ da Constituição de 1946, seriam estabilizados os funcionários efetivos nomeados por concurso

ser exonerados em virtude de sentença judiciária ou mediante processo administrativo, em que sejam ouvidos e possam defender-se; [...]"

²⁰²“Art. 103 - Compete aos Estados legislar sobre a sua divisão e organização judiciária e prover os respectivos cargos, observados os preceitos dos arts. 91 e 92 e mais os seguintes princípios: a) a investidura nos primeiros graus far-se-á mediante concurso organizado pelo Tribunal de Apelação, que remeterá ao Governador do Estado a lista dos três candidatos que houverem obtido a melhor classificação, se os classificados atingirem ou excederem aquele número; [...]"

²⁰³“Art. 184 - Os cargos públicos são acessíveis a todos os brasileiros, observados os requisitos que a lei estabelecer.”

²⁰⁴“Art. 186 - A primeira investidura em cargo de carreira e em outros que a lei determinar efetuar-se-á mediante concurso, precedendo inspeção de saúde.”

²⁰⁵“Art. 188 - São estáveis: I - depois de dois anos de exercício, os funcionários efetivos nomeados por concurso; II - depois de cinco anos de exercício, os funcionários efetivos nomeados sem concurso. Parágrafo único - O disposto neste artigo não se aplica aos cargos de confiança nem aos que a lei declare de livre nomeação e demissão.”

após dois anos de exercício, e os funcionários efetivos nomeados sem concurso após cinco anos de exercício. Tal disposição demonstra que o sistema constitucional brasileiro de então admitia o acesso aos cargos públicos sem concurso público, mesmo que fora das hipóteses de cargos de confiança e daqueles declarados legalmente como de livre nomeação e demissão.

Novamente há disposições expressas acerca dos magistrados dos Estados (artigo 124, III²⁰⁶), dos membros do Ministério Público da União, do Distrito Federal e dos Territórios (artigo 127²⁰⁷) e dos professores do ensino secundário oficial e do ensino superior oficial e livre (artigo 168²⁰⁸), exigindo concurso público para acesso aos respectivos cargos.

3.6 A Constituição de 1967

A Constituição de 1967, em seu texto original, enrijeceu mais os requisitos para acesso aos cargos públicos, extinguindo a distinção que antes havia acerca de provimento de cargos de carreira e de cargos que não eram de carreira, que vinha desde a Constituição de 1934. Agora, também para o acesso a cargo que não fosse de carreira seria necessária a aprovação prévia em concurso público, somente ressaltando a Constituição a investidura nos cargos em comissão, declarados em lei como de livre nomeação e exoneração. Esta a regra do artigo 95, com seus parágrafos, da Constituição de 1967²⁰⁹.

O concurso público passou a ser, ainda, requisito para a estabilidade, deixando de

²⁰⁶“Art. 124 - Os Estados organizarão a sua Justiça, com observância dos arts. 95 a 97 e também dos seguintes princípios: [...] III - o ingresso na magistratura vitalícia dependerá de concursos de provas, realizado pelo Tribunal de Justiça, com a participação do Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, e far-se-á a indicação dos candidatos, sempre que for possível, em lista tríplice; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 16, 1965) [...]”

²⁰⁷“Art. 127 - Os membros do Ministério Público da União, do Distrito Federal e dos Territórios ingressarão nos cargos iniciais da carreira mediante concurso. Após dois anos de exercício, não poderão ser demitidos senão por sentença judiciária ou mediante processo administrativo em que se lhes faculte ampla defesa; nem removidos a não ser mediante representação motivada do Chefe do Ministério Público, com fundamento em conveniência do serviço.”

²⁰⁸“Art. 168 - A legislação do ensino adotará os seguintes princípios: [...] VI - para o provimento das cátedras, no ensino secundário oficial e no superior oficial ou livre, exigir-se-á concurso de títulos e provas. Aos professores, admitidos por concurso de títulos e provas, será assegurada a vitaliciedade; [...]”

²⁰⁹“Art. 95 - Os cargos públicos são acessíveis a todos os brasileiros, preenchidos os requisitos que a lei estabelecer. § 1º - A nomeação para cargo público exige aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos. § 2º - Prescinde de concurso a nomeação para cargos em comissão, declarados em lei, de livre nomeação e exoneração. § 3º - Serão providos somente por brasileiros natos os cargos da carreira de Diplomata, os de Embaixador e outros previstos nesta Constituição.”

existir a possibilidade de que alguém fosse efetivado ou adquirisse estabilidade como funcionário se não houvesse sido nomeado em razão de concurso público (artigo 99, §1º²¹⁰).

Esse enrijecimento do sistema de acesso aos cargos públicos foi anotado por Pontes de Miranda²¹¹, que, comentando a Constituição de 1967, afirmou:

A Constituição de 1967 estabeleceu o dilema: ou o cargo só é provável pelo concurso, ou se trata de cargo em comissão, de livre nomeação e exoneração. A solução foi mais radical do que a de 1946. Frise-se ainda que somente a lei pode dizer que é dispensado o concurso, por ser em comissão o exercício. Sem o concurso não há estabilidade.

Dessa forma, a partir da Constituição de 1967 todos os cargos públicos, à exceção daqueles declarados em lei como cargos em comissão, de livre nomeação e exoneração, somente poderiam ser providos por aqueles que lograssem prévia aprovação em concurso público.

Além da regra geral acima exposta, a Constituição de 1967 trouxe outras disposições fixando a necessidade de concurso público para o provimento de cargos públicos de determinadas áreas. Vejamo-las.

No artigo 106, §1º²¹², foi estabelecido que os funcionários dos Poderes Judiciário e Legislativo de todas as esferas de governo deveriam ser admitidos mediante concurso público de provas ou de provas e títulos.

Os juízes federais (artigo 118²¹³) e estaduais (artigo 136, I²¹⁴) também deveriam ser

²¹⁰“Art. 99 - São estáveis, após dois anos, os funcionários, quando nomeados por concurso. § 1º - Ninguém pode ser efetivado ou adquirir estabilidade, como funcionário, se não prestar concurso público. [...]”

²¹¹ **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969**. Tomo III (arts. 32 – 117). 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973, p. 480.

²¹²“Art. 106 - Aplica-se aos funcionários dos Poderes Legislativo e Judiciário, assim como aos dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios, o disposto nesta Seção, inclusive, no que couber, os sistemas de classificação e níveis de vencimentos dos cargos de serviço civil do respectivo Poder Executivo, ficando-lhes, outrossim, vedada a vinculação ou equiparação de qualquer natureza para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público. § 1º - Os Tribunais federais e estaduais, assim como o Senado Federal, a Câmara dos Deputados, as Assembléias Legislativas Estaduais e as Câmaras Municipais somente poderão admitir servidores, mediante concurso público de provas, ou provas e títulos, após a criação dos cargos respectivos, através de lei ou resolução aprovadas pela maioria absoluta dos membros das Casas legislativas competentes. [...]”

²¹³“Art. 118 - Os Juízes Federais, serão nomeados pelo Presidente da República, dentre brasileiros, maiores de trinta anos, de cultura e idoneidade moral, mediante concurso de títulos e provas, organizado pelo Tribunal Federal de Recursos, conforme a respectiva jurisdição. [...]”

²¹⁴“Art. 136 - Os Estados organizarão a sua Justiça, observados os arts. 108 a 112 desta Constituição e os dispositivos seguintes: I - o ingresso na magistratura de carreira dar-se-á mediante concurso de provas e de títulos, realizado pelo Tribunal de Justiça, com participação do Conselho Secional da Ordem dos Advogados do Brasil; a indicação dos candidatos far-se-á, sempre que possível, em lista tríplice; [...]”

selecionados mediante concurso público de provas e títulos, assim como os membros do Ministério Público da União, do Distrito Federal e dos Territórios (artigo 138, §1º²¹⁵).

Novamente há dispositivo expresso acerca da necessidade de provimento dos cargos das carreiras do magistério de grau médio e superior mediante concurso público de provas e títulos, no caso do ensino oficial (artigo 168, §3º, V²¹⁶).

Notamos, assim, que a Constituição de 1967, em seu texto originário, valorizou o instituto do concurso público, colocando-o como requisito para acesso a todos os cargos públicos, à exceção dos cargos que a lei declarasse como comissionados, de livre nomeação e exoneração.

3.7 A Emenda Constitucional nº 1, de 1969

A Emenda Constitucional nº 1, de 1969, que alterou a Constituição de 1967 (na verdade reescreveu todo o seu texto), trouxe uma alteração significativa nas disposições relativas aos concursos públicos tratadas na Constituição alterada. Trata-se da alteração justamente do dispositivo que trazia a regra geral de contratação de pessoas para ocuparem cargos públicos, que agora passava a ser o artigo 97²¹⁷.

A nova redação do dispositivo trazida pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969, não mais dispunha que “*a nomeação para cargo público exige aprovação prévia em concurso*

²¹⁵“Art. 138 - O Ministério Público Federal tem por Chefe o Procurador-Geral da República, o qual será nomeado pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, dentre cidadãos com os requisitos indicados no art. 113, § 1º. § 1º - Os membros do Ministério Público da União, do Distrito Federal e dos Territórios ingressarão nos cargos iniciais de carreira, mediante concurso público de provas e títulos. Após dois anos de exercício, não poderão ser demitidos senão por sentença judiciária, ou em virtude de processo administrativo em que se lhes faculte ampla defesa; nem removidos, a não ser mediante representação do Procurador-Geral, com fundamento em conveniência do serviço.”

²¹⁶“Art. 168 - A educação é direito de todos e será dada no lar e na escola; assegurada a igualdade de oportunidade, deve inspirar-se no princípio da unidade nacional e nos ideais de liberdade e de solidariedade humana. [...] § 3º - A legislação do ensino adotará os seguintes princípios e normas: [...] V - o provimento dos cargos iniciais e finais das carreiras do magistério de grau médio e superior será feito, sempre, mediante prova de habilitação, consistindo em concurso público de provas e títulos quando se tratar de ensino oficial; [...]”

²¹⁷“Art. 97. Os cargos públicos serão acessíveis a todos os brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei. § 1º A primeira investidura em cargo público dependerá de aprovação prévia, em concurso público de provas e títulos, salvo os casos indicados em lei. § 2º Prescindirá de concurso a nomeação para cargos em comissão, declarados em lei, de livre nomeação e exoneração. § 3º Nenhum concurso terá validade por prazo maior de quatro anos contado da homologação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 8, de 1977)”

público de provas ou de provas e títulos”, mas dispunha que “a primeira investidura em cargo público dependerá de aprovação prévia, em concurso público de provas e títulos, salvo os casos indicados em lei.”

Embora pareça insignificante, a alteração da redação da regra geral do provimento mediante concurso público implicou em uma mudança substancial de conteúdo, e propiciou uma abertura inexistente no texto original da Constituição de 1967. Antes, qualquer nomeação para cargo público (exceto para os cargos em comissão, declarados em lei como de livre nomeação e demissão) tinha como requisito a aprovação em concurso público; agora, somente fora estabelecida tal obrigatoriedade para a primeira investidura em cargo público, o que possibilitava que alguém que já ocupasse um cargo público prescindisse do concurso público para ocupar cargo diverso, o que possibilitou a prática dos “concursos internos”, em que a Administração promovia concurso para o preenchimento de cargos, concursos dos quais somente participavam aqueles que já a integravam.

Houve, assim, significativa alteração da Constituição nessa questão. Os demais dispositivos citados quando da análise da Constituição de 1967 não sofreram alterações significativas de conteúdo, mas apenas algumas mudanças de redação, sem alteração de significado, e numeração.

4. O concurso público na Constituição de 1988

Passaremos, agora, a verificar como a Constituição Federal de 1988 tratou do concurso público, em seus diversos dispositivos.

Primeiramente faremos um apanhado dos dispositivos constitucionais que tratam diretamente do referido instituto, para, em seguida, trazermos as principais questões a eles relacionadas, como o amplo acesso aos cargos, empregos e funções públicas, as exceções à regra geral do concurso público, as possibilidades do seu edital, o direito dos aprovados à nomeação e, finalmente, faremos algumas considerações acerca dos concursos públicos nas empresas estatais.

4.1 Delineação constitucional do instituto do concurso público

O presente tópico tem por objetivo apontar quais as disposições constitucionais que delineiam diretamente o instituto do concurso público. Algumas de tais disposições, em razão da importância e complexidade, serão discutidas em tópicos próprios, para uma melhor abordagem do tema. Assim, apresentaremos agora, em linhas gerais, a conformação constitucional do concurso público, para, em seguida detalharmos melhor seus principais aspectos.

Na Constituição Federal vigente, o concurso público passou a ser, novamente, regra geral para a investidura no serviço público, salvo nos casos de cargos em comissão, assim declarados em lei.

Como anteriormente referimos, segundo o artigo 37, inciso I, da Constituição Federal, os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis a todos os brasileiros que preencham os requisitos previstos em lei, assim como aos estrangeiros, também na forma da lei, como verificaremos mais adiante²¹⁸.

A Constituição de 1988, em seu artigo 37, II, trouxe a obrigatoriedade de aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos para a investidura em todos os cargos e empregos públicos da Administração Pública direta e indireta dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, à exceção daqueles cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração.

Nota-se que a Constituição de 1988 inclui também na obrigatoriedade de prévia aprovação em concurso público a contratação para o desempenho dos empregos públicos, o que não havia nos ordenamentos constitucionais anteriores. O acesso a “funções públicas”, trazido pelo artigo 37, I, da Constituição Federal, não foi alcançado pela obrigatoriedade de seleção prévia mediante concurso público, conforme a regra trazida pelo inciso II do mesmo artigo da Constituição Federal, que se limitou a mencionar os cargos e empregos públicos.²¹⁹

A Constituição Federal, além da regra geral contida no artigo 37, incisos I a V, fixa a obrigatoriedade de ingresso no serviço público mediante aprovação prévia em concurso

²¹⁸ V. item 4.2 do presente capítulo.

²¹⁹ Sobre a distinção entre cargos, empregos e funções públicas v. item 4.2.1 deste capítulo.

público para os magistrados (artigo 93, I²²⁰), os servidores do Poder Judiciário (artigo 96, I, “e”²²¹), os membros do Ministério Público (artigo 129, §3º²²²), os servidores auxiliares de tal instituição (artigo 127, §2º²²³), os membros da Advocacia-Geral da União (artigo 131, §2º²²⁴), os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal (artigo 132, *caput*²²⁵), os Defensores Públicos da União e do Distrito Federal e dos Territórios (artigo 134, §1º²²⁶), os profissionais da educação escolar (artigo 206, V²²⁷), bem como para a atividade notarial e de registro (artigo 236, §3º²²⁸). Embora pela regra geral estabelecida pelo artigo 37, II, da Constituição, já

²²⁰“Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: I - ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) [...]”

²²¹“Art. 96. Compete privativamente: I - aos tribunais: [...] e) prover, por concurso público de provas, ou de provas e títulos, obedecido o disposto no art. 169, parágrafo único, os cargos necessários à administração da Justiça, exceto os de confiança assim definidos em lei; [...]”

²²²“Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...] § 3º O ingresso na carreira do Ministério Público far-se-á mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em sua realização, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e observando-se, nas nomeações, a ordem de classificação. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)”

²²³“Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. [...] § 2º Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) [...]”

²²⁴“Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo. [...] § 2º - O ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição de que trata este artigo far-se-á mediante concurso público de provas e títulos. [...]”

²²⁵“Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)”

²²⁶“Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV. § 1º Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais. (Renumerado pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)”

²²⁷“Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: [...] V - valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006) [...]”

²²⁸“Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público. § 3º - O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não

se pudesse afirmar a necessidade de realização de concurso público para os cargos mencionados, tais disposições específicas são importante reforço a demonstrar que a aprovação em concurso público é requisito obrigatório para ingresso em todos os cargos e empregos públicos, de todos os Poderes da República, salvo, evidentemente, quando a Constituição expressamente excepcionar tal regra.

No texto constitucional podemos encontrar algumas exceções à regra de investidura nos cargos e empregos públicos mediante concurso público, que iremos tratar com maior detalhamento adiante²²⁹, mas que aqui devem ser mencionadas: primeiramente, temos a possibilidade de nomeação direta nos casos de cargos definidos em lei como cargos em comissão ou como funções de confiança, de livre nomeação e exoneração, acima referida, no artigo 37, inciso II, da Constituição; também como exceção à regra do concurso público, há a hipótese do artigo 37, IX, da Constituição²³⁰, em que se admite a contratação, conforme disciplinado em lei, de pessoal temporário (por tempo determinado), para o atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público. Devemos atentar, conforme alertam Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior que *“No ponto, vale observar que ambas as exceções vicejam a existência de lei definidora, respectivamente, dos cargos de confiança e das hipóteses de necessidade temporária de excepcional interesse público.”*²³¹

Estabelece a Constituição que os mencionados cargos em comissão (assim como as funções de confiança), além de serem assim declarados por lei, são destinados exclusivamente às atribuições de direção, chefia e assessoramento, sendo reservados pela lei percentuais mínimos de sua ocupação por servidores de carreira (artigo 37, V²³²). Assim, justifica-se a ausência de necessidade de concurso público de cargos em comissão e funções de confiança, bem como de contratações temporárias, no primeiro caso pela própria natureza do desempenho da atividade, já que se trata de atribuições de confiança do administrador público (direção, chefia e assessoramento) e, no segundo caso, tendo em vista a impossibilidade fática de se fazer o concurso público, em razão da situação de emergência a ser atendida, bem como

se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses.”

²²⁹ V. item 3.3 do presente capítulo.

²³⁰“Art. 37 [...] IX – a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público. [...]”

²³¹ **Curso de Direito Constitucional**. 18ª edição. São Paulo: Editora Verbatim, 2014, p. 427.

²³²“Art. 37 [...] V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)”

em razão da transitoriedade do exercício da função. Voltaremos ao assunto em tópico próprio (item 4.3 do presente capítulo).

Importante anotar, ainda, que o artigo 198, §4º, da Constituição Federal, acrescido pela Emenda Constitucional nº 51, de 2006, trouxe a possibilidade de contratação de agentes comunitários de saúde e de agentes de combate às endemias mediante “*processo seletivo público, de acordo com a natureza e complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para sua atuação*”. Parece haver, aqui, nova exceção à regra do concurso público, já que a Constituição menciona a necessidade de “processo seletivo público” e fixa os requisitos de tal processo, o que seria desnecessário caso a contratação obedecesse à regra geral do concurso público²³³.

Alguns cargos específicos também independem de concurso público, como alguns membros de Tribunais, Ministros de Estado e o Advogado-Geral da União, como adiante minudenciaremos, configurando, assim, exceções à regra geral do provimento com prévia aprovação em concurso público.

O mesmo artigo 37, II, que institui a obrigatoriedade de aprovação em concurso público para os cargos e empregos públicos, determina que os concursos deverão limitar-se a exigir os requisitos adequados à natureza do cargo ou emprego, conforme dispuser a lei. Note-se que, embora delegue à lei o estabelecimento dos requisitos que serão fixados como necessários ao acesso ao cargo ou emprego público, a Constituição não outorga total liberdade ao legislador, pois determina que os requisitos a serem exigidos sejam adequados à natureza do cargo ou emprego que se pretende preencher. Dessa forma, somente poderá a lei estabelecer os requisitos indispensáveis e necessários para o desempenho do cargo ou emprego público em disputa no concurso, sendo inconstitucional a fixação de requisitos que extrapolem tal condição. Caso sejam fixados requisitos incompatíveis com a natureza do cargo, poderá ser solicitada a intervenção do Poder Judiciário para corrigir violação à Constituição.

Trata-se de medida de proteção ao princípio da igualdade, já que evita o direcionamento de concursos públicos, que deverão se limitar a exigir os requisitos de fato

²³³ Celso Antônio Bandeira de Mello, outrossim, entende que tal “processo seletivo público” deverá ter feições muito similares às dos concursos públicos, sob pena de violação pela Emenda Constitucional nº 51, de 2006, da igualdade de todos perante a lei, direito individual e, dessa forma cláusula pétrea por força do artigo 60, §4º da Constituição Federal. Cf. a respeito BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, **Curso de Direito Administrativo**. 30ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 285.

necessários ao desempenho adequado do cargo ou emprego público em disputa²³⁴.

Outra disposição constitucional que conforma os concursos públicos é a ação afirmativa estabelecida em prol das pessoas com deficiência, no artigo 37, VIII, da Constituição Federal²³⁵. Prevendo a Constituição Federal que deve se reservado percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas com deficiência, devemos entender que as disposições de regência dos concursos públicos devam estabelecer não apenas os referidos percentuais, mas também os critérios que serão levados em consideração para a avaliação das pessoas com deficiência, observando-se, evidentemente, o citado artigo 37, II, que estabelece que a lei somente poderá fixar como requisitos dos certames aqueles compatíveis com a natureza do cargo ou emprego pretendido. Deverá haver, ainda, a necessária previsão de adaptação das provas e etapas dos concursos públicos para que seja de fato possível a participação das pessoas com deficiência. Assim, temos que também a norma do artigo 37, VIII, da Constituição Federal é norma de conformação dos concursos públicos. Tal dispositivo é o tema central do presente trabalho e, assim, embora aqui caiba sua menção como parte da estrutura constitucional do concurso público, sua análise será feita em capítulo próprio.

Fixa a Constituição, também, que os concursos públicos terão a validade pelo prazo de dois anos, prorrogável uma única vez por igual período. Durante o prazo de validade do concurso, os aprovados deverão ser convocados com prioridade sobre os novos concursados para assumirem o cargo ou emprego (artigo 37, incisos III e IV²³⁶). Durante o prazo de validade do concurso, assim, não poderá a Administração contratar agentes para o preenchimento das mesmas vagas que tenham sido disputadas no concurso ainda válido e que conte com candidatos aprovados. Havendo previsão no edital de que novas vagas que abrirem durante o prazo de validade do concurso poderão ser preenchidas com os candidatos aprovados naquele certame, a Administração também deverá priorizar a nomeação dos candidatos já aprovados. Voltaremos ao tema com maior detalhamento no item 4.5 do presente capítulo, tendo em vista a polêmica que se estabeleceu, em razão do direito à nomeação dos candidatos aprovados em concurso público, dirimida recentemente pelo Supremo Tribunal Federal.

²³⁴ V. item 2.2 do presente capítulo.

²³⁵“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. [...]”

²³⁶“Art. 37 [...] III - o prazo de validade do concurso público será de até dois anos, prorrogável uma vez, por igual período; IV - durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego, na carreira; [...]”

Para reforçar a obrigatoriedade do concurso público, a Constituição Federal, no artigo 37, § 2º²³⁷, dispõe que a contratação de agente sem a observância das disposições dos incisos II e III do mesmo artigo, que trazem a regra geral de contratação somente após aprovação em concurso público e o período de validade do concurso, ensejará a nulidade do ato de contratação, com a punição da autoridade responsável, nos termos da lei. Tem-se entendido que o desrespeito à regra do concurso público faz incidir as penalidades trazidas pela Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992), face a violação dos princípios da impessoalidade, da igualdade, da moralidade e da legalidade, bem como face a frustração da licitude de concurso público, o que configura, nos termos do artigo 11 da citada Lei²³⁸, ato de improbidade administrativa.

A investidura mediante concurso público é requisito, ainda, para a aquisição da estabilidade pelo servidor público titular de cargo, após três anos de efetivo exercício (art. 41, da Constituição Federal²³⁹).

A Constituição de 1988 extinguiu os efeitos jurídicos dos atos legislativos ou administrativos, lavrados a partir da instalação da Assembleia Nacional Constituinte, que tenham concedido estabilidade a servidores que não houvessem sido admitidos mediante concurso público, na administração direta ou indireta (artigo 18 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT²⁴⁰). Vale ressaltar que, sendo o Poder Constituinte Originário ilimitado, não há que se opor a tal disposição as exceções do ato jurídico perfeito ou do direito adquirido daqueles que tenham sido beneficiados pelos atos que tiveram seus efeitos extintos.

Também no ADCT (artigo 53, I²⁴¹) permitiu a Constituição Federal uma hipótese de contratação no serviço público sem exigência de concurso, no aproveitamento de ex-

²³⁷ “Art. 37 [...] §2º A não observância do disposto nos incisos II e III implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei.”

²³⁸ “Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: [...] V – frustrar a licitude de concurso público; [...]”

²³⁹ “Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.”

²⁴⁰ “Art. 18. Ficam extintos os efeitos jurídicos de qualquer ato legislativo ou administrativo, lavrado a partir da instalação da Assembleia Nacional Constituinte, que tenha por objeto a concessão de estabilidade a servidor admitido sem concurso público, da administração direta ou indireta, inclusive das fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público.”

²⁴¹ “Art. 53. Ao ex-combatente que tenha efetivamente participado de operações bélicas durante a Segunda Guerra Mundial, nos termos da Lei nº 5.315, de 12 de setembro de 1967, serão assegurados os seguintes direitos: I - aproveitamento no serviço público, sem a exigência de concurso, com estabilidade; (...)”

combatente que tenha efetivamente participado de operações bélicas durante a Segunda Guerra Mundial.

Temos, assim, que a Constituição de 1988 trouxe o concurso público como regra geral de investidura nos cargos e empregos públicos, independentemente de ser ou não a primeira investidura, bem como sem qualquer distinção entre cargos isolados ou cargos de carreira. Somente poderá haver investidura em cargo público sem prévio concurso público nos casos de cargos em comissão e funções de confiança, declarados em lei como de livres nomeação e exoneração, bem como nos casos de contratação temporária de pessoal para atender a necessidade também temporária de excepcional interesse público, em hipóteses legalmente definidas. Como apontado, a seleção de agentes comunitários de saúde e de agentes de combate às endemias também não será feita exatamente por concurso público, mas, nas palavras da Constituição, por processo seletivo público, que, no entanto, deverá guardar grande similaridade com o concurso público, respeitando-se a igualdade e a supremacia do interesse público, princípios constitucionais e que permeiam todas as disposições do seu texto.

O sistema constitucional de 1988, ainda, trouxe maiores delimitações do instituto do concurso público, fixando os requisitos que podem ser legalmente exigidos nos certames, bem como o seu prazo máximo de validade, dentro do qual os candidatos aprovados terão prioridade de convocação sobre os novos concursados para o mesmo cargo ou emprego.

Face o estabelecimento da necessidade de seleção mediante concurso público também para os empregos públicos da administração indireta, no caso das empresas públicas e das sociedades de economia mista exploradoras de atividades econômicas deverá ser também tomado em conta o quanto disposto no artigo 173, §1º, da Constituição Federal, que coloca tais entes estatais como sujeitos ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive no tocante ao regime de pessoal, conforme verificaremos mais detidamente na sequência do presente capítulo (item 5).

Nota-se, pela evolução acima apontada, que o ordenamento constitucional brasileiro, ao longo do tempo, encampou o concurso público como indispensável para a seleção de pessoal para o desempenho das funções estatais, tendo caminhado o instituto do concurso público em paralelo com a maior importância que o princípio da igualdade adquiriu ao longo da história, o que culminou com os moldes traçados pela Constituição de 1988.

Passemos, agora, a detalhar as principais questões referentes à conformação do

instituto do concurso público, decorrentes do regramento constitucional que acabamos de apresentar em linhas gerais.

4.2 Ampla acessibilidade aos cargos, empregos e funções públicas

Como acima referimos, de acordo com o artigo 37, inciso I, da Constituição Federal, os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis a todos os brasileiros que preencham os requisitos previstos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei (alteração introduzida pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998; até então, os cargos, empregos e funções públicas somente eram acessíveis aos brasileiros).

Fixou a Constituição brasileira, assim, o princípio da ampla acessibilidade ao serviço público, que confere o direito a todos, brasileiros e estrangeiros, que cumpram os requisitos a serem determinados em lei, de poderem participar do serviço público, em igualdade condições, o que, como lembra Adílson Abreu Dallari²⁴², é direito garantido pela Declaração dos Direitos Humanos da ONU, de 1948.

Da redação do artigo 37, I, da Constituição Federal podemos extrair que somente poderão ser estabelecidos requisitos para acesso ao serviço mediante lei, ou seja, somente a lei poderá fixar as condições que serão exigidas dos brasileiros para que estes acessem os cargos, empregos e funções públicas.

Esta primeira parte do dispositivo constitucional, que trata do acesso dos brasileiros ao serviço público é, na classificação de José Afonso da Silva²⁴³, norma constitucional de eficácia contida, já que, desde o primeiro momento, desde sua edição, está apta para produzir, e de fato produz, todos os seus efeitos, mas seu conteúdo poderá ser restringido mediante a atuação do legislador infraconstitucional. Assim, em princípio, todos os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis a todos os brasileiros, mas a lei poderá estabelecer requisitos que eventualmente irão restringir tal acesso.

Conforme aponta Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o dispositivo constitucional trazido

²⁴² DALLARI, Adilson Abreu. **Regime Constitucional dos Servidores Públicos**. 2ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, p. 28.

²⁴³ **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 8ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. V. Nota de Rodapé nº 59, Capítulo I, do presente trabalho.

pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998, que traz a possibilidade de acesso aos cargos, empregos e funções públicas aos estrangeiros (segunda parte do artigo 37, I, da Constituição Federal) não é autoaplicável, carecendo de lei regulamentadora para que produza todos os seus efeitos²⁴⁴. Seria, na classificação de José Afonso da Silva²⁴⁵, uma norma de eficácia limitada, ou seja, que depende da atuação do legislador infraconstitucional para que produza todos os seus efeitos. Aponta, ainda, a I. administrativista, que as leis que irão disciplinar o acesso dos estrangeiros ao serviço público deverão ser editadas em cada unidade federativa, já que a competência para legislar sobre servidores públicos não é privativa da União. Assim, cada ente da Federação deverá editar sua norma regulamentadora, com os requisitos de acesso de estrangeiros ao serviço público de sua alçada.

4.2.1 Cargos, empregos e funções públicas

A Constituição Federal, no mencionado artigo 37, I, faz referência a “cargos, empregos e funções públicas”. Cumpre-nos, assim, brevemente, diferenciá-los.

Os cargos públicos, em síntese, são plexos de competências do Estado a serem exercidos por um agente. Já os empregos públicos são postos de trabalho, conjuntos de atribuições, que serão exercidos por pessoas contratadas pelo regime trabalhista para tal finalidade. Tal distinção é apontada por Celso Antônio Bandeira de Mello, que, definindo cargos públicos, afirma:

Cargos são as mais simples e indivisíveis unidades de competência a serem expressadas por um agente, previstas em número certo, com denominação própria, retribuídas por pessoas jurídicas de Direito Público e *criadas por lei*, salvo quando concernentes aos serviços auxiliares do Legislativo, caso em que se criam por resolução, da Câmara ou do Senado, conforme se trate de serviços de uma ou outra destas Casas. (grifos no original)²⁴⁶

Definindo empregos públicos, o citado Mestre aduz:

Empregos Públicos são núcleos de encargos de trabalho permanentes a serem preenchidos por agentes *contratados* para desempenhá-los,

²⁴⁴ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 23ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 523-524.

²⁴⁵ **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 8ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. V. Nota de Rodapé nº 59, Capítulo I, do presente trabalho.

²⁴⁶ **Curso de Direito Administrativo**. 30ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 259.

sob relação trabalhista, como aliás, prevê a Lei 9.962, de 22.2.2000. Embora se trate de lei volvida à Administração federal, este conceito, parece-nos, é aplicável a todas as esferas de governo. Quando se trate de empregos permanentes na Administração direta ou em autarquia, só podem ser criados por lei, como resulta do art. 61, §1º, II, “a”. (grifos no original)²⁴⁷

As funções públicas, por sua vez, são definidas por Maria Sylvia Zanella Di Pietro por exclusão, sendo “o conjunto de atribuições às quais não corresponde um cargo ou emprego”²⁴⁸, ou seja, seriam atividades para as quais o legislador não cria um cargo específico, e, nesse sentido, podemos entender tais “funções públicas”, à luz da Constituição de 1988, como o caso das funções de confiança, apontadas no artigo 37, V, da Lei Maior, que deverão ser ocupadas, com exclusividade, por servidores titulares de cargo efetivo, em atribuições de direção, chefia e assessoramento, bem como os casos de contratações de pessoal por tempo determinado para o atendimento de necessidades temporárias de excepcional interesse público, trazida pelo mesmo artigo 37, mas em seu inciso IX, da Constituição Federal.

Discordamos, nesse ponto, do posicionamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, que entende como funções públicas unicamente a hipótese trazida pelo artigo 37, V, da Constituição, as definindo como

“[...] plexos unitários de atribuições, criados por lei, correspondentes a encargos de direção, chefia ou assessoramento, a serem exercidas por *titular de cargo efetivo*, da confiança da autoridade que as preenche (art. 37, V, da Constituição)”²⁴⁹.

Parece-nos, de fato, que as funções públicas são compostas não apenas pelas funções de confiança, mas também pelas hipóteses de contratações temporárias para o atendimento de necessidades de excepcional interesse público, já que em ambos os casos serão desenvolvidas atividades em nome do Estado, por agentes públicos que nessa qualidade atuarão. As contratações temporárias não correspondem a cargos efetivos, pela sua própria natureza temporária.

As funções públicas concernentes a funções de confiança (artigo 37, V, da Constituição), note-se, tiveram seu acesso restringido pela própria Constituição, somente sendo acessíveis àqueles servidores titulares de cargos efetivos. No entanto, devemos ressaltar

²⁴⁷ **Curso de Direito Administrativo**. 30ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 260-261.

²⁴⁸ Cf. **Curso de Direito Administrativo**. 23ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 521.

²⁴⁹ **Curso de Direito Administrativo**. 30ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 260.

que os cargos efetivos são acessíveis a todos os brasileiros, com os requisitos que a lei impuser, bem como aos estrangeiros, na forma da lei.

A Constituição somente exigiu a prévia aprovação em concurso público para o acesso a cargos e empregos públicos, não mencionando tal exigência para as funções públicas. Dessa forma, o acesso às funções de confiança e as contratações por tempo determinado para o atendimento de necessidades temporárias de excepcional interesse público (funções públicas) não se submetem à necessidade de realização prévia de concurso público, constituindo-se em exceção à regra geral. Note-se que se a Constituição excepcionou da regra do concurso público o acesso às funções públicas, estas não estão excepcionadas do amplo acesso fixado pelo artigo 37, I, da Lei Maior; a lei, assim, ainda que não tenha que estabelecer o acesso mediante concurso público, deverá ser elaborada de forma a garantir o amplo acesso, com igualdade de oportunidades, mesmo para as funções públicas, de acordo, evidentemente, com as situações que lhes são peculiares, como as situações de emergência e o vínculo de confiança que deverá haver em determinados casos. Voltaremos ao tema quando tratarmos das exceções à regra geral de prévio concurso público para acesso ao serviço público (item 4.3 do presente capítulo).

4.2.2 A igualdade de oportunidades de acesso ao serviço público

Como vimos anteriormente (Capítulo II), a igualdade é o principal vetor de interpretação da Constituição Federal, que deve ser aplicada de acordo com os princípios que estabelece, com os fundamentos e objetivos do Estado brasileiro.

Nesse sentido, não podemos entender a garantia de amplo acesso aos cargos, empregos e funções públicas como simplesmente a possibilidade de que todas as pessoas, brasileiros e estrangeiros, participem do Estado como agentes da administração. Devemos olhar a questão sob o prisma da igualdade de oportunidades de acesso ao serviço público, ou seja, se o acesso deve ser amplo, todos devem ter iguais oportunidades de virem a integrar o serviço público, apenas com as restrições que a lei estabelecer.

Dessa forma, da garantia de amplo acesso ao serviço público, podemos extrair que tal acesso deverá ser pautado pelo oferecimento das vagas mediante um processo que propicie a

todos os interessados a oportunidade de virem a integrar o serviço público em igualdade de condições de disputa.

A lei que estabelecer os requisitos para acesso aos cargos, empregos e funções públicas deverá considerar o que exsurge da análise da Constituição como um todo, sendo de rigor, assim, que tais requisitos sejam consentâneos com a igualdade de oportunidades que deve ser oferecida a todos. Não poderá a lei, assim, sob pena de violação não somente do artigo 37, I, da Constituição, como também dos vetores da igualdade, da construção de uma sociedade justa, dos valores sociais do trabalho, estabelecer requisitos desarrazoados para que os brasileiros e os estrangeiros participem do serviço público.

Somente poderão ser fixados requisitos que guardem relação de pertinência lógica com o exercício do serviço público, bem como com os cargos, empregos e funções a serem desenvolvidos, ou seja, a possibilidade de acesso é a regra, sendo a limitação a exceção.

De nada adiantaria a Constituição estabelecer que todos poderão ter acesso ao desempenho dos cargos, empregos e funções públicas se a lei pudesse estabelecer requisitos que venham restringir inadvertidamente tal acesso. Tal conduta do legislador, além de impor uma restrição onde a Constituição não impôs, violaria a Constituição também em relação a seus princípios, e poderia ser questionada perante o Poder Judiciário.

A delegação à lei da possibilidade de fixação de requisitos não é um “cheque em branco”, uma autorização de atuação irrestrita do constituinte ao legislador infraconstitucional. Este deverá obedecer aos ditames estabelecidos pela Constituição, em seu todo, sob pena de inconstitucionalidade.

Portanto, o dispositivo constitucional trazido no inciso I do artigo 37 deverá ser interpretado e aplicado com a observância de todo o sistema constitucional, que tem como principal vetor a igualdade, sendo de rigor o estabelecimento de um processo que efetive o amplo acesso ao serviço público, com o oferecimento de iguais oportunidades de participação a todos.

É no instituto do concurso público que se possibilita o oferecimento de iguais oportunidades a todos para que participem da vida estatal como seus agentes. O concurso público, outrossim, deverá ser estruturado e operacionalizado de maneira a propiciar a mais ampla participação dos interessados, resguardando, ainda, o interesse público consistente na seleção dos melhores agentes para o desempenho das atividades do Estado.

4.3 As exceções à regra constitucional do concurso público

Como acima apontamos, a Constituição Federal fixou o concurso público como regra geral de ingresso no serviço público, mas tratou de estabelecer algumas exceções, em que a contratação poderá dispensar o prévio certame de seleção.

Se o acesso aos cargos, empregos e funções públicas foi estabelecido de forma ampla pelo texto constitucional, somente para o ingresso nos cargos e empregos públicos a Constituição impôs a necessidade de prévia aprovação em concurso público. O acesso às funções públicas (como apontado, as funções de confiança e as contratações temporárias), dessa forma, independe da realização de concurso público.

Também para a investidura em cargos de confiança a Constituição excepcionou a regra do concurso público, assim como para o pessoal temporário contratado em situações de excepcionalidade e para os agentes comunitários de saúde e de combate de endemias.

Além disso, a investidura em determinados cargos, como alguns integrantes de Tribunais, os Ministros de Estado e o Advogado-Geral da União, também independe de concurso público.

Vejamos com um pouco mais de detença as exceções à regra do concurso público trazidas pela Constituição Federal.

4.3.1 Os cargos em comissão

O artigo 37, II, da Constituição Federal expressamente ressaltou as nomeações para cargos em comissão da regra do concurso público. Exigiu a Constituição, no entanto, que tais cargos fossem declarados por lei como de livre nomeação e exoneração (artigo 37, II, *in fine*), bem como que suas atribuições sejam exclusivamente de direção, chefia e assessoramento (artigo 37, V).

Segundo aponta Celso Antônio Bandeira de Mello,

Os cargos de provimento *em comissão* (cujo provimento dispensa concurso público) são aqueles vocacionados para serem ocupados em caráter transitório por pessoa de confiança da autoridade competente para preenchê-los com liberdade, a qual também pode exonerar *ad nutum*, isto é, livremente, quem os esteja titularizando. Um porcentual deles, a ser fixado por lei, que até hoje não foi editada, terá de ser preenchido por quem seja titular de cargo de provimento efetivo (cf. art. 37, V, da CF).²⁵⁰ (grifos no original)

Da própria natureza de tais cargos exsurge a inviabilidade de realização de concurso público para seu provimento. A lei reconhece que determinadas autoridades em cargos de gestão pública terão que se assessorar e contar com pessoas de sua confiança em postos-chaves do serviço público para melhor desincumbir-se de seus misteres. Assessores mais diretos de uma autoridade, ou que tenham por missão ajudá-la a imprimir um modelo de gestão, assim, poderão ser contratadas de fora do serviço público sem a necessidade de concurso público.

Nesse caso, a pessoa do agente que irá ocupar o cargo em comissão é essencial para a investidura, ou seja, há impossibilidade de realização do concurso público, pois somente uma determinada pessoa atende às necessidades da autoridade, tem sua confiança, para o desempenho de uma atividade de direção, chefia ou assessoramento.

Não é difícil imaginar, por exemplo, as dificuldades que um governante eleito poderia ter para implementar as políticas com as quais se comprometeu para vencer as eleições se não pudesse contar com a presença de pessoas de sua confiança, afinadas com suas ideias, em determinados postos-chaves de direção, chefia ou assessoramento, para que o serviço público possa ser direcionado para o caminho que pretende seguir o gestor.

Como lembram Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior,

O cargo em comissão tem por finalidade propiciar ao governante o controle das diretrizes políticas traçadas. Exige, portanto, vínculo de confiança entre a autoridade superior e o agente nomeado. O cargo em comissão, em suma, deve ser aquele cujo titular ali esteja com a finalidade de incrementar as metas e as prioridades fixadas pelo agente político superior.²⁵¹

Tais cargos de confiança, assim, destinam-se a possibilitar que o gestor público implemente as políticas públicas com as quais se comprometeu, de forma a direcionar a atuação do serviço público para uma determinada diretriz, consentânea com sua gestão. É por tal razão que a Constituição restringiu esses cargos para atividades de direção, chefia e

²⁵⁰ **Curso de Direito Administrativo**. 30ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 309-310.

²⁵¹ **Curso de Direito Constitucional**. 18ª edição. São Paulo: Editora Verbatim, 2014, p. 428.

assessoramento²⁵².

Ressaltemos que somente poderá validamente o legislador declarar como de livre nomeação e exoneração os cargos realmente necessários a possibilitar o desenvolvimento adequado da gestão da autoridade que irá preenchê-los, ou seja, não poderá o legislador utilizar-se da exceção para frustrar a regra constitucional do concurso público. A exceção deverá ser estritamente interpretada pelo legislador, que somente poderá declarar como cargos em comissão aquelas atividades que sejam de fato de confiança, consistentes em assessoramento, direção ou chefia.

Por fim, devemos apontar que a Constituição determinou que mesmo os cargos em comissão, nos casos, condições e percentuais mínimos que a lei vier a prever, deverão ser preenchidos por servidores de carreira. Há a determinação constitucional, assim, para que um percentual dos cargos em comissão, ou seja, as atribuições de direção, chefia e assessoramento, sejam preenchidos por servidores efetivos dos quadros da Administração.

4.3.2 As funções de confiança

Também as funções de confiança, trazidas pelo artigo 37, V, da Constituição Federal, não serão providas mediante a realização de concurso público.

²⁵² Importante apontar entendimento contrário de Alexandre de Moraes, no sentido de que o artigo 37, inciso V, da Constituição Federal, com a redação que lhe deu a Emenda Constitucional nº 19, de 1998, não impõe que as funções de confiança sejam exclusivamente exercidas por servidores ocupantes de cargo efetivo, tampouco que as funções de confiança e os cargos em comissão sejam destinados exclusivamente às atribuições de direção, chefia e assessoramento. Aponta textualmente o citado autor: “Ressalte-se que a alteração da redação do inciso V, do art. 37, pela EC nº 19/98, determinando que *as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento*, não alterou esse quadro, permitindo-se, ainda, a delegação do exercício de funções de confiança a pessoas que não pertencem aos quadros da Administração, desde que essas funções não sejam de *direção, chefia e assessoramento*.” (grifos no original) (**Direito Constitucional**. 28ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 365)

Posicionamo-nos, nesse particular, como Maria Sylvia Zanella Di Pietro, no sentido de que “Vale dizer que as duas hipóteses limitam-se às atribuições de direção, chefia e assessoramento, sendo inconstitucionais quaisquer normas que criem funções de confiança ou cargos em comissão para o exercício de outro tipo de atribuição” (**Direito Administrativo**. 23ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 527-528). O dispositivo constitucional em comento é cristalino no sentido de limitar as funções de confiança e os cargos em comissão às funções de direção, chefia e assessoramento, atribuindo a exclusividade do exercício das primeiras aos servidores titulares de cargos efetivos. Fosse de outro modo não haveria qualquer utilidade prática no dispositivo constitucional, já que este veio justamente para limitar o âmbito de possibilidades de declaração legislativa dos cargos como comissionados.

No entanto, o acesso a tais funções de confiança é restrito, por ordem do próprio artigo 37, V, da Constituição, exclusivamente aos servidores ocupantes de cargo efetivo. Assim, embora não haja a necessidade de submissão a concurso público para desempenhar uma função de confiança, há necessidade de que o seu ocupante seja servidor público titular de cargo efetivo.

Do mesmo modo que os cargos em confiança, as funções de confiança somente serão destinadas às atribuições de direção, chefia e assessoramento. Nesse caso, há uma permissão de que o gestor público nomeie para as atribuições de direção pessoas de sua confiança que já sejam integrantes do corpo administrativo fixo do Estado. A justificativa para a exceção à regra do concurso é a mesma, ou seja, somente aquele determinado servidor tem a confiança do administrador para exercer a direção do serviço público de forma consentânea com as políticas que se pretende estabelecer.

Comentando a distinção entre os cargos em comissão e as funções de confiança, José Afonso da Silva anota que

[...] O tratamento diferenciado, no entanto, tem sua razão de ser porque os *cargos em comissão*, como qualquer outro cargo, têm previsão de remuneração própria, o que comporta exercício por especialistas e técnicos alheios aos quadros administrativos; de outro lado, a justificativa para definir que devam ser exercidos por servidores de carreira está no fato de serem vinculados à especialidade de cada carreira funcional (Promotor, Procurador, Defensor Público, Médico, Engenheiro etc.). As *funções de confiança* correspondem, em geral, à estrutura administrativa de entidade de Administração indireta, mas não só; existem onde há necessidade de pessoal de direção, chefia e assessoramento, de confiança (e com mais flexibilidade na movimentação do pessoal), mas não há os cargos correspondentes, então é preciso alguém para seu exercício, e, como elas não dispõem de remuneração própria, decidiu-se que o designado seja ocupante de cargos. [...].²⁵³ (grifos no original)

Temos, assim, outra exceção à regra do concurso público, que, outrossim, é mais estreita, já que o constituinte limitou a possibilidade de escolha para o exercício da função de confiança, que forçosamente recairá sobre servidor titular de cargo efetivo.

4.3.3 A contratação de pessoal temporário

²⁵³ **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 682-683.

Outra exceção à regra constitucional do concurso público é a possibilidade de contratação direta de pessoal temporário, para atender necessidade de excepcional interesse público, nos casos estabelecidos em lei, conforme disposto no artigo 37, VIII, da Constituição. Tal dispositivo, entretanto, é regra de eficácia limitada, já que exige a atuação do legislador infraconstitucional para que produza a totalidade de seus efeitos.

A dispensa do concurso público, nesse caso, é fundamentada na temporariedade da contratação, bem como na situação de excepcional interesse público, que impede que haja tempo hábil para que se proceda ao concurso público. A premência da situação de excepcional interesse público e a temporariedade da investidura fizeram com que o constituinte permitisse o acesso ao serviço público sem que os agentes passassem pelo crivo do concurso público.

Comentando a hipótese de contratação excepcional sem concurso, aponta Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

[...] Daí a desnecessidade de concurso, pois somente sendo possível a contratação de servidor temporário para atender à necessidade transitória de excepcional interesse público, a demora do procedimento do concurso público pode ser incompatível com as exigências imediatas da Administração, em caso, por exemplo, de epidemia ou outra calamidade pública. É preciso que a lei, ao disciplinar esse tipo de contratação, estabeleça regras que assegurem a excepcionalidade da medida, evitando que se transforme em regra geral, a exemplo do ocorrido na vigência da Constituição anterior, e determine as hipóteses em que a seleção pública é exigível.²⁵⁴

De fato, não pode a lei, a pretexto de regulamentar o dispositivo constitucional, estabelecer hipóteses de contratação sem concurso público que não atenda aos critérios de temporariedade e excepcionalidade da situação de interesse público. Os casos devem ser precisamente delineados pela lei, e não colocados de forma genérica e abrangente que transforme a exceção em regra. A regra é o concurso público, que atende aos princípios que regem nossa Constituição, especialmente a igualdade; essa regra somente poderá ser excepcionada na presença de elementos incontestáveis, em que se possa verificar concretamente a impossibilidade de se realizar um concurso público sem que haja prejuízo ao interesse público.

Como bem lembra Celso Antônio Bandeira de Mello, essa hipótese de contratação deverá se dar em situações que estejam fora da normalidade, na presença de “circunstâncias incomuns”, e que necessitem de uma atuação imediata e temporária. As atividades a serem

²⁵⁴ **Direito Administrativo**. 23ª edição. São Paulo: Editoras Atlas, 2010, p. 525-526.

desenvolvidas deverão ser temporárias, ou, então, o excepcional interesse público deverá demandar o suprimento temporário de uma necessidade, o que, em ambos os casos, torna as contratações incompatíveis com o instituto do concurso público²⁵⁵.

Presentemente, a lei que estabelece os casos de contratação por tempo determinado para o atendimento de situação temporária de excepcional interesse público é a Lei nº 8.745/1993, que teve diversas alterações ao longo do tempo. As hipóteses consideradas de necessidade temporária de excepcional interesse público estão em seu artigo 2º, estabelecendo a Lei, em seu artigo 3º, a necessidade de realização de processo seletivo simplificado com ampla divulgação, salvo os casos de necessidades decorrentes de calamidade pública, de emergência ambiental e de emergências em saúde pública. O estabelecimento de processo seletivo simplificado é medida compatível com o sistema constitucionalmente estabelecido, que privilegia a igualdade de acesso de todos ao serviço público, mitigada por uma excepcional necessidade de interesse público, sendo absolutamente justificável sua dispensa nos casos de calamidade e emergência, em que não se poderá prescindir do tempo necessário sequer à realização do processo de seleção simplificado. Os prazos máximos de contratação variam de seis meses a quatro anos, conforme a hipótese de contratação, podendo chegar a até seis anos em razão de prorrogação (artigo 4º da Lei nº 8.745/1993). A remuneração dos contratados não poderá ser divergente da remuneração prevista em lei para os servidores efetivos que desenvolvam atividades semelhantes (artigo 7º da Lei nº 8.745/1993)²⁵⁶.

O processo seletivo simplificado, ademais, deverá ser realizado de forma a garantir o amplo acesso de todos às funções públicas, conforme o mandamento do artigo 37, I, da Constituição. Ressaltamos, novamente, que somente foi excepcionada a regra do concurso público, e não o princípio da ampla acessibilidade aos cargos, empregos e funções públicas. Dessa forma, os requisitos a serem fixados, as eventuais etapas da seleção e as provas a que se submeterão os candidatos, assim como no caso de concurso público, deverão ser estabelecidos de forma a propiciar a mais ampla possibilidade de concorrência, em igualdade de condições, por todos os interessados. Evidentemente que a situação de excepcionalidade que justifica a contratação de pessoal temporário poderá mitigar os graus de complexidade e exigência do processo de seleção que será realizado, ou até mesmo autorizar a contratação sem um

²⁵⁵ Cf. **Curso de Direito Administrativo**, 27ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 285.

²⁵⁶ Tendo em vista não se tratar do escopo do presente trabalho, que pretende estudar os contornos constitucionais do concurso público, apenas apresentamos as diretrizes principais da lei de regência de contratação temporária para atendimento de necessidades de excepcional interesse público, sem examinarmos com maior detalhamento suas hipóteses.

processo seletivo ainda que simplificado (como nos casos que a lei prevê de calamidade e emergência), mas, na medida do possível, deverá ser resguardada a ampla acessibilidade às funções públicas, trazida pelo artigo 37, I, da Constituição. Continuam vedadas, assim, exigências injustificadas ou incompatíveis com a natureza das funções a serem desempenhadas, bem como indevidos direcionamentos dos certames.

Essa a configuração da exceção à regra do concurso público trazida pelo artigo 37, IX, da Constituição.

4.3.4 A contratação de agentes comunitários de saúde e de agentes de combate de endemias

O artigo 198, §4º, da Constituição Federal, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 51, de 2006, prevê a possibilidade de que os gestores locais do sistema único de saúde admitam agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias por intermédio de “processo seletivo público”, que deverá levar em consideração a natureza e complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para sua atuação²⁵⁷.

Tendo em vista a expressa menção da Constituição à realização de um “processo seletivo público”, bem como com a fixação das diretrizes que deverão ser seguidas, que são a natureza e a complexidade das atribuições dos agentes a serem contratados, além dos requisitos específicos para sua atuação, devemos entender que não se trata da hipótese do concurso público na forma como exigido pelo artigo 37, II, da Lei Maior, mas de um procedimento diverso de seleção de agentes para ocuparem cargos públicos efetivos, não temporários. Não fosse assim, a Constituição simplesmente mencionaria a possibilidade de contratação mediante concurso público de provas ou de provas e títulos, como fez em diversos outros dispositivos, por exemplo, no artigo 96, I, “e”, em que menciona a necessidade de realização de concurso público para provimento dos cargos necessários à administração da Justiça pelos Tribunais.

Foi, assim, estabelecida uma exceção à contratação mediante concurso público, embora tenha sido estabelecida a necessidade de um processo seletivo público, cujos

²⁵⁷ A contratação de agentes comunitários de saúde no âmbito federal é regida atualmente pela Lei nº 11.350/2006.

requisitos deverão ser compatíveis com o cargo a ser exercido. Não poderá a lei, assim, estabelecer requisitos desarrazoados e incompatíveis com o amplo acesso aos cargos públicos, sendo de rigor o prestígio à igualdade, vetor interpretativo da Constituição.

Como aponta Celso Antônio Bandeira de Mello, o poder reformador da Constituição não poderia revogar a igualdade de todos perante a lei, e, dessa forma, é muito difícil precisar quais seriam as diferenças entre o concurso público e o “processo seletivo público” que poderiam ser aceitas sem violação da impessoalidade. Afirmo textualmente o referido autor:

[...] Logo, o tal processo seletivo terá de apresentar características similares às de um concurso público, podendo apenas simplificá-lo naquilo que não interfira com a necessária publicidade, igualdade dos concorrentes e possibilidade de aferirem a lisura do certame. Será obrigatório, ainda, que as provas ou provas e títulos guardem relação com a natureza e a complexidade do emprego.²⁵⁸

Novamente devemos lembrar que a Constituição determina, no artigo 37, I, a ampla acessibilidade aos cargos, empregos e funções públicas, e, sendo o caso de seleção de agentes para o exercício de cargo público, todas as disposições relativas aos concursos públicos necessárias à garantia da igualdade de oportunidades de acesso deverão ser observadas.

Temos, dessa forma, mais uma exceção à regra do concurso público, desta vez trazida pelo poder Constituinte de reforma, que, no entanto, deverá ser interpretada levando-se em consideração os mesmos princípios que regem os concursos públicos.

4.3.5 Hipóteses de cargos específicos

Sendo o ingresso mediante concurso público a regra geral estabelecida pela Constituição para ingresso no serviço público de qualquer dos Poderes, ela mesmo tratou de excepcionar alguns cargos específicos da observância de tal regra. Entendeu a Constituição que, por sua natureza, alguns cargos não seriam compatíveis com o provimento mediante concurso público, seja em razão da necessidade de vínculo de confiança com a autoridade que poderá provê-lo, seja em razão de que para o desempenho de algumas funções o interesse público será melhor atendido se observada outra forma de escolha do agente, como a indicação pelo Presidente da República e a aprovação pelo Poder Legislativo, ou mesmo a

²⁵⁸ **Curso de Direito Administrativo**. 30ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 285.

eleição pelo Poder Legislativo.

Como hipóteses em que há a necessidade de um vínculo de confiança entre a autoridade a quem compete preencher o cargo e o agente que irá exercê-lo, temos a possibilidade de nomeação direta pelo Presidente da República dos Ministros de Estado (artigo 84, I, c/c artigo 87, *caput*, da Constituição) bem como do Advogado-Geral da União (artigo 131, §1º, da Constituição). Nesses casos, o Presidente da República poderá nomear livremente um agente para o desempenho dos citados cargos, observados os requisitos mínimos fixados pela Constituição (como a idade mínima, o exercício dos direitos políticos, o notável saber jurídico e a reputação ilibada no caso do Advogado-Geral da União), tendo em vista a necessidade de um vínculo de confiança com o nomeado, a possibilitar, inclusive, o desenvolvimento das diretrizes de gestão do chefe do Poder Executivo. Trata-se, na verdade, do mesmo regime dos cargos em comissão que acima mencionamos (item 3.2.1 do presente capítulo).

Em alguns casos, o provimento mediante concurso público, na concepção da Constituição, não atenderia adequadamente ao interesse público, o que somente poderia ser efetivado mediante a escolha direta de alguém com características específicas para ocupar determinados cargos. São as hipóteses dos integrantes dos Tribunais Superiores (Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior do Trabalho, Superior Tribunal Militar, Tribunal Superior Eleitoral), de alguns dos integrantes dos Tribunais Regionais Eleitorais, dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais de Justiça dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, todos esses cargos do Poder Judiciário, bem como dos Ministros do Tribunal de Contas da União, cargos estes do Poder Legislativo.

Os Ministros do Supremo Tribunal Federal são nomeados pelo Presidente da República, após aprovação da maioria absoluta do Senado Federal, dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada (artigo 101 da Constituição).

Os Ministros do Superior Tribunal de Justiça são nomeados pelo Presidente da República, dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada, após aprovação da maioria absoluta do Senado Federal. No entanto, a Constituição limita a escolha do Presidente da República estabelecendo que dois terços dos Ministros deverão ser escolhidos dentre magistrados de carreira indicados em lista tríplice pelo Superior Tribunal de Justiça (um terço

desembargadores dos Tribunais Regionais Federais e um terço desembargadores dos Tribunais de Justiça) e um terço deverá ser escolhido dentre membros do Ministério público e advogados, em partes iguais, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes (artigo 104, parágrafo único).

Estabelece o artigo 111-A da Constituição que o Tribunal Superior do Trabalho será composto por Ministros nomeados pelo Presidente da República, após aprovação da maioria absoluta do Senado Federal, dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, sendo um quinto dentre advogados com mais de dez anos de efetiva atividade profissional e membros do Ministério Público com mais de dez anos de efetivo exercício indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes, e os demais dentre juízes dos Tribunais Regionais do Trabalho, oriundos da magistratura de carreira, indicados pelo próprio Tribunal Superior do Trabalho.

O Superior Tribunal Militar terá seus ministros nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a indicação pelo Senado Federal, dentre oficiais-generais das Forças Armadas (quatro do Exército, três da Marinha e três da Aeronáutica) e cinco civis, dentre brasileiros com mais de trinta e cinco anos, sendo três advogados de notório saber jurídico e conduta ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, e dois dentre juízes auditores e membros do Ministério Público da Justiça Militar (artigo 123 da Constituição).

Os juízes do Tribunal Superior Eleitoral são em parte eleitos dentre os Ministros do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, pelos próprios Tribunais, e em parte nomeados pelo Presidente da República em lista sêxtupla de advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo Supremo Tribunal Federal (artigo 119 da Constituição).

Os Tribunais Regionais Eleitorais terão seus juízes em parte eleitos dentre integrantes da magistratura e em parte nomeados pelo Presidente da República, em lista sêxtupla de advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo Tribunal de Justiça (artigo 120 da Constituição).

Um quinto dos desembargadores dos Tribunais Regionais Federais serão nomeados pelo Presidente da República dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, dentre advogados com mais de dez anos de efetiva atividade

profissional e membros do Ministério Público Federal com mais de dez anos de carreira (artigo 94, c/c 107, I, da Constituição), indicados em lista sêxtupla pelas respectivas entidades representativas das classes. Os demais integrantes dos Tribunais Regionais Federais serão juízes federais de carreira, promovidos por antiguidade ou merecimento e, dessa forma, não se trata de hipótese de contratação sem concurso público, mas de provimento por promoção em uma mesma carreira; não há, nesse caso, exceção à regra do concurso público.

O mesmo ocorre no caso dos Tribunais de Justiça, que terão um quinto de seus membros oriundos da advocacia e do Ministério Público, nomeados sem concurso público pelos chefes do Poder Executivo dos Estados e do Distrito Federal, conforme o artigo 94 da Constituição.

Por fim, os Ministros do Tribunal de Contas da União, órgão do Poder Legislativo, serão escolhidos um terço pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, sendo dois dentre auditores e membros do Ministério Público junto ao tribunal, e dois terços pelo Congresso Nacional (artigo 73, §2º da Constituição).

Essas as hipóteses em que a Constituição expressamente excepcionou a regra de ingresso nos cargos públicos mediante concurso público, para cargos específicos.

4.3.6 Os ex-combatentes da Segunda Guerra Mundial

Uma hipótese de ingresso no serviço público sem concurso público foi estabelecida pelo artigo 53, I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, que dispõe que os ex-combatentes que efetivamente tenham participado de operações bélicas durante a Segunda Guerra Mundial poderão ser aproveitados no serviço público, com estabilidade, sem a exigência do concurso público.

Trata-se de opção política do constituinte, que reconheceu esse grupo como necessitado de especial proteção e lhe atribuiu alguns direitos específicos.

4.4 O edital de concurso público e seu conteúdo

De acordo com o artigo 37, inciso I, da Constituição, os requisitos de acesso aos cargos, empregos e funções públicas serão estabelecidos em lei, para os brasileiros e para os estrangeiros. Já a primeira parte do inciso II do mesmo artigo 37 da Lei Maior aponta que para a investidura em cargo ou emprego público os agentes deverão ser previamente aprovados em concurso público de provas ou de prova e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, conforme previsão da lei.

Da conjugação desses dispositivos constitucionais, temos que somente a lei poderá fixar os requisitos de acesso aos cargos e empregos públicos, bem como a forma de realização dos concursos públicos para o seu preenchimento²⁵⁹.

A Administração, dessa forma, para abrir um concurso público deverá publicar edital contendo as regras que serão observadas no certame, bem como os requisitos que serão levados em consideração para a avaliação dos candidatos. No entanto, tal edital deverá limitar-se a dar operacionalidade prática ao certame, bem como a apontar qual a forma de apuração dos critérios já estabelecidos em lei para acesso ao cargo ou emprego; não poderão ser estabelecidos requisitos ou etapas no edital se a lei não o fez. O edital é ato administrativo, debaixo da lei, e que lhe deve obediência.

Estabeleceu a Constituição que alguém somente será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa em virtude de lei, bem como que somente a lei poderá fixar tanto os requisitos de acesso como os contornos do concurso público, respeitando a natureza e a complexidade dos cargos em disputa. O edital, dessa forma, deverá ter na lei seu limite intransponível. Qualquer requisito de acesso ao cargo público que não for exigido por lei ou qualquer etapa do concurso que não encontre fundamento na lei não terá validade.

Nesse sentido, o edital de abertura do certame deve total obediência à lei, sendo forma de lhe dar cumprimento. Evidentemente que o edital não se limitará à repetição das disposições da lei. Cabe ao edital minuciar as disposições legais, dar-lhes aplicabilidade, possibilitar sua efetiva aplicação. No entanto, o limite do edital é a lei; não poderá ser cobrado nenhum requisito não estabelecido na lei, não autorizado por esta última.

O conteúdo do edital de abertura do concurso público, assim, é restrito às disposições

²⁵⁹ V. item 2.4 do presente capítulo.

da lei, que, nos termos da Constituição, é o instrumento adequado ao estabelecimento de requisitos de acesso aos cargos e empregos públicos, bem com à regulação dos concursos públicos para o seu preenchimento. O edital tem caráter secundário em relação à lei, somente podendo regular aspectos que não foram minudenciados pelo legislador por impossibilidade de que a lei, geral e abstrata, regule todos os elementos da situação que tem por objeto. Deverá cuidar o administrador público para que na elaboração do edital não se extrapole a margem de regulamentação que a lei lhe atribuiu; é a lei que estabelecerá os requisitos que serão tomados em consideração para o acesso ao cargo ou emprego público em disputa, cabendo ao edital ditar-lhe os aspectos práticos de realização e correção das provas.

O edital do concurso público fixará quais as vagas em disputa, os prazos a serem observados na realização dos concursos, a duração das provas, seu local de realização, a forma de apresentação dos recursos, enfim, todos os aspectos operacionais da realização do certame, bem como tratará de fazer com que os requisitos já estabelecidos na lei para acesso aos cargos e empregos públicos sejam de fato aferidos no concurso, estabelecendo, por exemplo, os critérios de pontuação, a forma de comprovação das habilidades exigidas para o exercício do cargo ou emprego, a forma de correção das provas, de maneira a garantir a maior objetividade possível e a impessoalidade, os prazos a serem observados pela Administração e pelos candidatos, ou seja, todos os aspectos que tornem possível a realização do concurso público com a observância dos princípios que regem a Administração Pública, *dentro dos limites que a lei já tiver previamente estabelecido*²⁶⁰.

O edital não é o instrumento adequado para o estabelecimento dos requisitos de acesso aos cargos e empregos públicos, mas deve limitar-se a propiciar a aferição adequada dos requisitos já estabelecidos em lei, que também já terá delineado a forma de realização do certame, de acordo com a natureza e a complexidade dos cargos e empregos em disputa. Em síntese, o edital poderá fixar a forma como os requisitos estabelecido em lei serão aferidos no concurso, mas nunca estabelecer requisitos novos ou etapas adicionais do certame.

A Constituição dispõe sobre a possibilidade de que os concursos públicos sejam de provas ou de provas e títulos. O concurso público de provas é aquele que pretende mensurar os conhecimentos técnicos e teóricos dos candidatos aos cargos e empregos em disputa, conhecimentos estes, evidentemente, que deverão guardar relação de pertinência lógica com a

²⁶⁰ Atualmente, os concursos público federais são regidos pelo Decreto nº 6.944/2009, em seus artigos 10 a 19. As cláusulas obrigatórias do edital de abertura do concurso público constam do artigo 19 do referido Decreto.

natureza e a complexidade dos postos pretendidos (como aliás, todos os requisitos de acesso e as etapas dos concursos, conforme expusemos anteriormente – item 2.2 do presente capítulo). Tais provas comumente são objetivas, escritas, práticas ou orais, podendo haver, ainda, a conjugação de todas essas modalidades.

Já o concurso público de provas e títulos, além da mensuração dos conhecimentos dos candidatos, envolve também a aferição de outros fatores que possam interferir no desempenho do cargo ou emprego em disputa, como qualificação acadêmica, qualificação profissional ou experiências profissionais anteriores em áreas iguais ou similares.

Devemos novamente lembrar que é a lei que irá determinar se o concurso público será de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e complexidade dos postos em disputa, não competindo ao edital tal fixação; o edital limitar-se-á a cumprir a determinação trazida pela lei.

Assim, temos que fixados em lei os requisitos de acesso aos cargos e empregos públicos, bem como as etapas que deverão ser percorridas pelos candidatos, caberá ao edital dar efetiva aplicação às disposições legais, regulamentando o concurso público.

4.4.1 Vinculação ao edital

Publicado o edital de concurso, debaixo da lei e conforme suas disposições, os candidatos interessados deverão observar as suas disposições para participação no certame. No entanto, não são apenas os candidatos às vagas a serem preenchidas que deverão obedecer aos termos do edital, mas a própria Administração, que o editou, lhe deve irrestrita observância. O edital vincula a Administração.

Como demonstrado, o edital é ato subalterno à lei, suas disposições não podem transbordar às determinações da lei; o edital é ato de cumprimento da lei e, como tal, é de observância obrigatória também pela Administração Pública, já que o gestor público somente poderá se comportar da forma prescrita em lei. A vinculação da Administração ao edital é medida, assim, de respeito à legalidade, imposta por tal princípio constitucional.

Também o dever de boa-fé vincula a Administração às disposições do edital. A

Administração deve comportar-se em relação aos administrados com lealdade, e, assim, se ditou regras para a realização de um concurso público, tem também o dever de observá-las. O dever de boa-fé da Administração para com os administrados decorre do princípio da segurança jurídica, corolário do Estado Democrático de Direito, no qual, consoante o artigo 1º da Constituição, constitui-se a República brasileira. O Estado de Direito pressupõe o dever de observância à lei por parte de cidadãos e Estado, como forma de garantir estabilidade e previsibilidade nas relações sociais. Os cidadãos têm o direito de saberem como o Estado irá reagir diante de seus comportamentos, ao passo que o Estado tem o dever de agir exatamente conforme o disposto na lei; a segurança jurídica é decorrência imediata do Estado de Direito.

A Administração, assim, deve comportar-se de forma previsível, o que lhe impede de agir em desacordo com o edital de concurso que publicou; deve haver boa-fé e lealdade nos atos da Administração, ou seja, a cidadania deve poder confiar no Estado.

Nesse sentido, as condições a que a Administração se comprometeu a observar com o edital de concurso somente poderão ser descumpridas no caso de haver justificativa plausível, excepcional, comprovada, que impeça o comportamento previsto no edital. Mesmo assim, faz-se indispensável a motivação do ato, com sua publicação para ciência a todos os interessados, que, inclusive, deverão ter direito a desistir de prosseguir no certame em razão das novas condições, sem que lhes seja causado qualquer prejuízo.

Embora referindo-se a edital de licitação, o I. Mestre Hely Lopes Meirelles cunhou frase que bem demonstra a necessidade de observância do edital pela licitação, perfeitamente aplicável ao edital de concurso público, já que também se trata de procedimento competitivo entre particulares, deflagrado pela Administração: “O edital é a lei interna da licitação, e como tal, vincula aos seus termos tanto os licitantes como a Administração que o expediu” (grifos no original)²⁶¹. Evidentemente que a palavra “lei” deverá ser entendida com a necessária reserva, como já exposto, no sentido de que o edital é ato subalterno à lei, e deve respeito a todos os seus termos, sem possibilidade de lhe inovar.

4.5 Direito à nomeação

²⁶¹ **Direito Administrativo Brasileiro**. 15ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990, p. 244.

Recentemente, no ano de 2011, o Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária (já que a Primeira Turma da Suprema Corte já havia assim decidido no ano de 2008²⁶²), firmou entendimento de que os candidatos aprovados em concurso público, classificados nas posições correspondentes ao número de vagas constante do edital de abertura do certame, têm direito subjetivo à nomeação para os cargos em disputa, alterando entendimento anterior, que definia que os candidatos aprovados somente teriam direito à nomeação no caso de inobservância da ordem de classificação do concurso, bem como na hipótese de que fosse aberto novo concurso para o provimento dos mesmos cargos em disputa em concurso anterior, ainda dentro de seu prazo de validade, entendimento este que inclusive deu origem à Súmula 15 da Corte Suprema²⁶³, datada de 13/12/1963.

No julgamento, em 10/08/2011, do Recurso Extraordinário nº 598.099/MS²⁶⁴, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em decisão unânime, entendeu que a aprovação de candidatos pela Administração dentro do número de vagas declaradas abertas pelo edital faz surgir o dever de nomeação para a Administração, com o consequente direito à nomeação do candidato, a menos que, em casos excepcionalíssimos, fato superveniente à abertura do concurso, imprevisível, torne necessário que a Administração deixe de nomear os candidatos aprovados, em ato a ser praticado com a devida motivação.

Entendeu o Supremo Tribunal Federal que face o dever de boa-fé que a Administração tem para com os administrados, decorrente princípio da segurança jurídica, como princípio da proteção à confiança, bem como face a vinculação da Administração ao edital de abertura do certame, haveria direito subjetivo à nomeação dos candidatos aprovados dentro do número de vagas previstas no edital. O relator, Ministro Gilmar Mendes, em seu voto afirma textualmente:

Quando a Administração Pública torna público um edital de concurso, convocando todos os cidadãos a participarem de seleção para preenchimento de determinadas vagas no serviço público, ela impreterivelmente gera uma expectativa quanto ao seu comportamento segundo as regras previstas nesse edital. Aqueles cidadãos que decidem se inscrever e participar do certame público depositam sua confiança no Estado administrador, e deve atuar de forma responsável quanto às normas do edital e observar o princípio da

²⁶² Recurso Extraordinário 227.480-7/RJ, Relator Ministro Menezes Direito, julgado em 16/09/2008, publicado no DJe nº 157 em 21/08/2009.

²⁶³ Súmula 15: Dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem o direito a nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação.

²⁶⁴ Publicado em 03/10/2011 no DJe nº 189.

segurança jurídica como guia de comportamento. Isso quer dizer, em outros termos, que o comportamento da Administração Pública no decorrer do concurso público deve-se pautar pela boa-fé, tanto no sentido objetivo quanto no aspecto subjetivo de respeito à confiança nela depositada por todos os cidadãos.²⁶⁵

Conclui a Suprema Corte que, dentro do prazo de validade do concurso e no tocante às vagas previstas no edital, a Administração somente poderá escolher o momento da nomeação dos aprovados, mas terá o dever de nomeá-los.

Há direito subjetivo dos candidatos aprovados dentro do número de vagas previstas no edital à nomeação, não se tratando, outrossim, de hipótese de direito líquido e certo, pois, diante de situações de extrema excepcionalidade, supervenientes à publicação do edital de abertura do concurso, imprevisíveis, que tornem necessária a não nomeação, poderá a Administração assim proceder, desde que motivadamente, sendo, dessa forma, passível de controle pelo Poder Judiciário.

O fundamento constitucional de tal entendimento, conforme extraímos do voto do Ministro Marco Aurélio, seriam as disposições do artigo 37, I, II, III e IV, da Lei Maior, que, conjuntamente, estabelecem que a finalidade perseguida pelo concurso público é a investidura, estabelecendo, inclusive, um prazo de validade para o concurso para que, surgindo novas vagas e havendo candidatos aprovados, haja a nomeação. Seria o inciso IV do artigo 37 meramente pedagógico, já que traria unicamente a ordem natural de precedência, sem significar que a Administração poderia deixar transcorrer sem qualquer ação o prazo de validade do concurso.

Houve, conforme expressamente reconhecido no acórdão ora verificado, uma mudança na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, uma nova interpretação acerca da matéria, no fenômeno da mutação constitucional, em que a Constituição é alterada sem que seu texto sofra mudança. Se antes se interpretava que somente havia direito à nomeação no caso de haver desrespeito à ordem de preferência, agora entende-se que a Constituição atribui aos candidatos aprovados em concurso público dentro do número de vagas previstos no edital direito subjetivo à nomeação, mesmo que não violada a ordem de precedência. À Administração cabe apenas escolher o momento de nomear, ou, então, apresentar justificativa expressa para não o fazer, fundamentada em fato superveniente, excepcional e imprevisível, que torne a ausência de nomeação necessária.

²⁶⁵ Recurso Extraordinário 598.099/MS, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 10/08/2011, publicado no DJe nº 189, de 03/10/2011.

De fato nos parece que os candidatos aprovados dentro do número de vagas previstas pelo edital têm direito subjetivo à nomeação. Vejamos.

Ao publicar o edital e estabelecer o número de vagas que serão preenchidas, a Administração expressamente reconhece que há necessidade, para o atendimento do interesse público, de que aqueles postos de trabalho sejam preenchidos, para que o Estado possa desempenhar adequadamente suas atividades.

A simples abertura da vaga, a vacância do cargo, não tem o condão de obrigar a Administração a preenchê-lo, já que o gestor público, considerando os recursos de que dispõe, financeiros, materiais e humanos, poderá entender que a melhor forma de atender ao interesse público é deixar o cargo vago, ou, então, até encaminhar projeto de lei que preveja sua extinção; poderá a Administração entender que aquela atividade não é mais necessária ou que os servidores de que já dispõe são suficientes para exercê-la adequadamente, preferindo utilizar seus recursos financeiros em outras atividades. O gestor, antes de abrir o concurso para o cargo ou emprego vago, deverá considerar a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000) e o limite trazido para os gastos com pessoal (artigos 18 a 20 da referida Lei Complementar), decidindo pelo seu não preenchimento.

No entanto, tendo a Administração procedido às avaliações de conveniência e oportunidade necessárias, bem como verificado (necessariamente antes da abertura do concurso) a compatibilidade dos custos da contratação com a legislação, e tendo decidido que o atendimento do interesse público depende da contratação de agentes para o preenchimento dos cargos vagos – o que expressamente declara ao publicar o edital de concurso público para o preenchimento de determinado número de vagas – não há a possibilidade de que deixe de preencher os cargos, sob pena de desatender ao interesse público, o que é vedado à Administração. A menos, assim, que alguma situação superveniente, excepcional, torne inviável o preenchimento do cargo, o que deverá ser cabalmente demonstrado pela Administração, que tem o dever de motivar seus atos, o preenchimento dos cargos e empregos previstos no edital é medida que se impõe. A persecução do atendimento do interesse público não é opção do administrador público, mas é sua obrigação.

Evidentemente que os cargos vagos não poderão ser preenchidos por qualquer pessoa, mas somente por aqueles que estiverem habilitados para tanto. Tal habilitação é comprovada, aferida, pela aprovação em concurso público, o que, ademais, é exigido pela Constituição. Ora, se a Administração aprovou em concurso público candidatos em número suficiente para o

preenchimento de todas as vagas previstas no edital ou, em outras palavras, reconheceu que há pessoas habilitadas para a ocupação dos cargos e empregos vagos e cujo preenchimento é necessário ao atingimento do interesse público, está assente que a Administração tem o dever de nomear os aprovados no concurso público, ao menos até o número de vagas previsto em edital.

Por outro lado, se o cidadão, acreditando que a Administração após todas as verificações e ponderações necessárias entendeu que é de interesse público o preenchimento de determinados cargos ou empregos vagos, decidiu concorrer às vagas em aberto, decidiu participar das atividades do Estado, atividades estas, repita-se, que o Estado reconheceu que há necessidade de que sejam desempenhadas, e este cidadão foi, mediante aprovação em concurso público, declarado como habilitado ao preenchimento do cargo ou emprego, é de se reconhecer que há o direito subjetivo à nomeação, pois, tal medida é imposta pelo dever de boa-fé que a Administração tem para com os administrados.

Se o administrado cumpriu todas as exigências impostas pela lei para o acesso ao serviço público, submeteu-se ao concurso público como minuciado no edital publicado pela Administração, cumpriu todas as regras acreditando que o Estado, buscando atender ao interesse público, houve por bem preencher determinados cargos ou empregos vagos, não pode a Administração, sem qualquer motivação, frustrar as suas expectativas. O administrado sacrificou-se para o atendimento dos requisitos legalmente estabelecidos para o concurso, submeteu-se à seleção, acreditando que a Administração também agia com seriedade ao declarar a necessidade de preenchimento daquelas vagas.

Somente um motivo superveniente ao edital (já que se preexistente a Administração não poderia abrir o concurso), excepcional, poderá justificar a ausência da nomeação de candidato aprovado em concurso público dentro do número de vagas previstas no edital. Deverá demonstrar a Administração, ainda, que a ausência de nomeação é medida necessária para a preservação do interesse público, face a nova situação apresentada.

O administrado deve poder confiar na Administração. A segurança jurídica, corolário do Estado de Direito, que pressupõe a submissão de todos, cidadãos e Estado à lei, impõe um dever de boa-fé da Administração para com os administrados.

Entendemos, dessa forma, que a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido da existência de direito subjetivo dos candidatos aprovados em concurso

público até o número de vagas previsto no edital é consentânea com o ordenamento jurídico constitucional brasileiro.

4.5.1 Cadastro de reserva

Questão relevante que decorre do reconhecimento da existência de direito subjetivo à nomeação daqueles aprovados em concurso público dentro do número de vagas previstas em edital é a possibilidade de que a Administração realize concursos em que se preveja a aprovação de candidatos para “cadastro de reserva”, ou seja, embora não se vá preencher a vaga imediatamente (ou tal vaga ainda não esteja disponível para preenchimento), a Administração já promove a seleção de candidatos para que, em caso de haver necessidade do preenchimento das vagas, não se tenha de aguardar a realização de um concurso público. Em síntese, a Administração, no edital, já expressamente declara que não há a necessidade ou possibilidade imediata de preenchimento das vagas.

Esse tipo de concurso pode dar ensejo a uma burla ao reconhecimento do direito subjetivo à nomeação que se apontou acima a existência, pois bastaria que, em qualquer concurso, a Administração afirmasse se tratar de cadastro de reserva para que se livrasse do dever de nomear os aprovados, somente declarando a existência de necessidade de preenchimento do cargo quando melhor lhe aprouvesse.

Outrossim, não podemos desconsiderar a possibilidade de que o adequado desempenho do serviço público esteja sendo ameaçado pela alta rotatividade de agentes públicos na ocupação de determinados cargos ou empregos, bem como por hipóteses excepcionais, em que tenha a Administração bons motivos para acreditar que perderá parte de seu quadro de pessoal, por aposentadoria, por exemplo, de forma a comprometer a boa prestação do serviço público. Vejamos o que aponta Fabrício Motta a respeito do tema:

Trata-se de legítimo instrumento de planejamento, cujo uso correto contribui para o atendimento do interesse público. Com efeito, em determinados cargos ou empregos públicos a rotatividade costuma ser intensa, sobretudo em razão da remuneração pouco atrativa. Durante o prazo de validade do concurso público, a instabilidade natural do quadro de pessoal de cada órgão ou entidade pode recomendar a aprovação de número excedente de candidatos para possibilitar, em momento posterior, a célere recomposição

da força de trabalho.²⁶⁶

Assim, segundo tal entendimento, demonstrado pela Administração, expressamente, preferencialmente no edital, de forma a permitir o eventual questionamento judicial, que há uma situação concreta de alta rotatividade de agentes ocupantes de um cargo, ou que há a previsão de um grande número de aposentadorias dentro de uma mesma carreira, enfim, de uma situação em que se comprove que o interesse público será melhor preservado pela seleção de um cadastro de reserva, excepcionalmente poderia ser admitido um concurso com tal natureza.

Entendemos, entretanto, que não poderá ser realizado um concurso público para cadastro de reserva já que o pressuposto básico para a realização de concurso público é a necessidade de que determinados cargos ou empregos, em nome do interesse público, sejam preenchidos. Se não existe ainda tal necessidade, o concurso público não pode ser realizado com fundamento em mera expectativa.

Ademais, nas hipóteses emergenciais, em que não haverá a possibilidade de aguardar a realização de concurso público, a própria Constituição já prevê que poderá ser contratado pessoal temporário, para o atendimento de hipóteses excepcionais de interesse público, conforme estiver disposto em lei (artigo 37, IX, da Constituição).

Mesmo nas hipóteses regulares, que não são enquadradas na excepcionalidade do artigo 37, IX, da Constituição, sempre restará a possibilidade, no caso de abertura de novas vagas e da necessidade de seu preenchimento, de contratação das pessoas que foram aprovadas em concurso público já realizado mas que estavam fora do número de vagas previstas no edital, dentro do prazo de validade do concurso público, conforme previsão do artigo 37, III e IV, da Constituição.

A ausência de previsão de número de vagas a serem preenchidas, ainda, inviabilizaria o adequado atendimento do artigo 37, VIII, da Constituição Federal, que traz a reserva de vagas para as pessoas com deficiência nos concursos públicos. Ora, se não se sabe quantas são as vagas, não se poderá saber quantas vagas deverão ser reservadas. Mais, ainda que se defina um número de vagas para a composição de cadastro de reserva, não se poderá saber quando convocar pessoas com deficiência e quando convocar pessoas da lista comum, já que

²⁶⁶ Concurso Público: Direito à Nomeação e a Existência de “Cadastro de Reserva”. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 12, n. 61, maio/jun. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=67666>>. Acesso em: 19 jun. 2013.

não será possível saber quantas vagas de fato serão preenchidas; como saber que o número de vagas reservadas foi observado, que não foi diminuído ou excedido? Ainda que se nomeasse uma pessoa de cada lista (alternadamente, uma pessoa da lista comum com uma pessoa da lista das pessoas com deficiência), se correria o risco de que ao final do prazo de validade do certame cinquenta por cento das vagas tivessem sido reservadas, pois não se saberia quando parar de chamar a lista das pessoas com deficiência; ao contrário, se somente se chamasse uma pessoa com deficiência após o preenchimento de algumas vagas pela lista comum, o risco seria de que a validade do concurso acabasse antes da nomeação das pessoas com deficiência em número adequado ao cumprimento da reserva de vagas.

Não nos parece, dessa forma, que haja possibilidade de realização de concurso público unicamente para a formação de cadastro de reserva, já que a Constituição prevê mecanismo que possibilita a contratação de pessoal temporário nos casos excepcionais, bem como há a possibilidade de contratação dos aprovados em concurso durante todo o seu prazo de validade, o que bem atenderia os casos de cargos ou empregos com alta rotatividade, não se apresentando plausível, assim, hipótese em que o atingimento do interesse público passasse ao largo de tais possibilidades.

5. Concurso público nas pessoas estatais de direito privado

O concurso público é obrigatório para a investidura em cargos ou empregos públicos da Administração Pública direta ou indireta, conforme o artigo 37, *caput* e inciso II, da Constituição e, dessa forma, é de rigor que entendamos que também em relação às pessoas estatais de direito privado, integrantes da administração indireta, tal regra deverá ser observada. A Constituição é cristalina ao estabelecer que o acesso aos empregos públicos se dá mediante concurso público, o que implica que a admissão nas empresas estatais, que adotam necessariamente o regime de emprego público, esteja condicionada à prévia realização de certame seletivo público.

Esse o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello, que leciona:

Em decorrência do art. 37, II, da Constituição, de acordo com o qual “a investidura em cargo ou *emprego público* depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações

para cargo em comissão (...)", o ingresso nas empresas estatais está subordinado ao aludido requisito. Esta regra há de sofrer certa atenuação, embora não elisão, tratando-se de empresa estatal *exploradora de atividade econômica*. Para tanto, concorre não apenas sua natureza industrial ou comercial, mas, sobretudo, o referido art. 173, §1º, II, da Constituição, que refere a submissão destas pessoas ao mesmo regime das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas.²⁶⁷ (grifos no original)

Assim, seja pela expressa referência da Constituição, no *caput* do artigo 37, à administração indireta de qualquer dos Poderes de todos os entes da Federação, seja pelo estabelecimento, no inciso II do mesmo artigo 37, de que os empregos públicos também deverão ser providos mediante a realização de concurso público, é de se entender que também as empresas estatais, as pessoas estatais de direito privado, devem observar o regime de concurso público para a contratação de pessoal.

5.1 Pessoas estatais exploradoras de atividade econômica

As empresas estatais podem ser prestadoras de serviços públicos, que desempenham atividades tipicamente do Estado, ou exploradoras de atividades econômicas, que irão intervir ou atuar em atividades que a princípio seriam reservadas aos particulares, mas, por razões de "relevante interesse coletivo" ou para atender aos "imperativos da segurança nacional", conforme dispuser a lei, segundo autorização do artigo 173, *caput*, da Constituição, serão desenvolvidas pelo Estado.

Empresas estatais prestadoras de serviços públicos, embora sejam pessoas de direito privado, pela própria natureza das atividades que desempenham, que são atividades afetas ao Estado, têm seu regime jurídico muito próximo ao regime das pessoas de direito público, ao passo que as empresas estatais exploradoras de atividades econômicas apresentam um regime jurídico muito mais próximo ao regime privado propriamente dito, seja para que não desfrutem de vantagens em relação aos particulares, que normalmente desempenham tais atividades econômicas, seja para que possam adequadamente concorrer com as empresas particulares sem experimentarem prejuízos em razão da sua propriedade estatal. Celso Antônio Bandeira de Mello, analisando o regime jurídico das empresas estatais exploradoras de atividades econômicas e das empresas estatais prestadoras de serviço público, bem retrata

²⁶⁷ **Curso de Direito Administrativo**. 30ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 225.

tal situação:

No primeiro caso, é compreensível que o regime jurídico de tais pessoas seja o mais próximo possível daquele aplicável à generalidade das pessoas de Direito Privado.[...]

No segundo caso, quando concebidas para prestar serviços públicos ou desenvolver quaisquer atividades de índole pública propriamente (como promover a realização de obras públicas), é natural que sofram o influxo mais acentuado de princípios e regras de Direito Público, ajustados, portanto, ao resguardo de interesses desta índole.²⁶⁸

Assim, quanto às empresas estatais prestadoras de serviços públicos, o regime de contratação de concurso público é exatamente o mesmo que o das pessoas de direito público, ou seja, a regra é a contratação mediante concurso público, com as exceções expressamente estabelecidas pela Constituição.

Justamente por tal razão, pela necessidade de preservação da livre concorrência e do mercado, bem como para a proteção dos próprios particulares, foi estabelecido pela Constituição que as empresas estatais que explorem atividades econômicas de produção ou comercialização de bens ou prestação de serviços se sujeitarão ao regime jurídico próprio das empresas privadas, conforme o artigo 173, §1º, II, da Lei Maior. Evidentemente que não se pode afirmar que o regime jurídico das empresas estatais exploradoras de atividade econômica será exatamente o mesmo que o regime das empresas privadas, já que tal regime jurídico deverá ser observado no conjunto da Constituição, ou seja, é necessário reconhecermos a incidência das normas constitucionais reguladoras das atividades da Administração Pública sobre o regime jurídico das empresas estatais exploradoras de atividades econômicas, já que estas são parte da administração indireta do Estado.

Conjugando-se o dispositivo que determina a submissão das empresas estatais exploradoras de atividade econômica ao regime jurídico das empresas privadas com a determinação de que os empregos públicos serão providos mediante concurso público, devemos entender que, em princípio, tais empresas estatais deverão realizar concurso público para a seleção de seu pessoal, mas que, quando tal seleção não puder ser realizada sem prejuízo do desenvolvimento de suas atividades em paridade de condições com as empresas privadas, poderá ser relevada a exigência de concurso público para o provimento de empregos. Dessa forma, nos casos em que houver a necessidade, para o adequado desempenho das atividades da empresa estatal exploradora de atividade econômica, de contratação de

²⁶⁸ **Curso de Direito Administrativo**. 30ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 203.

profissionais muito específicos, que possivelmente não se submeteriam à seleção pública, ou mesmo quando houver urgência na admissão, sempre com a devida e expressa motivação, poderá ser dispensado o concurso público. Esse o entendimento também defendido por Celso Antônio Bandeira de Mello:

Compreende-se que a empresa estatal pode, legitimamente, prescindir da realização de concurso público nas situações em que sua realização obstará a alguma necessidade de imediata admissão de pessoal ou quando se trate de contratar profissionais de maior qualificação, que não teriam interesse em se submeter a prestá-lo, por serem absorvidos avidamente pelo mercado.²⁶⁹

Dessa forma, a regra geral para as empresas estatais contratarem seus empregados é o concurso público, sendo, no entanto, possível alguma mitigação dessa regra no caso das empresas estatais exploradoras de atividades econômicas.

Concluimos, pelo exposto, que a regra geral trazida pela Constituição brasileira para o acesso ao serviço público, que deverá ser amplo, é a prévia aprovação em concurso público, salvo nas hipóteses em que a própria Constituição excepciona, bem como que a regra do concurso público deverá necessariamente ser interpretada à luz da igualdade.

Examinada a conformação constitucional do concurso público, passaremos especificamente à análise da reserva de vagas às pessoas com deficiência, trazida pelo artigo 37, VIII, da Constituição Federal.

²⁶⁹ **Curso de Direito Administrativo**. 30ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 225.

Capítulo IV – Pessoas com deficiência

As pessoas com deficiência, como visto, constituem um grupo vulnerável, ou seja, apresentam uma determinada característica que as fazem carecer de uma especial proteção do Estado para que possam adequadamente se incluir na sociedade, em igualdade de oportunidades face aos demais indivíduos.

Não é difícil de notarmos o grande despreparo de nossos equipamentos urbanos para o acolhimento das pessoas com deficiência, sendo raro encontrarmos uma cidade em que tais pessoas possam locomover-se com autonomia de forma segura, seja pela falta de adequação das vias públicas, que frequentemente não são compatíveis com cadeiras de rodas ou outros aparelhos necessários ao deslocamento de pessoas com dificuldade de locomoção, seja pela falta de equipamentos que permitam às pessoas com deficiência a completa percepção daquilo que está à sua volta, como sinais sonoros de trânsito que lhes permitam um mínimo de segurança para circularem na cidade.

Os meios de transporte coletivo também não são acessíveis, sendo raros os ônibus e táxis adaptados, bem como sendo bastante difícil o acesso ao transporte por trilhos. As paradas de ônibus também não contam com a necessária adaptação, o que impede a utilização dos coletivos pelas pessoas com deficiência, ainda que os veículos possam já estar adaptados, isso sem contar com a falta de preparo e tolerância dos operadores e usuários do sistema quanto às necessidades das pessoas com deficiência.

Além das vias públicas e seus respectivos equipamentos e da falta de um sistema de transporte acessível, os prédios públicos e os de uso coletivo também não contam com a necessária acessibilidade para sua utilização pelas pessoas com deficiência, impedindo o seu acesso a todos os seus ambientes.

Não apenas os equipamentos urbanos são despreparados para o acolhimento das pessoas com deficiência (embora desde a promulgação da Constituição de 1988 haja a obrigação do Poder Público de promover a acessibilidade, conforme artigo 244 da Lei Maior²⁷⁰), mas também a sociedade não tem a necessária sensibilidade para lidar com as

²⁷⁰ Não é demais ressaltar que, embora constantes do texto constitucional desde sua promulgação, em 1988, os artigos 227, §2º e 244, da Constituição Federal, que tratam da efetivação da acessibilidade das pessoas com deficiência, inclusive no tocante ao sistema público de transportes, somente tiveram regulamentação no ano de

pessoas com deficiência, não sendo raras as hipóteses que, a despeito de haver boa vontade, não há instrução suficiente para que alguém saiba amparar uma pessoa com deficiência no caso de necessidade.

Uma ideia generalizada de que as pessoas com deficiência não seriam tão capazes como quaisquer outras para o desempenho de todas as atividades do cotidiano, inclusive as laborativas, preconceito sem qualquer fundamento, acaba por retirar desse grupo a igualdade de oportunidades de inclusão social em relação às demais pessoas. O preconceito associado ao ambiente urbano (e social) inacessível impede que as pessoas com deficiência tenham as mesmas oportunidades que as demais pessoas, sendo muito mais danoso do que o próprio impedimento que aquelas pessoas têm.

Em síntese, não é muito difícil a percepção de que as pessoas com deficiência encontram problemas de mobilidade urbana, de utilização dos espaços públicos e de uso coletivo, e, como se isso não bastasse, ainda enfrentam um injustificado preconceito acerca de suas habilidades e capacidades, muito provavelmente fruto de décadas (ou até séculos) de uma política meramente assistencialista e de segregação, como tivemos a oportunidade de observar quando tratamos dos direitos das pessoas com deficiência ao longo da história. A segregação gerou, e sempre gerará, mais segregação, diminuindo significativamente a possibilidade de que a sociedade, aproveitando-se da convivência e da consciência dos problemas desse grupo, possa aprender a com ele lidar e perceber a sua real dimensão, eliminando-se o preconceito.

Dessa forma, justifica-se a opção do constituinte brasileiro de eleger tal grupo como grupo vulnerável²⁷¹ e estabelecer-lhe especial proteção, com o escopo de propiciar às pessoas com deficiência a possibilidade de viverem na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, gozando de autonomia e dignidade. O reconhecimento de direitos específicos, bem como a inserção forçada em diversos segmentos que naturalmente, face as barreiras ambientais e sociais existentes, seriam inacessíveis às pessoas com deficiência,

2000, com a edição da Lei nº 10.098/2000 sendo que sua efetiva aplicação somente foi delineada no ano de 2004, quando editado o decreto regulamentador da citada Lei. Não obstante a demora de dezesseis anos para a implementação legislativa e regulamentar desses direitos fundamentais das pessoas com deficiência (já que sem acessibilidade e transporte ficam inviabilizados diversos direitos fundamentais desse grupo, como o direito ao trabalho, o acesso à educação, à saúde, e, enfim, à sua própria dignidade), o Decreto nº 5.296/2004 ainda fixou prazos absurdamente longos, de até dez anos, para a adaptação de veículos da frota de transporte coletivo, por exemplo. Houve, assim, uma absoluta desconsideração do Legislativo e do Executivo pelos direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal às pessoas com deficiência que, ademais, também não foi apreciada e sanada pelo Poder Judiciário.

²⁷¹ Vide Capítulo 2, item 3.1: “As pessoas com deficiência como objeto das ações afirmativas”.

fomentarão a extinção do preconceito e o reconhecimento social de tais pessoas como iguais às outras, merecedoras das mesmas oportunidades e detentoras das mesmas habilidades e capacidades. É, sem dúvida, um processo de longo prazo, mas que obrigatoriamente deve ser promovido pelo Estado brasileiro, face o mandamento constitucional da inclusão, de construção de uma sociedade livre, justa e solidária (Constituição Federal, artigo 3º, I), de promoção do bem de todos (Constituição Federal, artigo 3º, IV); trata-se da efetivação do Estado Social e Democrático de Direito, cujo um dos fundamentos é a dignidade da pessoa humana (Constituição Federal, artigo 1º, III). São mandamentos constitucionais vigentes e dotados de obrigatoriedade, que deverão ser efetivados pelos Poderes constituídos, por imposição do constituinte, não se tratando de meras exortações ou aconselhamentos. A Constituição é norma jurídica e, como tal, é cogente e deve ser efetivada.

Por tal razão, é necessário, primeiramente, que estabeleçamos o que se entende por pessoas com deficiência, qual a sua definição no Direito brasileiro, o que tornará possível a delimitação das pessoas que o sistema constitucional brasileiro elegeu para receberem uma especial atenção, face a necessidade de incluí-las plenamente na sociedade.

Como se nota da análise da evolução histórica dos direitos das pessoas com deficiência que apresentamos no capítulo I deste trabalho e ficará mais evidente no desenvolvimento deste capítulo, houve significativa alteração do conceito de pessoas com deficiência, evoluindo-se da concepção puramente médica de que a deficiência estava na pessoa para uma concepção social, na qual se passou a entender que a pessoa com deficiência é parte da diversidade humana, sendo que a deficiência está na sociedade, que é incapaz de incluí-la adequadamente, face as diversas barreiras existentes. Essa alteração do conceito de pessoas com deficiência acaba por encontrar reflexo nas definições que procuram identificar tal grupo nos diversos documentos produzidos para a salvaguarda de seus direitos, bem como nos diversos ordenamentos jurídicos. As definições passam a espelhar o conceito social de pessoas com deficiência, ao invés de apenas considerar a questão médica²⁷².

²⁷² No presente trabalho adotamos significados distintos para os termos “conceito” e “definição”. Segundo o Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, “conceito” significa, no campo da Filosofia, a “*representação mental de um objeto abstrato ou concreto, que se mostra como um instrumento fundamental do pensamento em sua tarefa de identificar, descrever e classificar os diferentes elementos e aspectos da realidade*”; no campo linguístico, conceito significa “*noção abstrata contida nas palavras de uma língua para designar as propriedades e características de uma classe de seres, objetos, ou entidades abstratas*”. (HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2009, p. 510). A palavra “definição”, por sua vez, no mesmo dicionário tem o significado, no campo da lógica, de “*operação linguística que busca a determinação clara e precisa de um conceito ou objeto*”, ou, ainda, a “*explicação da coisa ou realidade significada por uma palavra; a essência para a qual aponta um signo*”.

A definição de pessoas com deficiência no ordenamento jurídico brasileiro, assim, influencia diretamente diversos dispositivos constitucionais e da legislação infraconstitucional, pois necessariamente devemos entender quem são as pessoas com deficiência para que se possa aplicar a reserva de vagas nos concursos públicos e no mercado de trabalho privado, para que possa a assistência social conferir o benefício previsto no artigo 203, V, da Constituição, enfim, para que possam ser implementadas as políticas públicas necessárias à efetivação do quanto disposto no texto constitucional. Dar efetividade aos direitos das pessoas com deficiência é dar efetividade à própria Constituição da República.

Com a internalização da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, em 2008, com equivalência de emenda constitucional, já que utilizado o procedimento trazido pelo artigo 5º, §3º, da Constituição, a definição de pessoas com deficiência no Direito brasileiro sofreu sensível alteração, sendo de rigor que toda a legislação nacional adapte-se a tal definição, sob pena de inconstitucionalidade.

No presente capítulo iniciaremos a abordagem com o histórico da legislação brasileira acerca da definição de pessoas com deficiência, passando então à sua atual definição, com a feição social de que hoje é revestida, detalhando seus principais componentes, e demonstrando sua abertura. Demonstraremos, ainda, que o conceito de pessoas com deficiência ainda está em evolução, não está pronto e acabado, havendo espaço para novos entendimentos, apontando, ainda, as principais questões decorrentes da nova definição adotada pelo nosso ordenamento jurídico.

Passaremos, então, à análise do dever de inclusão imposto pela Constituição Federal, sob a perspectiva da Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU,

linguístico.” (HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2009, p. 606). Dessa forma, enquanto que o conceito tem o caráter de abstração, de representação mental que se tem acerca de uma realidade, a definição tem o caráter de, utilizando-se dos signos linguísticos, apontar as características que tornam uma realidade diferente das demais. O conceito é algo abstrato, que, no caso do Direito, significa a representação mental que o jurista tem uma determinada realidade. A definição, por sua vez, é a delimitação linguística de uma determinada realidade, o estabelecimento, com a utilização da linguagem, dos caracteres distintivos do conceito. Segundo aponta H.L.A. Hart, “[...] *Uma definição é, como a palavra sugere, principalmente uma questão de traçar linhas divisórias ou distinguir entre um e outro tipo de coisa, que a língua demarca pelo uso de palavras distintas*”. (**O Conceito de Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 17). Aponta Antônio Celso Mendes, por sua vez, que “*O conceito de alguma coisa é o resultado do trabalho de nossa razão*” (**Dimensões Conceituais do Direito**. 2ª edição. Curitiba, Juruá Editora, 2008, p.42). Eros Roberto Grau, por sua vez, aponta que “O conceito – essencialista ou não – é produto da reflexão, expressando uma *suma de ideias*.” (**O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 8ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 193). Temos, dessa forma, que “conceito” e “definição” são distintos entre si, e, como afirma Luis Alberto Warat, “[...] *A introdução de conceitos em uma linguagem científica efetua-se, principalmente, através de definições*.” (**O Direito e Sua Linguagem**. 2ª edição. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 55).

verificando sua extensão e responsabilidades.

Apresentaremos, ainda, breve análise do Projeto de Lei nº 7.699/2006, que traz o projeto de Estatuto das Pessoas com Deficiência, atualmente tramitando no Congresso Nacional, de forma a verificar como tal projeto lida com a conceituação de pessoas com deficiência e como busca operacionalizar tal conceito.

1. A definição de pessoas com deficiência na legislação brasileira

Atualmente, a definição de pessoas com deficiência que é adotada no Direito brasileiro é aquela trazida pelo artigo 1 da Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU.

No entanto, antes de verificarmos a atual definição de pessoas com deficiência no Direito pátrio, cumpre-nos fazer um breve histórico da legislação brasileira a esse respeito.

1.1 A definição de pessoas com deficiência na legislação brasileira anteriormente à Convenção da ONU

Até a incorporação ao Direito brasileiro da Convenção da ONU, não havia definição constitucional de pessoas com deficiência, embora tal grupo fosse mencionado por diversas vezes no texto constitucional pátrio. Apenas normas infraconstitucionais definiam quem poderia ser entendido como pessoa com deficiência, sendo que inicialmente havia apenas normas que o faziam apenas com finalidade específica, ou seja, tão-somente para garantir o direito a um benefício determinado.

1.1.1 Normas que apresentam definição de pessoas com deficiência apenas para uma determinada finalidade

No nível infraconstitucional, inicialmente somente havia definições legais de pessoas com deficiência com a finalidade de aplicação de leis específicas, que concediam benefícios tributários ou assistenciais, como nos casos da Lei nº 8.989/1995, que tratava da isenção de Imposto Sobre Produtos Industrializados na compra de veículos (embora mesmo nessa lei somente em 2003 tenha sido inserida, pela Lei nº 10.690/2003, uma definição detalhada de pessoas com deficiência, que antes se limitava à impossibilidade de dirigir um veículo automotor comum), e da Lei nº 8.742/1993, Lei Orgânica da Assistência Social, que definia pessoas com deficiência para fins de percepção do benefício assistencial previsto no artigo 203, V, da Constituição Federal.

A definição trazida pela Lei nº 8.742/1993, em seu artigo 20, §2º²⁷³ (para fins de concessão do benefício assistencial previsto no artigo 203, V, da Constituição Federal), que originalmente limitava-se à incapacitação para a vida independente e para o trabalho, foi alterada pela Lei nº 12.435/2011 e, na sequência, pela Lei nº 12.470/2011, e já adota a nova terminologia, fazendo constar da lei alterada o conceito de pessoas com deficiência trazido pela Convenção da ONU e, assim, compatível com o sistema constitucional brasileiro. O Decreto regulamentador de tal norma, Decreto nº 6.214/2007, com a redação que lhe dá o Decreto nº 7.617/2011, traz, em seu artigo 4º, II, definição de pessoas com deficiência para fins de concessão do benefício assistencial idêntico ao conceito inserido na lei regulamentada²⁷⁴.

1.1.2 Normas gerais sobre pessoas com deficiência

²⁷³ Lei nº 8.742/1993: “art. 20 (...) § 2º Para efeito de concessão deste benefício, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas (Redação dada pela Lei n. 12.470, de 2011). (...)”

²⁷⁴ A Lei Complementar 142, de 08 de maio de 2013, em vigor desde 08 de novembro de 2013, que regulamenta o artigo 201, §1º, da Constituição Federal, que garante às pessoas com deficiência aposentadoria mediante critérios diferenciados, em seu artigo 2º traz definição de pessoas com deficiência consentânea com a Convenção da ONU: “Art. 2º Para o reconhecimento do direito à aposentadoria de que trata esta Lei Complementar, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.”

Vejam agora as normas que pretendem tratar da questão das pessoas com deficiência de forma geral, ou seja, normas que não se destinam a conferir um ou outro benefício, mas a efetivar como um todo a proteção constitucional a que tal grupo faz jus.

A primeira norma que definiu pessoas com deficiência com caráter geral (ou seja, que não unicamente para os efeitos de percepção de um benefício assistencial ou fiscal) foi o Decreto nº 914/1993²⁷⁵, regulamentando a Lei nº 7.853/1989, que dispõe sobre o apoio às pessoas com deficiência e sua integração social, dentre outros pontos (notemos que a lei se propõe especificamente a dispor de forma geral sobre o amparo às pessoas com deficiência, mas não cuida de definir tal grupo). Tal Decreto foi revogado pelo Decreto nº 3.298/1999²⁷⁶, que também apresentou uma definição de pessoas com deficiência. Posteriormente, a definição trazida pelo Decreto nº 3.298/1999 foi alterada pelo Decreto nº 5.296/2004²⁷⁷,

²⁷⁵ Decreto nº 914/1993 : “Art. 3º Considera-se pessoa portadora de deficiência aquela que apresenta, em caráter permanente, perdas ou anormalidades de sua estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica, que gerem incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano.”

²⁷⁶ Decreto nº 3.298/1999: “Art. 4º É considerada pessoa portadora de deficiência a que se enquadra nas seguintes categorias: I - deficiência física – alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplicia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções; II - deficiência auditiva – perda parcial ou total das possibilidades auditivas sonoras, variando de graus e níveis na forma seguinte: a) de 25 a 40 decibéis (db) – surdez leve; b) de 41 a 55 db – surdez moderada; c) de 56 a 70 db – surdez acentuada; d) de 71 a 90 db – surdez severa; e) acima de 91 db – surdez profunda; e f) anacusia; III - deficiência visual – acuidade visual igual ou menor que 20/200 no melhor olho, após a melhor correção, ou campo visual inferior a 20º (tabela de Snellen), ou ocorrência simultânea de ambas as situações;” (redação original) IV - deficiência mental – funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como: a) comunicação; b) cuidado pessoal; c) habilidades sociais; d) utilização da comunidade; e) saúde e segurança; f) habilidades acadêmicas; g) lazer; e h) trabalho; V - deficiência múltipla – associação de duas ou mais deficiências.” (redação original)

²⁷⁷ Decreto nº 5.296/2004: “§ 1º Considera-se, para os efeitos deste Decreto: I - pessoa portadora de deficiência, além daquelas previstas na Lei nº 10.690, de 16 de junho de 2003, a que possui limitação ou incapacidade para o desempenho de atividade e se enquadra nas seguintes categorias: a) deficiência física: alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplicia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções; b) deficiência auditiva: perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500Hz, 1.000Hz, 2.000Hz e 3.000Hz; c) deficiência visual: cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60º; ou a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores; d) deficiência mental: funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como: 1. comunicação; 2. cuidado pessoal; 3. habilidades sociais; 4. utilização dos recursos da comunidade; 5. saúde e segurança; 6. habilidades acadêmicas; 7. lazer; e 8. trabalho; e) deficiência múltipla - associação de duas ou mais deficiências; e II - pessoa

regulamentador das Leis nº 10.048/2000, que dispõe sobre atendimento prioritário a alguns grupos vulneráveis, dentre os quais as pessoas com deficiência, e nº 10.098/2000, que dispõe sobre normas gerais de acessibilidade. Tais leis, embora tratem de questões relativas às pessoas com deficiência, não definiam tal grupo, o que somente era feito pelos Decretos citados.

Note-se que o Decreto nº 5.296/2004 utilizou-se da definição contida na Lei nº 10.960/2003²⁷⁸, que altera a Lei nº 8.989/1995, e apresenta uma definição de pessoas com deficiência unicamente para fins de isenção de tributo na compra de automóveis.

Verificando as definições trazidas pelos decretos citados, percebe-se que, à exceção da primeira definição, trazida pelo Decreto nº 914/1993, revogado em 1999, todas as demais optaram por apresentar um rol fechado de doenças ou incapacidades para o enquadramento de alguém como pessoa com deficiência; é dizer, se a pessoa não apresentasse alguma daquelas enfermidades ou incapacidades não desfrutaria do sistema de proteção legalmente estabelecido. Não bastava, por exemplo, que a pessoa tivesse baixa acuidade visual e apresentasse grande dificuldade de enxergar, mas sua acuidade visual deveria enquadrar-se nos níveis previstos nos decretos. Deformidades estéticas sempre estavam excluídas do conceito de deficiência.

Se tais critérios estritos, por um lado, conferiam ao administrador público uma facilidade maior para o enquadramento de alguém como pessoa com deficiência (bastava verificar a incapacidade para o exercício de uma função e a presença da enfermidade apontada), por outro impossibilitava que pessoas que necessitassem da proteção conferida constitucionalmente mas que fossem acometidas de outras enfermidades tivessem acesso à proteção legal (a pessoa incapaz para o desempenho de uma função mas que não apresentasse

com mobilidade reduzida, aquela que, não se enquadrando no conceito de pessoa portadora de deficiência, tenha, por qualquer motivo, dificuldade de movimentar-se, permanente ou temporariamente, gerando redução efetiva da mobilidade, flexibilidade, coordenação motora e percepção.”

²⁷⁸ Lei nº 10.960/2003: “art. 2º (...) Para a concessão do benefício previsto no art. 1º é considerada também pessoa portadora de deficiência física aquela que apresenta alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções. § 2º Para a concessão do benefício previsto no art. 1º é considerada pessoa portadora de deficiência visual aquela que apresenta acuidade visual igual ou menor que 20/200 (tabela de Snellen) no melhor olho, após a melhor correção, ou campo visual inferior a 20º, ou ocorrência simultânea de ambas as situações.”

uma das enfermidades ou características previstas nos decretos não seria pessoa com deficiência).

Como adiante verificaremos, a atual definição de pessoas com deficiência não mais tem essa característica de rol fechado, estrito, mas apenas aponta as diretrizes para que alguém possa ser considerado como pessoa com deficiência. Não se define mais as enfermidades ou incapacidades, mas é apontada a necessidade da existência de “impedimentos de longo prazo”, sejam eles de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, que, em interação com barreiras sociais diversas, provoquem uma desigualdade de oportunidades. Assim, além de não contar com um rol fechado de impedimentos, há um forte caráter social na nova definição, pois considera a existência de barreiras ambientais (que podem ser sociais), bem como não mais é necessária a incapacidade para o exercício de função, mas a desigualdade de oportunidades; o impedimento é apenas um dos elementos da definição de pessoa com deficiência. A definição atual de pessoa com deficiência será mais adiante pormenorizado, com o desenvolvimento das assertivas aqui apresentadas.

Devemos apontar que, como notamos, não havia uma definição legal (para efeitos gerais) de pessoas com deficiência, mas apenas definições trazidas por decretos, o que é de discutível legalidade, já que o enquadramento de alguém como pessoa com deficiência gera direitos ao cidadão e deveres ao Estado e, conforme decorre do artigo 5º, II, da Constituição Federal, somente à lei é deferido criar direitos e obrigações. Essa também a visão de Luiz Alberto David Araujo, que afirma:

O Decreto regulamentar, pelo nosso entendimento, não poderia ter definido quem é pessoa portadora de deficiência, ou seja, quem está enquadrado pelo benefício constitucional da proteção. No caso, somente a lei poderia criar direitos e obrigações. O Decreto teria apenas a função de operacionalizar a lei.²⁷⁹

De fato, em se tratando de criar direitos e obrigações, o decreto não é meio idôneo, sendo de rigor a edição de lei. Alguém estar enquadrado no conceito de pessoa com deficiência implicará na incidência de toda a proteção constitucional destinada a tal grupo, o que exige a disciplina legal, conforme mandamento da Constituição Federal.

Em 08 de outubro de 2001 o Brasil passou finalmente a ter uma definição legal de pessoa com deficiência, com a promulgação da Convenção Interamericana para a Eliminação

²⁷⁹ Em Busca de Um Conceito de Pessoa Com Deficiência. In GUGEL, Maria Aparecida; MACIEIRA, Waldir; RIBEIRO, Lauro (Org.). **Deficiência no Brasil – Uma Abordagem Integral dos Direitos das Pessoas Com Deficiência**. Florianópolis: Editora Obra Jurídica, 2007, p. 16.

de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (Convenção da Guatemala), por intermédio do Decreto nº 3.956/2001. Tal Convenção foi aprovada pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo nº 198, de 13 de junho de 2001. Vejamos a definição trazida pelo artigo I da referida Convenção:

Para os efeitos desta Convenção, entende-se por:

1. Deficiência

O termo 'deficiência' significa uma restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária, causada ou agravada pelo ambiente econômico e social.

Tendo em vista que a referida Convenção, que trata de forma geral dos direitos das pessoas com deficiência, incorporou-se ao Direito brasileiro como lei ordinária, passamos a encontrar uma definição legal de pessoas com deficiência com caráter geral (ou seja, uma definição que não se destina à aplicação de uma lei específica). Podemos dizer, assim, que os Decretos acima referidos não poderiam apresentar definições de pessoas com deficiência incompatíveis com a definição da Convenção da Guatemala, sob pena de consistirem em decretos *contra legem*, o que é vedado pelo artigo 84, IV, da Constituição Federal, que determina que os decretos devem ser expedidos unicamente para a fiel execução da lei.

Cumprе ressaltar, ainda, a existência no Congresso Nacional de Projeto de Lei (Projeto de Lei nº 7.699/2006) que institui o Estatuto das Pessoas com Deficiência, já adaptado ao quanto disposto na Convenção, o qual detalharemos mais adiante (v. item 3 do presente Capítulo).

1.1.3 Caráter constitucional da nova definição de pessoas com deficiência

Antes de analisarmos com maior detalhamento a definição trazida pela Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, cumprе-nos esclarecer o caráter constitucional de tal definição no Direito brasileiro, com a conseqüente força de revogar as disposições legais anteriores que lhe contrariem, bem como de tornar inconstitucionais quaisquer definições legais posteriores que disponham de modo incompatível.

Tal definição é adotada no Direito brasileiro em razão da internalização da Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU na forma prevista no artigo 5º, §3º, da Constituição Federal²⁸⁰, ou seja, com equivalência de emenda constitucional. A referida Convenção foi aprovada pelo Congresso Nacional por intermédio do Decreto Legislativo nº 186, de 09 de julho de 2008, nos termos do §3º do art. 5º da Constituição Federal, como já afirmado, ratificada em 1º de agosto de 2008, e promulgada pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009²⁸¹.

Dessa forma, como a Convenção da ONU tem equivalência de emenda constitucional, além do efeito de revogação de toda a legislação anterior incompatível, toda a legislação infraconstitucional posterior lhe deve observância, podendo ser declarada inconstitucional naquilo que lhe contrarie. Assim, como a definição de pessoa com deficiência é trazida pela Convenção da ONU, que apresenta equivalência de emenda constitucional, toda e qualquer definição de pessoa com deficiência presente na legislação infraconstitucional deverá ser compatibilizada com a definição trazida pelo artigo 1 da referida Convenção.

Inclusive a denominação “pessoa com deficiência”, que consta da Convenção da ONU, deverá ser obrigatoriamente incorporada pelo Direito brasileiro. Nota-se que a própria Constituição Federal ainda adota a denominação “pessoa portadora de deficiência”, o que é incompatível com o texto da Convenção, e, dessa forma, carece de alteração²⁸². Ressalte-se,

²⁸⁰ “Art. 5º (...) §3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (§3º acrescentado pela Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004) (...)”

²⁸¹ Havia discussão acerca da necessidade de promulgação da Convenção por Decreto do Poder Executivo para que esta passasse a ter validade no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista a imediata aplicabilidade das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, conforme preconizado pelo artigo 5º, §1º, da Constituição Federal. Ademais, especificamente no caso do artigo 5º, §3º, da Constituição Federal, ou seja, no caso de aprovação do tratado internacional com equivalência de emenda constitucional, não faria sentido a exigência de promulgação por Decreto do Presidente da República, já que a emenda constitucional não necessita, segundo o processo legislativo trazido pelo artigo 60 da Constituição Federal, de promulgação pelo Poder Executivo, sendo promulgada diretamente pelo Congresso Nacional (artigo 60, §3º). De fato, não nos parece, no caso do artigo 5º, §3º, da Constituição Federal, haver necessidade de promulgação do tratado internacional pelo Poder Executivo, tendo em vista que as emendas constitucionais, às quais os instrumentos aprovados nesses moldes são equivalentes, não necessitam de tal formalidade para sua validade. De qualquer forma, a promulgação da Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU pelo Decreto nº 9.649/2009 dirimiu qualquer discussão de sua validade.

²⁸² Ao longo do tempo diversas nomenclaturas foram atribuídas ao grupo vulnerável de que estamos tratando, como “excepcionais”, “deficientes”, “inválidos”, “pessoas portadoras de deficiência”, “pessoas com necessidades especiais”. Tais expressões, no entanto, não eram adequadas já que algumas (como “excepcionais”, “deficientes”, “inválidos”) carregavam uma forte conotação pejorativa propagadoras da exclusão, e outras não eram capazes de apresentar com maior precisão a situação que se pretende retratar, como é o caso de “pessoas portadoras de deficiência”, já que a deficiência não é algo que essas pessoas carreguem consigo, mas é uma característica que lhes é inerente, como parte da diversidade humana. Já a expressão “pessoas com necessidades especiais” também não é boa para designar nenhum grupo que seja, já que todas as pessoas, em todas as fases de

por oportuno, que o despreparo da sociedade para a inclusão das pessoas com deficiência pode ser notado com o uso das mais diversas, e inadequadas, expressões para a designação de tal grupo nos meios de comunicação, na administração pública e na própria lei.

Passemos, agora, a minuciar a nova definição de pessoas com deficiência, trazida pela Convenção da ONU.

1.2 A nova definição constitucional de pessoas com deficiência

Primeiramente, temos que ressaltar que pessoas com deficiência são *pessoas*, ou seja, trata-se de um grupo de pessoas com características peculiares. Dessa forma, é evidente que ao buscarmos uma definição de pessoas com deficiência, buscamos, na verdade, os elementos que diferenciam essas pessoas objeto de nosso estudo das demais pessoas.

Como consequência, ao analisarmos a definição de pessoas com deficiência da Convenção, iremos inevitavelmente encontrar aquilo que tal diploma coloca como “deficiência”. Embora, por óbvio, “deficiência” e “pessoas com deficiência” sejam conceitos distintos, o estudo dos elementos componentes da definição de pessoas com deficiência no presente trabalho (que pretende unicamente diferenciá-las das demais pessoas) terá como objeto a própria definição de deficiência trazida pela Convenção.

A Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, aprovada pelo Congresso Nacional na forma do artigo 5º, §3º, da Constituição Federal, trouxe, em seu artigo 1, ao direito brasileiro, com equivalência de emenda constitucional, uma nova definição de pessoas com deficiência, que condiciona, assim, todo o direito infraconstitucional. Vejamos tal definição:

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

suas vidas, apresentam algum tipo de necessidade especial, como é o caso das crianças e dos idosos, por exemplo. Dessa forma, a expressão “pessoas com deficiência” é a que melhor retrata a situação que se pretende apresentar, tendo como seu núcleo essencial a ideia de que estamos tratando de pessoas, com uma qualificação específica.

Tal definição não tem mais um caráter unicamente médico de pessoa com deficiência, que tinha por núcleo uma enfermidade ou alteração fisiológica, mas tem um caráter social, já que os impedimentos são apenas um dos elementos caracterizadores das pessoas com deficiência, elemento que deverá interagir com as diversas barreiras existentes na sociedade e implicar na obstrução da participação plena e efetiva dessas pessoas na sociedade, em igualdade de condições com as demais pessoas. Com a mudança de conceito acerca das pessoas com deficiência, com o conceito social de pessoas com deficiência agora concebido, no qual entende-se que a deficiência, na verdade, está na sociedade, houve uma alteração na definição de tal grupo vulnerável nos ordenamentos jurídicos e nos documentos que se destinam à garantia de seus direitos, procurando-se materializar nas definições os novos elementos, de caráter social, que identificam e diferenciam o grupo das pessoas com deficiência.

A própria Convenção da ONU explicita que o conceito de deficiência que guiou sua elaboração tem caráter social, conforme se nota do item “e” do seu Preâmbulo:

e) Reconhecendo que a deficiência é um conceito em evolução e que a deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas,

O núcleo da definição de pessoas com deficiência, assim, está na sociedade; a sociedade com suas barreiras é que é deficiente e não está apta a oferecer às pessoas que tenham impedimentos plena e efetiva participação em igualdade de oportunidades para com as demais pessoas.

O deslocamento do núcleo da definição de pessoas com deficiência do critério médico para o critério social traz uma perspectiva muito clara, de que é a sociedade que deverá adaptar-se, preparar-se para a inclusão das pessoas com deficiência, eliminando todas as barreiras existentes, ou, quando impossível, proporcionando formas de sua superação, de modo a que as pessoas com deficiência gozem das mesmas oportunidades que gozam as outras pessoas daquela sociedade.

Antigamente, historicamente, o foco central da questão das pessoas com deficiência era no tratamento daquilo que hoje é denominado impedimento, tornando essas pessoas como um “problema” médico e assistencial. Hoje, impedimento é apenas uma característica de determinadas pessoas, sendo que o problema está na sociedade, que não está preparada para

oferecer a todos as mesmas oportunidades, face as suas diversas barreiras, que interagem negativamente com os impedimentos (ou se preferir, com as características de determinadas pessoas).

Evidentemente que os impedimentos poderão, e deverão, ser objeto de preocupação do Estado, que deverá proporcionar os meios existentes para lhes minorar ou eliminar, com tratamentos e assistência a quem necessitar, já que toda e qualquer pessoa tem direito à saúde, dever do Estado, nos termos do artigo 196 da Constituição. O dever do Estado para com a saúde é universal, e, evidentemente, não se exclui dessa proteção as pessoas com deficiência²⁸³.

O que não se admite é que o foco principal do Estado na questão das pessoas com deficiência seja o tratamento do impedimento, já que tal tratamento é um direito de qualquer pessoa, sendo de rigor que o Estado concentre sua atenção na busca da igualdade de oportunidades a serem desfrutadas pelas pessoas com deficiência, mediante a eliminação e superação de barreiras e o estabelecimento de políticas específicas. O cerne da questão passa ser a igualdade, a inclusão efetiva na sociedade²⁸⁴. Isso que está constitucionalmente assegurado e que deverá ser perseguido.

Cumprindo aqui apontar que a definição trazida pela Convenção da ONU não é, como não é o próprio conceito de pessoas com deficiência, uma definição fechada, pronta e acabada, de forma que nos permita imediatamente verificar quem está ou não inserido no

²⁸³ Devemos apontar que a Lei nº 12.715/2012, em seu artigo 3º, instituiu o Programa Nacional de Apoio à Atenção da Saúde da Pessoa com Deficiência - PRONAS/PCD, que tem a finalidade de captar e canalizar recursos destinados a estimular e desenvolver a prevenção e a reabilitação da pessoa com deficiência, incluindo-se promoção, prevenção, diagnóstico precoce, tratamento, reabilitação e indicação e adaptação de órteses, próteses e meios auxiliares de locomoção, em todo o ciclo de vida, bem como estabelece incentivo fiscal a ações e serviços de reabilitação da pessoa com deficiência desenvolvidos por pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos que se destinam ao tratamento de deficiências físicas, motoras, auditivas, visuais, mentais, intelectuais, múltiplas e de autismo. Tal Lei é regulamentada pelo Decreto nº 7.988/2013.

²⁸⁴ Importante anotar a diferença apontada pela doutrina entre inclusão e integração. Costuma-se anotar que o período histórico após a Segunda Guerra Mundial foi marcado pela política de integração das pessoas com deficiência, ou seja, de possibilitar que estas pudessem participar da sociedade, desde que conseguissem se adaptar, ao passo que, desde a década de 1980, passou a haver a preocupação com a efetiva inclusão das pessoas com deficiência, ou seja, passa a haver um dever do Estado, e da sociedade, de agir para evitar a exclusão; como aponta Eugênia Augusta Gonzaga Fávero, “Portanto, diferentemente da integração, não se espera a inserção apenas daquele que consegue ‘adaptar-se’, mas garante a adoção de ações para evitar a inclusão. E diante da desigualdade já presente, exige que se faça uso de medidas positivas, quotas aliadas a políticas públicas, por exemplo, para sua redução” (**Direito das Pessoas com Deficiência: Garantia de Igualdade na Diversidade**. 2ª edição. Rio de Janeiro: WVA Editora, 2007, p. 38). No mesmo sentido confira-se: MADRUGA, Sidney. **Pessoas com Deficiência e Direitos Humanos: Ótica da Diferença e Ações Afirmativas**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 103-111.

grupo vulnerável. Trata-se da indicação de um modelo, o modelo social da deficiência, que deverá ser seguido por todos os Estados-Partes da Convenção (v. item 1.2.2 infra).

Tal definição de pessoas com deficiência, ademais, decorre da definição de deficiência adotada pela Organização Mundial da Saúde – OMS na Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde – CIF, de 2001, originada, por sua vez, na Classificação Internacional de Deficiências, Incapacidades e Desvantagens – ICDH (da sigla em inglês), publicada pela mesma Organização em 1980, em caráter experimental.

Na CIF a OMS expressamente prega a adoção de um modelo “biopsicossocial”, que integra tanto o modelo médico de deficiência, que entende a deficiência como algo inerente à pessoa, requerendo cuidados médicos, como o modelo social de deficiência, que a entende como um problema da sociedade, que não está devidamente preparada para a inclusão das pessoas com deficiência.

A CIF aponta que a deficiência (a tradução para o português do documento usa o termo “incapacidade”) seria resultante de uma interação dos impedimentos (que no documento traduzido constam como deficiência) com fatores contextuais, gerando uma restrição na participação da pessoa na sociedade. Em síntese, pode-se dizer que o modelo da CIF aponta que a alteração nas funções ou estruturas do corpo afetando a execução (desempenho) de tarefas num ambiente padrão (ambiente que desconsidera o impacto dos fatores ambientais sobre a capacidade do indivíduo), associada a influências externas (fatores contextuais), ambientais (falta de acessibilidade, por exemplo) ou pessoais (nível de escolaridade, por exemplo), podem levar a uma restrição de participação na sociedade.

No entanto, a tradução da CIF para o português²⁸⁵ não foi feliz, ou, ao menos, não se pode dizer que seja compatível com a tradução que posteriormente foi realizada para a Convenção da ONU, pois realidades distintas são tratadas por expressões idênticas. Na CIF, por exemplo, a deficiência é definida como “problemas nas funções ou nas estruturas do corpo, tais como um desvio importante ou uma perda”, ao passo que a Convenção aponta deficiência já como a interação dos impedimentos com as barreiras, a impedir a plena e efetiva participação das pessoas com deficiência na sociedade. A Convenção da ONU, dessa forma, aponta que a deficiência é resultante da interação entre as pessoas com deficiência e as barreiras ambientais e sociais que impedem a plena e efetiva participação de tais pessoas na

²⁸⁵ Disponível em http://www.inr.pt/uploads/docs/cif/CIF_port_%202004.pdf – Acesso em 09 de setembro de 2013.

sociedade em igualdade de oportunidades para com as demais (Preâmbulo, item “e”) e, assim, não podemos, juridicamente, considerá-la simplesmente como os problemas fisiológicos que acometem a estrutura do corpo humano (física ou psíquica), como colocado na CIF.

Em nossa visão, o que na CIF é chamado de “deficiência”, na Convenção seria o que se entende por “impedimento”. A deficiência, na CIF, teria sido traduzida para “incapacidade”, que seria a resultante da interação entre os estados de saúde das pessoas e os fatores contextuais (Na CIF as pessoas com deficiência são expressamente denominadas de “pessoas com incapacidades”, como, por exemplo, em seu anexo 5). De se ressaltar, outrossim, que a própria CIF aponta que não se pretende a adoção de nomenclaturas únicas ou rígidas, sendo importante que as pessoas tenham o direito de serem chamadas da forma como desejarem (anexo 5).

Transpondo simplificadaamente o modelo da CIF para a definição apresentada pela Convenção da ONU, seria de se entender que aquilo que na CIF é colocado como alterações nas funções ou estruturas do corpo a afetar a execução de tarefas num ambiente padrão, seriam os impedimentos; os “fatores contextuais”, por sua vez, seriam as barreiras, sendo que a “restrição de participação” seria a obstrução da participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

De qualquer forma, o importante é a adoção de um modelo social da deficiência, que não mais reconhece a deficiência como um problema da pessoa, mas que aponta para a deficiência como o resultado da interação de alterações corporais (físicas ou mentais) com fatores externos, ambientais, a ensejar uma impossibilidade de inclusão plena e efetiva da pessoa na sociedade. Esse modelo, independentemente dos termos empregados pelos documentos, ou da tradução que deles foi feita, é bastante claro tanto na CIF quanto na Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, e é com ele que trabalha agora o ordenamento jurídico brasileiro.²⁸⁶

²⁸⁶ Romeu Kazumi Sassaki aponta a existência de três modelos distintos de deficiência, surgidos a partir de uma perspectiva inclusiva das pessoas com deficiência. O primeiro modelo seria aquele trazido na primeira classificação da OMS, o ICIDH, de 1980, que trazia a incapacidade como uma desvantagem a impedir ou limitar o desempenho de um papel considerado normal, resultante de impedimento (perda ou anormalidade de função do corpo ou da mente) ou de deficiência (que seria uma restrição ou falta de habilidade para o desempenho de uma atividade da maneira considerada normal para o ser humano). O segundo modelo seria o da CIF, de 2001, em que a deficiência seria apresentada com três dimensões, que seriam o impedimento (problema de saúde), limitações de atividade (problema de desempenho de atividade normais) e restrições de participação (problemas de envolvimento da pessoa com situações da vida, resultantes do contexto ambiental e social). O terceiro modelo, por sua vez, seria o da Convenção, em que o autor propõe a existência de uma Estrutura Cronológica da

Por opção metodológica, reputamos mais adequada nesse trabalho a utilização da terminologia da Convenção da ONU, já que se trata de texto incorporado à Constituição Federal brasileira, e, dessa forma, é com tais parâmetros que o jurista deverá trabalhar, com o direito positivo. Trabalharemos, dessa forma, com “impedimento” como sendo as alterações fisiológicas nas pessoas, “barreiras” como sendo a interferência de fatores ambientais e sociais a interagir com tais impedimentos e “obstrução de plena e efetiva inclusão na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas” como a “restrição de participação”. Assim, “deficiência”, neste estudo, será o resultado da interação dos impedimentos com os fatores ambientais que gera uma desigualação de oportunidades.

Passemos, agora, a apresentar mais detidamente cada um dos elementos da definição de pessoas com deficiência trazida pela Convenção da ONU, o que irá aclarar as ideias acima expostas.

1.2.1 Elementos integrantes da definição

Fundamentalmente podemos encontrar na definição de pessoas com deficiência constante da Convenção da ONU três elementos principais a caracterizarem a deficiência, quais sejam: o impedimento de longo prazo, de natureza física, mental, intelectual e sensorial; as barreiras sócio-ambientais; e a participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de oportunidade com as demais pessoas. Examinemos cada um deles.

1.2.1.1 Impedimentos

Deficiência (ECD), da seguinte maneira: uma determinada causa (doenças e condições de saúde) geraria um impedimento que se transformaria em deficiência, sendo que a interação das barreiras ambientais com uma pessoa com deficiência geraria uma incapacidade. (SASSAKI, Romeu Kazumi. Por Falar em Classificação de Deficiências *in* **Revista Brasileira de Tradução Visual**, Vol. 12, número 12, 2012).

No entanto, pedimos vênias para discordar do terceiro modelo proposto, por entendermos que a deficiência, no modelo tanto da CIF quanto da Convenção (ressalvadas as apontadas divergências terminológicas de tradução) é a resultante da interação dos impedimentos com os fatores ambientais que gera uma desigualação de oportunidades, e não uma ausência de capacidade do indivíduo para a realização de uma tarefa em razão do impedimento. O que o referido autor chama de “incapacidade”, chamamos de “deficiência”.

O primeiro elemento da definição de pessoas com deficiência é a existência de impedimentos de longo prazo, de natureza física, mental, intelectual e sensorial. Trata-se do elemento fisiológico da definição, ou se preferirmos, do elemento relativo ao corpo humano, em todas as suas dimensões.

O impedimento de natureza física, mental, intelectual ou sensorial consiste em alguma disfunção do corpo humano, ou seja, de alguma alteração fisiológica que acometa uma pessoa.

Como notamos, esse impedimento tem uma configuração bastante ampla, podendo englobar situações muito diversas (deficientes visuais e paraplégicos, por exemplo), envolvendo toda e qualquer alteração no funcionamento do corpo humano. Não há um rol de enfermidades ou alterações fisiológicas definido, e nem poderia haver, já que o impedimento não é, como antigamente, o centro da definição, mas apenas um de seus elementos. O que vai realmente fazer com que uma pessoa seja ou não uma pessoa com deficiência não é a existência do impedimento, mas sua interação com as barreiras ambientais ocasionando uma desigualação de oportunidades de inserção social.

O que se quer dizer é que não há como afirmar que em razão de ter um ou outro impedimento, uma ou outra disfunção médica, uma pessoa é ou não considerada como pessoa com deficiência. Não se pode dizer que uma pessoa com deficiência visual de determinado nível seja pessoa com deficiência apenas constatando-se a existência de deficiência visual, mas deve-se considerar a existência da deficiência visual como o preenchimento de um dos requisitos caracterizadores da definição de pessoas com deficiência. Ou seja, a pessoa que apresente uma deficiência visual poderá ou não ser considerada como pessoa com deficiência, a depender da conjugação dos outros fatores, estes sociais e ambientais.

Como se disse, a deficiência não está mais na pessoa, mas está na sociedade, que está despreparada para oferecer a todos as mesmas oportunidades de participação e inclusão. É fato que a existência do impedimento é requisito necessário para que alguém seja pessoa com deficiência, mas não é suficiente para o enquadramento nessa definição.

Essa forma absolutamente aberta, ampla, de colocação do impedimento, do fator médico, na definição das pessoas com deficiência, possibilita uma abrangência muito maior da proteção que é conferida a tais pessoas, já que impede que se fixe *a priori* um rol de impedimentos que seriam aptos a possibilitar o enquadramento de uma pessoa na definição de

peessoas com deficiência. Assim, por exemplo, casos de obesidade mórbida, ou de insuficiência renal grave, que nunca constaram dos róis de enfermidades aptas a qualificarem alguém como pessoa com deficiência, hoje, conforme os efeitos que tais impedimentos gerem na vida de seus detentores, conforme a (im)possibilidade de inclusão social que deles decorrer, poderão ensejar a caracterização de alguém como pessoa com deficiência.

Concretizando o acima afirmado, podemos entender, por exemplo, que alguém com insuficiência renal grave, que dependa de procedimentos de diálise para viver, ou mesmo que tenha que tomar regularmente medicamentos que provoquem incapacidades momentâneas, o que geraria problemas de inclusão na sociedade de trabalho, por exemplo, já que seria necessária uma profunda adaptação de horários e condições de trabalho, poderá ser considerado como pessoa com deficiência, o que anteriormente não era possível, já que a insuficiência renal grave não constava do rol de enfermidades que poderiam dar ensejo à qualificação de pessoa com deficiência.

Trata-se, dessa forma, de uma definição de caráter aberto, ou seja, que permite a inserção em seu conteúdo de um número indeterminado de impedimentos, o que possibilita a extensão da proteção a um número muito maior de pessoas do que uma definição de impedimentos fechada, restrita, constante de um rol determinado.

Uma definição fechada de impedimento, como aquela utilizada pela legislação brasileira anteriormente à Convenção da Guatemala, teria a vantagem de possibilitar ao administrador público apontar com maior segurança e facilidade aqueles que fazem jus à proteção, já que bastaria o enquadramento em uma das situações contidas no rol normativo para que se pudesse dizer que aquela pessoa seria pessoa com deficiência (ressalte-se, ainda, que não havia a necessidade de aferição do prejuízo à inclusão social, provocado pela interação do impedimento com as barreiras sociais e ambientais). No entanto, tal facilitação do trabalho do aplicador da lei, em nossa visão, não compensa a exclusão que promove, de pessoas que certamente necessitariam da proteção legal mas não a obtêm em razão de terem enfermidades ou disfunções diversas das constantes no rol. Em síntese, se por um lado uma definição fechada de impedimento, com um rol taxativo de situações, traz segurança e facilidade ao aplicador da lei, por outro traz consigo a exclusão da proteção de pessoas que dela necessitariam, mas não foram consideradas pelo legislador.

A inclusão promovida por uma definição aberta de impedimentos é compatível com o objetivo fundamental da República de promover o bem de todos, trazido pelo artigo 3º, IV, da

Constituição Federal, bem como com a proteção da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito em que se constitui a República brasileira, conforme artigo 1º, III, da Lei Maior. Ao contrário, a exclusão promovida por um rol fechado de impedimentos contrariaria os objetivos republicanos insculpidos na Constituição Federal e, dessa forma, deve ser evitada pelo legislador e pelo aplicador do sistema jurídico.

Concordamos, pelo exposto, com o posicionamento de Luiz Alberto David Araujo²⁸⁷, no sentido de que o ideal é um cenário que conjugue os dois tipos de normas, ou seja, uma definição constitucional e legal aberta, ampla, sem um rol definido, que possibilite a inclusão de todos aqueles que necessitam da proteção, com uma regulamentação que aponte exemplificativamente, e não taxativamente, aquelas situações em que não há dúvidas acerca da existência de um impedimento que preencha o primeiro elemento da definição de pessoa com deficiência.

Notemos que, como exposto, é possível, no tocante ao elemento impedimento, compatibilizarmos a definição de estatura constitucional trazida pela Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, com a definição de nível legal contida na Convenção da Guatemala (vide item 1.1.3 supra), e com a definição contida no Decreto nº 5.296/2004, desde que se considere que o rol de situações ali previstas é meramente exemplificativo, e não taxativo. Ademais, sempre é conveniente lembrar, agora o impedimento é apenas um dos elementos da definição de pessoa com deficiência, sendo de rigor a análise da existência dos demais elementos, sociais, para a caracterização de alguém como integrante de tal grupo vulnerável.

Como já mencionado, os impedimentos podem ser de diversas naturezas (físicos, mentais, intelectuais e sensoriais). Foge ao escopo do presente trabalho detalhar cada uma das categorias de impedimentos, já que, à vista da proteção constitucional, todas elas são merecedoras da mesma proteção. Outrossim, devemos ficar atentos para as consequências que decorrem dessa enorme diversidade de impedimentos que são considerados como ensejadores de deficiência, pois a proteção de pessoas com impedimentos tão diferentes é também específica em cada caso.

²⁸⁷ Cf. Em Busca de Um Conceito de Pessoa Com Deficiência. In: GUGEL, MARIA APARECIDA; COSTA FILHO, WALDIR MACIEIRA DA; RIBEIRO, LAURO LUIZ GOMES (Org.). **Deficiência no Brasil – Uma Abordagem Integral dos Direitos das Pessoas com Deficiência**. Florianópolis: Editora Obra Jurídica, 2007, p. 11-23.

Assim, se a Constituição defere reserva de vagas em concursos públicos para as pessoas com deficiência, todos aqueles que se enquadrem na definição constitucional evidentemente devem ter acesso à disputa das vagas reservadas. No entanto, a efetivação desse acesso implica que o organizador do concurso, por exemplo, tenha que possibilitar a execução das provas por deficientes auditivos, deficientes visuais, cadeirantes, pessoas com deficiência intelectual, enfim, para as pessoas com deficiência que tenham qualquer tipo de impedimento (a questão será mais detalhada no próximo capítulo, que tratará especificamente do tema).

O que se quer demonstrar é que a natureza ou diversidade do impedimento são indiferentes para o enquadramento como pessoa com deficiência, ou seja, todos (deficientes visuais, auditivos, cadeirantes etc.) poderão ser enquadrados como pessoas com deficiência, mas a especificidade de sua deficiência deve ser levada em consideração na efetivação da proteção que o sistema legislativo a todos confere, não podendo o legislador ou o aplicador da lei deixar de considerar o impedimento de qualquer natureza.

Interessante notar que o ordenamento jurídico brasileiro já chegou a excluir o impedimento meramente estético da possibilidade de ensejar a classificação da pessoa como com deficiência (Lei nº 10.690/2003), o que hoje não é mais possível, já que todos os impedimentos de natureza física podem ser considerados, desde que, em interação com as diversas barreiras, gerem uma impossibilidade de inserção social em igualdade de condições com as demais pessoas. Ora, não é difícil de visualizarmos a situação de uma pessoa com uma deformidade estética no rosto, por exemplo, que, lhe traga sérios problemas de inclusão social, sendo-lhe ceifadas diversas oportunidades por mero preconceito, o que pode lhe ocasionar a impossibilidade de conseguir trabalho. Nesse caso todos os requisitos da definição de pessoa com deficiência estariam preenchidos, havendo o impedimento de natureza física de longo prazo, a interação desses com barreiras sociais (preconceito) e a desigualdade de oportunidades (não lhe são deferidas oportunidades de emprego); não haveria, assim, qualquer motivo para excluir essa pessoa da proteção constitucionalmente deferida às pessoas com deficiência.

Ainda a respeito dos impedimentos, cumpre trazer a visão de Ricardo Tadeu Marques da Fonseca:

Se a deficiência é tida como algo inerente à diversidade humana, é possível afirmar, sem qualquer jogo de palavras, que as pessoas cegas, surdas,

paraplégicas e tetraplégicas apresentam atributos, como já disse, que devem ser equiparados aos demais atributos humanos, como gênero, raça, idade, orientação sexual, entre outros. Tais atributos, porém, não contêm qualquer deficiência. A deficiência está, doravante, nas barreiras sociais que excluem essas pessoas do acesso aos direitos humanos básicos. Trocando em miúdos quero dizer que a deficiência não está na pessoa e sim na sociedade, que deve, como determinam todos os demais dispositivos da Convenção da ONU, buscar políticas públicas para que os detentores daqueles atributos outrora impeditivos emancipem-se.²⁸⁸

Destaque-se, ademais, que a própria Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e, assim, a Constituição brasileira, expressamente aponta, dentre seus princípios gerais, no artigo 3, “d”, que a deficiência é parte da diversidade humana:

Artigo 3

Princípios gerais

Os princípios da presente Convenção são:

(...)

d) o respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade;

(...)

Dessa forma, devemos considerar os impedimentos como parte da diversidade humana, como são diversos os indivíduos por inúmeros critérios que se possa estabelecer. Tais impedimentos, associados a diversas barreiras, gerando impossibilidade de inclusão social em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, fará alguém ser inserido no grupo das pessoas com deficiência.

1.2.1.1.1 Longo prazo

O elemento impedimento, trazido pela nova definição de pessoas com deficiência, é qualificado com a expressão “de longo prazo”. Assim, não é qualquer impedimento que

²⁸⁸ O Novo Conceito Constitucional de Pessoa com Deficiência: Um Ato de Coragem. *In* FERRAZ, CAROLINA VALENÇA (et al.) – Coordenadores. **Manual Dos Direitos Da Pessoa Com Deficiência**. Edição digital. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

habilita alguém a receber a proteção deferida às pessoas com deficiência, mas apenas aquele caracterizado como de longo prazo. Vejamos.

Como facilmente se constata, “longo prazo” é uma expressão imprecisa, que admite mais de uma significação. O que um considera como longo não é longo para outro. Dessa forma, cumpre apontar um significado para “longo prazo” que seja compatível à proteção que se pretende oferecer às pessoas com deficiência.

Não há uma definição legal de “longo prazo” para o fim de caracterização de pessoas com deficiência em caráter geral. Apenas a Lei nº 8.742/1993, em seu artigo 20, §10²⁸⁹, com a redação dada pela Lei nº 12.470/2011, apresenta uma definição de “longo prazo” que, no entanto, é aplicável unicamente para a finalidade de concessão do benefício assistencial previsto no artigo 203, V, da Constituição Federal. Tal lei fixa o “longo prazo” como aquele impedimento que produza efeitos por um período mínimo de dois anos²⁹⁰.

Entendemos que o “longo prazo” não deva ter um período de tempo mínimo fixado, o que, inclusive, atentaria contra o caráter aberto da concepção de impedimento que foi colocado na definição de pessoas com deficiência. Ademais, tal prazo forçosamente será avaliado por um prognóstico médico, já que não faria sentido a pessoa ter que esperar um período de tempo após adquirir o impedimento para fazer jus à proteção constitucional, sendo de rigor que a proteção lhe seja garantida a partir do momento em que esta seja necessária.

O “longo prazo”, assim, serviria apenas para excluir aquelas situações meramente transitórias, sem maiores perspectivas de prolongamento acentuado no tempo. Devemos considerar que a pessoa não poderá fazer jus à proteção garantida às pessoas com deficiência no caso de situações em que tenha um impedimento efêmero, cujo prognóstico de cura, segundo os critérios médicos, vá ocorrer em um período em que não haverá grandes consequências para a vida da pessoa.

²⁸⁹ Lei nº 8.742/1993, artigo 20, §10: “Art. 20 (...) “§ 10. Considera-se impedimento de longo prazo, para os fins do § 2º deste artigo, aquele que produza efeitos pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos. (Incluído pela Lei nº 12.470, de 2011) (...)”

²⁹⁰ Também a Portaria Interministerial nº 1/2014, da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, dos Ministérios da Previdência Social, da Fazenda, do Planejamento, Orçamento e Gestão, e da Advocacia-Geral da União, que regulamenta o Decreto nº 3.048/1999, com a redação dada pelo Decreto nº 8.145/2013, traz agora a definição de impedimento de longo prazo, embora estritamente para fins previdenciários, em seu artigo 3º: “Art. 3º Considera-se impedimento de longo prazo, para os efeitos do Decreto nº 3.048, de 1999, aquele que produza efeitos de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, pelo prazo mínimo de 02 (dois) anos, contados de forma ininterrupta.”

Podemos sustentar, dessa forma, que o impedimento de longo prazo seria aquele que não é meramente transitório, efêmero, sem maiores consequências na vida da pessoa que o adquirir. Essa análise forçosamente deverá ser realizada mediante critérios médicos, caso a caso, considerando as condições pessoais do indivíduo.

1.2.1.2 Barreiras

A definição de pessoas com deficiência trazido pela Convenção da ONU e encampado com equivalência de emenda constitucional pelo Direito brasileiro traz um segundo elemento, a interação dos impedimentos com “diversas barreiras”. Cumpre-nos verificar o que seriam tais barreiras.

Tais barreiras, podemos entender, são aqueles obstáculos ou situações, ambientais ou sociais, que dificultam a plena inclusão das pessoas com deficiência na sociedade em que vivem. Podem ser de diversas ordens, relativas ao ambiente (barreiras arquitetônicas, tecnológicas, concernentes ao mobiliário urbano) ou ao comportamento das pessoas integrantes da sociedade (barreiras culturais, políticas, sociais, econômicas), enfim, podemos considerar como barreiras todos os entraves à plena participação e inclusão das pessoas com deficiência²⁹¹.

Essa ideia do que seriam as barreiras pode ser extraída do preâmbulo da Convenção da ONU, em sua alínea “e”, que assim dispõe:

e) Reconhecendo que a deficiência é um conceito em evolução e que a deficiência resulta da interação entre as pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas,

Nota-se que a Convenção expressamente refere-se a barreiras devidas à atitude e ao ambiente, ou seja, tais barreiras podem ser sociais ou ambientais.

²⁹¹ Ricardo Tadeu Marques da Fonseca assim trata das barreiras: “[...] As barreiras de que se trata são os aspectos econômicos, culturais, tecnológicos, políticos, arquitetônicos, comunicacionais, enfim, a maneira como os diversos povos percebem aqueles predicados. O que se nota culturalmente é a prevalência da ideia de que toda pessoa surda, cega, paraplégica, amputada ou com qualquer desses impedimentos foge dos padrões universais e por isso tem um ‘problema’ que não diz respeito à coletividade. É com tal paradigma que se quer romper.” – O Novo Conceito Constitucional de Pessoa com Deficiência: Um Ato de Coragem. In FERRAZ, CAROLINA VALENÇA (et al.) – Coordenadores. **Manual Dos Direitos Da Pessoa Com Deficiência**. Edição digital. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

Assim, a falta de adaptação das vias públicas e dos prédios públicos ou de uso coletivo, a ausência de lugares reservados e acessíveis em casas de espetáculos, cinemas e arenas esportivas, o despreparo dos meios de transporte, a ausência de acessos adaptados aos imóveis, são exemplos de barreiras ambientais (nesse caso arquitetônicas). O despreparo das pessoas em lidarem com as pessoas com deficiência e o preconceito (este talvez a maior barreira existente) são exemplos de barreiras sociais.

A interação das pessoas com impedimentos e essas barreiras ambientais e sociais é que irá provocar a desigualação de oportunidades, a ausência de inclusão social das pessoas com deficiência.

O fato de a definição constitucional de pessoas com deficiência ter retirado o foco dos impedimentos, da questão médica, e tê-lo transferido para a interação desses impedimentos com as barreiras existentes na sociedade é que aponta que estamos diante de uma definição social de pessoas com deficiência, ou seja, a deficiência não está na pessoa, mas na sociedade que não é capaz de acolhê-la adequadamente, o que reflete o atual conceito de pessoas com deficiência.

Não houvesse essas barreiras, as pessoas com impedimentos poderiam incluir-se sem problemas na sociedade e desfrutar das mesmas oportunidades que desfrutam as demais pessoas. O núcleo da definição de pessoas com deficiência, assim, passa a ser as barreiras, já que são elas que impedem a inclusão social do indivíduo.

Os impedimentos, como acima afirmado, são parte da diversidade humana e, dessa forma, reconhece-se que é a sociedade que não está preparada para lidar com essas pessoas, ou seja, é a sociedade que apresenta uma deficiência.

Nesse sentido, o foco das ações do Estado tem que ser a eliminação das barreiras, ou seja, a correção das deficiências da sociedade. Não se pode mais admitir uma visão de que basta ao Estado oferecer os possíveis tratamentos de saúde às pessoas com deficiência para desincumbir-se de sua tarefa de incluir tal grupo.

Como já afirmado, o tratamento dos impedimentos é dever do Estado como parte de seu dever constitucional de atendimento à saúde, conformado em nosso ordenamento jurídico

como direito subjetivo público dos cidadãos, conforme dicção do artigo 196 da Constituição Federal²⁹².

Não se deve confundir, ainda, o tratamento de saúde que o Estado tem o dever de oferecer a todas as pessoas com o direito das pessoas com deficiência à habilitação e reabilitação, que é o treinamento para que tais pessoas adquiram ou recuperem a capacidade de executar atividades cotidianas, especialmente laborativas, bem como o direito à promoção da integração das pessoas com deficiência à vida comunitária, trazidos pelo artigo 203, IV, da Constituição Federal, como objetivos da assistência social. Esses mandamentos do artigo 203, IV, da Lei Maior, destinados especificamente às pessoas com deficiência, nos parecem inseridos dentre as missões do Estado destinadas à eliminação das barreiras ambientais e sociais, que impedem a inclusão das pessoas com deficiência na sociedade em que vivem.

Dessa forma, da própria definição de pessoas com deficiência trazida pela Convenção da ONU para o Direito brasileiro exsurge a mudança de postura que o Estado tem o dever de adotar em relação às políticas destinadas às pessoas com deficiência, implicando que deve o Estado agir para eliminar barreiras sociais e ambientais, e não mais apenas de forma meramente assistencialista ou com o intuito de minorar ou eliminar os impedimentos, o que, de qualquer forma, já seria direito das pessoas com deficiência, face seu direito subjetivo público de assistência integral à saúde (a proteção constitucional das pessoas com deficiência adiciona direitos específicos para os integrantes de tal grupo vulnerável; à evidência que essas pessoas também gozam dos mesmos direitos que gozam todas as outras pessoas).

A promoção de medidas de ação afirmativa é parte dessa postura que o Estado tem o dever de adotar, inclusive em razão do dever de incluir que é decorrente de nossa Constituição Federal.

1.2.1.3 Igualdade de oportunidades

O terceiro elemento da definição de pessoas com deficiência trazida pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU para o Direito brasileiro é a

²⁹² Confira-se a respeito: NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivção e Exigibilidade dos Direitos Sociais**. São Paulo: Editora Verbatim, 2009, p. 122-138.

“participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”, impedida pela interação dos impedimentos com as barreiras ambientais e sociais.

A igualdade de oportunidades é um dos princípios gerais da Convenção da ONU, e, dessa forma, do ordenamento constitucional brasileiro, conforme seu artigo 3, “e”:

Artigo 3

Princípios gerais

Os princípios da presente Convenção são:

(...)

e) a igualdade de oportunidades;

(...)

Não se quer nesse tópico retomar tudo aquilo que foi dito acerca da igualdade no capítulo próprio (Capítulo II), mas apenas demonstrar que o foco da proteção que deve ser deferida às pessoas com deficiência é a igualdade, ou seja, o que se pretende não é que tais pessoas sejam privilegiadas, mas que elas possam gozar das mesmas oportunidades de inclusão na sociedade de que gozam as demais pessoas.

O que a definição de pessoa com deficiência nos traz, em síntese, é que os impedimentos que as pessoas com deficiência têm, quando associados às diversas barreiras existentes, impedem que essas pessoas participem da sociedade, em todos os seus aspectos (políticos, laborais, culturais etc.), da mesma forma que as demais pessoas. As pessoas com deficiência, em razão das barreiras existentes, não têm as mesmas oportunidades de inclusão social e de desenvolvimento pessoal que têm as outras pessoas, e é exatamente isso que se quer corrigir.

A igualdade, mais do que a ausência de diferenças, implica na possibilidade de que todos possam fruir, na mesma medida, dos benefícios da vida em sociedade e, conseqüentemente, tenham que repartir equanimemente os respectivos ônus.

Participar plena e efetivamente da sociedade significa ter a mesma possibilidade de exercer seus direitos políticos, de sustentar-se com os frutos do próprio trabalho, com autonomia, de ir e vir, de assistir e participar de eventos culturais e de espetáculos públicos, enfim, de estar incluída na sociedade.

Como já colocamos, a deficiência não está na pessoa, mas na sociedade e, dessa forma, seus ônus não devem recair sobre as pessoas com deficiência, sendo de rigor que sejam arcados pela sociedade. É dizer, se a deficiência está na sociedade, deve o Estado trabalhar para repará-la, utilizando-se de todos os meios para isso necessários, apoiando-se no sistema protetivo e inclusivo estabelecido pela Constituição Federal.

Valemo-nos da lição de Sidney Madrugá, que aponta o significado de igualdade de oportunidades:

Desse modo, no contexto da deficiência, a igualdade de oportunidades pode ser definida como a eliminação de impedimentos físicos, econômicos, sociais ou culturais que de alguma forma restrinjam ou excluam as pessoas com deficiência de sua plena participação e desenvolvimento na sociedade, mediante uma série de medidas inclusivas que englobam a acessibilidade universal; um sistema educacional especializado; condições de trabalho justas, favoráveis e de remuneração digna, programas e serviços de saúde adequados, dentre outras inseridas no processo de luta pela inclusão social desse coletivo.²⁹³

Da associação dos três elementos apontados, quais sejam, os impedimentos, sua interação com as barreiras ambientais e sociais, e a desigualdade de oportunidades de participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas, é que formamos a nova definição de pessoas com deficiência vigente no Direito brasileiro.

Essa definição, com caráter claramente social, traz intrínseca a postura que deve ser seguida pelo Estado, de adoção de medidas direcionadas à eliminação das diversas barreiras, com o intuito de incluir as pessoas com deficiência plena e efetivamente na sociedade, para que aquelas gozem das mesmas oportunidades de que gozam as demais pessoas.

A inserção dessa definição, e suas consequências, no Direito Constitucional brasileiro, associado ao dever de incluir que advém da Lei Maior, bem como aos dispositivos específicos de proteção ao grupo vulnerável das pessoas com deficiência, nos dão o contorno preciso do sistema Constitucional estabelecido para reger a questão.

1.2.2 A incompletude do conceito

²⁹³ **Pessoas com Deficiência e Direitos Humanos: Ótica da Diferença e Ações Afirmativas.** São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 126.

O conceito de pessoas com deficiência que a Convenção da ONU procura definir da forma como acima apresentada não é um conceito pronto e acabado, mas um conceito que ainda se encontra em evolução e que, em interação com a realidade regulada pelo ordenamento jurídico, terá novos moldes. Essa incompletude do conceito de pessoas com deficiência reflete na definição de pessoas com deficiência trazida pela Convenção, e pelo ordenamento jurídico de modo geral.

A própria Convenção, já em seu preâmbulo, na supracitada alínea “e”, reconhece a incompletude do conceito de deficiência, que deverá ser verificado e atualizado em cada momento/contexto histórico. Vejamos, novamente, a disposição do preâmbulo da Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, no tocante à conceituação de deficiência:

e) *Reconhecendo que a deficiência é um conceito em evolução* e que a deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, (grifamos)

Ainda no seu preâmbulo, desta vez na alínea “i”, a Convenção da ONU reconhece a impossibilidade de que todas as pessoas com deficiência sejam tratadas de forma uniforme, apontando a existência de diversas formas de deficiência. Vejamos:

i) Reconhecendo, ainda, a diversidade das pessoas com deficiência,

Nota-se, assim, a preocupação da Convenção em deixar claro que o conceito de deficiência ainda está em formação, face a realidade regulada, que é constantemente alterada. Não podemos, dessa forma, encarar a definição de pessoas com deficiência dissociada da realidade fática, o que implica em que reconheçamos que não é possível *a priori*, sem o exame do caso concreto, excluir alguém com algum impedimento do enquadramento nesse grupo vulnerável.

A definição colocada na Convenção deve ser entendida como diretriz a ser adotada pelos Estados, que deverão considerar o modelo social da deficiência, ou seja, deverão seguir o modelo de que os impedimentos são parte da diversidade humana, sendo que é a sociedade que não está adequadamente preparada para acolher as pessoas com deficiência. A definição não nos permite fixar prévia e precisamente quem são as pessoas com deficiência, mas fornece diretrizes a serem seguidas para a inclusão em tal grupo.

Ademais, tomando-se em consideração o texto da Convenção original em língua inglesa, podemos notar que a definição colocada não tem pretensão de ser definitiva, de apontar taxativamente quem são as pessoas com deficiência, mas pretende apontar um caminho a ser seguido pelo intérprete e pelo aplicador do ordenamento. De fato, no original, a Convenção, ao apresentar o grupo das pessoas com deficiência, utiliza-se da expressão *include* (“incluir”) e não da expressão *are*, que poderia ser traduzido para “são”²⁹⁴, ou seja, a tradução adequada para o texto do artigo 1 da Convenção poderia ser “Pessoas com deficiência *incluem* aquelas que têm impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”, e não “Pessoas com deficiência *são* aquelas que (...)”.

Nota-se que a tradução brasileira trocou o verbo “incluir”, mais abrangente, que passa a ideia de que não estamos tratando de um rol taxativo, pelo verbo “ser”, que restringe um pouco a amplitude da definição, já que nos passa a ideia de que somente aquelas pessoas estão incluídas no grupo vulnerável.

A Convenção, em coerência com o afirmado em seu preâmbulo, apresentou definição inacabada de pessoas com deficiência, já que o seu conceito ainda está em evolução. Dessa forma, devemos considerar que estamos diante de uma definição que apenas nos apresenta diretrizes acerca de quem são as pessoas com deficiência, mas não fecha as portas para, diante da realidade, incluir mais alguém. O que está perfeitamente claro é a adoção do modelo social de deficiência, e não mais de um modelo estritamente médico.

Exatamente este é o entendimento esposado em documento emitido pela própria ONU, monitorando a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, denominado *Monitoring the Convention on the Rights of Persons with Disabilities – Guidance for Human Rights Monitors*. Nesse documento a ONU expressamente expõe que:

A Convenção não inclui uma definição de deficiência ou pessoas com deficiência em sentido estrito, mas dá algumas orientações sobre o conceito de "deficiência" e sua relevância para a Convenção. O preâmbulo apresenta claramente uma abordagem social da deficiência – denominado como o modelo social da deficiência – reconhecendo que "a deficiência é um conceito em evolução e que a deficiência resulta da

²⁹⁴ Texto original: “Article 1 purpose (...) Persons with disabilities **include** those who have long-term physical, mental, intellectual or sensory impairments which in interaction with various barriers may hinder their full and effective participation in society on an equal basis with others.” – grifamos (disponível em <http://www.un.org/disabilities/documents/convention/convoptprot-e.pdf> – acesso em 09 de setembro de 2013).

interação entre pessoas com deficiência e as barreiras atitudinais e ambientais que impedem a sua participação plena e efetiva na sociedade em condições de igualdade com os outros". A referência explícita às barreiras que são externas ao sujeito como fatores de constiução da deficiência representa um importante passo adiante das noções que equiparam deficiência à existência de limitações funcionais. Assim, o artigo 1 afirma: "As pessoas com deficiência *incluem* aquelas que têm impedimentos de longo prazo, de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com os outros "(grifo nosso). Nesta perspectiva, a participação das pessoas com deficiência na sociedade – seja tendo um emprego, indo à escola, visitando um médico ou candidatando-se em eleições – é limitada ou excluída não por terem um impedimento, mas em razão de várias barreiras, que podem incluir barreiras físicas, mas também a legislação e políticas em alguns casos.²⁹⁵ (grifos no original)

O conceito de pessoas com deficiência, dessa forma, está em evolução e forçosamente sua definição deve ser preenchida com elementos da realidade fática regulada, já que houve a adoção de um modelo social²⁹⁶.

1.3 Consequências da nova definição constitucional de pessoas com deficiência para a legislação infraconstitucional

Como se sabe, os comandos constitucionais revogam a legislação anterior com eles incompatível e condicionam a produção do direito infraconstitucional futuro (no caso das

²⁹⁵ Tradução livre do autor. Texto Original: “The Convention does not include a definition of disability or persons with disabilities in the strict sense but rather provides some guidance on the concept of “disability” and its relevance to the Convention. The preamble clearly endorses a social approach to disability — referred to as the social model of disability — by recognizing that “disability is an evolving concept and that disability results from interaction between persons with impairments and attitudinal and environmental barriers that hinders their full and effective participation in society on an equal basis with others”. The explicit reference to the barriers that are external to the subject as constituting factors of disability represents an important step away from notions that equated disability to the existence of functional limitations.² Accordingly, article 1 states: “Persons with disabilities *include* those who have long-term physical, mental, intellectual or sensory impairments which in interaction with various barriers may hinder their full and effective participation in society on an equal basis with others” (emphasis added). From this perspective, persons with disabilities’ participation in society — be it having a job, going to school, visiting a doctor or running for elections — is limited or excluded not because of their having an impairment, but because of various barriers, which might include physical barriers but also legislation and policies in some cases.” **Monitoring the Convention on the Rights of Persons with Disabilities – Guidance for Human Rights Monitors.** Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. P. 15. Disponível em: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Disabilities_training_17EN.pdf – Acesso em 09 de setembro de 2013.

²⁹⁶ Nesse sentido confira-se SILVA, Diego Nassif da. **Inclusão das Pessoas com Deficiência no Mercado de Trabalho: O Conceito de Pessoa com Deficiência e Sua Aplicação Jurídica.** Curitiba: Juruá Editora, 2013, p. 187-199.

cláusulas pétreas também limitam a competência reformadora da Constituição), que deverá observar o quanto disposto nos dispositivos da Constituição. Ademais, a interpretação e aplicação de toda a legislação deverá ser realizada de forma compatível com o que é disposto pela Constituição.

Uma definição de pessoas com deficiência em nível constitucional, como agora existe em nosso ordenamento, faz com que todas as definições anteriormente legisladas incompatíveis com a nova definição sejam tidas por revogadas, ou, se for possível, que essas definições sejam interpretadas de forma compatível com aquilo que agora consta da Constituição. Em síntese, ninguém pode ser excluído da proteção deferida às pessoas com deficiência se puder ser enquadrado na definição constitucional de tal grupo, ainda que não seja enquadrado nas leis ou decretos existentes, já que a lei não poderá excluir da proteção aquele que a Constituição incluiu (e evidentemente assim também o decreto, que deve também obediência à lei).

A definição trazida pela Convenção da Guatemala, definição legal existente acerca das pessoas com deficiência, em nosso entendimento, não é completamente incompatível com a definição trazida pela Convenção da ONU, já que é mais ampla, pois exige a limitação da “capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária”, sendo que a definição agora constitucional exige a desigualdade de oportunidades para com as demais pessoas. Ademais, a definição trazida pela Convenção da ONU tem como elemento o “impedimento de longo prazo”, ao passo que a definição da Convenção da Guatemala menciona apenas que a restrição pode ser permanente ou transitória.

Justamente por ser mais ampla é que entendemos que a definição da Convenção da Guatemala não é completamente incompatível com a definição da Convenção da ONU, pois não lhe restringe o conteúdo, o que a tornaria inconstitucional. Dessa forma, devemos interpretar a definição trazida pela Convenção da Guatemala de acordo com a definição constitucional inserida em nosso ordenamento pela Convenção da ONU, compatibilizando-a com a Constituição brasileira. Assim, todos aqueles que atendam aos requisitos constitucionais serão considerados pessoas com deficiência; como os termos da definição constitucional são mais estritos, forçosamente todas essas pessoas também seriam consideradas pessoas com deficiência pela Convenção da Guatemala. A recíproca, no entanto, não é verdadeira, já que nem todos aqueles que a Convenção da Guatemala considera pessoas com deficiência serão assim considerados pela Constituição alterada pela Convenção da

ONU. A definição da Convenção da ONU sempre prevalecerá, dado seu caráter constitucional.

Também o Decreto nº 5.296/2004, que traz definição de pessoas com deficiência, deverá ter sua interpretação condicionada pela definição constitucional de pessoas com deficiência trazida pela Convenção da ONU. Assim, não é possível que alguém que seja considerado como pessoa com deficiência pela definição constitucional, que, como veremos a seguir, é aberta, deixe de receber a proteção a que faz jus em razão de não se enquadrar nos critérios trazidos pelo Decreto, que especifica um rol de enfermidades ou alterações fisiológicas para o reconhecimento de alguém como pessoa com deficiência. A melhor solução para compatibilizar o disposto no Decreto citado com a Constituição é reconhecer que os decretos trazem um rol exemplificativo acerca de quem seriam as pessoas com deficiência, ou seja, que naqueles casos o administrador público, o aplicador da lei, já teria como reconhecida a existência do impedimento de longo prazo, essencial à caracterização de pessoa com deficiência, sem a necessidade de outras comprovações. Entendimento contrário seria inviabilizar, por decreto, o exercício de direitos que são assegurados pela Constituição, o que não é compatível com nosso ordenamento jurídico.

De se ressaltar, no entanto, que agora o impedimento de longo prazo é apenas um dos elementos da definição de pessoa com deficiência, que apresenta um viés social, sendo de rigor o reconhecimento da impossibilidade de participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de oportunidades para com as demais pessoas (compatibilização do novo conceito, que traz novos requisitos, com a proibição do retrocesso da proteção às pessoas com deficiência será vista em tópico específico, mais adiante).

O mesmo raciocínio vale para a Lei nº 10.960/2003, que, ainda que traga definição de pessoas com deficiência apenas para o efeito de concessão de um benefício tributário, deverá ter sua definição compatível com a Constituição, pois onde a Constituição não limitou não cabe à lei fazê-lo, exceto com expressa autorização da Lei Maior. A lei poderá até trazer outros requisitos para a fruição do benefício, já que não há determinação constitucional acerca do tema, mas não poderá excluir em razão de não considerar uma pessoa com deficiência assim reconhecida constitucionalmente como uma pessoa com deficiência; a lei deverá procurar outros fatores de discrimen, compatíveis com a diferenciação a ser conferida (isenção tributária), para justificar a exclusão de alguma pessoa com deficiência da fruição do benefício.

A Lei nº 8.742/1993, em seu artigo 20, §2º, I²⁹⁷ (para fins de concessão do benefício assistencial previsto no artigo 203, V, da Constituição Federal), alterada pela Lei nº 12.470/2011, já traz definição de pessoas com deficiência compatível com a definição constitucional.

Mais recentemente, o Decreto nº 7.612/2011, que institui o Plano Viver Sem Limites, já traz definição de pessoas com deficiência consentânea com a Convenção da ONU, em seu artigo 2º²⁹⁸.

1.4 Graus de deficiência

Vista a deficiência com a dimensão social acima apontada, bem como reconhecendo a incompletude de seu conceito, podemos concluir que é plausível, e até necessário, que reconheçamos a existência de graus de deficiência, ou, ao menos, lembrando que segundo a própria Convenção a deficiência é um conceito ainda em construção, que a verificação de se alguma pessoa é ou não pessoa com deficiência para os fins legais deva passar pela análise concreta das barreiras que tal pessoa terá que superar, ou seja, se a interação de seus impedimentos com as barreiras sociais lhe ceifará, e em que medida, a possibilidade de participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Se a proteção especial conferida pelo ordenamento jurídico brasileiro às pessoas com deficiência é medida de implementação da igualdade material, devemos também pensar em formas de mensurar qual o nível de proteção necessário para que cada pessoa com deficiência possa ser incluída plena e efetivamente na sociedade em igualdade de oportunidades para com as demais, ou seja, quais os instrumentos necessários, em cada caso concreto, para a promoção da inclusão.

²⁹⁷ Lei nº 8.742/1993: “art. 20 (...) § 2º Para efeito de concessão deste benefício, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas (Redação dada pela Lei n. 12.470, de 2011). (...)”

²⁹⁸ Decreto nº 7.612/2011 :“Art. 2º São consideradas pessoas com deficiência aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.”

Já que as pessoas com deficiência não são todas iguais, como reconhece a própria Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU em seu preâmbulo, é justo que o tratamento que lhes seja conferido não seja exatamente o mesmo, é dizer, também as pessoas com deficiência poderão ser tratadas desigualmente entre si, na medida em que se desigualem. Dar as mesmas prerrogativas àqueles que se encontram em situações diversas pode gerar uma desigualdade de oportunidades, justamente o contrário do que se pretende com a proteção ao grupo vulnerável. É nesse sentido que entendemos ser pertinente a discussão acerca da existência de graus de deficiência, ou seja, de classificações que permitam que as pessoas com deficiência, todas integrantes do grupo vulnerável, possam ser distinguidas entre si, de forma a implementar para cada grupo (ou subgrupo) a proteção necessária à inclusão plena e efetiva na sociedade em igualdade de oportunidades para com as demais pessoas.

O estabelecimento de graus de deficiência, assim, seria necessário para a promoção da igualdade material no interior do próprio grupo vulnerável, já que não se deve admitir que a proteção conferida às pessoas com deficiência, indistintamente aplicada, gere uma distorção nas oportunidades, ou seja, provoque ela mesma uma desigualdade de oportunidades dentro do grupo vulnerável.

Como os impedimentos que podem ensejar o reconhecimento da deficiência são muito diversos entre si (e mesmo dentre aqueles da mesma natureza há aqueles mais graves e aqueles de menor gravidade), a possibilidade de gradação da deficiência decorre da diferenciação entre os variados impedimentos.

No entanto, não é o fato de um impedimento ser mais severo sob o aspecto médico que necessariamente levará que a deficiência da pessoa com deficiência será mais severa, já que o conceito de deficiência, recordemo-nos, é social, e não estritamente médico. Dessa forma, não se pode pensar em graduar a deficiência apenas em função da variedade de impedimentos, mas somente poderá ser graduada a deficiência associando-se a diversidade dos impedimentos com as barreiras existentes, ou seja, será mais grave a deficiência quanto maior o efeito de exclusão (ou a obstrução de inclusão) ocasionado pela interação dos impedimentos com as barreiras sociais e ambientais, considerando-se, ainda, as condições pessoais de cada um.

O que se pode de plano afirmar é que se o impedimento que a pessoa tem não lhe traz qualquer dificuldade de inclusão social, seja no trabalho, seja no desenvolvimento das demais

atividades cotidianas, tal pessoa não se enquadra na definição social de pessoas com deficiência trazida pelo nosso sistema jurídico.

Também se deve levar em conta qual a finalidade que se pretende alcançar com o enquadramento de alguém na definição de pessoas com deficiência, ou seja, devemos perquirir se para aquele caso em especial existe de fato uma barreira a ser superada em razão do impedimento do indivíduo, bem como qual a barreira que deverá ser superada, quais as dificuldades que irão ser enfrentadas.

Podemos falar, assim, em graus de deficiência, desde que haja maior ou menor dificuldade de inclusão social, sendo de rigor perquirirmos qual a dificuldade gerada pela interação de seu impedimento com as barreiras sociais e ambientais, qual a situação a ser solucionada. Em suma, não é qualquer impedimento que faz com que alguém seja considerado pessoa com deficiência, devendo, para a caracterização da deficiência, decorrer da interação dos impedimentos com as barreiras ambientais uma situação de desvantagem em relação às outras pessoas. O grau de deficiência, assim, estaria diretamente relacionado não apenas com as diferenças entre os diversos impedimentos, mas especialmente com a dificuldade de inclusão social do indivíduo.

Cumprindo, no entanto, um alerta: a Constituição determina que todas as pessoas com deficiência têm o direito ao tratamento jurídico diferenciado e, assim, seja qual for o grau de deficiência constatado, a pessoa fará jus à integralidade da proteção dirigida ao grupo vulnerável. No entanto, o que se quer demonstrar é que o exposto reconhecimento de que as pessoas com deficiência são diferentes entre si, algumas com maior e outras com menor dificuldade de inclusão na sociedade em igualdade de oportunidades para com as demais pessoas, pode ensejar que, no âmbito da proteção deferida genericamente pelo ordenamento jurídico, poderão ser estabelecidos graus, esferas de proteção diferenciadas, em função dos diferentes graus de deficiência.

Exemplificando, todas as pessoas com deficiência têm direito à reserva de vagas no mercado de trabalho, mas, como algumas pessoas com deficiência terão mais dificuldades do que outras para sua inserção em tal mercado, em razão de contarem com deficiência mais severa, não seria desarrazoado que houvesse um mecanismo de proporcionar a essas pessoas com deficiência mais severa as mesmas oportunidades que terão de inserção nas vagas reservadas as pessoas com deficiências mais leves (por exemplo, poderia ser encontrado um denominador que fizesse com que empresas que contam com pessoas com deficiência mais

severas tivessem que reservar menos vagas do que aquelas que contam com empregados com deficiências mais leves, ou, numericamente, poderia ser possibilitado a uma empresa contratar duas pessoas com deficiência mais severa ao invés de três com deficiência mais leve).

As medidas gerais de inclusão, como a acessibilidade, o desenho universal, a adaptação razoável, os programas de habilitação e reabilitação, serão sempre realizadas para todas as pessoas com deficiência na mesma medida, cabendo a gradação, no entanto, nos casos em que as diferentes deficiências façam com que a atribuição da mesma proteção para todos implique numa desigualdade de oportunidades no interior do próprio grupo vulnerável.

De se ressaltar, no entanto, que todas as medidas destinadas a estabelecer os graus de deficiência, bem como as esferas de proteção diferenciadas deverão ser legalmente previstas, pois somente à lei cabe criar direitos e obrigações. Assim, em maior ou menor grau, todas as pessoas com deficiência teriam o acesso à proteção de todos os direitos que constitucionalmente lhes foram assinalados, implementando-se efetivamente a igualdade, mesmo no interior do grupo vulnerável. A lei, dessa maneira, poderá estabelecer proteções diversas em função dos diversos graus de deficiência, considerando a dificuldade de inclusão social decorrente da interação das barreiras com os impedimentos das pessoas.

Portanto, tendo em vista a própria Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência considerar que a deficiência é um conceito em construção, bem como que os Estados deverão levar em conta a diversidade das pessoas com deficiência, trazendo, ainda, uma definição de pessoas com deficiência que tem por núcleo a interação dos impedimentos das pessoas com as barreiras ambientais cujo resultado seria uma desigualdade de oportunidade de participação plena e efetiva na sociedade, e não mais considerando a deficiência como algo intrínseco às pessoas, há a possibilidade de falar-se em graus de deficiência, não sendo, em nossa visão, inconstitucional o estabelecimento de esferas diferenciadas de proteção para as pessoas com deficiência variando de acordo com os graus legalmente colocados. No entanto, deve restar claro que o estabelecimento dessa esferas diferenciadas não poderá implicar na exclusão de qualquer pessoa com deficiência de um benefício, de uma proteção a que constitucionalmente tem direito, já que não cabe à lei excluir onde a Constituição não o fez.

O Projeto de Lei nº 7.699/2006, que tramita no Congresso Nacional para a implementação do Estatuto das Pessoas com Deficiência, que será adiante referido com maior

detença, em seu artigo 5º, prevê expressamente a possibilidade do estabelecimento de graus de deficiência.

A Lei Complementar nº 142, de 08 de maio de 2013, em vigor desde 08 de novembro de 2013, que regulamenta a aposentadoria da pessoa com deficiência segurada no Regime Geral de Previdência Social, constitucionalmente prevista no artigo 201, §1º, já estabelece, em seu artigo 3º²⁹⁹, critérios diferenciados de aposentadoria conforme os graus de deficiência, que classifica em grave, moderada ou leve. A definição dos graus de deficiência, bem como sua avaliação, mediante critérios médico e funcional, foi deixada para regulamento do Poder Executivo, o que ocorreu com a edição da Portaria Interministerial nº 1, de 27 de janeiro de 2014 (publicada no Diário Oficial da União de 30 de janeiro de 2014).

Nota-se, assim, que a legislação já vem buscando o estabelecimento de graus de deficiência, atribuindo proteção diferenciada para os diversos graus (embora sem excluir nenhum deles da proteção destinada às pessoas com deficiência), promovendo a implementação da igualdade material no interior do próprio grupo vulnerável.

2. O dever de incluir

Conforme apontamos anteriormente (Capítulo I), da Constituição brasileira decorre um inegável dever de incluir por parte do Estado. Tal afirmação, como visto, decorre do preâmbulo da Constituição, dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (artigo 1º), dos objetivos fundamentais da República (artigo 3º), bem como da conformação constitucional da igualdade, dispersa por todo o texto (dever geral de inclusão), além de, no caso das pessoas com deficiência, dispositivos específicos colocados na Lei Maior (dever de inclusão específico para esse grupo vulnerável).

²⁹⁹ Lei Complementar nº 142/2013: “Art. 3º É assegurada a concessão de aposentadoria pelo RGPS ao segurado com deficiência, observadas as seguintes condições: I - aos 25 (vinte e cinco) anos de tempo de contribuição, se homem, e 20 (vinte) anos, se mulher, no caso de segurado com deficiência grave; II - aos 29 (vinte e nove) anos de tempo de contribuição, se homem, e 24 (vinte e quatro) anos, se mulher, no caso de segurado com deficiência moderada; III - aos 33 (trinta e três) anos de tempo de contribuição, se homem, e 28 (vinte e oito) anos, se mulher, no caso de segurado com deficiência leve; ou IV - aos 60 (sessenta) anos de idade, se homem, e 55 (cinquenta e cinco) anos de idade, se mulher, independentemente do grau de deficiência, desde que cumprido tempo mínimo de contribuição de 15 (quinze) anos e comprovada a existência de deficiência durante igual período. Parágrafo único. Regulamento do Poder Executivo definirá as deficiências grave, moderada e leve para os fins desta Lei Complementar.”

Outrossim, a Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, parte de nosso ordenamento constitucional por força de sua aprovação nos termos do artigo 5º, §3º, traz com muito maior vigor o dever de incluir esse grupo vulnerável que já constava do texto originário de nossa Constituição; os dispositivos específicos de inclusão das pessoas com deficiência foram consideravelmente ampliados. Vejamos.

Já em seu preâmbulo, a Convenção aponta a preocupação dos Estados Partes com as barreiras que existem contra a participação das pessoas com deficiência como membros iguais da sociedade (“k”), bem como reconhece que a promoção do pleno exercício dos direitos humanos e liberdades fundamentais pelas pessoas com deficiência e a sua plena participação na sociedade implicará no fortalecimento do senso de pertencimento à sociedade das pessoas com deficiência (“m”).

O propósito da Convenção é a promoção, a proteção e a garantia do exercício pleno e em condições de igualdade de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais pelas pessoas com deficiência, que terão ainda a promoção do respeito por sua dignidade inerente (artigo 1).

Dentre os princípios da Convenção está a plena e efetiva participação e inclusão na sociedade das pessoas com deficiência (artigo 3, “c”).

Nota-se, já do preâmbulo, do propósito e dos princípios da Convenção, que a inserção plena e efetiva das pessoas com deficiência na sociedade são a principal preocupação dos Estados-Partes, o que é reforçado pelos dispositivos garantidores dessa inserção, a garantir a igualdade de oportunidades.

O artigo 4 da Convenção traz como obrigação dos Estados-Partes assegurar e promover o pleno exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência, sendo que os Estados comprometem-se, dentre outras obrigações, a (“f”) promover a pesquisa e o desenvolvimento de produtos, serviços, equipamentos e instalações com desenho universal (que, de acordo com o artigo 2 da Convenção “*significa a concepção de produtos, ambientes, programas e serviços a serem usados, na maior medida possível, por todas as pessoas, sem necessidade de adaptação ou projeto específico*”), a (“h”) propiciar informação acessível, a, enfim, utilizar a tecnologia a serviço de um ambiente acessível, de forma que as pessoas com deficiência possam estar plenamente incluídas. Também como obrigações dos Estados-Partes, o artigo 3 da Convenção preocupa-se com o

exercício dos direitos econômicos, sociais e culturais, indispensáveis à participação plena e efetiva da pessoas com deficiência na sociedade, já que, sem um mínimo material, bem como sem acesso à cultura, sequer os direitos relativos à liberdade podem ser exercidos.

Como forma de promoção da igualdade e eliminação da discriminação, o artigo 5 da Convenção determina a necessidade de adoção pelos Estados-Partes de todas as medidas apropriadas para a garantia de adaptação razoável, o que, nos termos do artigo 2 da Convenção significa

as modificações e os ajustes necessários e adequados que não acarretem ônus desproporcional ou indevido, quando requeridos em cada caso, a fim de assegurar que as pessoas com deficiência possam gozar ou exercer, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos humanos e liberdades fundamentais.

Essa garantia de adaptação razoável é essencial para a implementação minimamente adequada de todos os direitos garantidos às pessoas com deficiência (sejam eles específicos ou não, é dizer, aqueles direitos a todos garantidos e, conseqüentemente, garantidos também às pessoas com deficiência) e, dessa forma, para sua inclusão plena e efetiva na sociedade, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. Isso porque é evidente que de nada adianta a garantia de um direito se materialmente é impossível o seu exercício; a proteção legal tornar-se-ia inútil.

Concretamente, por exemplo, não basta que seja garantida uma vaga em determinada empresa para uma pessoa com deficiência se não houver um ambiente minimamente acessível que lhe permita trabalhar e desenvolver suas capacidades, com dignidade. A pessoa com deficiência deve poder trabalhar com as mesmas condições, ou em condições análogas às outras pessoas, sendo obrigação do empregador tornar o ambiente de trabalho acessível. Em outro exemplo, não basta garantir na lei o direito ao lazer se não há uma adaptação do mobiliário urbano para que as pessoas com deficiência possam se locomover adequadamente nas cidades, inclusive no tocante ao transporte coletivo. A adaptação razoável deve ser oferecida pelo Estado e pelos particulares, sendo obrigação do Estado velar por tal oferecimento³⁰⁰.

³⁰⁰ Lembremo-nos que a Constituição brasileira, em seu texto originário, quanto aos equipamentos públicos ou de uso coletivo, já determinou o dever de adaptação, conforme artigos 244 e 227, §2º, da Lei Maior, que, no entanto, foi por anos desconsiderado pelo legislador infraconstitucional, pelo Poder Executivo e mesmo pelo Poder Judiciário, como já tivemos a oportunidade de demonstrar.

A Convenção, no entanto, ao definir adaptação razoável, aponta que não poderão decorrer da necessidade de adaptação dos ambientes ou equipamentos ônus desproporcionais ou indevidos o que, evidentemente, pela equivocidade dos termos utilizados, provoca uma verificação extremamente subjetiva do cumprimento da obrigação de adaptação.

Não nos parece, entretanto, que a subjetividade que certamente decorre dos termos utilizados pela Convenção possa ser utilizada como impeditivo para sua efetivação, ou seja, apesar de haver um forte viés de equivocidade nos termos, há diretrizes que forçosamente deverão ser utilizadas na interpretação do que seria razoável exigir-se como adaptação. A principal dessas diretrizes é o próprio dever de inclusão que exsurge tanto do texto originário da Constituição brasileira como do texto da Convenção da ONU, que àquele incorporou-se, por força do artigo 5º, §3º da Lei Maior.

Dentre os fatores que poderão qualificar como “desproporcionais” ou “indevidos” os ônus decorrentes de uma adaptação, não podem constar apenas fatores econômicos ou financeiros, já que, quase sempre, deixar de adaptar é financeiramente mais vantajoso do que promover a adaptação. Há de ser considerado que a inclusão é a regra que decorre do nosso ordenamento constitucional, sendo de rigor considerar que a ordem econômica brasileira é fundada nos ditames da justiça social e tem por finalidade assegurar a todos existência digna, conforme o *caput* do artigo 170 da Constituição Federal.

Em uma das variáveis do juízo de ponderação a ser feito para verificar-se a proporcionalidade ou a necessidade da adaptação deverá certamente constar o benefício social da inclusão das pessoas com deficiência, a dignidade inerente a tais pessoas, sendo de rigor a análise, como determina a Convenção, de cada caso concreto. A capacidade econômica do empregador também é de ser considerada, tratando-se de modo diverso o pequeno empresário da grande corporação; ambos têm o dever de promover a adaptação razoável, mas o que é razoável para um pode não ser razoável para o outro.

Não é demais reafirmar que casos há em que a adaptação é necessária para a própria dignidade da pessoa com deficiência envolvida, o que fará com que o ônus financeiro da adaptação tenha sua importância muito diminuída; repita-se, o que será considerado “desproporcional” ou “indevido”, não pode ser mensurado apenas financeira ou economicamente.

Em síntese, se os termos colocados pela Convenção carregam uma avaliação subjetiva intrínseca, casos há em que, por decorrência do próprio dever de inclusão trazido pelo ordenamento constitucional brasileiro, reforçado pela Convenção, não poderão existir dúvidas acerca da necessidade de implementação da adaptação razoável. Se assim não fosse, a “desproporcionalidade” seria uma válvula de escape quase absoluta para o dever de adaptar, garantido pela Constituição brasileira³⁰¹.

O que se quer demonstrar é que não é o ônus desproporcional ou indevido o centro da definição de adaptação razoável, mas este é apenas o seu limite. A alegação de ônus desproporcional ou indevido, na verdade, traz para aquele que o alega um ônus argumentativo, ou seja, deverá ser demonstrado cabalmente por aquele que pretende deixar de promover a adaptação que, levando-se em conta não apenas fatores econômicos, mas também a influência da necessária adaptação para a dignidade da pessoa com deficiência, haverá uma desproporcionalidade no ônus que lhe incumbe. A alegação de ônus desproporcional ou indevido é um caminho argumentativo, que traz um dever de convencimento para aquele que pretende esquivar-se do dever de promover a inclusão por intermédio da adaptação razoável.

A Convenção traz, ainda, deveres e direitos relativos à acessibilidade (artigo 9), expressamente declarando que tais deveres e direitos são uma forma de propiciar às pessoas com deficiência a participação plena em todos os aspectos da vida, sendo determinado aos Estados que ajam na identificação e eliminação dos obstáculos e barreiras à acessibilidade.

Também são levados em conta pela Convenção aspectos que pretendem garantir a igualdade das pessoas com deficiência perante a lei (artigo 12), bem como iguais oportunidades de acesso à Justiça (artigo 13), o que é essencial instrumento para a efetivação dos direitos garantidos pela Convenção.

No seu artigo 19, a Convenção traz expressamente o reconhecimento do direito das pessoas com deficiência viverem em comunidade em igualdade com as demais pessoas, inclusive com a mesma liberdade, sendo vedada a determinação de que vivam em determinado tipo de moradia. É a vedação expressa da segregação, a determinação da efetiva inclusão das pessoas com deficiência.

³⁰¹ Confira-se a respeito: MARTEL, Leticia de Campos Velho. Adaptação Razoável: O Novo Conceito Sob as Lentes de Uma Gramática Constitucional Inclusiva. **SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos**. São Paulo, v. 8, n. 14, p. 89-113, jun./2011.

O direito à educação inclusiva em todos os níveis também é assegurado pela Convenção da ONU, em seu artigo 24, sendo um de seus objetivos “*a participação efetiva das pessoas com deficiência em uma sociedade livre*” (“c”). Incluir as pessoas com deficiência na educação, proporcionar a convivência especialmente de crianças com deficiência e sem deficiência é medida fundamental para a efetiva inclusão das pessoas com deficiência na sociedade, ainda que seus efeitos somente possam ser percebidos no longo prazo. A convivência faz aflorar a percepção da diversidade, a visualização dos problemas enfrentados, e, conseqüentemente, a melhor forma de lidar com eles e contribuir para sua solução. A convivência nos bancos escolares proporciona a inclusão na sociedade, já que ensina às pessoas a forma de lidar com essa modalidade de diversidade humana.

A habilitação e reabilitação das pessoas com deficiência (artigo 26) e sua inserção no mercado de trabalho (artigo 27) também são garantidas pela Convenção. Trata-se de forma de inclusão das pessoas com deficiência na sociedade por intermédio de sua colocação no mercado de trabalho, que a Convenção expressamente declara que deverá ser proporcionada em igualdade de condições com as demais pessoas. A plena inclusão na sociedade somente terá possibilidade de êxito se as pessoas com deficiência tiverem meios de se sustentarem com seu próprio trabalho, conferindo-lhes autonomia. Ademais, a inserção no mercado de trabalho propicia o desenvolvimento das aptidões pessoais, garantindo dignidade às pessoas com deficiência.

Como acima afirmado, outrossim, não basta garantir a reserva de vagas no mercado de trabalho, público ou privado, sendo de rigor, para a efetiva proteção, que sejam garantidas condições de acessibilidade e de desenvolvimento adequado do trabalho, em igualdade de condições para com as demais pessoas. A Convenção expressamente afirma a proibição da discriminação no tocante à permanência no emprego (artigo 27, “a”), o que aponta a necessidade de que o ambiente de trabalho seja adaptado.

Preocupa-se a Convenção em garantir às pessoas com deficiência um mínimo material, um “padrão adequado de vida” para a pessoa com deficiência e suas famílias, o que é essencial para que tais pessoas sejam capazes de gozarem os seus direitos em sua plenitude, inclusive seus direitos de liberdade (artigo 28).

Em seu artigo 29 a Convenção impõe aos Estados-Partes o dever de assegurar a participação plena e efetiva das pessoas com deficiência na vida política e pública, “em igualdade de oportunidades com as demais pessoas”. Trata-se da garantia de direitos políticos

plenos às pessoas com deficiência, o que significa que o Estado deverá promover os meios necessários para que aquelas possam votar e ser votadas, bem como que possam ter seus direitos defendidos por representantes eleitos. A inserção das pessoas com deficiência na vida pública propiciará o desenvolvimento de políticas públicas mais adequadas a tal grupo, proporcionando sua maior inclusão à sociedade; as pessoas com deficiência devem ter a possibilidade de definir acerca de seu próprio futuro.

Por fim, cabe mencionar o artigo 30 da Convenção, que garante às pessoas com deficiência a possibilidade de participação na vida cultural em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, determinando a acessibilidade dos formatos dos bens culturais e dos equipamentos públicos ou de uso coletivo relacionados à difusão da cultura. Sem participação na cultura da sociedade é impossível falar-se em inclusão das pessoas com deficiência, já que a cultura expressa os valores de determinado grupo social.

É de se notar que o dever de inclusão imposto aos Estados e à sociedade (a que corresponde um direito de inclusão de que gozam as pessoas com deficiência), em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, permeia todo o texto da Convenção, sendo seu principal vetor interpretativo.

De todo o exposto, restou demonstrado que, se de um lado a Constituição brasileira estabeleceu indiscutivelmente um dever de inclusão por parte do Estado e de toda a sociedade, de outro, a inserção no ordenamento jurídico pátrio, com equivalência de emenda constitucional, da Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, reforçou tal dever, incluindo novas diretrizes que forçosamente deverão ser consideradas na elaboração e execução de todas as políticas públicas, pena de inconstitucionalidade. Como parte da Constituição brasileira, a Convenção deve ser interpretada de acordo com os vetores interpretativos consagrados em nossa Lei Maior, que, como já se apontou, traduzem-se na igualdade e na inclusão.

Em resumo, o ordenamento constitucional brasileiro é dotado de um minucioso sistema de proteção às pessoas com deficiência, que atribui ao Estado e à sociedade o dever de promover a inclusão desse grupo vulnerável, e, mais, a inclusão em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

3. Vedação do retrocesso

Como é simples de se imaginar, se por um lado o conceito social de pessoas com deficiência, de caráter aberto, permite a inserção nesse grupo vulnerável de pessoas que por um critério fechado e estritamente médico não poderiam ser consideradas como merecedoras da especial proteção que nosso ordenamento confere a esse grupo, por outro, um novo conceito de pessoas com deficiência poderá provocar a situação de que alguém que segundo o critério anteriormente considerado era pertencente ao grupo vulnerável agora não mais seja apto a integrar esse grupo.

Uma questão que pode ser levantada em razão da perda da condição de pessoa com deficiência em função da nova definição constitucional é a eventual violação do princípio da vedação do retrocesso consagrado no artigo 4, item 4, da própria Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que assim dispõe:

Nenhum dispositivo da presente Convenção afetará quaisquer disposições mais propícias à realização dos direitos das pessoas com deficiência, as quais possam estar contidas na legislação do Estado-Parte ou no direito internacional em vigor para esse Estado. Não haverá nenhuma restrição ou derrogação de qualquer dos direitos humanos e liberdades fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado-Parte da presente Convenção, em conformidade com leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob a alegação de que a presente Convenção não reconhece tais direitos e liberdades ou que os reconhece em menor grau.

Em síntese, pode-se questionar se ausência de proteção a determinadas pessoas que antes eram consideradas pessoas com deficiência e agora, face o novo conceito não mais o são, implica no retrocesso vedado pela Convenção, ou seja, se haverá afronta a disposições mais propícias à realização dos direitos das pessoas com deficiência contidas na legislação brasileira em razão da aplicação da Convenção.

Não nos parece, entretanto, que a exclusão de alguém do grupo das pessoas com deficiência em razão de não mais ser possível seu enquadramento nesse grupo vulnerável pela alteração do conceito necessariamente implique na ocorrência de retrocesso, implique que disposições mais propícias aos direitos das pessoas com deficiência contidas no Direito brasileiro sejam afetadas. Vejamos.

Primeiramente, devemos entender que o que está vedado pelo texto da Convenção da ONU é que o nível de proteção que as pessoas com deficiência já alcançaram nos respectivos ordenamentos nacionais, mesmo em decorrência da aplicação de normas internacionais, sofra

um retrocesso. É dizer, olhando-se para o grupo das pessoas com deficiência, não poderá ocorrer a derrogação de direitos já consagrados, a diminuição do espaço já conquistado, em razão da aplicação da Convenção. O que se preserva, assim, é o nível de proteção já alcançado pelas pessoas com deficiência nos ordenamentos jurídicos respectivos, e não especificamente um determinado direito de um integrante desse grupo.

O fato de que agora o enquadramento no grupo das pessoas com deficiência depende da avaliação de novos critérios, especialmente critérios sociais relacionados à inclusão, não implica na diminuição do nível de proteção já deferido às pessoas com deficiência, ou seja, a mudança no conceito de pessoas com deficiência apenas indica que os beneficiários da proteção serão aqueles que se adequem a esse novo conceito, e não que houve um retrocesso nos direitos já deferidos ao grupo vulnerável como um todo. Em outras palavras, os direitos do grupo serão no mínimo os mesmos (já que a Convenção, pelo menos no caso do ordenamento brasileiro, confere direitos que antes não eram explicitados na Constituição), mas pode ocorrer que sua titularidade individual seja alterada, já que novas pessoas serão inseridas no grupo, ao passo que outras poderão ser excluídas.

Dessa forma, não nos parece que a exclusão de alguém do grupo das pessoas com deficiência em razão da nova definição trazida pela Convenção implique na diminuição da proteção que o grupo, coletivamente considerado, já conquistou. A não ser no caso de que a nova definição fosse de um excessivo rigor (fechado e com um rol limitadíssimo e taxativo de impedimentos, por exemplo) que praticamente extinguisse o grupo vulnerável em razão do ínfimo número de pessoas que poderiam nele se enquadrar e, aí sim, considerando o grupo de pessoas que necessita da proteção e ficaria desprotegido poderíamos dizer que haveria um retrocesso do nível de proteção antes garantido, a alteração da definição não implica em diminuição da proteção.

A nova definição de pessoas com deficiência, entretanto, não é extremamente limitativo, mas, ao contrário, é fruto de um conceito social, aberto e declaradamente incompleto, em construção e, assim, fortemente inclusivo.

No caso brasileiro, ademais, devemos considerar, como visto, que era adotado anteriormente à Convenção uma definição fechada e médica de pessoas com deficiência, baseada em um rol fechado, e considerado como taxativo, de impedimentos. A nova definição trazida pela Convenção, aberta e social, repita-se, tende, assim, a incluir no grupo vulnerável pessoas que antes não conseguiriam desfrutar da proteção apesar de dela precisarem,

simplesmente por serem acometidas de enfermidades diferentes (ou em graus diferentes), daquelas contidas na lista. A definição agora vigente, assim, tende a ampliar o grupo de beneficiários da proteção, não havendo que se falar, dessa forma, em retrocesso em razão da aplicação da Convenção.

Face a natureza das perdas ou alterações de saúde constantes do rol da definição de pessoas com deficiência dantes utilizada pelo Direito brasileiro, aliás, dificilmente alguém que era beneficiário da proteção deixará de sê-lo. O rol era fechado e limitado, com casos incontestes e graves de limitações corporais e de saúde e, dessa forma, mesmo com o acréscimo da análise de sua interação com as barreiras a resultar em obstrução da plena e efetiva participação na sociedade em igualdade de oportunidades para com as demais pessoas para que se possa inserir alguém no grupo das pessoas com deficiência, serão raras as hipóteses em que alguém deixará de ser considerado como pessoa com deficiência com base na nova definição.

A exclusão de alguém do grupo das pessoas com deficiência face a ausência de enquadramento na nova definição, aliás, é medida que visa preservar a igualdade. Se alguém não pode ser considerado, pelos atuais parâmetros, como pessoa com deficiência, conferir-lhe a proteção legal destinada a tal grupo violaria a igualdade, já que implicaria no tratamento igual a pessoas em situações jurídicas distintas, possibilitando que pessoas que não são consideradas como pessoas com deficiência recebessem o mesmo tratamento legal do que as pessoas que o ordenamento jurídico assim considera (ou, sob outro olhar, atribuiria tratamento diferenciado a pessoas em situações jurídicas iguais, pois permitiria que pessoas sem deficiência recebessem determinados benefícios, que outras pessoas sem deficiência não receberiam).

O tratamento legal diferenciado somente se justifica em razão de pessoas encontrarem-se em situações jurídicas distintas. Somente haverá a implementação da igualdade material se o tratamento diferenciado for concedido a pessoas que se encontrem em situações diferentes. Se alguém que não é pessoa com deficiência, ou seja, se não está presente o fator de *discrimen*, não há justificativa para a concessão de um tratamento legal diferenciado.

Não há, dessa maneira, retrocesso com a exclusão de alguém da proteção conferida às pessoas com deficiência se tal pessoa não mais se enquadra no conceito de pessoa com deficiência, já que que somente é deferido à lei promover discriminações se houver uma justificativa para tanto. As pessoas com deficiência continuam, e devem continuar, com o

mesmo nível de proteção que gozavam antes do advento da definição trazida pela Convenção, que se justifica por sua situação diferenciada.

Evidentemente que, em razão da interpretação sistemática que devemos dar ao ordenamento jurídico, não serão todas as situações em que alguém que não se enquadre mais na definição de pessoa com deficiência que simplesmente poderá alguém ser excluído da proteção que antes gozava, sendo de rigor o respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, nos termos do disposto no artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal³⁰².

Dessa forma, as situações acolhidas pelo direito adquirido, pelo ato jurídico perfeito ou pela coisa julgada não poderão ser modificadas pela mudança da situação jurídica de alguém que não mais seja considerado como pessoa com deficiência. Alguém que tenha sido aprovado em um concurso público em vaga reservada e agora deixe de ser considerado como pessoa com deficiência, por exemplo, não deverá (ou poderá) ser exonerado de seu cargo, já que, à época da sua aprovação, cumpriu com todas as exigências legais para o provimento do cargo (tal situação não se confunde com aquela em que se descobre que já à época do concurso a pessoa, de acordo com as leis então em vigor, não poderia ser considerada como pessoa com deficiência, caso em que a anulação de seu provimento deverá ser procedida pela Administração Pública, face sua ilegalidade).

Devemos ressaltar, ainda, que se alguém era, à luz da legislação anterior à Convenção, considerado como pessoa com deficiência, inevitavelmente o primeiro elemento da definição de pessoa com deficiência estará presente, qual seja, o impedimento de longo prazo (já que a definição anterior era médica e fechada, fundada num rol de impedimentos). Assim, a ausência de enquadramento na nova definição dar-se-á forçosamente em relação à parte social, ou seja, a resultante da interação entre os impedimentos e as barreiras sociais não será a obstrução da participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de oportunidades para com as demais pessoas. Ora, se a pessoa não encontra problemas relativos à inclusão, se ela desfruta das mesmas oportunidades que as demais, não há razão que justifique a atribuição de uma proteção especial, sob pena de, como acima mencionado, violação ao princípio isonômico.

³⁰² Constituição Federal, art. 5º, XXXVI: “XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

No entanto, se notar o aplicador da lei que a pessoa somente não tem obstruída a sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de oportunidades para com as demais pessoas em razão da proteção de que vem desfrutando, e, dessa forma, a ausência da proteção implicará em exclusão social, é de rigor que seja mantida a proteção, já que nessa hipótese, poder-se-á considerar a pessoa como pessoa com deficiência, já que presente o impedimento de longo prazo e a obstrução à inclusão, resultante da interação daquele com as barreiras existentes na sociedade e no ambiente.

Por fim, vale apontar, mais uma vez, que a análise de quem é pessoa com deficiência deverá ser feita em cada caso concreto, considerando-se as específicas situações da pessoa e da sociedade em que ela se insere, já que a definição de pessoas com deficiência trazida pela Convenção da ONU e encampada por nossa Constituição é social e aberta, refletindo conceito ainda em construção.

4. O Estatuto das Pessoas com Deficiência – Projeto de Lei nº 7.699/2006

Tramita no Congresso Nacional um projeto de lei que institui o Estatuto das Pessoas com Deficiência (Projeto de Lei nº 7.699/2006), cujo objetivo é dar concretude legal ao quanto disposto na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, incorporado à Constituição Federal, desenvolvendo instrumentos para a efetiva aplicação do agora disposto em nossa Lei Maior. Segundo o artigo 1º do Projeto de Lei, o estatuto destina-se a estabelecer as diretrizes e normas gerais, bem como os critérios básicos para assegurar, promover e proteger o exercício pleno e em condições de igualdade de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais pelas pessoas com deficiência, objetivando a inclusão social e cidadania plena e efetiva desse grupo vulnerável.

Nesse sentido, o Estatuto procura promover a inclusão, cujo dever decorre de nossa Constituição Federal, e, assim, a criação de instrumentos práticos para implementar os direitos e garantias conferidos na texto constitucional às pessoas com deficiência é a principal missão desse Projeto de Lei.

A definição de pessoas com deficiência adotada pelo Projeto de Lei de Estatuto, em seu artigo 2º, tem exatamente as mesmas diretrizes consagradas na Convenção, e, assim, trata-

se de definição social e aberta. No entanto, nota-se que a forma como colocada a definição pelo Estatuto melhor retratou sua incompletude, deixou mais evidente que se refere a um conceito em construção, pois não foi utilizada a expressão, como na tradução para o português da Convenção, “pessoas com deficiência são (...)”, mas preferiu-se a forma “consideram-se pessoas com deficiência (...)”, não tendo sido fechadas as portas para que seja ampliado o universo dessas pessoas. Vejamos a definição proposta pelo Estatuto:

Art. 2º. Consideram-se pessoas com deficiência aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Para facilitar a aplicação da definição, o artigo 3º do projeto de Estatuto traz aquilo que se pode entender como impedimentos, sem, no entanto, estabelecer um rol de situações, fazendo com que a definição seja aberta, de forma a permitir que qualquer impedimento tenha potencialidade de ensejar deficiência. Estabelece-se que os impedimentos serão relativos às funções ou estruturas do corpo “*referentes às capacidades comunicativas, mentais, intelectuais, sensoriais ou motoras*”, sendo que as funções do corpo seriam as “*funções fisiológicas dos sistemas orgânicos, incluindo as funções psicológicas*”, e as estruturas do corpo seriam as suas partes anatômicas. Nota-se que a definição dos impedimentos permite que se considere uma gama muito abrangente de situações, a serem verificadas em cada caso concreto, o que torna o conceito aberto.

Ainda em relação ao reconhecimento da deficiência, o seu caráter social é explicitado quando, no artigo 4º, o Projeto de Lei dispõe que a avaliação da deficiência deverá ser médica e social, prevendo a avaliação médica considerando a afetação das funções e estruturas do corpo, bem como a limitação de desempenho de atividades, e a avaliação social considerando os fatores ambientais e pessoais. É determinado o desenvolvimento pelo Poder Público de um instrumento especificamente destinado para realizar as avaliações médicas e sociais para o reconhecimento da deficiência.

Entendemos que tal instrumento deverá necessariamente prever a atuação, em cada caso concreto, de uma equipe multidisciplinar, com profissionais médicos, psicólogos, assistentes sociais, enfim, todos aqueles que poderão avaliar as condições médicas das pessoas e fazer a associação de suas características pessoais e das características do ambiente

social em que elas se inserem com tais condições de saúde, verificando se há obstrução à plena e efetiva inclusão social a ensejar o reconhecimento da deficiência³⁰³.

Dessa forma, o caráter social da definição é evidente, já que sem a avaliação social dos fatores ambientais e pessoais não é possível o reconhecimento da deficiência. A incompletude do conceito, ainda em construção, refletida na definição, é explicitada no disposto no §5º do artigo 4º do projeto de Estatuto, em que se coloca que outras categorias e definições que não aquelas contidas no Projeto de Lei poderão constar de regulamento, ouvido o Conselho Nacional dos direitos das Pessoas com Deficiência (CONADE).

As barreiras que irão interagir com os impedimentos das pessoas também são definidas pelo projeto de Estatuto, em seu artigo 6º, IV, e são entendidas como quaisquer entraves ou obstáculos limitadores ou impeditivos da plena inserção social da pessoa, ou que impeçam ou limitem o gozo, fruição ou exercício de seus direitos. Reconhece-se a existência de barreiras das mais diversas naturezas, como as arquitetônicas, as relativas aos transportes, as barreiras de comunicações e as barreiras atitudinais.

É deixada para o regulamento, ainda, no artigo 5º do projeto de Estatuto³⁰⁴, a especificação do grau de limitação física, mental, intelectual, auditiva, visual ou múltipla que

³⁰³ Em 30 de janeiro de 2014 foi publicada no Diário Oficial da União, Seção 1, página 2, a Portaria Interministerial nº 1, de 27 de janeiro de 2014, da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, dos Ministérios da Previdência Social, da Fazenda, do Planejamento, Orçamento e Gestão, e da Advocacia-Geral da União, que institui “instrumento destinado à avaliação do seguro da previdência social e à identificação dos graus de deficiência, bem como define impedimento de longo prazo para os efeitos do Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999.” Frise-se, inicialmente, que tal instrumento, nos termos do artigo 70-D, §2º, do Decreto nº 3048/1999, com a redação que lhe foi dada pelo Decreto nº 8.145/2013, será considerado unicamente para fins previdenciários; outrossim, trata-se da primeira iniciativa do Poder Executivo Federal nesse sentido e, dessa forma, cabe aqui a menção à sua existência.

Esse instrumento prevê a avaliação médica e funcional das pessoas com deficiência, pela perícia médica e pelo serviço social do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, mediante os critérios previstos no “Índice de Funcionalidade Brasileiro Aplicado para Fins de Aposentadoria – IF-BrA”, contido no Anexo da Portaria Interministerial nº 1/2014.

Embora seja de inegável avanço, já pelo fato de prever a necessidade de perícia social e pela aplicação de um índice de funcionalidade que leva em consideração barreiras ambientais que influenciam as atividades das pessoas com deficiência, tal instrumento ainda carece de ajustes, de complementos, de forma a não apenas constatar os impedimentos médicos e a sua interação com as barreiras ambientais, mas principalmente de aferir se há desigualdade de oportunidades de participação plena e efetiva na sociedade e em que medida, uma conclusão, portanto, com fundamento naquilo que foi apurado na perícia médica e social. Os elementos contidos no Índice de Funcionalidade proposto sem dúvida darão diretrizes para que se possa entender alguém como pessoa com deficiência, bem como para aferir o grau de deficiência; no entanto, devemos ressaltar que esses critérios não podem ser tidos como os únicos hábeis a tal propósito, já que o conceito constitucional de pessoas com deficiência é aberto.

³⁰⁴ Projeto de Lei nº 7.699/2006: “art. 5º. Regulamento especificará o grau de limitação física, mental, intelectual, auditiva, visual ou múltipla que associada à avaliação social, levará à classificação da pessoa como com deficiência para os fins desta Lei e em que grau de deficiência o mesmo deverá ser classificado, servindo como prova da deficiência quando exigida.”

associada à avaliação social, ensejará a classificação de alguém como pessoa com deficiência, bem como em qual grau de deficiência a pessoa deverá ser classificada.

Poderá o regulamento, assim, indicar as situações já predefinidas em que o impedimento poderá ensejar a classificação como pessoa com deficiência, a depender do resultado da avaliação social. Entendemos, entretanto, que o rol a ser definido no regulamento deverá ser meramente exemplificativo, de forma a fixar uma zona de certeza que facilitará a aplicação da lei por quem seja competente, não sendo dado ao regulamento limitar aquilo que a lei não limitou. A definição constitucional, bem como a fixado no Projeto de Lei, é aberta, não sendo possível permitir ao Executivo que a torne fechada. Os parâmetros que deverão ser considerados para a classificação de alguém como pessoa com deficiência são aqueles trazidos pela Constituição e pela Lei, somente sendo deferido ao regulamento lhe dar fiel execução, e, assim, criar condições para possibilitar sua aplicação com maior facilidade e segurança, e não impedir que alguém que atenda aos requisitos legais goze da proteção a que tem direito.

Dessa forma, entendemos que a correta interpretação de dispositivo como o contido no artigo 5º do projeto de Estatuto aponta para a possibilidade de fixação de um rol meramente exemplificativo de impedimentos, de forma a possibilitar que outras situações, não previstas em tal rol, possam também ensejar a classificação como pessoa com deficiência, a depender da avaliação social.

Ressalte-se, ainda, que o artigo 5º do Projeto de Lei de Estatuto mencionado prevê a classificação das pessoas com deficiência em graus diversos, o que possibilitará o estabelecimento de esferas diversas de proteção para as pessoas com deficiência, conforme a sua necessidade de inclusão plena e efetiva na sociedade, em atendimento aos ditames do princípio da igualdade, sob seu prisma material.

As disposições finais do projeto de Estatuto preveem uma regra de transição para a classificação das pessoas como pessoas com deficiência, estabelecendo, em seu artigo 131, que a avaliação médica e social prevista no artigo 4º terá o prazo de até dois anos contados da publicação da Lei para entrar em vigor. Nesse período até a entrada em vigor da avaliação médica e social da deficiência será aplicado o disposto nos artigos 3º e 4º do Decreto nº 3.298/1999, com redação dada pelo Decreto nº 5.269/2004, ou seja, continuará prevalecendo a definição de deficiência baseada no critério médico, com um rol já preestabelecido de impedimentos. Entendemos, outrossim, que a única forma de compatibilizar-se tal disposição

de transição ao ordenamento constitucional alterado pela Convenção da ONU será a interpretação de que o rol de situações constante do artigo 4º do Decreto nº 3.298/1999, com redação dada pelo Decreto nº 5.269/2004, é meramente exemplificativo, não cabendo a exclusão *a priori* daqueles que apresentem impedimentos diversos daqueles ali constantes. A disposição constitucional que estabelece a definição aberta de pessoas com deficiência já está em pleno vigor e deve ser utilizada na aplicação de todo o ordenamento jurídico, não sendo possível a limitação de direitos pela lei onde a Constituição não deferiu tal possibilidade.

A falta da avaliação social durante a vigência da regra de transição, diversamente, poderá ser superada se entendermos que, a despeito de agora haver uma definição social de pessoas com deficiência que deve ser considerada, a falta, temporária, diga-se, da avaliação social não estará a limitar direitos, já que forçosamente todos aqueles que têm impedimentos são pessoas com deficiência em potencial e, dessa forma, se não for considerado o critério social para a classificação como pessoa com deficiência o universo dos beneficiários pela proteção estará sendo ampliado, e não reduzido. Evidentemente que tal situação, de ausência de avaliação social, não poderá se protrair no tempo, não poderá deixar de ser uma regra transitória para se tornar definitiva, sob pena de violação do princípio isonômico, por qualificar como pessoas com deficiência pessoas que não fazem jus à proteção legal conferida a esse grupo vulnerável.

Em suma, a regra de transição que permite a aplicação do critério médico fechado de pessoas com deficiência trazido pelos artigos 3º e 4º do Decreto nº 3.298/1999, com redação dada pelo Decreto nº 5.269/2004, até que seja implementada a avaliação médica e social trazida pelo projeto de Estatuto, somente poderá ser validamente aplicada se permitir que as pessoas com deficiência que se enquadrem na nova definição trazida pela Convenção da ONU incorporada à nossa Constituição recebam a proteção a que fazem jus, sendo necessário, para tanto, que o rol de situações previsto pelo Decreto citado seja considerado como meramente exemplificativo.

Vista a questão da definição de pessoas com deficiência adotada pelo projeto de Estatuto, e sua correlação com a definição constitucional existente no Direito brasileiro, cumpre-nos tecer algumas outras breves observações, já que não é esse o escopo do presente trabalho, acerca do conteúdo do Projeto de Lei de Estatuto das Pessoas com Deficiência que ora tramita no Congresso Nacional.

O projeto de Estatuto traz definições instrumentais como as de desenho universal, tecnologia assistiva, adaptação razoável, mobiliário urbano, comunicação, pessoas com mobilidade reduzida, residência inclusiva, dentre outros destinados à efetiva implementação da acessibilidade, necessária à plena inclusão das pessoas com deficiência na sociedade.

Há dispositivos destinados a coibir e eliminar a discriminação (artigos 7º a 12), assim considerada como:

[...] todas as formas de discriminação ou qualquer distinção, restrição ou exclusão, por ação ou omissão, que tenha o propósito ou efeito de prejudicar, impedir ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício dos direitos e liberdades fundamentais dessas pessoas, incluindo a recusa de adaptação razoável.

Expressamente é ressalvada da definição de discriminação o estabelecimento de ações afirmativas, sendo que as pessoas com deficiência não são obrigadas a aceitá-las, o que preserva sua autodeterminação (art. 7º, §2º).

Além da proibição da discriminação, a inclusão das pessoas com deficiência é promovida com o estabelecimento de direitos destinados à promoção da igualdade material, o que, como já dissemos anteriormente, faz com que as pessoas com deficiência tenham acrescidos aos direitos fruídos por todas as pessoas um rol específico de direitos. Assim, além do direito à vida, à saúde, à educação, à moradia, ao trabalho, à assistência social, à cultura, ao esporte, ao turismo, ao lazer, ao transporte, à participação efetiva na sociedade mediante a garantia de direitos políticos e de acesso à informação, deferidos de maneira geral a todas as pessoas, às pessoas com deficiência, em cada uma dessas áreas, o projeto de Estatuto garante medidas que busquem propiciar sua inclusão plena e efetiva, o seu desfrute em igualdade de oportunidades para com as demais pessoas. O Estatuto, ao garantir direitos específicos em cada uma dessas áreas, busca propiciar que as pessoas com deficiência convivam na sociedade da mesma forma como convivem as pessoas com deficiência, ou seja, com oportunidades de desenvolvimento pessoal e de uma existência digna e autônoma.

Dessa forma, se a todos é deferido o direito à saúde, instituiu-se que é obrigação do estado o desenvolvimento de políticas em tal área destinadas ao atendimento específico das pessoas com deficiência, como programas e medidas de habilitação e reabilitação, diagnósticos e intervenção precoces para evitar ou reduzir as deficiências, a adaptação dos espaços físicos dos estabelecimentos de saúde, enfim, tudo o que permita às pessoas com deficiência existirem com qualidade de vida adequada, assim como todas as demais pessoas,

que têm o direito de estar e de permanecerem sãs, em seus aspectos físicos e psicológicos (artigos 27 a 39 do Projeto de Lei nº 7.699/2006). O mesmo bem-estar que é deferido a todas as pessoas deve ser deferido às pessoas com deficiência, ainda que seja necessária a adoção de medidas específicas destinadas a tais pessoas.

Da mesma maneira em relação à educação, a que todos têm direito. Se todos devem receber um nível adequado de educação, as pessoas com deficiência têm o direito ao recebimento desse mesmo nível, implicando na necessidade de garantir-se atendimento educacional especializado em todos os níveis, bem como medidas de acessibilidade. Prega o projeto de Estatuto, assim como a Constituição, a convivência escolar em sistema educacional inclusivo, evitando-se a segregação das pessoas com deficiência e seus deletérios efeitos (artigos 40 a 43 do Projeto de Lei nº 7.699/2006).

O direito ao trabalho também mereceu especial atenção do projeto de Estatuto, sendo garantido às pessoas com deficiência o direito ao trabalho em igualdade de oportunidades para com as demais pessoas (artigos 47 a 54 do Projeto de Lei nº 7.699/2006). É indicada a necessidade de estabelecimento de programas de habilitação e reabilitação profissional, obrigatória em relação aos servidores públicos que adquirirem deficiência em razão do trabalho. Foram previstas medidas de inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho, sendo proposto pelo projeto de estatuto o aumento da reserva de vagas para as pessoas com deficiência em empresas privadas, mediante alteração do artigo 93 da Lei nº 8.213/1991 (artigo 120 do Projeto de Lei nº 7.699/2006).

Segundo o Relatório³⁰⁵ divulgado pelo Grupo de Trabalho para análise de Projetos de Lei que tratam da criação do Estatuto das Pessoas com Deficiência, instituído pela Portaria SDH/PR nº 616/2012, da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, a regulamentação da reserva de vagas em concursos públicos para provimentos de cargos na Administração Pública (tema central do presente trabalho) não foi inserida no Projeto de Lei em razão de tratar-se de matéria de iniciativa exclusiva do Poder Executivo, conforme mandamento da Constituição Federal.

O direito à cultura, esporte, turismo e lazer das pessoas com deficiência também encontra guarida no projeto de Estatuto (artigos 58 a 61), sendo garantida, inclusive, a reserva de lugares nos locais de espetáculos públicos para as pessoas com deficiência, a variar de

³⁰⁵ Disponível em: <http://maragabrigilli.com.br/estatuto/uploads/estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-congresso-nacional.pdf> – acesso em 14 de setembro de 2013.

acordo com a capacidade do local, bem como é determinada a adaptação dos hotéis, pousadas e estabelecimentos similares já existentes para o acolhimento de pessoas com deficiência, apontando-se que as novas construções deverão seguir os princípios do desenho universal (consistente na “*concepção de produtos, ambientes, programas e serviços a serem usados, na maior medida possível, por todas as pessoas, sem necessidade de adaptação ou projeto específico*”, conforme artigo 6º, II, do projeto de Estatuto).

De se ressaltar, ainda, a preocupação do projeto de Estatuto com o direito ao transporte (artigos 62 a 66 do Projeto de Lei nº 7.699/2006) e à acessibilidade (artigos 67 a 74), instrumental indispensável ao exercício de todos os outros direitos pelas pessoas com deficiência, já que não se pode exercer direitos se não são oferecidas condições materiais para seu exercício. A pessoa com deficiência somente poderá trabalhar, estudar, cuidar da sua saúde, participar de atividades culturais, enfim, participar da sociedade, se for materialmente possível que isso ocorra. Há a determinação de observância de regras relativas à acessibilidade e ao desenho universal em todos os novos projetos urbanos ou de edificações de edifícios públicos ou de uso coletivo, bem como em relação aos Planos Diretores Municipais, Códigos de Obras, Códigos de Postura, Leis de Uso e Ocupação do Solo e Leis do Sistema Viário a serem desenvolvidos.

Também o acesso à informação foi garantido pelo projeto de Estatuto, o que é essencial para o direito de participação política na sociedade, garantido às pessoas com deficiência.

Outro instrumental para a salvaguarda dos direitos das pessoas com deficiência foi a definição de medidas específicas de acesso à justiça, para que este se dê em igualdade de condições para com as demais pessoas (artigos 97 a 101 do Projeto de Lei nº 7.699/2006). Também a tipificação de crimes contra as pessoas com deficiência e sua proteção foi uma medida de salvaguarda de direitos trazida pelo Projeto de Lei nº 7.699/2006 (artigos 106 a 110).

Foram também encampadas pelo projeto de Estatuto o dever de atendimento prioritário às pessoas com deficiência e à efetivação de seus direitos (artigos 13 a 16), bem como a isenção de Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) para automóveis de passageiros de fabricação nacional que atendam a algumas especificações, quando adquiridos por pessoas com deficiência (artigos 17 a 20).

Em resumo, podemos dizer que o projeto de Estatuto procura incorporar a nova definição constitucional de pessoas com deficiência, dando-lhe operacionalidade maior, bem como implementar a igualdade material, com medidas de vedação à discriminação e de atribuição de direitos específicos, estabelecidos face a especial condição das pessoas com deficiência, que requer a fixação de tratamento legal diferenciado como medida de promoção da igualdade.

5. O Poder Judiciário e a tutela dos direitos das pessoas com deficiência – a mudança de conceito e as decisões dos tribunais

Como já apontamos, a Constituição Federal claramente instituiu um dever de inclusão das pessoas com deficiência, dever este dirigido precipuamente ao Estado, mas que deverá ser observado por toda a sociedade, que é destinatária das normas constitucionais. Se o Estado tem o dever de incluir, poderá fazê-lo de variadas formas, inclusive estabelecendo obrigações aos particulares destinadas a promover a inclusão, como por exemplo quando estabelece cotas de vagas para pessoas com deficiência no mercado de trabalho, ou quando estabelece normas de acessibilidade que deverão ser seguidas pelos particulares em suas edificações; nesses casos, o Estado tem o dever de fiscalizar o cumprimento das normas estabelecidas compelindo os administrados a obedecê-las. Podemos, assim, dizer que o dever de inclusão determinado pela Constituição obriga a todos, Estado e sociedade.

No âmbito estatal, todos os Poderes constituídos devem observar as diretrizes traçadas pela Constituição, ou seja, o dever de inclusão obriga o Legislativo, o Executivo e também o Judiciário. Em suma, podemos dizer que a elaboração das leis deverá ter em conta o dever de incluir, que também deverá ser considerado quando o Administrador colocar em prática os comandos legais. O juiz, ao decidir as demandas que lhe são postas, também deverá estar atento para o que determina a Constituição, competindo-lhe zelar pelo comando de inclusão nela contido.

A atuação do Poder Judiciário constitui-se em importante meio de garantia de efetivação do direitos das pessoas com deficiência, já que tal Poder deverá corrigir eventuais equívocos constantes das condutas dos Poderes Legislativo e Executivo que deixarem de

observar os comandos constitucionais, ou mesmo coibir comportamentos dos particulares que atentarem contra os deveres legalmente estabelecidos de inclusão.

Ao longo do tempo, desde a promulgação da Constituição de 1988, notamos a evolução da jurisprudência no sentido da inclusão, embora ainda não seja possível notar uma plena compreensão do Poder Judiciário com a questão das pessoas com deficiência. Vejamos.

Um exemplo do paulatino reconhecimento do dever de inclusão contido na Constituição se dá na verificação da evolução da jurisprudência relativa ao benefício assistencial constitucionalmente deferido às pessoas com deficiência ou idosas que não tenham condições de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. Se no início a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal via tal benefício apenas objetivamente, isoladamente considerado, agora passou a considerá-lo como forma de efetivação do dever de inclusão social impregnado na Constituição, como parte de um sistema de proteção social àqueles que necessitam, respaldado pelos objetivos fundamentais da República.

Em 1995 o Supremo Tribunal Federal, apreciando Ação Direta de Inconstitucionalidade que impugnava o art. 20, §3º, da Lei nº 8.742/1993³⁰⁶, no tocante ao limite máximo de renda mensal familiar *per capita* que uma pessoa com deficiência ou idosa poderia alcançar para ainda ser considerado como alguém que não tem condições de prover a própria manutenção, ou tê-la provida pela própria família, e, assim, perceber o benefício assistencial previsto no artigo 203, V, da Constituição Federal, proferiu decisão absolutamente contrária ao dever de inclusão contido na Constituição Federal. A Suprema Corte decidiu que a fixação de limite objetivo para aferição de se alguém pode prover a própria manutenção ou tê-la mantida pela sua família, consistente na renda mensal familiar *per capita* igual ou inferior a um quarto do salário mínimo, não restringia indevidamente o direito constitucionalmente assegurado, e, dessa forma, não havia inconstitucionalidade na lei de regulação do benefício. Prevaleceu o entendimento de que a Constituição teria remetido à lei os critérios de concessão do benefício e, assim, somente a lei poderia fixar outros critérios. Não se considerou nesse julgamento os objetivos republicanos de construção de uma sociedade solidária, de erradicação da pobreza, tampouco o sistema de proteção e inclusão que a Constituição estabeleceu para alguns grupos vulneráveis, como as pessoas com deficiência e os idosos. Não se considerou o respeito à dignidade humana, fundamento do

³⁰⁶ Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.232-1/DF. Acórdão disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=385451>>.

Estado Democrático de Direito em que se constitui nossa República, conforme artigo 1º, III, da Lei Maior. O benefício trazido pelo artigo 203, V da Constituição foi considerado isoladamente, e não como parte de um sistema constitucional que impõe a inclusão.

Nota-se que a Lei nº 8.742/1993 limitou indevidamente o âmbito do benefício conferido às pessoas com deficiência ou idosas pelo artigo 203, V, da Constituição Federal, já que o único requisito constitucionalmente previsto para que essas pessoas o recebessem foi o de não terem condições de proverem a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. Assim, ao restringir a forma de comprovação da hipossuficiência econômica a um único critério objetivo, a lei extrapolou sua esfera de atuação, impedindo que pessoas com deficiência ou idosas que tivessem o direito ao benefício constitucional, por não poderem prover a própria manutenção ou tê-la mantida por sua família, tivessem acesso ao benefício. Novamente podemos vislumbrar o problema, assim como no caso da conceituação das pessoas com deficiência, de fixação de um critério fechado, de um critério objetivo e rígido, para aferir algo que a Constituição deixou aberto; se por um lado é mais fácil ao aplicador da lei aferir um critério objetivo, por outro esse critério pode excluir do benefício alguém que, segundo a Constituição, a ele teria direito. Não haveria problema de que a lei fixasse situações objetivas em que fosse reconhecida uma zona positiva de certeza, ou seja, em que sem dúvida se reconhecesse que alguém naquelas condições teria direito ao benefício, facilitando e dando segurança ao trabalho do intérprete, mas não poderia a lei, como o fez, transformar essa situação na única forma de comprovação do preenchimento do requisito constitucional para a percepção do benefício; a situação objetiva descrita pela lei poderia apenas ter caráter exemplificativo, e não indicar taxativamente, com exclusividade, quem teria direito ao benefício. Se a Constituição tem o escopo de incluir as pessoas com deficiência e idosas hipossuficientes economicamente, não pode a lei delinear o benefício de forma a impedir tal inclusão. O legislador, aqui, não se portou de maneira consentânea com os princípios de inclusão e respeito à dignidade humana trazidos pela Constituição, sendo que o Supremo Tribunal Federal, ao decidir pela constitucionalidade da atuação do Poder Legislativo, legitimou essa posição contrária à Constituição.

No entanto, se na decisão acima mencionada o Supremo Tribunal Federal não se comportou de forma a privilegiar o dever de inclusão trazido pela Constituição, bem como de proteger os grupos vulneráveis que a Lei Maior decidiu proteger, o Superior Tribunal de Justiça, analisando a mesma questão, decidiu de maneira diversa, alinhando-se aos mandamentos constitucionais. Nesse Tribunal a jurisprudência pacificou-se no sentido de que

a situação reconhecida pela Lei nº 8.742/1993 (renda familiar mensal *per capita* igual ou inferior a um quarto do salário mínimo) não poderia ser tida como a única maneira de se constatar a hipossuficiência econômica das pessoas com deficiência ou idosas, apontando expressamente que a Constituição comprometeu-se com a dignidade humana e, assim, o amparo às pessoas em situação de vulnerabilidade econômica deveria permear a sua interpretação e aplicação³⁰⁷.

A partir de 2006, notamos que o Supremo Tribunal Federal começou a mudar seu entendimento em relação à questão, no julgamento do Agravo Regimental no agravo de Instrumento nº 470.975-6/SP, em que a relatora, Ministra Cármen Lúcia, decidiu que não poderia ser denegado o benefício assistencial àquelas pessoas com deficiência ou idosas que comprovassem a hipossuficiência econômica, ainda que não estivessem enquadradas no critério objetivo fixado pela lei, admitindo outras formas de comprovação. Entendeu-se que a miséria contraria a dignidade humana e não pode o juiz ignorá-la, sob pena de desconsideração dos princípios fundamentais da República trazidos pelo artigo 3º da Constituição Federal. É o exposto reconhecimento do dever de incluir trazido pela Lei Maior. Recentemente, no ano de 2013, o Supremo Tribunal Federal reconheceu incidentalmente a inconstitucionalidade do artigo 20, §3º, da Lei nº 8.742/1993³⁰⁸, afirmando que o benefício teria o caráter de concretizar os princípios constitucionais de erradicação da pobreza e de construção de uma sociedade solidária, trazidos pelo artigo 3º da Lei Maior. Finalmente, também em 2013, no julgamento da Reclamação nº 4.374/PE, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do artigo 20, §3º, da Lei nº 8.742/1993, reconhecendo que houve omissão inconstitucional do legislador ao não delinear outros critérios além da renda mensal familiar per capita para aferição da condição de miserabilidade que ensejaria a concessão do benefício trazido pelo artigo 203, V, da Constituição Federal. Tal omissão, persistente ainda hoje, quase vinte anos após o ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade em que se declarou a constitucionalidade do dispositivo legal impugnado, não mais pode ser admitida, já tendo

³⁰⁷ REsp 1.112.557/MG, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Terceira Seção, DJe de 20/11/2009. Acórdão disponível em <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=924960&sReg=200900409999&sData=20091120&formato=PDF>. No mesmo sentido, dentre outros: AGARESP 201202498844, CASTRO MEIRA, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA: 25/02/2013; AGARESP 201200446435, CASTRO MEIRA, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA: 04/02/2013; AGARESP 201201821822, HUMBERTO MARTINS, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA: 10/10/2012

³⁰⁸ Recurso Extraordinário nº 567.985, Relator Ministro Marco Aurélio (Redator para acórdão Ministro Gilmar Mendes), DJe de 30 de abril de 2013.

transcorrido tempo mais do que razoável para o legislador regular a questão. Reconheceu-se, além disso, que o artigo 20, §3º, da Lei nº 8.742/1993 passou por um processo de “inconstitucionalização”, tendo havido significativas mudanças econômico-sociais que implicam em uma interpretação diferente do ordenamento jurídico³⁰⁹.

Notamos ainda a mudança de postura da Suprema Corte brasileira no julgamento do Recurso Extraordinário nº 676.335/MG³¹⁰, também no ano de 2013, em que o Supremo Tribunal Federal novamente aponta o dever de inclusão dos grupos vulneráveis como vetor de interpretação das leis e da própria Constituição. Trata-se de decisão em que se entendeu que não se pode excluir uma pessoa com deficiência de um concurso público (no caso concurso público para o provimento de cargos de Delegado, Escrivão, Perito e Agente de Polícia Federal) alegando-se a absoluta incompatibilidade do exercício do cargo em disputa com a deficiência, mas que tal incompatibilidade deverá ser aferida em concreto, em cada caso, segundo critérios objetivos fixados na lei ou no edital de concurso. Como a Constituição determina a inclusão, a impossibilidade de exercício do cargo deverá ser cabalmente demonstrada, concretamente, não podendo ser presumida; a inclusão é a regra, sendo excepcional a exclusão. Dessa forma, novamente há uma decisão do Supremo Tribunal Federal que prestigia os valores de inclusão fixados pela Constituição Federal, bem como a proteção dos grupos vulneráveis eleitos pela Lei Maior. Prestigia-se, ainda, a dignidade humana.

Se por um lado notamos um avanço jurisprudencial no sentido do reconhecimento do dever de inclusão dos grupos vulneráveis, por outro, em relação especificamente às pessoas com deficiência, notamos um distanciamento do Poder Judiciário das atuais concepções sobre o tema, bem como das novas diretrizes constitucionais que regem a matéria.

No ano de 2008, o Supremo Tribunal Federal julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 2649, que questionava a Lei nº 8.899/1994³¹¹, que estabelecia a gratuidade para as pessoas com deficiência no transporte rodoviário. Embora a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU ainda não estivesse devidamente

³⁰⁹ Reclamação nº 4.374/PE, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 18 de abril de 2013, disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4439489>>, acesso em 11 de outubro de 2013.

³¹⁰ Decisão monocrática publicada no DJE nº 77, divulgado em 24/04/2013. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=126490210&tipoApp=.pdf>>, acesso em 22 de setembro de 2013.

³¹¹ Acórdão disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=555517>>, acesso em 22 de setembro de 2013. Julgado em 08 de maio de 2008, publicado no DJE de 17 de outubro de 2008.

internalizada pelo Direito brasileiro, tal documento foi utilizado na argumentação constante do acórdão da Ação Direta de Inconstitucionalidade, pois o Brasil já havia assinado a Convenção no ano de 2007. Embora o resultado do julgamento da ADI tenha prestigiado a inclusão, reconhecendo-se expressamente os valores sociais da solidariedade e do bem-estar, bem como o valor supremo da sociedade fraterna e sem preconceitos, no tocante especificamente à definição de pessoas com deficiência a argumentação denota pouca sensibilidade e proximidade do Supremo Tribunal Federal com a matéria, já que é utilizada uma definição puramente médica de pessoas com deficiência, desconsiderando a atual concepção social da definição. O voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia, baseia sua concepção de pessoas com deficiência em Resolução da ONU do ano de 1975, afirmando que “As desvantagens física, mental, intelectual, ou sensorial limitam as capacidades de seus portadores para a interação e execução das atividades cotidianas, donde a dificuldade da efetiva participação na vida da sociedade”. Nota-se claramente a concepção de que a deficiência está no indivíduo, e não na sociedade, ou seja, é orientação diametralmente oposta ao que hoje se entende por pessoas com deficiência.

Se não havia ainda a obrigatoriedade de utilização da definição da Convenção da ONU, pois esta ainda não havia sido internalizada pelo Direito brasileiro, a despeito de já assinada, a decisão, proferida poucos meses antes dos atos de internalização da Convenção, já a utilizou na argumentação, e poderia ter adotado definição de pessoas com deficiência mais atual e compatível com seus ditames. Também causa espécie a ausência de menção à definição trazida pela Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (Convenção da Guatemala), introduzida no ordenamento brasileiro por intermédio do Decreto nº 3.956/2001, o que denota a pouca proximidade do Judiciário com a questão.

Do mesmo modo, em nenhuma das decisões acima mencionadas acerca do benefício assistencial previsto pelo artigo 203, V, da Constituição, ou mesmo a decisão que reconheceu o dever de inclusão no caso do concurso público, tratou-se de fixar o conceito social de pessoas com deficiência, ou seja, não houve preocupação com a delimitação desse grupo vulnerável, como se não houvesse qualquer dúvida acerca dos critérios que permitam a sua identificação. A própria terminologia utilizada nas decisões, como “portadores de deficiência”, ou “portadores de necessidades especiais”, denota que ainda não se alcançou o patamar de reconhecimento das pessoas com deficiência atualmente contido no ordenamento constitucional brasileiro. A recentíssima decisão sobre o tema (Reclamação nº 4.374/PE), que

declarou a inconstitucionalidade parcial do artigo 20, §3º, da Lei nº 8.742/1993, acima citada, inclusive, expressamente analisando os critérios de concessão do benefício assistencial, aponta que houve mudança na definição de idoso, face o advento do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003), que agora inclui as pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, mas não fez qualquer menção à nova definição, de ordem constitucional, insiste-se, de pessoas com deficiência, apontando o voto do Ministro Relator que a lei define como “deficiente” a pessoa incapacitada para a vida independente e para o trabalho, sem fazer qualquer menção à Convenção da ONU e a compatibilidade do seu conceito com o conceito trazido pela Lei nº 8.742/1993. Aliás, ainda pior, desconsiderou o Supremo Tribunal Federal que a Lei nº 8.742/1993 teve a definição de pessoas com deficiência alterada pela Lei nº 12.470/2011 (dois anos antes do julgamento), trazendo hoje definição plenamente compatível com a Convenção da ONU.

Outro exemplo do afastamento do Poder Judiciário do atual estado da questão das pessoas com deficiência é encontrado na decisão do Superior Tribunal de Justiça no Recurso em Mandado de Segurança nº 31.861 – PE, de 23 de abril de 2013, em que a Corte, a despeito de reconhecer o dever de inclusão e firmar o direito da pessoa com deficiência à reserva de vaga em concurso público, ainda cinge a questão de reconhecer alguém como pessoa com deficiência ao enquadramento ou não da pessoa em uma das situações trazidas pelo artigo 4º, I, do Decreto nº 3.298/1999, trabalhando, assim com a definição médica e fechada da deficiência, e não com a atual definição, social e aberta, inserida na Constituição brasileira pela Convenção da ONU. Ainda que o feito tenha por base concurso público realizado anteriormente à entrada em vigor da Convenção da ONU, novamente sequer se menciona a alteração de panorama dos direitos das pessoas com deficiência constante do ordenamento jurídico brasileiro desde 2008, mesmo que a título de argumentação. Também a definição da Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, que, como já afirmado, em nossa visão não permite a fixação de um rol taxativo de situações para o reconhecimento da deficiência, definição esta constante de nosso ordenamento jurídico desde 2001 (embora ainda não seja um conceito social, já é um conceito aberto), e, portanto, já em vigor quando da realização do concurso discutido, não foi considerada pela decisão ora em comento.

Ademais, no mesmo caso, a decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, que ensejou a interposição de recurso perante o Superior Tribunal de Justiça, mencionada literalmente no acórdão do Tribunal Superior, traz equivocada visão acerca do instituto de

reserva de vagas para as pessoas com deficiência, pois afirma que somente poderão concorrer a tais vagas aqueles que se enquadrem nos parâmetros legais estabelecidos no edital de concurso, para evitar que “candidatos possuidores de suficiente capacitação física para o desempenho da função venham a ser privilegiados com o aludido benefício”. Ora, como no próximo capítulo se detalhará, o escopo da reserva de vagas não é admitir no serviço público aqueles que não tenham condições físicas de exercício do cargo, ainda que com adaptações, mas é o de oferecer ao grupo das pessoas com deficiência a igualdade de oportunidades de acesso aos cargos públicos que tenham condições de exercer.

Assim, podemos constatar que, se por um lado já há um inegável avanço jurisprudencial no sentido do reconhecimento do dever de inclusão dos grupos vulneráveis, contido em nossa Constituição Federal, bem como do reconhecimento da efetividade que se deve atribuir aos princípios fundamentais da República e dos seus fundamentos, contidos nos artigos 1º e 3º da Lei Maior, que deverão condicionar a interpretação e aplicação do texto constitucional, especificamente no tocante ao grupo das pessoas com deficiência, no seu reconhecimento e na percepção das mudanças significativas pelas quais passou a questão com o advento da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, ainda não houve a mesma sensibilidade do Poder Judiciário.

Esse distanciamento talvez seja fruto do processo histórico de segregação das pessoas com deficiência a que aludimos anteriormente, que provoca em toda a sociedade, e conseqüentemente nos integrantes do Poder Judiciário, uma ausência de percepção do problema, já que as pessoas com deficiência não fazem parte, como outros integrantes de grupos vulneráveis, das relações cotidianas de todos nós, desde os bancos escolares. Sem a proximidade natural com a questão, sem vislumbrar no dia-a-dia as dificuldades enfrentadas pelas pessoas com deficiência, torna-se mais difícil a tomada de decisão adequada para a proteção dessas pessoas. Podemos estar diante de uma forma de comprovação de que a segregação é geradora de mais segregação, implicando em uma deficiente efetivação dos direitos constitucionalmente garantidos ao grupo vulnerável.

A consciência de que as pessoas com deficiência são simplesmente parte da diversidade humana, e de que a sociedade deve estar preparada para acolhê-las e propiciar-lhes as mesmas oportunidades de inclusão social que todas as outras pessoas têm, o que é a viga mestra da nova definição de pessoas com deficiência trazida pela Convenção da ONU para o interior de nossa Constituição, é fundamental para a efetivação dos direitos desse grupo

vulnerável, e o reconhecimento dessa consciência é um passo necessário a ser dado pelos nossos tribunais, como forma de garantir a efetividade da Constituição.

Delimitado o grupo vulnerável de que tratamos, passamos a abordar a ação afirmativa trazida no artigo 37, VIII, da Constituição Federal, destinada a promover sua inclusão na sociedade em igualdade de oportunidades para com as demais pessoas.

Capítulo V – A reserva de vagas para as pessoas com deficiência no serviço público

Vimos até agora que a Constituição Federal de 1988 impõe um verdadeiro dever de incluir, sendo que a igualdade é um de seus principais vetores de interpretação. A forma de implementação da igualdade, outrossim, passa necessariamente pelo reconhecimento da diferença, o que possibilita ao ordenamento jurídico conferir às pessoas tratamentos diversos para propiciar a todos a inclusão social em igualdade de oportunidades. Esse tratamento jurídico diferenciado, face o mandamento constitucional de promoção do bem de todos, pode se dar inclusive pelo estabelecimento de ações afirmativas.

Um dos grupos que a Constituição expressamente elegeu como grupo vulnerável, e, dessa forma, carecedor de uma especial proteção pelo ordenamento jurídico, foi o grupo das pessoas com deficiência, ao qual a própria Lei Maior estabeleceu, além dos direitos atribuídos a todas as pessoas, direitos específicos destinados a possibilitar a inclusão plena e efetiva dessas pessoas na sociedade, como o estabelecimento de critérios especiais de aposentadoria, o deferimento de um benefício assistencial, a garantia de atendimento educacional especializado e inclusivo em todos os níveis, habilitação e reabilitação, políticas de acessibilidade e, especialmente, a reserva de vagas no serviço público, que examinamos neste trabalho.

Os direitos das pessoas com deficiência passaram por uma significativa transformação, especialmente em relação à sua definição, com a internalização, com equivalência de emenda constitucional (na forma do artigo 5º, §3º, da Constituição), da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, no ano de 2008. O capítulo anterior tratou de procurar delimitar quem são aqueles que integram o grupo vulnerável, ou seja, à luz de nosso Direito positivo, quem são as pessoas com deficiência, conceito hoje, como visto, com feição social e aberta, que ainda está em construção.

O presente capítulo irá integrar os temas já apresentados neste trabalho, delineando a ação afirmativa trazida pelo artigo 37, VIII, da Constituição Federal, consistente na reserva de vagas para as pessoas com deficiência no serviço público.

Primeiramente, iremos abordar o arcabouço normativo que envolve a questão, desde a Constituição, com a alteração trazida pela Convenção da ONU, passando a seguir pela legislação infraconstitucional de regência da matéria (Lei nº 7.853/1989 e Lei nº 8.112/1990),

e seu Decreto regulamentador (Decreto nº 3.298/1999).

Em seguida, passaremos a analisar o edital do concurso público sob a ótica da reserva de vagas para as pessoas com deficiência, verificando como tal edital deverá ser construído para adequadamente implementar os comandos constitucionais e legais.

Após a verificação do edital, estudaremos a necessidade de adaptação das provas e locais de concursos públicos, como forma de garantir a devida observância à reserva de vagas e, conseqüentemente, à política de inclusão do grupo vulnerável trazida pela Lei Maior.

Na seqüência, iremos expor como deverá se dar a elaboração das listas de aprovados dos concursos públicos, além de como deverá se dar a ordem de nomeação, já tendo em conta o entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal no sentido de que todos aqueles aprovados dentro do número de vagas oferecidas no edital têm direito subjetivo à nomeação, conforme mencionamos no Capítulo III.

Depois, impõe-se analisar como deverá se desenvolver o estágio probatório dos servidores com deficiência admitidos, inclusive quanto à necessária adaptação do local de trabalho e o acompanhamento da comissão multiprofissional prevista no Decreto nº 3.298/1999.

Por fim, cumpre analisar, brevemente, como poderá ser cobrada do Estado a efetivação da ação afirmativa prevista no artigo 37, VIII, da Constituição Federal, apontando, ainda, as responsabilidades em caso de seu descumprimento.

1. Normas relativas à reserva de vagas para as pessoas com deficiência no serviço público

A Constituição Federal, em seu artigo 37, VIII, prevê a reserva de vagas para as pessoas com deficiência no serviço público nos seguintes termos:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da 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;

[...]

Primeiramente, devemos apontar a impropriedade terminológica que consta do dispositivo, que ainda traz a denominação “pessoas portadoras de deficiência” para se referir ao grupo vulnerável que estamos estudando, ao invés da expressão “pessoas com deficiência”, que foi adotada pelo nosso ordenamento com estatura constitucional, quando da internalização da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU na forma do artigo 5º, §3º, da Lei Maior.

Ressalte-se que a reserva de vagas é obrigatória tanto para cargos como para empregos públicos, sendo de rigor sua observância nos concursos destinados ao seu preenchimento³¹². Trata-se de mandamento destinado a toda a Administração Pública, seja ela direta ou indireta, de quaisquer dos entes da federação³¹³.

Em seguida, notamos que, segundo a classificação de José Afonso da Silva³¹⁴, a norma

³¹² Acerca da distinção entre cargos e empregos públicos, confira-se Capítulo III, item 4.2.1.

³¹³ Metodologicamente, trataremos neste trabalho dos dispositivos que regem a matéria na seara federal, já que não seria possível delinear como cada um dos entes federativos (Estados, Municípios e Distrito Federal) cuidou do tema. Ressaltamos, entretanto, que a obrigatoriedade de reserva de cargos e empregos públicos atinge indistintamente todos os entes federativos, e, dessa forma, os princípios e a metodologia de interpretação que aqui serão tratados são absolutamente aplicáveis à regulação do tema nos ordenamentos jurídicos peculiares de cada um dos entes da federação, evidentemente, respeitados os percentuais próprios de reserva de vagas bem como disposições específicas que não constem da legislação federal. Devemos lembrar, outrossim, que se trata de matéria de organização administrativa dos entes da federação (provimento de cargos públicos) e, dessa forma, face o poder de autoadministração que é típico do regime federalista, cada um poderá produzir sua legislação, obviamente respeitados os princípios e os limites que a Constituição Federal coloca, a que todos devem obediência (Constituição Federal, artigos 25 e 29). Ainda que se entenda que a reserva de vagas para as pessoas com deficiência em concursos públicos seria matéria afeta à proteção e integração social das pessoas com deficiência (e não matéria relativa ao poder de autoadministração dos entes da federação), tal matéria, como de competência legislativa concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal (artigo 24, XIV, da Constituição Federal), e que poderia o Município regular complementando a legislação federal e estadual (artigo 30, II, da Constituição Federal), caberia à União tão-somente o estabelecimento de normas gerais, cabendo aos Estados o exercício da competência suplementar (artigo 24, §1º). Ressalte-se, ademais, que ainda não há lei federal (mas apenas decreto) com o escopo de norma geral tratando do tema (a Lei nº 8.112/1990 trata exclusivamente dos servidores públicos federais civis e a Lei nº 7.853/1989 não tem disposição específica sobre o tema, como se verá adiante), cabendo aos Estados, assim, a competência legislativa plena, nos termos do artigo 24, §2º, da Constituição Federal. No Estado de São Paulo, por exemplo, a questão é trazida no artigo 115, IX, da Constituição estadual, que dispõe que “a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para os portadores de deficiências, garantindo as adaptações necessárias para a sua participação nos concursos públicos e definirá os critérios de sua admissão” (Lei Complementar Estadual nº 683/1992 estabeleceu que serão reservadas até 5% das vagas nos concursos públicos para o provimento de cargos e empregos públicos, recentemente regulamentada pelo Decreto nº 59.591/2013); a Constituição do Estado de Minas Gerais estabelece, em seu artigo 28: “A lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para provimento com portador de deficiência e definirá os critérios de sua admissão” (Lei Estadual nº 11.867/1995 reservou 10% dos cargos e empregos públicos para as pessoas com deficiência); a Lei Orgânica do Município de São Paulo, em seu artigo 99, garantiu que a lei estabelecerá percentual de reserva de vagas no serviço público para as pessoas com deficiência, o que foi feito pela Lei Municipal nº 11.276/1992, que, em seu artigo 3º, reservou até 5% das vagas disponíveis nos concursos públicos.

³¹⁴ **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 8ª edição. São Paulo: Malheiros editores, 2012.

contida no artigo 37, VIII, da Constituição Federal é norma de eficácia limitada, já que depende de atuação do Poder Legislativo para que produza a totalidade de seus efeitos jurídicos. Dessa forma, para a implementação efetiva da reserva de vagas para as pessoas com deficiência, seria necessária a integração legislativa do dispositivo constitucional, o que ocorreu com alguma brevidade.

Embora a Lei nº 7.853/1989, que trata da inclusão social das pessoas com deficiência, não tenha feito nenhuma referência específica à reserva de vagas na Administração Pública para tais pessoas, mencionou, de forma genérica, no artigo 2º, *caput*, o direito ao trabalho das pessoas com deficiência, e no mesmo artigo 2º, parágrafo único, inciso III, alínea “d”, que deveriam ser adotadas medidas para a garantia de reserva de mercado de trabalho para as pessoas com deficiência na Administração Pública e na iniciativa privada³¹⁵.

Foi a Lei nº 8.112/1990, que institui o regime jurídico único dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, em seu artigo 5º, §2º, que instituiu legalmente, na esfera federal, a reserva de vagas para as pessoas com deficiência nos concursos públicos, nos seguintes termos:

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.

Ficou, assim, estabelecido que seriam reservadas vagas para as pessoas com deficiência nos concursos públicos, no percentual máximo de 20% (vinte por cento); não fixou a lei percentual mínimo, mas ficou fixada a obrigação legal de reservar-se vagas nos

³¹⁵ Lei nº 7.853/1999: “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. 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; [...]”

concursos públicos, o que não poderia a Administração desatender nos editais elaborados a partir de então, já que elaborada a lei referida no dispositivo constitucional do artigo 37, VIII. A redação inadequada da disposição da Lei nº 8.112/1990, no tocante ao “provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência”, será comentada e analisada em item próprio, mais adiante.

Note-se, outrossim, que não foi estabelecido, como determina a Constituição, percentual dos cargos públicos reservado às pessoas com deficiência; houve apenas a determinação de que os concursos públicos destinados ao preenchimento de cargos públicos deveriam reservar até 20% (vinte por cento) das vagas em disputa para as pessoas com deficiência. Não se trata, assim, de reserva de até 20% (vinte por cento) dos cargos públicos para as pessoas com deficiência, mas de reserva de 20% (vinte por cento) das vagas em cada concurso público. O comando constitucional, assim, foi regulamentado legalmente, apenas parcialmente, como bem assinala Maria Aparecida Gugel, no seguinte trecho:

Não está fixado na lei n. 8.112/1990 o número de cargos destinados a pessoas com deficiência, de forma que em cada concurso público pudesse vir a ser preenchido e, com isso, cumprir a discriminação positiva do Art. 37, VIII, da Constituição. Referida discriminação positiva, como toda ação afirmativa, deve ser temporária. O seu exaurimento no tempo deve acontecer, uma vez comprovada que a situação da exclusão da pessoa com deficiência não mais ocorra e, que ela tenha sido promovida à condição de igualdade real³¹⁶.

Assim, serão reservadas até 20% (vinte por cento) das vagas colocadas em disputa em cada concurso público para as pessoas com deficiência, e não até 20% (vinte por cento) do total dos cargos públicos existentes. Há o estabelecimento de uma reserva de vagas em disputa nos concursos públicos, não propriamente uma reserva de percentual dos cargos públicos.

O decreto regulamentador da Lei nº 7.853/1989, Decreto nº 3.298/1999, minuciou a questão da reserva de vagas para as pessoas com deficiência em concursos públicos, em seus artigos 37 a 44, estabelecendo, em síntese, que a pessoa com deficiência concorreria nos concursos públicos para provimento de “*cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que é portador*” em igualdade de condições para com as demais pessoas, sendo-lhes reservadas no mínimo 5% (cinco por cento) das vagas em cada concurso, com o

³¹⁶ GUGEL, Maria Aparecida. **Pessoas com Deficiência e o Direito ao Concurso Público – Reserva de Cargos e Empregos Públicos – Administração Pública Direta e Indireta**. Goiânia: Editora da Universidade Católica de Goiás, 2006, p. 72.

arredondamento para o primeiro número inteiro subsequente no caso desse percentual resultar em número fracionado. Foram estabelecidos requisitos do edital de certame, deveres de adaptação das provas e locais de exames, forma de publicação dos resultados, bem como forma de avaliação do estágio probatório dos aprovados. Essas disposições do Decreto nº 3.298/1999 serão examinadas com maior detença nos itens próprios acerca da realização do concurso público desde a elaboração do edital.

O Decreto que regulamenta de forma geral os concursos públicos federais, Decreto nº 6.944/2009, em seu artigo 18, IV, expressamente dispõe que o edital de concurso público deverá prever o quantitativo de vagas reservadas às pessoas com deficiência, de acordo com as disposições dos artigos 37 a 44 do Decreto nº 3.298/1999³¹⁷.

Devemos apontar que a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, parte da Constituição brasileira como já demonstramos, em seu artigo 27, estabelece o reconhecimento pelos Estados-Partes do direito ao trabalho das pessoas com deficiência em igualdade de oportunidades para com as demais pessoas, sendo que os Estados, dentre outras medidas comprometem-se: a proibir a discriminação em razão da deficiência, inclusive no tocante às condições de recrutamento, contratação e admissão (alínea “a”); a proteger os direitos das pessoas com deficiência às condições justas e favoráveis de trabalho, incluindo iguais oportunidades e igual remuneração por trabalho de igual valor (alínea “b”); a empregar pessoas com deficiência no setor público (alínea “g”); a assegurar que adaptações razoáveis sejam feitas para as pessoas com deficiência no local de trabalho (alínea “i”).

Dessa forma, a Convenção reforçou o direito ao trabalho das pessoas com deficiência em igualdade de oportunidades para com as demais pessoas, expressamente atribuindo aos Estados-Partes o dever de admissão das pessoas com deficiência na Administração Pública, o que vai ao encontro da política de reserva de vagas estabelecida pelo texto originário da Constituição de 1988.

³¹⁷ Decreto nº 6.944/2009: “Art. 19. Deverão constar do edital de abertura de inscrições, no mínimo, as seguintes informações: [...] IV - quantitativo de cargos ou empregos reservados às pessoas com deficiência e critérios para sua admissão, em consonância com o disposto nos arts. 37 a 44 do Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999; [...]”

2. O edital de concurso público

Passamos agora a verificar como os editais de concurso público deverão ser elaborados para serem compatíveis com o dever de inclusão estabelecido pela Constituição Federal³¹⁸, bem como com a reserva de vagas para as pessoas com deficiência trazida pelo artigo 37, VIII, da Lei Maior, e legalmente regida pelo artigo 5º, §2º, da Lei nº 8.112/1990, pela Lei nº 7.853/1989, e pelos Decretos nº 3.298/1999³¹⁹ e nº 6.944/2009, este último em seu artigo 18, IV, já mencionado.

2.1 O número de vagas reservadas

A Constituição Federal, ao dispor sobre a reserva de vagas para as pessoas com deficiência na Administração Pública, não fixou os limites de tal reserva, atribuindo à lei o dever de fazê-lo.

Por sua vez, a Lei nº 8.112/1990, em seu artigo 5º, §2º, cingiu-se a fixar um limite máximo para a reserva de vagas para as pessoas com deficiência em cada concurso, de até 20% (vinte por cento) do total de vagas em disputa. Dessa forma, segundo nosso ordenamento jurídico, todos os editais de concurso público deveriam prever a reserva de até 20% (vinte por cento) do total de vagas para as pessoas com deficiência.

Regulamentando a disposição legal, o Decreto nº 3.298/1999 estabeleceu, em seu artigo 37, §1º, que as pessoas com deficiência disputariam todas as vagas abertas pelo edital de concurso público, sendo-lhes reservado no mínimo o percentual de 5% (cinco por cento)

³¹⁸ Sobre o edital de concurso público em geral, confira-se Capítulo III, item 4.4.

³¹⁹ Acerca especificamente do edital de concurso público, dispõe o artigo 39 do Decreto nº 3.298/1999: “Art. 39. Os editais de concursos públicos deverão conter: I - o número de vagas existentes, bem como o total correspondente à reserva destinada à pessoa portadora de deficiência; II - as atribuições e tarefas essenciais dos cargos; III - previsão de adaptação das provas, do curso de formação e do estágio probatório, conforme a deficiência do candidato; e IV - exigência de apresentação, pelo candidato portador de deficiência, no ato da inscrição, de laudo médico atestando a espécie e o grau ou nível da deficiência, com expressa referência ao código correspondente da Classificação Internacional de Doença - CID, bem como a provável causa da deficiência.”

em face da classificação obtida. Quando a aplicação desse percentual ao número de vagas em disputa resultar em um número fracionado, deverá ser adotado para a reserva de vagas o primeiro número inteiro subsequente (artigo 37, §2º, do Decreto nº 3.298/1999).

O Decreto nº 3.298/1999, assim, fixou um percentual mínimo de vagas a serem reservadas nos concursos, dentro do parâmetro estabelecido pela Lei nº 8.112/1990. Tendo em vista que a foi legalmente fixado apenas um limite percentual máximo para a reserva de vagas, entendemos que não há ilegalidade na fixação via decreto de um percentual mínimo, dentro dos parâmetros que a lei colocou; está inserida no poder regulamentar tal hipótese, já que não transborda daquilo que a lei estabeleceu, dando à lei fiel cumprimento. Não poderia o decreto regulamentar fixar a reserva de vagas de maneira a desobedecer o comando legal e, por consequência, o comando constitucional, inviabilizando a reserva de vagas, o que não ocorre no caso ora analisado, em que a fixação de um percentual mínimo justamente evita que a Administração, valendo-se do fato de apenas ter sido fixado legalmente um limite máximo, poderia deixar de reservar vagas, ou fazê-lo de forma insignificante.

Dessa forma, temos, em resumo, que todos os editais de concurso público deverão estabelecer qual o número de vagas em disputa e quantas dessas vagas serão reservadas às pessoas com deficiência. O percentual de vagas reservadas às pessoas com deficiência deverá ser no mínimo de 5% (cinco por cento) do total de vagas colocadas em disputa no certame, até o limite máximo de 20% (vinte por cento). No caso da aplicação do percentual mínimo de vagas reservadas resultar em um número fracionado, deverá ser adotado como número de vagas reservadas o primeiro número inteiro subsequente, de forma a que o mínimo de 5% (cinco por cento) seja sempre garantido ou superado, nunca diminuído, respeitado o limite máximo de 20% (vinte por cento) das vagas. Dentro desses limites, entre 5% (cinco por cento) e 20% (vinte por cento), será ato de discricionariedade administrativa o estabelecimento do percentual de vagas reservadas às pessoas com deficiência, já que estão apenas fixados o dever de reservar vagas, o limite mínimo e o limite máximo.

Devemos ressaltar, valendo-nos da lição de Luiz Alberto David Araujo, que a fixação dos percentuais não pode ser desarrazoada, ou seja, não se pode admitir que haja arbitrariedade por parte do legislador, sendo de rigor que se observe os princípios estabelecidos pela Constituição, especialmente no que atine ao Estado Democrático de Direito e à igualdade. Adverte o citado doutrinador:

Os limites para fixação do percentual seriam apenas de ordem democrática,

ou seja, a fixação do percentual deve atentar para o número de pessoas com deficiência habilitadas para prestar algum serviço público ou exercer algum emprego público, devendo estar incluídos, nesse percentual, todas as pessoas com deficiência visual, auditiva, as pessoas com doenças do metabolismo, de locomoção e as pessoas com deficiência mental leve. Assim, o legislador está limitado a números estatísticos, deles não podendo escapar.³²⁰

O que se quer dizer é que o legislador deverá forçosamente considerar dados estatísticos para fixar o percentual de reserva de vagas no intuito de atender ao disposto no artigo 37, VIII, da Constituição, já que se fugir muito do percentual de pessoas com deficiência existente na população, violará o princípio da igualdade. Ademais, é de se considerar que não são todas as pessoas com deficiência que poderão, face suas peculiares condições, exercer algum cargo público, o que deverá ser considerado na fixação do percentual. Em síntese, o percentual não poderá ser arbitrário, injustificado.

Tal constatação implica na possibilidade (ou na necessidade) de revisão periódica desses percentuais já que, como visto, o próprio conceito de pessoas com deficiência ainda está em construção e em constante interação com a realidade, sofrendo alterações.

Segundo dados do último Censo, realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE no ano de 2010, 45.606.048 (quarenta e cinco milhões, seiscentos e seis mil e quarenta e oito) pessoas, ou aproximadamente 24% (vinte e quatro por cento) da população brasileira alegam ter algum tipo de deficiência³²¹. Aproximadamente 24% da população brasileira, assim, considera ser pessoa com deficiência³²². Evidentemente que no interior desse percentual temos tanto pessoas que não poderão, sob o critério social, ser consideradas pessoas com deficiência, como pessoas com deficiência que não têm capacidade de exercerem um cargo ou emprego público.

Com esses números, não nos parece, atualmente, que o percentual fixado pela lei, de até 20% (vinte por cento) dos cargos públicos transborde dos limites do razoável, já que está muito próximo do universo potencial de pessoas com deficiência na população brasileira, que

³²⁰ ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas com deficiência**. 4ª edição. Brasília: Corde, 2011, p. 24.

³²¹ Dados do Censo 2010 do IBGE, disponíveis em <ftp://ftp.ibge.gov.br/Censos/Censo_Demografico_2010/Caracteristicas_Gerais_Religiao_Deficiencia/tab1_3.pdf>.

³²² Ressalte-se que os dados do IBGE parecem utilizar o termo “deficiência” como sinônimo do que aqui (e na definição constitucional) chamamos de “impedimentos”. Dessa forma, como de acordo com a nova definição constitucional, social, de pessoas com deficiência, o impedimento (alteração de saúde ou estrutura do corpo humano) é apenas um dos elementos da deficiência, dependendo a sua constatação da avaliação de critérios não apenas médicos, mas também sociais, seria mais correto apontarmos que há um número potencial elevadíssimo de pessoas com deficiência, de até 24% (vinte e quatro por cento) da população brasileira, já que o elemento “impedimento” já está preenchido.

está em torno de 24% (vinte e quatro por cento). O fato do percentual fixado ser máximo permite que o Executivo considere eventuais variações no universo de pessoas que são de fato pessoas com deficiência (que enquadram-se na definição constitucional de pessoas com deficiência).

2.1.1 Empresas públicas e sociedades de economia mista

No tocante às empresas públicas e sociedades de economia mista (empresas estatais), outrossim, o percentual de empregos reservados encontra algumas peculiaridades, como passaremos a demonstrar.

A Constituição Federal, em seu artigo 37, inciso VIII, ao estabelecer a reserva de vagas para as pessoas com deficiência na Administração Pública, o fez apontando que será reservado percentual dos *cargos e empregos* públicos. Não foi feita qualquer distinção, ainda, entre Administração direta, constituída pelos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios, estrutura esta hoje regulada pelo artigo 4º, I, do Decreto-lei nº 200/1967, combinado com o disposto na Lei nº 10.683/2003, ou Administração indireta, que é aquela composta pelas entidades descentralizadas do Estado, constituídas sob a forma de autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista, conforme dispõe o artigo 4º, II, do referido Decreto-lei nº 200/1967.

Conforme já tivemos a oportunidade de expor³²³, os cargos públicos, na visão de Celso Antônio Bandeira de Mello, que adotamos, são plexos de competências do Estado a serem exercidas por agentes públicos sob regime de direito público, criados por lei ou por Resolução da Câmara ou do Senado Federal. Dessa forma, temos que os cargos públicos são aqueles pertinentes aos agentes da Administração direta e da Administração indireta exercida sob regime de direito público, ou seja, as autarquias e fundações públicas (que são, para a grande maioria da doutrina³²⁴ pessoas jurídicas de direito público, apesar da impropriedade contida no artigo 5º, IV, do Decreto-lei nº 200/1967).

No tocante aos cargos públicos, temos que serão reservados, nos termos do artigo 5º,

³²³ Capítulo III, item 4.2.1.

³²⁴ Confira-se a respeito: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 30ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 188-190.

§2º, da Lei nº 8.112/1990, até 20% (vinte por cento) dos cargos em disputa em cada concurso público (como acima apontado, não houve propriamente uma reserva legal de cargos públicos, mas de vagas nos concursos públicos destinados ao preenchimento de cargos).

Os empregos públicos, por sua vez, são um conjunto de atribuições a serem exercidas por pessoas contratadas sob regime trabalhista para desempenhá-las, sendo pertinentes, dessa forma, à Administração indireta exercida sob regime de direito privado (temperado, como lembra Celso Antônio Bandeira de Mello³²⁵, por normas do regime de direito público concernentes aos princípios vetores da Administração Pública), ou seja, as empresas públicas e sociedades de economia mista.

A Constituição determinou que percentual tanto dos cargos como dos empregos públicos deverá ser reservado para as pessoas com deficiência. Dessa forma, seja em relação aos servidores com regime de trabalho estatutário da Administração direta ou das autarquias e fundações públicas (pertencentes à Administração indireta), seja em relação aos empregados sob regime trabalhista das empresas públicas e das sociedades de economia mista (também integrantes da Administração indireta), deverá haver a reserva de vagas.

Ocorre que, com relação às pessoas jurídicas da Administração indireta regidas por regime de direito privado que exploram atividades econômicas (empresas públicas e sociedades de economia mista), segundo o mandamento contido no artigo 173, §1º, II, da Constituição Federal, há a sujeição ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações trabalhistas e tributárias, o que inclui, à evidência, as obrigações previdenciárias em relação aos seus empregados, contratados sob regime trabalhista.

Dessa forma, como aponta Maria Aparecida Gugel³²⁶, há a incidência, quanto a essas empresas públicas e sociedades de economia mista, do regime trazido pela Lei nº 8.213/1991, que expressamente, em seu artigo 14, inclui na definição de empresa os entes da Administração indireta que assumam o risco de atividade econômica urbana ou rural, com ou sem fins lucrativos.

Nesse sentido, deverão as referidas empresas públicas e sociedades de economia mista observar as cotas de empregos destinadas às pessoas com deficiência, trazidas pelo artigo 93

³²⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 30ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 208-226.

³²⁶ GUGEL, Maria Aparecida. **Pessoas com Deficiência e o Direito ao Concurso Público – Reserva de Cargos e Empregos Públicos – Administração Pública Direta e Indireta**. Goiânia: Editora da Universidade Católica de Goiás, 2006, p. 77-81.

da Lei nº 8.213/1991³²⁷, que varia conforme o número de empregados contratados.

Os concursos públicos organizados por tais empresas estatais, assim, além da reserva do percentual mínimo de 5% (cinco por cento) trazido pelo Decreto nº 3.298/1999, deverão ser realizados de forma que sejam preenchidas as cotas de empregos destinados às pessoas com deficiência pelo artigo 93 da Lei nº 8.213/1991, que incidem sobre o quadro total de seus empregados. No entanto, se tal reserva já estiver preenchida na forma da lei, não será aplicável o percentual mínimo de reserva de vagas no concurso público³²⁸.

No caso dos empregos públicos, assim, especificamente no tocante às empresas estatais exploradoras de atividade econômica, houve a efetivação total do comando constitucional contido no artigo 37, VIII, ou seja, de fato houve reserva de percentual de empregos públicos destinados às pessoas com deficiência, diferentemente do que ocorre com os cargos públicos, em que somente há reserva de vagas em disputa nos concursos públicos destinados ao seu preenchimento.

Em síntese, podemos entender que no tocante aos cargos públicos a lei não fixou percentual de reserva de cargos para as pessoas com deficiência, reservando, entretanto, até 20% (vinte por cento) das vagas em disputa em cada concurso (sendo que o decreto fixou o percentual mínimo em 5% - cinco por cento); no tocante aos empregos públicos das empresas estatais exploradoras de atividades econômicas, essas devem reservar empregos às pessoas com deficiência em seus quadros nos termos do fixado no artigo 93 da Lei nº 8.213/1991.

No caso das empresas estatais prestadoras de serviços públicos, embora não haja a determinação constitucional de que seu regime de pessoal e tributário deverá ser o mesmo das empresas privadas, como no caso das exploradoras de atividades econômicas, face seu regime jurídico de direito privado (embora com maior incidência dos princípios de direito público),

³²⁷ Lei nº 8.213/1991: “Art. 93. A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção: I - até 200 empregados - 2%; II - de 201 a 500 - 3%; III - de 501 a 1.000 - 4%; IV - de 1.001 em diante - 5%. § 1º A dispensa de trabalhador reabilitado ou de deficiente habilitado ao final de contrato por prazo determinado de mais de 90 (noventa) dias, e a imotivada, no contrato por prazo indeterminado, só poderá ocorrer após a contratação de substituto de condição semelhante. § 2º O Ministério do Trabalho e da Previdência Social deverá gerar estatísticas sobre o total de empregados e as vagas preenchidas por reabilitados e deficientes habilitados, fornecendo-as, quando solicitadas, aos sindicatos ou entidades representativas dos empregados.”

³²⁸ Nesse sentido: GUGEL, Maria Aparecida. **Pessoas com Deficiência e o Direito ao Concurso Público – Reserva de Cargos e Empregos Públicos – Administração Pública Direta e Indireta**. Goiânia: Editora da Universidade Católica de Goiás, 2006, p. 79.

bem como pelo regime trabalhista que é adotado em relação aos seus empregados (conforme mandamento do artigo 182 do Decreto-lei nº 200/1967), e face a necessidade de que seja atendido o comando constitucional do artigo 37, VIII, de reserva de percentual dos empregos públicos às pessoas com deficiência (não sendo possível assim interpretação que leve à ausência de obrigatoriedade de reserva de vagas), entendemos que também deverá ser aplicada a reserva trazida pelo artigo 93 da Lei nº 8.213/1991, já que expressamente a Administração indireta do Estado, é enquadrada na definição de empresa, trazida pelo artigo 14, I, da referida Lei.

A Constituição, em seu artigo 37, VIII, determina a reserva para as pessoas com deficiência de percentual tanto de empregos como de cargos públicos, sendo exigido para seu preenchimento, em ambos os casos, a realização de concursos públicos (embora em relação às empresas estatais exploradoras de atividades econômicas, em algumas hipóteses, de necessidade imediata de pessoal ou de necessidade de contratação de profissional específico, seja possível a não realização do concurso público, conforme o artigo 173, §1º, II, da Constituição³²⁹) nos termos do artigo 37, II, da Lei Maior.

Em relação aos cargos públicos, assim, entendemos que a ação afirmativa determinada pela Constituição, em seu artigo 37, VIII, ainda não foi totalmente implementada, já que se reserva apenas um percentual das vagas em disputa em cada concurso, conforme determinação do artigo 5º, §2º, da Lei nº 8.112/1990; no tocante aos empregos públicos, desempenhados sob o regime trabalhista, entendemos que a ação afirmativa, face o disposto no artigo 93 da Lei nº 8.213/1991, já se encontra plenamente implementada pela lei, pois de fato há reserva de percentual dos empregos para as pessoas com deficiência em cada empresa estatal.

2.1.2 Concursos com apenas uma e até quatro vagas

Interessante questão surge quando analisamos concursos públicos para o preenchimento de cargos públicos em que é oferecida apenas uma vaga, ou mesmo aqueles concursos em que a Administração coloca em disputa até quatro vagas, pois, nesses casos, a

³²⁹ Nesse sentido, confira-se a respeito: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 30ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 225-226.

reserva de vagas para pessoas com deficiência nos termos legalmente propostos torna-se inaplicável.

Se a lei fixa o limite máximo para reserva às pessoas com deficiência o percentual de 20% (vinte por cento) das vagas colocadas em disputa, reservar-se uma vaga no concurso público que ofereça quatro vagas significa a reserva de 25% (vinte e cinco por cento) do total de vagas, o que extrapola o limite legal.

Nesses casos, tem-se entendido que não há a obrigatoriedade de proceder-se à reserva de vagas, pois a superação do limite máximo fixado pela lei significa uma violação aos princípios do livre acesso aos cargos públicos e da igualdade, já que haveria limitação muito grande do direito das pessoas que não concorreriam às vagas reservadas.

A interpretação da Constituição deverá ser procedida de forma sistemática, levando em consideração todos os seus princípios. Dessa forma, se por um lado há um dever de inclusão, de outro, a implementação desse dever não poderá ser feita de forma a violar outros princípios constitucionais, igualmente caros, como é o caso do amplo acesso aos cargos e empregos públicos, bem como da igualdade; deve haver a compatibilização dos valores trazidos pela Constituição.

Do nosso sistema constitucional extraímos que a regra geral nos concursos públicos é o amplo acesso aos cargos públicos, atribuindo-se a todos os candidatos tratamento igualitário na disputa pelas vagas em aberto. A reserva de vagas para pessoas com deficiência, embora medida adotada para a efetivação da igualdade material e do dever de inclusão, é medida excepcional e, dessa forma, deverá ser implementada sem que a regra geral do amplo acesso aos cargos e empregos públicos e da igualdade fique inócua; a exceção não pode inviabilizar o cumprimento da regra.

Reservar mais do que os 20% (vinte por cento) das vagas legalmente previstos para as pessoas com deficiência significaria limitar injustamente o acesso amplo das pessoas aos cargos e funções públicas consagrado no artigo 37, I, da Constituição Federal, já que significaria reduzir demais as possibilidades de ingresso no serviço público à parcela majoritária da população. Devemos lembrar, novamente³³⁰, que entendemos, como Luiz Alberto David Araujo, que o legislador não é completamente livre para o estabelecimento do percentual de vagas a serem reservadas no serviço público, devendo, em homenagem ao

³³⁰ Vide item 2.1 do presente capítulo.

princípio do Estado Democrático de Direito, buscar dados estatísticos oficiais a sustentarem a sua decisão; atualmente, temos que o último Censo realizado pelo IBGE aponta para um universo potencial de pessoas com deficiência de aproximadamente 24% (vinte e quatro por cento) da população brasileira, o que nos leva a entender que o percentual fixado pela Lei, de possibilidade de reserva de até 20% (vinte por cento) das vagas em disputa no concurso, é adequado para o respeito aos princípios isonômico e do Estado Democrático de Direito.

Em um concurso com apenas uma vaga, por exemplo, promover-se à reserva de vagas seria inviabilizar o acesso de todas as pessoas, exceto das pessoas com deficiência, ao cargo público. Se o concurso oferecer duas vagas, reservar uma delas às pessoas com deficiência significaria que todas as outras pessoas disputariam apenas metade das vagas, enquanto as pessoas com deficiência disputariam a outra metade. A exceção estaria suplantando a regra.

Haveria, dessa forma, violação ao princípio da igualdade, já que, como medida excepcional, a reserva de vagas não poderá ser executada de forma a propiciar uma vantagem excessiva ao grupo vulnerável que se pretende preservar.

Assim, a reserva de vagas nos concursos públicos deverá ser implementada quando for possível atender-se ao limite máximo legalmente estabelecido, de 20% (vinte por cento) das vagas em disputa, o que somente é possível quando ao menos forem cinco as vagas a serem preenchidas.

Esse vem sendo o entendimento de nossos Tribunais Superiores³³¹, o qual entendemos razoável e consentâneo com a interpretação sistemática da Constituição.

É de se ressaltar, no entanto, que o entendimento aqui esposado não é incompatível com a elaboração de lista com pessoas com deficiência aprovadas nos mencionados concursos, ou seja, mesmo nos concursos em que, pelo número de vagas oferecidas, não haveria a reserva de vagas, deverá ser elaborada lista de pessoas com deficiência aprovadas, com a respectiva ordem de classificação. Isso porque, conforme previsão do edital, poderá haver a abertura de novas vagas durante o período de validade do concurso, e, dessa forma,

³³¹ Nesse sentido: STF, MS 30.861 (Segunda Turma, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 22/05/2012, Publicado no DJe de 08/06/2012), AgReg no RE 440.988 (Primeira Turma, Relator Ministro Dias Toffoli, julgado em 28/02/2012, publicado no DJe de 30/03/2012), MS 26.310 (Plenário, Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 20/09/2007, Publicado no DJ de 31/10/2007); STJ, RMS 36.359 (Segunda Turma, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, julgado em 27/11/2012, Publicado no DJe de 05/12/2012), MS 8.417 (Terceira Seção, Relator Ministro Paulo Medina, julgado em 12/05/2004, Publicado no DJ de 14/06/2004), MS 8.208 (Terceira Seção, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, julgado em 26/11/2003, Publicado no DJ de 15/12/2003).

poderá ser atingido o número de vagas que permita proceder-se à reserva constitucionalmente deferida às pessoas com deficiência. Assim, em um concurso que, por exemplo, inicialmente ofereça apenas três vagas e, dessa forma, em princípio seria inviável a reserva de vagas para pessoas com deficiência, já que o percentual de vagas reservadas fatalmente superaria os 20% (vinte por cento) legalmente estabelecidos, se ocorrer a abertura de duas novas vagas a serem preenchidas durante o prazo de validade do certame, o quinto candidato a ser chamado deverá ser uma pessoa com deficiência, pois, então, terá sido reservado o percentual de 20% (vinte por cento) do total de vagas do concurso; se não houver uma lista de pessoas com deficiência, assim, restará descumprido o mandamento constitucional em hipótese que a lei possibilitava seu cumprimento. Nesse sentido já decidiu o Supremo Tribunal Federal³³², entendendo que se o concurso público oferecer vagas que permitam a reserva para as pessoas com deficiência em percentual compreendido entre 5% (cinco por cento) e 20% (vinte por cento), a reserva de vagas é obrigatória.

Também devemos estar atentos para a possibilidade de um “fracionamento” das vagas em disputa, ou seja, para a possibilidade de que a Administração propositalmente abra concurso público para o preenchimento de apenas quatro vagas, evitando-se a incidência da reserva de vagas, e logo na sequência abra novo concurso para o preenchimento de mais quatro vagas, assim sucessivamente, de forma a burlar a reserva de vagas estabelecida pela Constituição.

Nesse caso, é de rigor a impugnação judicial dos editais de concurso que assim procederem, pugnano-se pela observância da reserva de vagas. O próprio Supremo Tribunal Federal já demonstrou preocupação com essa possibilidade, como notamos dos debates ocorridos quando do julgamento da questão da reserva de vagas em concursos com poucas vagas, em que se firmou o entendimento de que sempre se deveria observar o limite de 20% (vinte por cento) estabelecido legalmente³³³. O relator, Ministro Marco Aurélio, expressamente consignou que “*Se pelo menos existisse indício de fraude, ou seja, guardando-se vagas para não haver destinação a portadores de deficiência, não teria a menor dúvida em conceder a ordem*”. Dessa forma, não poderá a Administração agir de forma deliberada para

³³² Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma, Mandado de Segurança nº 30.861/DF, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 22/05/2012, publicado no DJe de 08/06/2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2156023>>. Acesso em 19 de outubro de 2013.

³³³ MS 26.310 (Plenário, Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 20/09/2007, Publicado no DJ de 31/10/2007). Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=492852>>, acesso em 30 de setembro de 2013.

evitar a incidência da reserva de vagas destinadas às pessoas com deficiência, limitando as vagas em disputa no concurso com tal finalidade.

Finalmente, no tocante a este tópico, devemos ressaltar que poderá ser realizado concurso em que se procure preencher apenas uma ou poucas vagas exclusivamente por pessoas com deficiência no caso das empresas estatais, quando estas necessitarem preencher a cota de empregados com deficiência trazida pelo artigo 93 da Lei nº 8.213/1991. Nesse caso, não haverá violação ao princípio da igualdade ou aos princípios gerais do concurso público, já que o certame será justificado na necessidade do atendimento de obrigação legalmente imposta às referidas empresas. Trata-se, neste caso, de uma obrigação fixada pela lei para as empresas de direito privado, cujo pessoal tem suas relações de trabalho regidas pela Consolidação das Leis do Trabalho; como já afirmamos, nesse caso, de fato há uma *cota de empregos que devem ser preenchidos necessariamente por pessoas com deficiência*, tratando-se, assim, de situação diferente daquela prevista na Lei nº 8.112/1990, artigo 5º, §2º, que prevê a reserva de até 20% (vinte por cento) *das vagas em disputa no concurso*. Dessa forma, em se tratando de concurso para o preenchimento de empregos que somente poderão ser ocupados por pessoas com deficiência, é cabível a realização, nesse caso, de concurso exclusivamente para pessoas com deficiência³³⁴.

2.2 Requisitos para o exercício do cargo ou emprego público

O edital de concurso público deverá fixar quais são os requisitos necessários para o exercício dos cargos ou empregos em disputa, de forma que os candidatos (todos eles, pessoas com deficiência ou não) possam previamente à inscrição no certame saber se atendem aos requisitos necessários, ou mesmo para que seja possibilitada a impugnação do edital.

A fixação de requisitos para o exercício do cargo ou emprego, no entanto, não é de livre alvedrio do administrador público, mas deverá, por força do estabelecido no artigo 37, I, da Constituição Federal, atender àquilo que a lei determinar como necessário.

Como afirmamos anteriormente (Capítulo III, item 2.2), mesmo a lei, para a fixação de tais requisitos, não tem liberdade absoluta, devendo fazê-lo de forma a observar os princípios

³³⁴ Vide item 2.1.1 do presente Capítulo.

da igualdade e do amplo acesso aos cargos, empregos e funções públicas. Assim, somente poderão ser fixados requisitos que de fato sejam indispensáveis ao exercício do cargo, sob pena de injustamente excluir-se alguém da possibilidade de exercer um cargo ou emprego público. Não poderá ser estabelecido um fator de discrimen (um requisito), que não seja logicamente compatível com a situação que se quer diferenciar (a possibilidade de exercício do cargo emprego ou função pública).

Segundo mandamento do artigo 37, II, da Constituição Federal, o concurso público deverá ser realizado de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego em disputa, e, assim, são esses os parâmetros a serem seguidos pela lei. Cumpre ainda, novamente, apontar o disposto no artigo 39, §3º, da Lei Maior, no sentido de que à lei é facultado o estabelecimento de requisitos diferenciados de admissão “quando a natureza do cargo o exigir”.

Esses requisitos poderão ser uma habilitação profissional específica, ou algum elemento fixado na regulamentação legal da profissão a que pertença o cargo pretendido, mas deverá ter alguma relação com a natureza do cargo, não podendo ser arbitrária.

Em síntese, podemos dizer que a lei, respeitando os ditames do princípio da igualdade e do amplo acesso aos cargos, empregos e funções públicas, deverá estabelecer os requisitos para o exercício desses cargos e empregos, em função da sua natureza e complexidade. O edital de concurso, como ato subalterno à lei, deverá limitar-se a exigir os requisitos que a lei já exigiu, estabelecendo a forma de sua aferição, sem, no entanto, transbordar daquilo que a lei já colocou como necessário para o exercício do cargo ou emprego³³⁵.

Cumpre apontar que os requisitos que a lei irá fixar são para exercício do cargo por qualquer pessoa, com deficiência ou não, e, assim, não há que se falar em requisitos diferentes para o caso da reserva de vagas. O escopo da ação afirmativa não é fazer com que sejam admitidas ao serviço público pessoas que não tenham a capacidade para exercer as suas funções, mas a de incluir o grupo vulnerável e propiciar-lhe o acesso ao serviço público; assim, também as pessoas com deficiência deverão estar habilitadas para o exercício do cargo pretendido.

Não se pode confundir, ainda, a existência ou não de habilitação para exercício do cargo público com o despreparo das estruturas da Administração Pública para acolher o

³³⁵ Confira-se, a respeito, Capítulo III, item 4.4.

servidor com deficiência e proporcionar-lhe a possibilidade de exercer adequadamente o seu cargo. Dessa forma, devemos considerar, nesse particular, se é possível que a pessoa com deficiência exerça adequadamente o cargo público, ainda que sejam necessárias adaptações no ambiente de trabalho, ou o auxílio de equipamentos específicos. Se houver a possibilidade de exercício do cargo público, está atendido o requisito de habilitação, não sendo possível excluir a pessoa com deficiência do serviço público.

Repita-se que a lei (e conseqüentemente o edital) somente poderá exigir requisitos indispensáveis para o exercício do cargo, não sendo possível exigir algo que não tenha relação com as atividades a serem desenvolvidas pelo futuro servidor. Em sendo requisitos necessários para o exercício do cargo ou emprego público, são exigíveis de todos os postulantes ao cargo ou emprego, sejam eles pessoas com deficiência ou não. Muito pertinente o exemplo apontado por Maria Aparecida Gugel acerca do concurso público para o cargo de motorista e o candidato cego, ressaltando-se que será exigida a habilitação para dirigir, conforme as normas do CONTRAN (Conselho Nacional de Transito); como tais normas exigem um certo nível de acuidade visual para que seja concedida a habilitação, o candidato cego não poderá inscrever-se no referido concurso público, por não ter habilitação para dirigir³³⁶.

Dessa forma, entendemos que tanto a disposição da Lei nº 8.112/1990, artigo 5º, §2º, no sentido de que a reserva de vagas se dará para “*o provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras*”, bem como a disposição do Decreto nº 3.298/1999, artigo 37, *caput*, de que tal reserva será em relação aos cargos “*cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que é portador*”, são inconstitucionais, já que todos os cargos são, em princípio acessíveis às pessoas com deficiência, o que somente não ocorrerá quando comprovado em concreto que a pessoa não atende ao requisito legalmente estabelecido para o exercício do cargo (o que pode se dar em relação a qualquer pessoa, com deficiência ou não). O que a Constituição defere à lei regular é a forma como se dará a reserva de vagas e o seu percentual, mas não se pode admitir interpretação que viole a igualdade, o princípio da ampla acessibilidade aos cargos, empregos e funções públicas, e, principalmente, o dever de inclusão que decorre dos princípios republicanos insculpidos em nossa Lei Maior. Não existe, *a priori, prima facie*, incompatibilidade das atribuições do cargo

³³⁶ GUGEL, Maria Aparecida. **Pessoas com Deficiência e o Direito ao Concurso Público – Reserva de Cargos e Empregos Públicos – Administração Pública Direta e Indireta**. Goiânia: Editora da Universidade Católica de Goiás, 2006, p. 96.

a ser exercido com a deficiência, o que somente poderá ser apurado em cada caso concreto. A lei ou o edital não podem limitar de início a participação da pessoa com deficiência no certame em razão de uma abstrata incompatibilidade das funções a serem desempenhadas no exercício do serviço público com a deficiência; somente a participação no concurso público irá apontar a impossibilidade de exercício do cargo ou emprego pretendido, com a necessária justificativa em cada caso concreto.

Valemo-nos novamente das lições de Maria Aparecida Gugel, que tratando do tema dos requisitos exigidos para o exercício do cargo público aponta:

Define-se, que para aqueles cargos e empregos públicos que exigem higidez física, como, por exemplo, o bailarino, o bombeiro, o policial civil e militar e o guarda-vidas, não se excluirá a previsão de reserva de vagas em concurso público, pois, se eventual candidato com deficiência assumir participar do certame deverá ter seu acesso garantido às provas, pois é por meio dessas que demonstrará seu desempenho e aptidão.³³⁷

Dessa forma, temos que, em princípio, não poderá haver o simples estabelecimento de que é necessária “aptidão plena” (seja lá o que isso signifique³³⁸) para o exercício do cargo ou emprego, mas que apenas poderão ser fixados, na lei, os requisitos indispensáveis para seu exercício, sem excluir nenhuma pessoa. Caso o candidato entenda preencher os requisitos fixados na lei, deverá submeter-se às provas na forma estabelecida pelo edital (com as necessárias adaptações, como adiante veremos), em que tentará demonstrar que é capaz de exercer o cargo disputado.

Absolutamente inconstitucional, assim, também a disposição contida no artigo 38, II, do Decreto nº 3.298/1999³³⁹, que coloca como não aplicável a reserva de vagas nos concursos públicos para o provimento de cargos ou empregos público integrantes de carreiras que exijam aptidão plena do candidato. Não há qualquer ressalva na Constituição acerca da

³³⁷ GUGEL, Maria Aparecida. **Pessoas com Deficiência e o Direito ao Concurso Público – Reserva de Cargos e Empregos Públicos – Administração Pública Direta e Indireta**. Goiânia: Editora da Universidade Católica de Goiás, 2006, p. 98.

³³⁸ Entendemos que a caracterização *a priori* da tal “aptidão plena” não é juridicamente viável; o que seria “aptidão plena”? Talvez a ausência de todo e qualquer impedimento ou alteração fisiológica que, em tese, fizesse com que alguém fosse habilitado fisicamente para o exercício de todo e qualquer cargo público. Entendemos, entretanto, que a aptidão para o exercício do cargo somente poderá ser demonstrada no decorrer do concurso público; aliás, é justamente esse o seu objetivo. O candidato que for aprovado no concurso público, em tese, é plenamente apto para o desempenho do mister público, seja ele pessoa com deficiência ou não, já que demonstrou habilidades suficientes para garantir pelo menos a nota mínima exigida no edital de concurso. Entendemos, assim, que não é admissível o estabelecimento de “aptidão plena” como requisito para inscrição no concurso público.

³³⁹ Decreto nº 3.299/1999: “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.”

reserva de vagas no serviço público para as pessoas com deficiência, e, dessa forma, não poderá um Decreto estabelecer tal restrição. O edital de concurso deverá limitar-se a fixar os requisitos necessários ao exercício do cargo ou emprego em disputa, estabelecendo, sempre (exceto no caso do número de vagas em disputa não possibilitar o respeito ao percentual máximo de 20% do total, como já verificamos), a reserva de vagas para as pessoas com deficiência.

Não há, dessa forma, cargo ou emprego compatível ou incompatível com a deficiência, mas há cargos com requisitos legalmente estabelecidos para seu exercício, requisitos esses que deverão observar a igualdade e o amplo acesso aos cargos e empregos públicos. O atendimento desses requisitos deverá ser exigido de todos os candidatos, pessoas com deficiência ou não, aferindo-se seu preenchimento mediante a forma estabelecida no edital de concurso público.

Nesse sentido, da impossibilidade de exclusão do concurso público de uma pessoa com deficiência por alegada absoluta incompatibilidade da deficiência com o cargo a ser exercido, já decidiu o Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 676.335/MG, conforme mencionamos no Capítulo IV, item 5, em decisão monocrática da Ministra Cármen Lúcia, em que expressamente se aponta a existência de um dever de inclusão trazido pela Constituição Federal.

Na dúvida devemos incluir. Assim, se houver dúvida acerca do preenchimento ou não dos requisitos legalmente estabelecidos para o exercício do cargo ou emprego pretendido, deverá ser possibilitado à pessoa com deficiência participar do concurso, ou seja deverá lhe ser possibilitado que demonstre com a elaboração das provas e com a apresentação dos títulos, quando for o caso, que atende aos requisitos para desempenhar o cargo ou emprego público. Como veremos adiante, após realizadas as provas, após demonstrada em tese a capacidade do candidato com deficiência para o exercício do cargo, eventual dúvida persistente acerca da sua possibilidade efetiva de exercício deverá ser dirimida no estágio probatório (ou no período de experiência no caso dos empregados públicos), não sendo possível a reprovação do candidato, assim, pela teórica incompatibilidade do cargo com a deficiência. É essa a interpretação que entendemos compatível com os ditames constitucionais anteriormente citados de inclusão, que decorre dos princípios republicanos insertos na Lei Maior; a inclusão é a regra, sendo excepcionalíssima a exclusão.

2.3 Forma de aferição da deficiência

Tendo em vista que a reserva de vagas busca atingir grupo específico, o grupo das pessoas com deficiência, deverá haver previsão no edital de concurso público acerca de como deverá se dar a comprovação de que o candidato pode ser considerado como pessoa com deficiência.

Se não há necessidade de que o edital delimite qual a definição de pessoas com deficiência, pois a Constituição já o faz (e o edital não poderia adotar definição diferente, sob pena de limitar indevidamente direito que a Constituição atribui), é evidente que a nova definição de pessoas com deficiência, de equivalência constitucional, repita-se, deverá ser considerada quando colocado no edital o método de aferição da deficiência.

Face o conceito social que expusemos no capítulo anterior (Capítulo IV), não há mais espaço para que a avaliação do enquadramento de alguém como pessoa com deficiência se dê exclusivamente pela apresentação de laudo médico atestando alguma alteração na saúde ou nas funções corporais, ou mesmo para a simples avaliação do indivíduo por equipe médica. Agora, forçosamente, deverá ser procedida uma avaliação que comprove a presença de todos os elementos da definição de pessoas com deficiência acolhida pelo Direito brasileiro, ou seja, além da comprovação do impedimento (médico), deverá ser comprovado que a interação desses impedimentos com as diversas barreiras existentes gera a exclusão (ou impede a inclusão), é dizer, deverá ser demonstrada, ainda, a desigualdade de oportunidades que desfavorece a pessoa com deficiência. Não bastará mais a avaliação médica, mas o indivíduo deverá ser contextualizado na sociedade em que se insere, sendo de rigor a verificação do resultado dessa contextualização.

Forçosamente, assim, terá que ser desenvolvido método de aferição da deficiência por equipe multidisciplinar, capaz de apontar a existência do impedimento e de associá-lo com as barreiras contextuais, verificando se há ou não a obstrução de inclusão, de participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de oportunidades para com as demais pessoas. Profissionais médicos, psicólogos, de serviço social, enfim, todos os que possam verificar o preenchimento dos elementos da definição de pessoas com deficiência, deverão trabalhar em conjunto para a aferição de se o candidato pode ou não ser classificado como pessoa com deficiência e, dessa forma, disputar as vagas reservadas.

Caberá ao edital essa tarefa, de apontar como se dará a aferição da deficiência. Se a lei vier a estabelecer um instrumento de aferição da deficiência, tal instrumento deverá ser observado e utilizado no concurso público, já que o edital é ato subalterno à lei. Cumpre lembrar que o projeto de Estatuto das Pessoas com Deficiência que tramita no Congresso Nacional (Projeto de Lei nº 7.699/2006), em seu artigo 4º, §4º, prevê o desenvolvimento de um instrumento para que o Poder Público proceda às avaliações médica e social necessárias para a aferição da deficiência.

Devemos apontar, ainda, que entendemos que, face a nova definição, social, de pessoas com deficiência, a disposição trazida pelo artigo 39, IV, do Decreto nº 3.298/1999, que prevê a necessidade de que do edital de concurso conste a exigência de apresentação pelo candidato com deficiência de laudo médico atestando a espécie e o grau de deficiência, bem como sua causa provável, é, se não inconstitucional, ao menos insuficiente para que se faça prova da condição de pessoa com deficiência. De fato, não é mais o laudo médico que resolve se alguém é pessoa com deficiência ou não, mas tal laudo, agora, apenas nos diz se há possibilidade ou não de alguém ser pessoa com deficiência, tendo em vista que o impedimento é apenas um dos elementos (necessário mas não suficiente), para a aferição da deficiência, sendo indispensável a avaliação social.

Em resumo, podemos dizer que o laudo médico (ou avaliação médica) continua a ser indispensável para a caracterização de alguém como pessoa com deficiência. No entanto, embora indispensável, a avaliação médica não é mais suficiente para que alguém seja considerado pessoa com deficiência, sendo apenas um dos fatores a ser verificado.

2.4 A equipe multiprofissional

O Decreto nº 3.298/1999, em seu artigo 43³⁴⁰, prevê que o órgão responsável pela

³⁴⁰ Decreto nº 3.298/1999: “Art. 43. O órgão responsável pela realização do concurso terá a assistência de equipe multiprofissional composta de três profissionais capacitados e atuantes nas áreas das deficiências em questão, sendo um deles médico, e três profissionais integrantes da carreira almejada pelo candidato. § 1º A equipe multiprofissional emitirá parecer observando: I - as informações prestadas pelo candidato no ato da inscrição; II - a natureza das atribuições e tarefas essenciais do cargo ou da função a desempenhar; III - a viabilidade das condições de acessibilidade e as adequações do ambiente de trabalho na execução das tarefas; IV - a possibilidade de uso, pelo candidato, de equipamentos ou outros meios que habitualmente utilize; e V - a

realização do concurso deverá ter uma equipe multiprofissional a lhe assistir, composta por seis integrantes, sendo que três deles deverão ser capacitados e atuantes nas áreas das deficiências em questão (um deles necessariamente médico), e três profissionais integrantes da carreira almejada pelo candidato.

A essa equipe multiprofissional competirá a verificação das informações prestadas pelos candidatos pessoas com deficiência no momento de sua inscrição, a elaboração de parecer acerca da natureza das atribuições e tarefas essenciais do cargo ou emprego em disputa, parecer acerca das condições de acessibilidade e das adequações do ambiente de trabalho em que será desenvolvido o cargo ou emprego público, bem como sobre a possibilidade de utilização de equipamentos pelo candidato. Prevê o Decreto, ainda, que será elaborado parecer contendo a Classificação Internacional de Doenças (CID) da enfermidade que acomete o candidato, bem como “outros padrões reconhecidos nacional e internacionalmente”, que julgamos poder ser a Classificação Internacional de Funcionalidade (CIF), que referimos quando da conceituação de pessoas com deficiência, elaborada pela Organização Mundial da Saúde (OMS).

A equipe multiprofissional não se limitará a atuar no concurso público, mas atuará também no período de estágio probatório (que se dá após a nomeação e a posse dos aprovados), avaliando em concreto o desempenho do cargo pelo candidato. Omitiu-se o Decreto no tocante ao período de experiência relativo aos empregos públicos, o que entendemos que deverá ser realizado por analogia com o período de estágio probatório.

Primeiramente, devemos apontar que, face a nova definição de pessoas com deficiência, trazida à Constituição brasileira pela Convenção da ONU, essa equipe multiprofissional deverá ser forçosamente composta, como já afirmamos no item anterior, por profissionais aptos a avaliarem a existência da deficiência, que hoje tem um caráter social, e não apenas médico. Não basta, assim, a exigência de presença de um médico (que continua indispensável face a necessidade de constatação do impedimento), mas deverão ser incluídos profissionais também da área de serviço social, ou outros que possam atestar a falta de inclusão decorrente da interação dos impedimentos com as barreiras existentes no ambiente e

CID e outros padrões reconhecidos nacional e internacionalmente. § 2º A equipe multiprofissional avaliará a compatibilidade entre as atribuições do cargo e a deficiência do candidato durante o estágio probatório.”

na sociedade³⁴¹. A indicação da CID não será suficiente, sendo de rigor que a avaliação social seja efetivada.

A equipe multiprofissional deverá acompanhar o concurso desde a sua etapa de inscrições, auxiliando o órgão público promotor do certame na avaliação da deficiência e na adaptação das provas e das etapas do concurso. Ressalte-se que a adaptação das provas é obrigação da Administração, cabendo à dita equipe encontrar maneiras de viabilizá-la da melhor forma possível, e não apenas emitir parecer para justificar sua impossibilidade.

Note-se que a emissão de parecer quanto à natureza das atribuições e tarefas essenciais do cargo ou emprego a ser desempenhado não poderá servir para indeferir a inscrição de candidato, de início, sob a alegação de absoluta incompatibilidade da sua deficiência com o trabalho a ser desenvolvido; repita-se que somente o concurso público, a realização das suas provas e etapas, poderá atestar a aptidão ou inaptidão de alguém, pessoa com deficiência ou não, para o serviço público. O parecer mencionado no Decreto somente poderá servir para que a elaboração delimite já no edital o conteúdo do cargo e suas atribuições, para que todos aqueles que pretendam disputar o certame fiquem cientes previamente de tais condições. Nunca é demais lembrar que, nos termos do artigo 40, do Decreto nº 3.298/1999, “*É vedado à autoridade competente obstar a inscrição de pessoa portadora de deficiência em concurso público para ingresso em carreira da Administração Pública Federal direta e indireta.*” Assim, sempre deverá ser procedida a inscrição no concurso, oportunizando à pessoa com deficiência demonstrar no certame as suas habilidades, sendo avaliada em igualdade de condições para com os demais candidatos. O parecer, assim, não poderá ser utilizado como instrumento para a exclusão de alguém do certame, ou para impedir sua inscrição.

O parecer sobre a viabilidade das condições de acessibilidade ou adaptação do ambiente de trabalho também não poderá afetar o direito das pessoas com deficiência de disputarem o concurso ou mesmo de exercerem o cargo ou emprego pretendido. Face o dever trazido pelos artigos 227, §2º, e 244, ambos da Constituição Federal, de que a Administração

³⁴¹ De acordo com a Classificação Brasileira de Ocupações, instituída pela Portaria Ministerial nº 397, de 09 de outubro de 2002, do Ministério do Trabalho e Emprego (disponível em <<http://www.mtecbo.gov.br/cbosite/pages/downloads.jsf>>), há diversos profissionais, como por exemplo os assistentes sociais, os terapeutas ocupacionais ou os psicólogos sociais, que têm entre suas atividades o desenvolvimento de programas destinados à inclusão e melhora de qualidade de vida das pessoas, bem como o desenvolvimento de programas sociais. Esses profissionais, por certo, poderão ser de grande auxílio na realização da análise social requerida pela nova definição de pessoas com deficiência, para a finalidade de verificar a compatibilidade de inserção de alguém em tal definição, bem como de propor medidas destinadas a minorar ou eliminar as barreiras que devem ser enfrentadas.

promova a acessibilidade em seus prédios já existentes ou por construir, somente podemos entender que esse parecer servirá de orientação à Administração acerca das medidas que deverá adotar para possibilitar a acessibilidade, adaptando o ambiente de trabalho. A Administração tem o dever constitucional de propiciar ambiente acessível às pessoas com deficiência e, dessa forma, não se poderia entender que a falta da acessibilidade inviabilizaria o exercício do cargo ou emprego público.

A avaliação sobre as informações prestadas pela pessoa com deficiência, para validar sua inscrição no concurso público para disputa das vagas reservadas, também não poderá ser instrumento de exclusão, ou seja, salvo o caso de má-fé, constatado que alguém que se inscreveu para a disputa das vagas reservadas não pode ser considerado como pessoa com deficiência, ainda mais agora que ainda não há um critério de fácil aferição face o novo conceito, essa pessoa deverá disputar as vagas não reservadas, na concorrência geral, e não ser excluída do certame. Nesse sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, inclusive podendo tal condição, de pessoa com deficiência ou não, ser verificada no momento da posse³⁴².

A atuação da equipe multiprofissional durante o estágio probatório e a sua avaliação nesse momento serão analisadas adiante, no tópico próprio sobre o estágio probatório (item 5 deste capítulo).

2.5 O direito de não se inscrever para a disputa das vagas reservadas

A pessoa com deficiência tem o direito de decidir se irá ou não concorrer às vagas reservadas no concurso público, ou seja, poderá, sem nenhum problema, decidir por inscrever-se para apenas a disputa das vagas de acesso universal, sem concorrer às vagas destinadas exclusivamente às pessoas com deficiência.

As pessoas com deficiência concorrem a todas as vagas, inclusive por expressa disposição do artigo 37, §1º, do Decreto nº 3.298/1999. Caso optem por utilizar da reserva de

³⁴² Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 28355/MG, Quinta Turma, Relator Ministro Arnaldo esteves Lima, julgado em 17 de junho de 2010, publicado no DJe de 02 de agosto de 2010. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=982188&sReg=200802642990&sData=20100802&formato=PDF>. Acesso em 12 de outubro de 2013.

vagas, concorrerão também às vagas equivalentes a, no mínimo, 5% (cinco por cento) do total, que serão destinadas exclusivamente às pessoas com deficiência, conforme estabelecido pelo artigo 37, VIII, da Constituição.

Não se pode obrigar que a pessoa com deficiência concorra às vagas reservadas, tratando-se de opção a ser exercida. O direito à autodeterminação das pessoas com deficiência, ademais, é expressamente garantido pelo artigo 3, “a”, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, que dispõe que as pessoas com deficiência têm direito à liberdade de fazer as próprias escolhas, bem como à autonomia individual.

A Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, internalizada em 2001 pelo Direito brasileiro (Decreto Legislativo 198/2001 e Decreto nº 3.956/2001), em seu artigo I, 2, “b”, expressamente consagra que as pessoas com deficiência não podem ser obrigadas a aceitarem a discriminação legal ou a preferência³⁴³.

É obrigação da Administração colocar à disposição das pessoas com deficiência a proteção que o sistema jurídico lhes garante, mas sua utilização será de livre escolha por essas pessoas. Tal opção, no entanto, deverá ser exercida no início do concurso, quando da inscrição do candidato, não sendo possível optar-se pela disputa das vagas reservadas após o término do prazo de inscrições. Possibilitar tal escolha com o concurso em andamento, após o término das inscrições, feriria o direito dos outros candidatos inscritos, que ficariam impedidos de saberem ao certo contra quantos candidatos concorrem. Ademais, significaria, em nossa visão, conferir indevida vantagem competitiva para os candidatos com deficiência, possibilitando-lhes a escolha de quais vagas disputarão conhecendo a concorrência, o que não seria possibilitado aos demais candidatos.

Dessa forma, a pessoa com deficiência, no momento da inscrição no concurso público, poderá livremente optar por concorrer ou não às vagas reservadas.

³⁴³ Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, artigo I, 2, “b”: “b) Não constitui discriminação a diferenciação ou preferência adotada pelo Estado Parte para promover a integração social ou o desenvolvimento pessoal dos portadores de deficiência, desde que a diferenciação ou preferência não limite em si mesma o direito à igualdade dessas pessoas e que elas não sejam obrigadas a aceitar tal diferenciação ou preferência. Nos casos em que a legislação interna preveja a declaração de interdição, quando for necessária e apropriada para o seu bem-estar, esta não constituirá discriminação.”

3. Provas

Não basta para a inclusão das pessoas com deficiência no serviço público a reserva de um percentual das vagas em disputa em cada concurso. Tendo em vista que, como já ressaltamos, as pessoas com deficiência concorrem a todas as vagas, deverá a lei cuidar para que essa disputa aconteça em condições de igualdade, ou seja, que na busca pela vaga todos os candidatos, pessoas com deficiência ou não, partam do mesmo ponto de partida, tenham garantidas as mesmas possibilidades de saírem exitosas do certame.

Dessa forma, faz-se necessário que as provas a que serão submetidos os candidatos possibilitem que todos tenham condições de executá-las, ou seja, é necessário que as provas sejam acessíveis para todos os candidatos, que ninguém deixe de ser aprovado não porque é tecnicamente desabilitado para o exercício do cargo em disputa, conforme o resultado da prova, mas porque sequer teve condições de demonstrar suas habilidades em razão de que a prova não estava preparada para que seus conhecimentos pudessem ser aferidos.

É de rigor, assim, que as provas de concurso público sejam disponibilizadas também em opções acessíveis para os diversos grupos de pessoas com deficiência, sendo possibilitada sua execução por aqueles que tenham baixa acuidade visual ou aditiva, pelos cegos, pelos surdos, pelos mudos, pelos cadeirantes, enfim, por todas as pessoas com deficiência. A prova de concurso público deve requerer de todos os candidatos a mesma qualificação técnica, devendo impedir que alguém seja prejudicado em razão de não ter oportunidade de demonstrar tal habilitação.

3.1 Adaptação dos locais de provas

Pressuposto lógico para que as pessoas com deficiência possam realizar as provas de concurso público, e, assim, tenham acesso aos cargos e empregos públicos, é a possibilidade de que fisicamente lhes seja deferido fazer as provas. Ou seja, somente poderão ser aprovados em concurso público, nas vagas reservadas ou não, aqueles candidatos que puderem se apresentar ao local de exame e neles realizarem as provas. Assim, antes de abordarmos a adaptação das provas, cumpre-nos alertar para a necessidade de adaptação dos locais de

prova.

Deve ser providenciado pela Administração, organizadora do concurso (ou mesmo pela empresa contratada para fazê-lo, já que estará agindo em nome da Administração), que todos os candidatos interessados em disputar as vagas tenham acesso aos locais de exame, que possam materialmente executar as provas. Assim, os locais de prova deverão ser acessíveis às pessoas com deficiência.

O artigo 40, §1º, do Decreto nº 3.298/1999³⁴⁴, determina que as pessoas com deficiência que necessitarem de condições especiais durante a realização das provas deverão requerê-lo no prazo assinalado em edital, indicando quais são essas condições. Trata-se de medida que se destina a propiciar que a Administração organize-se para acolher a pessoa com deficiência para a realização da prova, já que seu direito de acesso a prédios públicos, ou de uso coletivo adaptados, em que se realizam os exames, não decorre de tal disposição, mas decorre diretamente do texto constitucional, em seus artigos 227, §2º e 244, que dispõem sobre o dever de acessibilidade imposto à Administração. A Lei nº 10.098/2000 trouxe as normas gerais de acessibilidade, regulamentada pelo Decreto nº 5.296/2004, impondo prazos, todos já esgotados, para a adaptação dos prédios existentes, bem como impondo regras para a construção de novas edificações.

Os locais de prova, assim, deverão ser acessíveis às pessoas com deficiência, para lhes possibilitar a participação no concurso público em igualdade de condições para com os outros candidatos. Deverá a Administração, dessa forma, propiciar ao candidato com deficiência local adequado para que realize sua prova, com ampla acessibilidade, sanitários, equipamentos adequados, enfim, tudo o que for necessário para garantir que a pessoa com deficiência realize as provas em igualdade de condições, no mesmo ponto de partida dos outros candidatos.

3.2 Adaptação das provas

³⁴⁴Decreto nº 3.298/1999: “Art. 40. É vedado à autoridade competente obstar a inscrição de pessoa portadora de deficiência em concurso público para ingresso em carreira da Administração Pública Federal direta e indireta. § 1º No ato da inscrição, o candidato portador de deficiência que necessite de tratamento diferenciado nos dias do concurso deverá requerê-lo, no prazo determinado em edital, indicando as condições diferenciadas de que necessita para a realização das provas. (...)”

Como já afirmamos diversas vezes, as pessoas com deficiência devem participar do concurso público em igualdade de oportunidades em relação aos demais candidatos. Nesse sentido, face a existência de limitações de saúde e funcionamento de seus organismos, faz-se necessário que seja garantido às pessoas com deficiência que as provas que terão que executar sejam-lhes acessíveis, ou seja, possibilite-lhes demonstrar, assim como possibilita aos demais candidatos, que possuem a capacidade necessária para o exercício dos cargos ou empregos em disputa. Assim não fosse, seria impossível que as pessoas com as mais diversas deficiências pudessem participar dos concursos públicos, tornando letra morta a disposição de que concorreriam a todas as vagas em igualdade de oportunidades para com os demais candidatos, bem como a reserva constitucional de vagas.

O Decreto nº 3.298/1999, em seu artigo 39, III, determina que os editais de concurso público deverão ter previsão de adaptação das provas, do curso de formação e do estágio probatório, conforme a deficiência do candidato, estabelecendo o artigo 40, §2º, do mesmo Decreto, que poderá até ser concedido tempo adicional aos candidatos com deficiência, conforme parecer de especialista da área de sua deficiência³⁴⁵.

Deverá haver, assim, a necessária adaptação das provas às necessidades das pessoas com deficiência, sejam elas de que espécie forem. Ao candidato cego, por exemplo, deverá ser proporcionado o exame em braile ou mediante o auxílio de um leitor; ao surdo, havendo exame oral, deverá ser proporcionada a tradução para a linguagem LIBRAS; àquele que tenha baixa acuidade visual, deverá ser proporcionada uma prova com as letras maiores; enfim, deverá ser proporcionada ao candidato com deficiência a possibilidade de que tenha perfeito acesso a tudo aquilo que está contido na prova, possibilitando-lhe a execução do exame, de forma que possa demonstrar seus conhecimentos, habilidades e capacidades.

O conteúdo da prova, no entanto, não deverá ser diferenciado, sendo de rigor que se exija dos candidatos com deficiência exatamente o mesmo nível de conhecimentos e habilidades que se exige dos demais candidatos. Dos candidatos com deficiência será exigido

³⁴⁵ Decreto nº 3.298/1999: “Art. 39. Os editais de concursos públicos deverão conter: (...) III - previsão de adaptação das provas, do curso de formação e do estágio probatório, conforme a deficiência do candidato; (...) Art. 40. É vedado à autoridade competente obstar a inscrição de pessoa portadora de deficiência em concurso público para ingresso em carreira da Administração Pública Federal direta e indireta. (...) § 2º O candidato portador de deficiência que necessitar de tempo adicional para realização das provas deverá requerê-lo, com justificativa acompanhada de parecer emitido por especialista da área de sua deficiência, no prazo estabelecido no edital do concurso”.

o mesmo conteúdo que será exigido dos demais candidatos, inclusive quanto à nota mínima para aprovação.

O artigo 41 do Decreto nº 3.298/1999 dispõe que as pessoas com deficiência participam dos concursos em igualdade de condições com os demais candidatos no que concerne ao conteúdo das provas, à avaliação e critérios de aprovação, ao horário e ao local de aplicação das provas (o que, como já demonstramos, deverá ser compatibilizado com a acessibilidade), e a nota mínima exigida³⁴⁶.

A regra do concurso público é o tratamento igualitário de todos os candidatos, e, dessa forma, são estabelecidos alguns mecanismos para propiciar às pessoas com deficiência que disputem as vagas em igualdade de condições para com os demais candidatos. No entanto, quanto ao conteúdo exigido, face sua correlação com os requisitos estritamente necessários para o exercício dos cargos ou empregos em disputa, conforme mandamento do artigo 37, I e II, da Constituição Federal, é de rigor que este seja exatamente o mesmo para as pessoas com deficiência e para as demais pessoas.

3.3 Nota mínima

Conforme já anotamos, o concurso público tem por objetivo selecionar pessoas capazes para o exercício dos cargos e empregos públicos, e, dessa forma, sejam pessoas com deficiência ou não, deve ser exigido no concurso que o candidato demonstre plena aptidão para o exercício do mister público. A nota mínima exigida funciona como o padrão mínimo de habilidades, conhecimentos e competências que é necessário para o exercício do cargo, devendo ser atingida por todos aqueles que pretendem ingressar no serviço público; tanto a pessoa com deficiência como a pessoa sem deficiência devem demonstrar esse mínimo indispensável para o exercício do cargo ou emprego público, sendo que a ordem de classificação final fará com que a Administração selecione os melhores dentre aqueles que

³⁴⁶ Decreto nº 3.298/1999: “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.”

atingiram o mínimo necessário.

A reserva de vagas não tem por objetivo inserir indiscriminadamente pessoas com deficiência no serviço público, de forma a prejudicar seu desenvolvimento e desatender ao princípio da eficiência, trazido pelo artigo 37, *caput*, da Lei Maior. Somente serão admitidos ao serviço público aqueles que demonstrem, por intermédio de concurso público, ter aptidão para seu exercício. A reserva de vagas se presta a propiciar a inclusão das pessoas com deficiência que demonstrem essa aptidão para o desempenho do cargo ou emprego público, mas que teriam desvantagem competitiva em razão das barreiras existentes na sociedade. Frise-se, novamente, que a existência dessa aptidão necessária ao exercício do cargo é justamente o que se quer aferir com o concurso público, e que somente pelo concurso público pode ser aferida. Não se pode, *a priori, prima facie*, excluir ninguém do concurso público por uma suposta incompatibilidade absoluta da deficiência que a pessoa tem com o exercício do cargo em disputa; somente o concurso público é o instrumento apto para demonstrar a existência de aptidão para exercício do cargo público, e a pessoa com deficiência tem o direito de dele participar, em igualdade de condições para com as demais pessoas.

A exigência de nota mínima para aprovação no concurso público também para a pessoa com deficiência em nada atenta contra a reserva de vagas constitucionalmente estabelecida ou contra a inclusão das pessoas com deficiência. Trata-se apenas de medida destinada a garantir que o serviço público será prestado por pessoas adequadamente habilitadas para tanto, medida esta consentânea com a preservação do interesse público e que observa o princípio constitucional da eficiência.

Devemos ainda observar que estamos tratando de vagas reservadas, que são um instrumento que garante que determinado percentual das vagas disponíveis em um concurso público sejam preferencialmente destinadas a um determinado grupo, nesse caso as pessoas com deficiência, desde que essas atinjam o mínimo de aptidão exigido para o exercício do cargo ou emprego público. Na falta de pessoas com deficiência nessas condições (o que poderá se dar pela ausência de interessados ou pela insuficiente aprovação em concurso público), as vagas poderão ser ocupadas pelos demais candidatos, habilitados mediante concurso público.

3.4 Prova de aptidão física (ou de esforço físico)

Alguns concursos públicos são dotados de uma etapa em que os candidatos devem se submeter a uma prova de aptidão física (ou de esforço físico), para avaliar se são capazes de exercerem o cargo colocado em disputa no certame. Evidentemente que tal prova somente é admitida, por força do disposto no artigo 37, inciso II, da Constituição, nos casos em que a natureza do cargo ou emprego em disputa assim o exigir, ou seja, nos casos em que determinado grau de aptidão física do candidato seja necessário ao exercício do cargo ou emprego pretendido. Faz sentido, por exemplo, que seja realizado exame dessa natureza quando se pretende a contratação de alguém para ocupar o cargo de bombeiro, em que um certo grau de destreza física é necessário, inerente ao cargo, mas o mesmo exame não faria sentido no caso de um concurso para o preenchimento de cargo de procurador jurídico.

Nesses casos, em que haja prova de aptidão física, também o candidato com deficiência deverá se submeter ao exame, que, outrossim, deverá ser adaptado à sua condição, como no caso das demais provas do concurso público. Anote-se que a previsão de adaptação das provas não especifica quais as provas que deverão ser adaptadas, e, dessa forma, somente podemos entender que todas as provas, inclusive as de aptidão física, deverão ser adaptadas. Ademais, essa é a interpretação mais consentânea com o dever de incluir e com a ampla acessibilidade aos cargos e empregos públicos que constam de nossa Constituição.

Ressalte-se que mesmo nos cargos em que, em princípio, seria mais exigida a aptidão física, como bombeiros e policiais, por exemplo, sempre haverá a possibilidade do exercício de funções administrativas, que não demandem aptidões físicas especiais do servidor, e, dessa forma, poderão ser perfeitamente exercidos por pessoas com deficiência³⁴⁷. O próprio Supremo Tribunal Federal já reconheceu essa possibilidade, no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 518.504/SE, quando afirmou o Ministro Relator, Ministro Marco Aurélio, que “*A atividade desempenhada na função do cargo de agente de polícia, nos termos do consignado pelo Tribunal de Origem, ‘não se restringe a efetuar*

³⁴⁷ Pode-se perquirir se, na verdade, não há uma falha na estruturação do serviço público e suas carreiras, já que muitas atividades-meios acabam sendo executadas por profissionais que deveriam se dedicar às atividades-fim para as quais esses profissionais foram contratados. No entanto, foge ao escopo do presente trabalho fazer uma análise do serviço público, suas carreiras e organização, sendo o objeto de estudo, aqui, a efetivação da ação afirmativa trazida pelo artigo 37, VIII, da Constituição Federal. Dessa forma, da forma como hoje se estrutura o serviço público, fato é que sempre haverá, em qualquer carreira, atividades mais propícias a serem desenvolvidas por aqueles que tenham habilidades físicas mais desenvolvidas, bem como atividades que poderão ser desenvolvidas por pessoas com menores habilidades físicas, sejam ou não pessoas com deficiência. Acerca de tal questão, vide item 7 do presente capítulo.

prisões e diligências, ou mesmo à abordagem de criminosos. A atividade de polícia investigativa vai bem além”³⁴⁸.

De fato, não seria concebível entendermos que a Constituição, e atendendo a seu comando, a Lei, fixaram a reserva de vagas para pessoas com deficiência em todos os concursos públicos (já que, como acima visto, não se pode excluir, *a priori*, nenhuma pessoa com deficiência de um concurso público pela alegada “incompatibilidade absoluta” da deficiência com o exercício do cargo) para depois possibilitarem a sua exclusão em uma prova de aptidão física que não seja acessível às pessoas com deficiência.

Novamente devemos apontar que o dever que decorre da interpretação da Constituição Federal é de inclusão. As pessoas com deficiência, como todas as pessoas, devem ser incluídas na sociedade, somente sendo compatíveis com o texto constitucional, assim, interpretações que nos conduzam à inclusão. Assim, havendo a possibilidade, por menor que seja, de exercício adequado do cargo ou emprego, não poderá a pessoa com deficiência ser excluída do certame na prova de aptidão física, sendo de rigor sua aprovação nessa etapa, deixando para o estágio probatório (ou período de experiência, no caso dos empregos públicos) a confirmação, ou não, da possibilidade concreta de exercício do cargo ou emprego público.

4. Ordem de classificação e nomeação

Realizadas as provas, os resultados do concurso deverão ser publicados pela Administração, para que, na sequência, proceda-se à nomeação (ou contratação, no caso dos empregos públicos) dos aprovados. Também na elaboração das listas de aprovados, como na ordem de classificação e nomeação (ou contratação), alguns aspectos deverão ser observados para que a reserva constitucional de cargos e empregos públicos seja respeitada.

Entretanto, antes de tecermos qualquer observação acerca das listas de candidatos aprovados e da ordem de classificação, cumpre lembrarmos o que decidiram os nossos

³⁴⁸ Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 518.504/SE, relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 28 de junho de 2011, publicado no DJe nº 158, de 18 de agosto de 2011. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=626193>>. Acesso em 11 de outubro de 2013.

Tribunais Superiores acerca da obrigação da Administração Pública de nomear (ou contratar, no caso dos empregos públicos) os candidatos aprovados até o número de vagas abertas pelo concurso público.

Conforme apontamos anteriormente (Capítulo III, item 4.5), desde 2011 o plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu³⁴⁹ que os candidatos aprovados dentro do número de vagas abertas pelo concurso público têm direito subjetivo à nomeação, ou seja, não poderá deixar a Administração de nomear os candidatos aprovados classificados dentro do número de vagas abertas pelo concurso público, deixando vencer o prazo de validade do concurso, exceto em casos excepcionalíssimos, por fatores posteriores à abertura do certame.

Considerando-se, assim, que todos aqueles candidatos aprovados e classificados dentro do número de vagas abertas pelo concurso público deverão ser nomeados pela Administração, os problemas relativos à ordem de classificação dos candidatos, pelo menos no tocante àqueles classificados dentro do número de vagas abertas, especialmente no que diz respeito às pessoas com deficiência, são sensivelmente reduzidos, já que não há mais o risco de, no caso de demora da Administração em proceder às nomeações, ou no caso de um candidato estar posicionado em uma classificação muito perto do final da lista, o candidato deixar de ser nomeado e o concurso perder sua validade. É dizer, se o candidato aprovado está classificado dentro do número de vagas abertas pelo concurso, há a certeza de sua nomeação, independentemente da sua posição na ordem de classificação, o que será apenas uma questão de tempo, que, ainda assim, é limitado até a data de validade do concurso público. Assim, a posição do candidato classificado dentro do número de vagas abertas pelo certame não tem influência na sua nomeação, a não ser em fatores periféricos, como o tempo (ainda assim conhecido e limitado) e, em determinados concursos (aqueles em que houver vagas em diferentes localidades), a escolha de vagas; o direito à nomeação (e, dessa forma, a reserva de vagas para as pessoas com deficiência), está sempre garantido.

Apenas explicitando a situação que existia antes da mencionada decisão do Supremo Tribunal Federal, havia a preocupação de que se não fossem desde logo nomeados os candidatos pessoas com deficiência de forma a garantir no mínimo a nomeação proporcional ao número de vagas reservadas, poderia ocorrer a situação de que o concurso perdesse a validade, ou que a administração decidisse não mais nomear candidatos aprovados naquele

³⁴⁹ Recurso Extraordinário 598.099/MS, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 10/08/2011, publicado no DJe nº 189, de 03/10/2011.

certame, fazendo com que o número de candidatos pessoas com deficiência efetivamente nomeados não atingisse a proporção de vagas reservadas garantida legalmente, tornando sem efetividade a reserva de vagas constitucionalmente assegurada. Como exemplo, podemos imaginar a situação em que em concurso com cem vagas, cinco delas fossem reservadas às pessoas com deficiência; assim, a proporção seria a nomeação de um candidato pessoa com deficiência para cada dezenove candidatos da lista geral. Caso a Administração nomeasse apenas 39 candidatos, e o prazo de validade do concurso expirasse, o candidato da lista de pessoas com deficiência teria sido nomeado na vigésima posição, e depois dele nenhum outro candidato da lista reservada teria sido nomeado, pois o próximo candidato de tal lista a ser nomeado o seria na posição de número quarenta (já que haveria a necessidade de nomeação de outros dezenove candidatos da lista comum). Como somente teriam sido nomeados 39 candidatos, apenas um candidato da lista de pessoas com deficiência haveria sido nomeado, deixando a proporção de pessoas com deficiência inferior aos 5% trazido pelo Decreto nº 3.298/1999.

Com as novas regras fixadas pela jurisprudência esse risco não mais existe, pois, independentemente da ordem de nomeação que se adote, os candidatos da lista de pessoas com deficiência serão nomeados na proporção fixada pelo edital de abertura do certame (no mínimo de 5%), já que haverá a nomeação de todos aqueles aprovados e classificados dentro do número de vagas. No mesmo caso de um concurso com cem vagas, com cinco vagas reservadas, podemos agora afirmar que serão nomeados 95 candidatos da lista comum e cinco da lista reservada, independentemente da ordem em que isso ocorrerá, garantindo-se, assim, que será observada a proporção de vagas reservadas estabelecida.

A questão ganha mais relevância, apenas, no caso de surgirem vagas adicionais, ou seja, de haver a abertura de vagas pela Administração após a abertura do concurso público, as quais se pretenda preencher com os candidatos já aprovados, fora do número de vagas inicialmente previsto no certame realizado (já que esses forçosamente serão nomeados conforme a decisão do Supremo Tribunal Federal), e ainda dentro do seu prazo de validade (desde que tal possibilidade conste expressamente do edital de concurso). Nesse caso, deverá haver a garantia de que a proporção de vagas reservadas será observada, já que não se pode saber precisamente quantos candidatos dentre aqueles aprovados e classificados fora do número de vagas abertas pelo concurso inicialmente serão nomeados ou contratados. Aqui sim a ordem de nomeação ou contratação poderá ter efeito direto no efetivo ingresso do candidato no serviço público, sendo de rigor o estabelecimento de mecanismos para se evitar

o descumprimento da ordem constitucional, como veremos adiante.

4.1 A separação das listas

Na publicação do resultado final dos concursos públicos deverá a Administração publicar duas listas de aprovados: uma lista contendo todos os aprovados, com as respectivas notas finais e sua ordem de classificação, e outra lista contendo apenas os candidatos pessoas em deficiência aprovados, também com as respectivas notas finais e na ordem de classificação. Tal determinação está expressa no artigo 42 do Decreto nº 3.298/1999³⁵⁰.

A publicação de listas de classificação, com as notas dos candidatos, é corolário do princípio da publicidade, que rege, como princípio vetor da Administração Pública, o concurso público. Somente com a divulgação dos resultados obtidos pelos candidatos é que se pode verificar se de fato não houve preterições ou favorecimentos indevidos, possibilitando a todos os participantes do certame a interposição de recursos.

A exigência de que haja uma lista específica das pessoas com deficiência decorre de que não bastaria simplesmente colocá-las na lista geral, já que, apesar de estarem submetidas à nota mínima para aprovação, como todos os candidatos, sua nota final poderia ser inferior à nota do último candidato aprovado dentro do número de vagas em disputa (já que há a possibilidade de aprovação de mais candidatos do que o número de vagas existentes, desde que atinjam a nota mínima exigida pela Administração), o que provocaria dúvidas no momento de proceder-se à chamada dos candidatos para tomarem posse de seus cargos e empregos.

Deixa a lei muito claro, ao exigir a elaboração de duas listas, que há dois tipos de concorrência no concurso público: uma ampla, para todos os candidatos, inclusive pessoas com deficiência, para todas as vagas não reservadas; outra restrita, apenas para os candidatos pessoas com deficiência, para as vagas reservadas.

³⁵⁰ Decreto nº 3.298/1999: “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.”

4.2 O candidato inscrito para a disputa das vagas reservadas aprovado nas vagas não reservadas

Caso o candidato que se inscreveu para a disputa das vagas reservadas às pessoas com deficiência seja aprovado e obtenha classificação dentro do número de vagas abertas pelo concurso (descontadas as vagas reservadas, evidentemente), esse candidato não deverá figurar na lista de classificação das pessoas com deficiência, mas na lista comum. Isso porque tal candidato demonstrou não necessitar da proteção, ou seja, foi aprovado no concurso público e conquistou o direito ao seu cargo ou emprego na Administração sem que houvesse a necessidade da utilização da ação afirmativa estabelecida pela Constituição.

O candidato inscrito para a disputa das vagas reservadas mas que for aprovado e classificado dentro do número de vagas abertas pelo concurso público, descontadas as vagas reservadas, demonstra que não precisava da proteção legal para o acesso ao cargo ou emprego público, e, assim, não deve se utilizar de tal proteção, sendo aplicada a regra geral dos concursos públicos, de aprovação daqueles candidatos que demonstrem o maior mérito. Dessa forma, todos aqueles que foram aprovados e classificados dentro do número de vagas abertas pelo concurso, descontadas as vagas reservadas, sejam pessoas com deficiência ou não, deverão figurar da lista comum de classificação, já que esse é o escopo do próprio concurso público, selecionar os melhores candidatos para o exercício do cargo ou emprego público, aqueles que tiverem o maior mérito³⁵¹.

Devemos lembrar que as pessoas com deficiência, nos termos do artigo 37, §1º, do Decreto nº 3.298/1999, concorrem a todas as vagas, em igualdade de condições para com as demais pessoas. Assim, se aprovados para as vagas não reservadas, deverão ocupar tais vagas, deixando as vagas reservadas para aqueles que necessitem da ação afirmativa para sua inclusão.

Um candidato que não precise da proteção mas que figure na lista reservada faz com que a proteção destinada às pessoas com deficiência, o comando de inclusão, seja efetivado em menor medida. Se a vaga reservada for utilizada por alguém que não precisa da ação

³⁵¹ Nesse sentido: ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas com deficiência**. 4ª edição. Brasília: Corde, 2011, p. 24. Também: GUGEL, Maria Aparecida. **Pessoas com Deficiência e o Direito ao Concurso Público – Reserva de Cargos e Empregos Públicos – Administração Pública Direta e Indireta**. Goiânia: Editora da Universidade Católica de Goiás, 2006, p. 104.

afirmativa para se incluir, é sinal de que alguém que precisava de tal proteção não a obteve; deixaríamos de incluir as pessoas com deficiência que realmente necessitassem da interferência do Estado para participarem da sociedade plena e efetivamente, em igualdade de oportunidades para com as demais pessoas. O comando constitucional da inclusão deve ser efetivado na maior medida possível e, assim, garantir que a proteção seja utilizada pelas pessoas que efetivamente dela necessitem atende tal comando com maior plenitude.

4.2.1 A inexistência do direito de figurar em lista de vagas reservadas quando aprovado para as vagas não reservadas

Não se pode afirmar, ainda, que o candidato inscrito para a disputa das vagas reservadas teria o direito a figurar na lista de vagas reservadas, mesmo quando aprovado e classificado dentro do número de vagas abertas pelo concurso público, pois isso poderia lhe proporcionar uma melhor classificação.

Devemos entender que, ainda que em algumas hipóteses figurar na lista de vagas reservadas poderia se mostrar mais vantajoso para o candidato, em razão, por exemplo, de lhe propiciar o direito à escolha de vaga em determinada localidade (já que o direito à nomeação já está de qualquer forma garantido pela recente jurisprudência de nossos tribunais), não há o direito do candidato de escolher em qual lista será mais conveniente que seu nome figure, já que as vagas reservadas são uma política de ação afirmativa destinada à proteção das pessoas com deficiência, e não destinada a conferir qualquer tipo de vantagem ou privilégio pessoal a ninguém.

A regra geral do concurso público é a aprovação por mérito, ou seja, os melhores candidatos, independentemente de suas condições pessoais, deverão ser aprovados e classificados em ordem pela Administração. A reserva de vagas constitui-se, assim, em exceção, associando ao mérito as condições pessoais de determinado grupo vulnerável, que se pretende proteger, incluir, pois reconheceu-se que há necessidade de que o Estado intervenha de forma diferenciada para lhes proporcionar a inclusão plena e efetiva na sociedade, em igualdade de condições para com as demais pessoas.

Dessa forma, na maior medida possível deverá haver o respeito à regra geral, que é a

aprovação e classificação no concurso público em função dos méritos dos candidatos, demonstrados nas etapas do certame. A aprovação e classificação por intermédio das vagas reservadas é excepcional e deverão ficar destinadas apenas àqueles que efetivamente necessitem de tal proteção, não havendo, assim, qualquer possibilidade de escolha do candidato sobre em que lista figurar. Conferir ao candidato direito de escolher em qual lista pretende figurar, já sabendo que logrou aprovação nas duas, é possibilitar que a proteção do grupo vulnerável como um todo ceda em razão dos interesses pessoais de um de seus integrantes. Como acima apontamos, possibilitar a alguém que foi classificado e aprovado na lista comum figurar na lista de pessoas com deficiência significa diminuir a proteção para aqueles que realmente necessitam. Não há, assim, direito de escolha do candidato acerca de qual lista irá figurar, se houver a possibilidade de que figure na lista comum, dentro do número de vagas abertas pelo concurso.

Não se confunda a situação aqui exposta com a possibilidade (o direito) da pessoa com deficiência de não se inscrever para a disputa das vagas reservadas. Tal direito é assegurado em função de sua autonomia, que implica no poder de decisão acerca de utilizar ou não a proteção colocada à sua disposição pelo Estado. O que aqui se trata é da inexistência de direito da pessoa que já se inscreveu para a disputa das vagas reservadas de recusar-se a figurar da lista geral, para atender exclusivamente a seus interesses pessoais. Fixa-se, assim, que a utilização da proteção estatal consistente na ação afirmativa de reservar vagas no serviço público às pessoas com deficiência respeitará a existência do binômio vontade (autodeterminação) e necessidade; a pessoa com deficiência deve querer e necessitar utilizar-se da ação afirmativa para seu ingresso no serviço público.

4.3 A formação das listas

Como acabamos de expor, ao término do concurso, deverá a Administração publicar duas listas de candidatos aprovados, em ordem de classificação por seu desempenho: uma lista com todos os candidatos aprovados (que chamaremos de lista geral) e outra lista com os candidatos pessoas com deficiência aprovados. Na lista geral, dentro do número de vagas abertas pela Administração, descontadas as vagas reservadas, deverão constar aqueles candidatos com o melhor desempenho, sejam pessoas com deficiência ou não (após o número

de vagas em disputa não constarão mais candidatos pessoas com deficiência, pois estes serão transpostos para a lista própria); na lista de pessoas com deficiência, deverão constar aqueles que se inscreveram para a disputa das vagas reservadas e que não constem da outra lista, ou seja, que não foram classificados dentro do número de vagas em disputa.

Exemplificando, em um concurso público com cem vagas, sendo cinco delas reservadas às pessoas com deficiência, deverá a Administração divulgar duas listas: 1) a lista geral, em que constarão os 95 melhores candidatos aprovados em ordem de classificação, pessoas com deficiência ou não, além dos candidatos aprovados a partir da colocação noventa e seis, estes forçosamente candidatos que não disputam as vagas reservadas; 2) a lista de pessoas com deficiência aprovadas, em que constarão os candidatos inscritos como pessoas com deficiência aprovados e que não constem da outra lista, ou seja, que não se classificaram entre os 95 primeiros candidatos aprovados.

Devemos destacar, assim, que a lista geral poderá contar com mais candidatos aprovados do que o número de vagas em disputa (no exemplo dado mais de 95 candidatos aprovados), mas, depois da última colocação dentro do número de vagas abertas pela Administração (a partir da colocação noventa e seis, em nosso exemplo), todos os candidatos inscritos para a disputa das vagas reservadas às pessoas com deficiência forçosamente serão transpostos para a outra lista, de vagas reservadas, que também poderá contar com número maior de aprovados do que o número de vagas reservadas em disputa (mais de cinco candidatos, em nosso exemplo).

Em síntese, a forma correta de elaboração das listas pela Administração é a seguinte: primeiramente, classificam-se todos os candidatos aprovados em ordem conforme seus desempenhos, independentemente de serem ou não pessoas com deficiência. Na sequência, deverá a Administração formar a lista geral, em que colocará os primeiros candidatos aprovados (aqueles de melhor classificação), até o número de vagas abertas pelo concurso público, descontadas as vagas reservadas, independentemente de serem os candidatos aí incluídos pessoas com deficiência ou não. Como passo seguinte, deverá a Administração selecionar os candidatos pessoas com deficiência aprovados mas não classificados dentro do número de vagas destinadas à concorrência universal (total de vagas em disputa menos as vagas reservadas para as pessoas com deficiência), formando, com tais candidatos, a lista de pessoas com deficiência aprovadas, na respectiva ordem. Por fim, os candidatos que não são pessoas com deficiência e foram aprovados, mas foram classificados após o número de vagas

destinadas à concorrência universal, deverão ser adicionados à lista geral, na respectiva ordem de classificação. Teremos, assim, duas listas de candidatos aprovados, uma que podemos chamar de geral, destinada à concorrência universal, formada pelos melhores classificados dentro do número de vagas do concurso e pelos candidatos que não sejam pessoas com deficiência classificados fora desse número de vagas, e outra lista de candidatos aprovados para as vagas reservadas.

Dessa forma, podemos dizer que constarão da lista de candidatos aprovados para as vagas reservadas apenas aqueles que se inscreveram para a disputa de tais vagas e não lograram classificação dentro do número de vagas destinadas à concorrência universal.

Assim procedendo, evita a administração que pessoas com deficiência que não necessitam da proteção especial (que não necessitam da reserva de vagas para a aprovação em concurso público) utilizem as vagas reservadas em detrimento daqueles que de fato são carecedores da ação afirmativa, promovendo, assim, efetiva proteção ao grupo vulnerável. Também se garante, com tal procedimento, o princípio de aprovação por mérito nos concursos públicos, já que os melhores candidatos aprovados, independentemente de suas condições, serão aqueles que ocuparão as primeiras classificações. A reserva de vagas constitucional e legalmente asseguradas é observada, podendo haver, inclusive, o ingresso no serviço público de mais pessoas com deficiência do que o número de vagas reservadas; garante-se, dessa forma, que no mínimo poderão ingressar no serviço público tantas pessoas com deficiência quantas forem as vagas reservadas no concurso público (evidentemente que apenas se houver candidatos aprovados nessas condições).

4.4 A ordem de nomeação

Questão que gera polêmica é aquela relativa à ordem de nomeação (ou contratação no caso dos empregos públicos) dos candidatos aprovados e classificados nas listas que acima mencionamos, ou seja, como proceder à nomeação ou contratação dos candidatos constantes das listas de candidatos aprovados, se deve haver a alternância entre as listas e, em caso positivo, como se dará tal alternância, ou se deverão primeiramente ser chamados os candidatos constantes de uma lista e depois os constantes da outra. Trata-se, em síntese, de sabermos qual o mecanismo adequado para que sejam convocados os candidatos constantes

das duas listas, é dizer, de estabelecer-se qual a melhor forma de mesclar as duas listas para realizar a convocação dos aprovados para que assumam os cargos ou empregos para os quais se habilitaram no concurso público.

Fundamentalmente, a doutrina e a jurisprudência vêm se posicionando de duas maneiras, que passaremos a expor.

Antes de apresentarmos as propostas de ordem de nomeação ou contratação, no entanto, cumpre novamente lembrar que o posicionamento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acima exposto, de que todos aqueles candidatos aprovados dentro do número de vagas abertas no concurso têm direito subjetivo à nomeação, com o qual concordamos, diretamente interferiu na questão de que vamos tratar, já que não há mais (salvo raras exceções que apontamos no Capítulo III, item 4.5) a possibilidade de que alguém que foi classificado dentro do número de vagas em disputa deixe de ser nomeado em razão de estar classificado em uma posição muito distante dos primeiros lugares, face a demora da Administração em fazê-lo, vencendo-se o prazo de validade do concurso. Assim, a nomeação dos aprovados passa a ser apenas uma questão de tempo, sendo irrelevante, para tal efeito, a ordem de classificação, que poderá influenciar apenas na celeridade da nomeação, e não mais na sua efetivação.

Ressalte-se que a questão ganha importância quando estivermos diante de concursos em que a ordem de convocação para a nomeação, que é baseada na ordem de classificação final do certame, implique a possibilidade de escolha de vagas em localidades diversas, ou seja, quando o candidato mais bem colocado escolhe a vaga de lotação inicial antes do candidato com pior classificação. Nesses casos, ser convocado para fazer a escolha em vigésimo lugar é muito diferente de ser convocado em ducentésimo lugar, já que poderá não mais existir vaga no lugar em que o candidato gostaria de exercer inicialmente o cargo ou emprego. Se não há possibilidade de que o candidato aprovado dentro do número de vagas previsto no edital deixe de ser convocado para ocupar o cargo ou emprego, a ordem de convocação poderá influenciar, assim, no local de exercício do serviço.

4.4.1 Convocação proporcional

A primeira posição acerca da ordem de chamada dos candidatos constantes das listas de aprovados prega que deverá ser respeitada a proporcionalidade do número de vagas reservadas para a chamada dos candidatos. Assim, deverão ser chamados os candidatos proporcionalmente de uma lista e de outra, alternadamente, de acordo com o número de vagas reservadas.

Exemplificando, no concurso com cem vagas, cinco delas reservadas, a proporção estabelecida é de dezenove para um, ou seja, em cada vinte candidatos chamados, dezenove devem ser da lista geral e um deverá ser da lista de vagas reservadas. Assim, primeiramente a Administração chamaria dezenove candidatos da lista comum, para então chamar um candidato da lista reservada, e assim sucessivamente. Os candidatos da lista de vagas reservadas, dessa forma, ocupariam as posições vinte, quarenta, sessenta, e assim por diante.

De se ressaltar que há entendimentos, entre os defensores de tal tese, de que a regra que acabamos de expor somente será válida se a Administração chamar todos os aprovados de uma vez. Caso contrário, se houver a nomeação por etapas, também deverá ser observada a proporcionalidade, mas sempre deverá haver a convocação de candidato da lista de pessoas com deficiência no primeiro grupo de convocados, exceto no caso de haver apenas a convocação de um candidato, hipótese em que deverá ser convocado o primeiro da lista geral, sendo de rigor que o próximo convocado seja da lista de pessoas com deficiência. Esse o entendimento de Maria Aparecida Gugel, que assim leciona:

De forma a dar efetividade ao comando constitucional da reserva de cargos e empregos públicos, a convocação dos candidatos de forma alternada e proporcional deve iniciar com os candidatos da lista geral, passando-se ao primeiro da lista de candidatos com deficiência no primeiro bloco de convocados, seja qual for o número de candidatos chamados, aplicando-se sempre a regra do percentual mínimo de 5%.³⁵²

Entende-se, aqui, que a efetiva proteção às pessoas com deficiência não se encerra na simples reserva de vagas, mas que deverá ser garantido que sua convocação para a assunção do cargo ou emprego também seja feita dentro de parâmetros protetivos. A reserva de vagas valerá não apenas para a seleção via concurso, mas também para a convocação.

4.4.2 Convocação ao final dentro do número de vagas abertas pelo edital de concurso e

³⁵² GUGEL, Maria Aparecida. **Pessoas com Deficiência e o Direito ao Concurso Público – Reserva de Cargos e Empregos Públicos – Administração Pública Direta e Indireta**. Goiânia: Editora da Universidade Católica de Goiás, 2006, p. 106.

proporcional para eventuais vagas surgidas após o edital

Por outro lado, há o entendimento, oriundo de decisão do Superior Tribunal de Justiça³⁵³, de que a Constituição Federal reserva às pessoas com deficiência um percentual de vagas no serviço público, e não lhes garante o direito de que seja observada uma proporção a cada número de candidatos aprovados como regulares. É dizer, há uma reserva de vagas em disputa no concurso, mas não há uma reserva de ordem de classificação.

Ressalta-se que a regra geral no concurso público é a ampla concorrência, na qual os melhores candidatos deverão ser convocados para ocuparem as vagas no serviço público, constituindo-se a reserva de vagas em exceção, que, assim, deverá ser interpretada restritivamente, nos exatos termos da lei, para que não se viole o direito dos candidatos não beneficiados pelas vagas reservadas.

Dessa forma, os candidatos deverão ser convocados para nomeação ou contratação na ordem de classificação elaborada de acordo com seu desempenho, o que forçosamente faz com que os candidatos pessoas com deficiência que figurem na lista de aprovados para as vagas reservadas sejam os últimos a serem convocados (já que se o seu desempenho houvesse sido suficiente para classificação dentro do número de vagas destinadas à concorrência universal eles não constariam da lista de pessoas com deficiência, mas da lista geral).

A convocação proporcional somente poderia ser aplicada após encerrada a convocação de candidatos dentro do número de vagas previsto no edital, de forma a se evitar que, surgindo novas vagas que não estavam inicialmente previstas, deixe de se observar o direito às vagas reservadas de que são titulares as pessoas com deficiência.

Esse entendimento, ressalte-se, somente é possível levando em consideração que a Administração deverá convocar número de candidatos no mínimo coincidente com o número de vagas em disputa no edital, garantindo-se, assim, que as pessoas com deficiência, ainda que classificadas nos últimos lugares dentro do número de vagas, serão nomeadas, conforme o entendimento já exposto do Supremo Tribunal Federal.

³⁵³ Superior Tribunal de Justiça, Terceira Seção, Mandado de Segurança nº 11.983-DF, Relator Ministro Arnaldo Esteves de Lima, julgado em 12/12/2007, publicado no DJe de 05/05/2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ITA&sequencial=663779&num_registro=200601364091&data=20080509&formato=PDF>. Acesso em 19 de outubro de 2013.

Exemplificando, no mencionado concurso com cem vagas, com cinco vagas reservadas às pessoas com deficiência, seriam chamados primeiramente os 95 candidatos com as melhores notas, independentemente de serem ou não pessoas com deficiência (os 95 primeiros colocados da lista geral) e, na sequência, seriam chamados os cinco melhores classificados da lista de pessoas com deficiência, que, assim, ocupariam as posições 96 a cem. Se surgissem novas vagas a serem preenchidas com candidatos aprovados nesse concurso, a partir da convocação para a posição de número 101 a chamada dos candidatos deveria obedecer à proporcionalidade entre as listas, ou seja, deveriam ser chamados candidatos pessoas com deficiência na proporção mínima de 5% (cinco por cento) do número de candidatos total do concurso, agora incluindo as novas vagas. Nesse caso (de convocações para vagas surgidas posteriormente), o candidato pessoa com deficiência deverá ser convocado no primeiro rol de chamadas (ainda que se convoque apenas um candidato), garantindo-se que o percentual mínimo de 5% (cinco por cento) será respeitado (lembrando que há a determinação de arredondamento para o primeiro número inteiro subsequente se a aplicação do percentual de 5% implicar em número fracionado, conforme artigo 37, §2º, do Decreto nº 3.298/1999), pois haverá a possibilidade de que o prazo de validade do concurso se vença sem que sejam nomeados mais candidatos, ou mesmo de que não surjam novas vagas, observando-se, porém, que a convocação de pessoa com deficiência para a nova vaga não poderá fazer ser superado o percentual máximo de 20% (vinte por cento) legalmente fixado, tomando-se em consideração o novo total de vagas do concurso (somando-se as vagas originalmente abertas com aquelas que surgiram depois).

Ambas as posições expostas acerca da ordem de chamada dos candidatos pessoas com deficiência aprovados são absolutamente defensáveis, com fortes argumentos para os dois lados. Ambas abrigam entendimentos que tornam efetivo o dever de inclusão imposto pela Constituição Federal, já que propiciam o acolhimento das pessoas com deficiência no serviço público e propiciam uma diminuição da desigualdade enfrentada por tal grupo vulnerável, implementando a ação afirmativa constitucionalmente delineada.

No entanto, nos inclinamos a adotar o segundo dos posicionamentos expostos, ou seja, aquele que defende que as pessoas com deficiência constantes da lista de candidatos aprovados para as vagas reservadas deverão ser chamadas para que assumam os respectivos cargos ou empregos nas últimas colocações dentro do número de vagas abertas pelo edital, sendo que, após tal número, a chamada deverá ser proporcional, garantindo-se sempre a reserva mínima de cinco por cento do número de vagas preenchidas naquele concurso, bem

como observando-se o percentual máximo legalmente fixado, de vinte por cento do total de vagas.

Posicionamo-nos em tal sentido especialmente em razão da decisão do Supremo Tribunal Federal exposta anteriormente de que a Administração Pública deverá forçosamente nomear candidatos aprovados até que se atinja o número de vagas abertas pelo edital de concurso, havendo direito subjetivo dos candidatos aprovados dentro do número de vagas abertas no concurso à nomeação.

Anteriormente a tal posicionamento da Suprema Corte, era de se entender que, de fato, o melhor seria que a chamada fosse desde início proporcional, já que não era possível mensurar quantas vagas de fato seriam preenchidas e, assim, caso não houvesse a nomeação proporcional, se correria o risco de, em deixando a nomeação das pessoas com deficiência para o final, não haver nenhum candidato da lista de vagas reservadas nomeado ou, então, de que o percentual não atingisse o mínimo de cinco por cento, pois poderia ocorrer de o prazo de validade do concurso vencer antes da nomeação de todo o quantitativo de vagas previstas originalmente no edital, lembrando que não haveria o dever da Administração de promover as nomeações. A única forma de se garantir que haveria o respeito à reserva de vagas, portanto, era a nomeação proporcional desde o início.

Porém, pacificado o entendimento de que os candidatos aprovados dentro do número de vagas abertas pelo edital de concurso têm direito subjetivo à nomeação, e consequentemente a Administração tem o dever de nomeá-los (ou contratá-los no caso das empresas estatais), não há mais a possibilidade de que se deixe de observar a reserva de vagas se a nomeação não for proporcional desde o início, pois já é possível, desde logo, saber-se quantos candidatos serão efetivamente admitidos ao serviço público. Sabe-se de antemão quantos serão os chamados e, dessa forma, quantas pessoas com deficiência da lista de vagas reservadas deverão ser chamadas para que seja observado o percentual de vagas reservadas, surgido a certeza de seu ingresso no serviço público.

Não havendo mais a possibilidade de que não seja atingido o percentual de vagas reservadas, pouco importa se a nomeação do candidato pessoa com deficiência se deu antes ou depois; o importante é que foi chamado a ingressar no serviço público o percentual por lei determinado no estabelecimento da ação afirmativa. Garantir-se além da reserva de vagas um benefício adicional, ou seja, garantir-se também uma colocação privilegiada dentro da lista de candidatos a serem chamados, seria extrapolar, sem amparo legal, o estabelecido na ação

afirmativa. Ademais, assim procedendo, estaríamos violando o princípio da classificação por mérito no concurso público sem uma justificativa razoável, o que somente existia quando havia a possibilidade de desrespeito ao percentual de vagas reservadas.

O princípio fundamental que rege o concurso público é o princípio da igualdade e, assim, devemos entender que aqueles que obtiveram melhores resultados devem ter garantido seu direito a uma melhor colocação, a menos que seja estabelecida legalmente uma discriminação que permita o tratamento diferenciado a um grupo de pessoas que, por suas características, estejam em situação de desvantagem competitiva. Assim, a lei estabeleceu que um determinado percentual de vagas dos concursos públicos seria reservado às pessoas com deficiência, estabelecendo uma discriminação com fundamento na desvantagem competitiva que tais pessoas apresentam em relação às outras, discriminação esta logicamente compatível com o fator de *discrimen* eleito. A lei, no entanto, limitou-se a estabelecer a reserva de vagas, nada mencionando acerca da ordem de classificação.

Enquanto a inversão da ordem de classificação (o que ocorre na chamada proporcional) era o meio necessário para o atingimento do fim determinado em lei (ingresso no serviço público de um determinado percentual de pessoas com deficiência), essa inversão se justificava, já que era a forma de se dar efetividade ao comando constitucional. Agora, no entanto, que se pode implementar o percentual legalmente determinado de vagas reservadas sem que seja procedida a inversão da ordem de classificação, já que os últimos colocados dentro do número de vagas abertas no edital de concurso têm direito subjetivo à nomeação, tal inversão, que ocorre na chamada proporcional desde o início, vem causar gravame ao direito dos demais candidatos sem que haja qualquer justificativa necessária. Em síntese, a ação afirmativa deve implementar o direito das pessoas com deficiência, mas causando o menor gravame possível para as demais pessoas, cumprindo-se estritamente os comandos constitucionais e legais.

Na chamada de candidatos fora do número de vagas inicialmente previstas (o que depende de previsão no edital), no caso, por exemplo, de vagas abertas após a divulgação do edital, ou mesmo após a realização do concurso, mas dentro de seu prazo de validade, aí sim justifica-se a chamada proporcional, já que esta é necessária para garantir que o percentual estabelecido será observado, pois não se poderá saber com certeza quantos candidatos nessa condição serão chamados para ingressarem no serviço público. Haverá, nesse caso, justificativa razoável para a limitação do direito dos demais candidatos de verem observada a

ordem de classificação segundo seus méritos.

Assim, entendemos que o melhor posicionamento a ser adotado, em razão do reconhecimento do direito subjetivo dos candidatos aprovados dentro do número de vagas previstas no edital à nomeação, é o de que os candidatos aprovados constantes da lista de vagas reservadas deverão ser chamados nas últimas posições dentro do número de vagas inicialmente abertas pelo edital. Cumpre anotar que, no caso de eventual revisão do entendimento dos Tribunais Superiores acerca da existência de direito subjetivo público à nomeação dos candidatos aprovados dentro do número de vagas abertas pelo edital de concurso, o único mecanismo possível de utilização será o da convocação proporcional, já que, então, não será possível prever-se de antemão quantas vagas serão de fato preenchidas no concurso público, sendo necessário que se garanta o cumprimento da reserva de vagas, ao menos em seu percentual mínimo.

5. Avaliação Médica

Poderá a lei exigir que o candidato a cargo ou emprego público submeta-se a avaliação médica anteriormente à sua posse no cargo, inclusive como forma de resguardar a Administração no caso de um pedido de aposentadoria por invalidez decorrente de uma causa pré-existente ao ingresso do candidato no serviço público.

Tal exame, no entanto, que será exigido de todos os ingressantes no serviço público, não poderá, em relação às pessoas com deficiência, avaliar a possibilidade de exercício do cargo em função da deficiência, o que, como já indicamos e veremos detalhadamente a seguir, deverá ser procedido com o efetivo exercício do cargo ou emprego público no estágio probatório ou no período de experiência. A aptidão para exercício do cargo já foi demonstrada com a aprovação no concurso público, cabendo à Administração, apenas, proceder a exame médico admissional. Nesse sentido, inclusive, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça³⁵⁴.

Nessa mesma esteira o posicionamento de Maria Aparecida Gugel:

³⁵⁴ Superior Tribunal de Justiça, Quinta Turma, Recurso Especial nº 1.179.987 – PR, Relator Ministro Jorge Mussi, julgado em 13/09/2011, publicado no DJe de 26/09/2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1087814&sReg=201000262272&sData=20110926&formato=PDF>. Acesso em 21 de outubro de 2013.

Não está proibida a avaliação médica prévia pela administração pública de candidato nomeado, pois visa constatar as suas condições de saúde. Essa avaliação, só será possível se tiver feição de exame admissional. A equipe multiprofissional do setor de saúde do órgão, e que não é a mesma equipe multiprofissional com atribuições específicas de avaliação do candidato com deficiência nomeado, deverá emitir parecer atestando a saúde atual do servidor ou empregado público.³⁵⁵

A Lei nº 8.112/1990, em seu artigo 14, dispõe que a posse em cargo público federal dependerá de prévia inspeção médica oficial, sendo que somente poderá ser empossado aquele que for considerado apto física e mentalmente para o desempenho do cargo.

Com fundamento nessa disposição legal, no entanto, não poderá a Administração Pública federal deixar de dar posse à pessoa com deficiência em função de laudo médico atestando a incompatibilidade de sua deficiência com as funções exigidas pelo cargo ou emprego, já que a aptidão para exercício do cargo já foi demonstrada com a aprovação no concurso público, e somente poderá ser comprovada ou contrariada no estágio probatório ou período de experiência, em que o servidor será avaliado de acordo com os critérios estabelecidos no artigo 20 da Lei nº 8.112/1990, ou seja, quanto à assiduidade, disciplina, capacidade de iniciativa, produtividade e responsabilidade.

Valemo-nos, novamente, das lições de Maria Aparecida Gugel acerca da feição que deverá ter o exame admissional do servidor público:

O exame admissional tem o caráter preventivo de rastreamento e de diagnóstico precoce de agravos à saúde relacionados ao trabalho do servidor/empregado público, inclusive aqueles de natureza subclínica, assemelhando-se ao Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional – PCMSO, previsto na Portaria nº 3.214/78 do Ministério do Trabalho e Emprego, e a conhecida NR-7. O exame médico admissional, é obrigatório e compreende a avaliação clínica, abrangendo anamnese ocupacional e exame físico e mental, bem como exames complementares e, deve ser realizado antes que o trabalhador assumira as suas atividades. Com isso, pode-se constatar a pré-existência de alguma doença que possa justificar um pedido de aposentadoria, ficando aquela pessoa impedida de pleitear o benefício dela decorrente.³⁵⁶

O exame médico admissional, assim, não poderá servir como instrumento de exclusão da pessoa com deficiência, que demonstrará a possibilidade de exercício do mister público no

³⁵⁵ GUGEL, Maria Aparecida. **Pessoas com Deficiência e o Direito ao Concurso Público – Reserva de Cargos e Empregos Públicos – Administração Pública Direta e Indireta**. Goiânia: Editora da Universidade Católica de Goiás, 2006, p. 115.

³⁵⁶ GUGEL, Maria Aparecida. Direito Constitucional de Ter reserva de Cargos e Empregos Públicos em Concursos Públicos. In: GUGEL, MARIA APARECIDA; COSTA FILHO, WALDIR MACIEIRA DA; RIBEIRO, LAURO LUIZ GOMES (Org.). **Deficiência no Brasil – Uma Abordagem Integral dos Direitos das Pessoas com Deficiência**. Florianópolis: Editora Obra Jurídica, 2007, p. 227.

decorrer do estágio probatório ou período de experiência. Tal exame presta-se para fixar as condições de saúde do servidor no momento de sua posse, preservando a Administração de eventuais alegações futuras de doença profissional ou acidente do trabalho que, na verdade, seriam pré-existentes ao exercício do cargo ou emprego público.

A possibilidade de exercício do cargo ou emprego pela pessoa com deficiência, dessa forma, não é o objeto do exame admissional, o que já terá sido apurado em tese no concurso público e, na prática, será apurado no estágio probatório (ou período de experiência), com o efetivo exercício do cargo (ou emprego) público.

6. Curso de formação

Alguns concursos públicos preveem a necessidade de participação dos candidatos em curso de formação, normalmente de caráter eliminatório. Nessa etapa, o candidato será capacitado para o exercício do cargo ou função mediante aulas teóricas ou atividades práticas que lhe qualifiquem para o bom exercício do serviço público³⁵⁷.

Como em todas as outras etapas do concurso, deverá a Administração, com auxílio da equipe multiprofissional, cuidar para que haja a necessária adaptação das atividades a serem desenvolvidas, com ampla acessibilidade para as pessoas com deficiência, devendo, ainda, no momento da avaliação, levar-se em consideração as especiais condições de tais candidatos.

Importante ressaltar, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal³⁵⁸, que havendo a convocação de candidatos para a participação no curso de formação por turmas, o quantitativo de vagas reservadas deverá ser aquele contido no edital, calculado em relação ao número total de vagas disponíveis no concurso, e não em relação ao número de candidatos em cada turma, o que poderia gerar distorções na proporção de vagas reservadas, especialmente no caso de turmas com números diferentes de candidatos. Por exemplo, em um concurso com cem vagas, cinco devem ser as vagas reservadas, mesmo que sejam os candidatos convocados em grupos

³⁵⁷ Na esfera federal, o Decreto nº 6.944/2009, em seu artigo 13, §7º, prevê a possibilidade de realização de curso de formação como etapa do concurso público, de caráter eliminatório e classificatório, ressalvada disposição em lei específica.

³⁵⁸ STF, Segunda Turma, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 25.666, Relator Ministro Joaquim Barbosa, julgado em 29 de setembro de 2009, publicado no DJe de 03 de dezembro de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606504>>. Acesso em 1º de novembro de 2013.

de dez para o curso de formação; se fosse feito o cálculo em cada turma, seriam convocados dez candidatos para vagas reservadas (um em cada turma, já que os números fracionados são arredondados para o primeiro número inteiro subsequente), o que extrapolaria o número de vagas reservadas previsto em edital.

7. Estágio probatório (ou período de experiência)

Importantíssima questão no que toca ao ingresso das pessoas com deficiência no serviço público diz respeito ao estágio probatório (quando estivermos tratando de cargos públicos) ou ao período de experiência (para os empregos públicos).

O estágio probatório é o período de três anos de efetivo exercício no cargo público após o qual o servidor público será estabilizado no cargo, conforme determinação do artigo 41 da Constituição Federal. Após esse período, o servidor público somente poderá perder seu cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado, ou então, mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa ou mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa³⁵⁹.

O estágio probatório é regido legalmente, em âmbito federal, pelo artigo 20 da Lei nº 8.112/1990, apontando que o servidor, nesse período, será avaliado quanto à assiduidade, disciplina, capacidade de iniciativa, produtividade e responsabilidade. Quatro meses antes do término do prazo de estágio probatório, o servidor deverá ser avaliado por comissão especialmente designada para tal finalidade, sendo que o servidor não aprovado no estágio deverá ser exonerado, ou, então, reconduzido ao cargo anteriormente ocupado. Ressalte-se que de acordo com a Súmula nº 21 do Supremo Tribunal Federal a exoneração ou demissão do servidor em estágio probatório não é livre de qualquer formalidade, sendo de rigor a

³⁵⁹ Ressalte-se que no caso dos magistrados o estágio probatório é regido pelo disposto no artigo 95, I, da Constituição Federal, e terá duração de dois anos, período em que a perda do cargo dependerá de deliberação do Tribunal ao qual esteja vinculado o juiz; legalmente, rege-se o estágio probatório dos magistrados pelo disposto na Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar nº 35/1979, artigo 22). Os membros do Ministério Público também terão estágio probatório com duração de dois anos, conforme dispõe o artigo 128, §5º, I, “a”, da Constituição Federal, regulamentado pela Lei Complementar nº 75/1993, art. 17.

realização de inquérito ou apuração formal de sua capacidade³⁶⁰.

Já o contrato de experiência, aplicável aos empregos públicos, nos termos do artigo 445, parágrafo único, da Consolidação das Leis do Trabalho, poderá ter duração de até noventa dias. Sua finalidade é verificar, na prática, se o empregado contratado tem habilitação suficiente para o exercício do emprego.

Assim, durante o período de estágio probatório, o servidor recém-empossado deverá demonstrar sua capacidade para o adequado desempenho do cargo ou emprego público para o qual se habilitou mediante aprovação em concurso público. Deverá a Administração avaliar o servidor de acordo com os critérios estabelecidos na Constituição, quais sejam, a assiduidade, a disciplina, a capacidade de iniciativa, a produtividade e a responsabilidade. Somente deverá ser estabilizado no cargo público o servidor que obtiver avaliação favorável quanto a tais aspectos realizada por comissão especialmente designada para tal finalidade. No caso de instauração de procedimento para a exoneração do servidor, deverá, evidentemente, ser oportunizado ao interessado a participação no referido processo, estabelecendo-se o contraditório e a ampla defesa, inclusive por inteligência do artigo 5º, LV, da Constituição Federal, que a todos garante o contraditório e a ampla defesa, em processos judiciais ou administrativos.

No tocante ao emprego público, outrossim, devemos apontar que não se deve falar em estabilidade após o término do período de experiência, já que a relação trabalhista, regida pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho, não prevê esta figura, e o regime de emprego público é regido por tal legislação. No entanto, conforme aponta Celso Antônio Bandeira de Mello³⁶¹, a demissão de empregado público também não é absolutamente livre, sendo de rigor a realização de apuração acerca de suas insuficiências e faltas, com direito à defesa, já que os gestores das empresas públicas e das sociedades de economia mista, entes em que a figura do

³⁶⁰ Devemos ressaltar que, conforme pacífico entendimento jurisprudencial e doutrinário, restou revogado pela Emenda Constitucional nº 19/1998 o caput do artigo 21 da Lei nº 8.112/1990, que dispunha acerca da estabilidade do servidor público federal após dois anos de efetivo exercício no cargo, face a nova redação dada ao artigo 41 da Constituição Federal, passando a ser de três anos o período para aquisição de estabilidade. O Advogado-Geral da União, inclusive, emitiu, em 2004, Parecer nº AC-17, esposando tal entendimento, de que “a alteração do prazo de aquisição da estabilidade no serviço público, de dois para três anos (art. 41, Constituição Federal com redação da Emenda Constitucional nº 19, de 1998) importa na dilatação do período de prova ou confirmação também para três anos”, Parecer aprovado pelo Presidente da República quando da apreciação nº AV-02/2008 da Advocacia-Geral da União, e, dessa forma, de observância obrigatória para todos os entes da Administração Pública Federal, conforme artigo 40, §1º, da Lei Complementar nº 73/1993. Também nesse sentido, de que o estágio probatório dos servidores públicos federais é de três anos, vem decidindo o E. Superior Tribunal de Justiça (STJ, Terceira Seção, Mandado de Segurança nº 200602842506, Relator Ministro Félix Fischer, julgado em 22/04/2009, publicado no DJe de 18/08/2009).

³⁶¹ **Curso de Direito Administrativo**. 30ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 288-289.

emprego público é típica, não administram negócio próprio, mas de toda a coletividade. Sustenta o ilustre Mestre que mesmo nos casos de demissões para a redução de despesas mediante corte de pessoal faz-se necessária a prévia divulgação dos critérios que serão adotados nas dispensas, para que possa ser constatada a impessoalidade das medidas adotadas. Outrossim, no período de experiência, à semelhança do que ocorre no estágio probatório, cabe à Administração verificar o desempenho do empregado com mais detença, de forma a constatar se o emprego público está sendo adequadamente desempenhado.

Note-se que a avaliação de desempenho no estágio probatório é exigência constitucional e legal para a estabilização de todos os servidores, que deverão demonstrar o desempenho adequado de seus cargos. Assim, à evidência, o instituto do estágio probatório aplica-se aos servidores pessoas com deficiência que tenham sido aprovados nas vagas reservadas em concurso público.

Em se tratando de um instituto geral, destinado a todos os servidores, é de se entender que não haverá nenhuma diferença nos critérios de avaliação dos servidores públicos pessoas com deficiência. Estes, que já demonstraram com a aprovação no concurso público que atendem aos requisitos, ainda que mínimos, para o desempenho do cargo público, que são habilitados para tanto, agora terão que demonstrar na prática que desempenham adequadamente o mister público para os quais foram selecionados, assim como todos os outros servidores. Verificará a Administração sua assiduidade, sua disciplina, sua capacidade de iniciativa, sua produtividade e sua responsabilidade. O Decreto nº 3.298/1999, aliás, em seu artigo 44, expressamente aponta que a análise do potencial de trabalho do candidato pessoa com deficiência deverá obedecer ao disposto no artigo 20 da Lei nº 8.112/1990, que é justamente a regulamentação legal dos requisitos que serão examinados no estágio probatório dos servidores públicos federais.

Como acima afirmamos, a regra trazida pela Constituição Federal é a inclusão. Havendo dúvida acerca de se é possível ou não o exercício do cargo pela pessoa com deficiência, deverá lhe ser oportunizada a possibilidade de que demonstre na prática tal possibilidade, o que será feito no estágio probatório, que pressupõe que, em tese, os requisitos para o desempenho adequado do cargo já estão preenchidos, pois houve a aprovação em concurso público (e mesmo aqueles selecionados para as vagas reservadas devem ter atingido a nota mínima para aprovação). Assim, não se deve excluir o candidato pessoa com deficiência *a priori* do concurso, face uma alegada “incompatibilidade absoluta de sua

deficiência com o cargo a ser desempenhado”, mas deverá ser possibilitada a realização do concurso público pelo candidato e, sendo este aprovado, deverá haver a respectiva avaliação no estágio probatório, onde será demonstrada a existência ou não, em concreto, da possibilidade de exercício do cargo.

Evidentemente que não serão todas as atividades de todos os cargos que poderão ser desempenhadas pelas pessoas com deficiência. No entanto, em todos os cargos ou carreiras há atividades diversas, ou atividades que requerem diferentes habilidades ou competências, não sendo absolutamente lineares as funções desenvolvidas por todos os integrantes de uma mesma carreira; é dizer, embora, em tese, todos os integrantes de uma mesma carreira (ou selecionados para o desempenho de um determinado cargo) sejam habilitados para o desempenho de todas as atividades inerentes às suas funções, há uma divisão de tarefas entre os servidores, conforme as habilidades de cada um ou o interesse e a necessidade da Administração, o que faz com que o exercício dos cargos públicos pelos diversos servidores, ainda que no tocante a cargos com as mesmas atribuições, seja executado de diversas formas. Assim, por exemplo, se é fato que a atividade policial compreende muitas vezes a captura de pessoas ou a efetivação de diligências que exigem adequada capacidade física, também é fato que há atividades policiais de inteligência ou de administração de pessoal que não exigem nenhuma aptidão física especializada. O mesmo aplica-se a praticamente todas as carreiras.

Nesse sentido, as atividades que serão desempenhadas pelas pessoas com deficiência serão aquelas para as quais haja possibilidade de seu adequado desempenho, face sua peculiar condição, que deverá ser levada em consideração quando da divisão de tarefas entre os servidores. E é no desempenho das tarefas que lhe foram atribuídas que deverá ser avaliado o desempenho do servidor pessoa com deficiência, ou seja, é no desempenho das atividades que ele efetivamente desempenhou que será feita sua avaliação. O que se quer dizer é que o estágio probatório não deverá ser avaliado pela possibilidade, em tese, de que o servidor (seja ele pessoa com deficiência ou não) desempenhe todas as atividades contidas no conteúdo do cargo que ocupa (o que já foi aferido no concurso público), mas deverá ser avaliado com base nas atividades efetivamente desenvolvidas, se desempenhadas a contento ou não, dentro de critérios de assiduidade, disciplina, capacidade de iniciativa, produtividade e responsabilidade. Atente-se que não se está a dizer que às pessoas com deficiência deverão ser atribuídas apenas atividades secundárias ou de pequena complexidade, já que é dever da Administração promover todas as medidas para que a pessoa com deficiência seja plenamente integrada ao serviço público e possa desempenhar adequadamente, e com a esperada produtividade, todas

as atividades para as quais foi selecionada (cada cargo tem suas tarefas peculiares, específicas); a pessoa com deficiência foi aprovada em concurso público, o que demonstra que está habilitada para o desempenho do conteúdo ocupacional do cargo, sendo tarefa da Administração promover os meios para que isso de fato ocorra, salvo nos casos em que for materialmente impossível. O que apontamos é que a Administração não poderá exigir da pessoa com deficiência algo que não é possível que ela cumpra, inclusive em razão da falta de estrutura da própria Administração.

O Decreto nº 3.298/1999, em seu artigo 43, §2º, dispõe que a equipe multiprofissional avaliará, durante o período de estágio probatório, “*a compatibilidade entre as atribuições do cargo e a deficiência do candidato*”.

Evidente que tal disposição, se interpretada de forma a entender-se que será avaliada a possibilidade, em tese, de que o servidor pessoa com deficiência desempenhe todas as funções típicas do cargo para o qual foi selecionado, será inconstitucional e ilegal, afrontando a igualdade e o comando de inclusão que decorrem de nosso sistema constitucional. O servidor pessoa com deficiência não terá que preencher um requisito adicional, que os demais servidores não terão que preencher, para sua estabilização no cargo público, qual seja, a demonstração de que há compatibilidade entre as atribuições do cargo e a sua deficiência. Não será cobrado, e nem poderia ser, sob pena de afronta à isonomia, mais do servidor pessoa com deficiência do que dos demais servidores.

Devemos apontar em tal disposição o sentido de que o servidor pessoa com deficiência será avaliado conforme o desempenho efetivo das atividades que a ele foram cometidas, contando, em tal avaliação, com o apoio de equipe multiprofissional, que verificará dentro das possibilidades oferecidas, bem como dentro das condições de acessibilidade que foram disponibilizadas pela administração, se houve o adequado desempenho do cargo público pela pessoa com deficiência, com base nos critérios constitucionalmente delineados.

Assim, uma pessoa com deficiência que, por exemplo, tenha que constantemente se afastar da repartição onde desempenha seu cargo em razão de um determinado tratamento de saúde, mas depois recupere suas atividades de alguma outra maneira, terá atendido o requisito da assiduidade, embora não esteja presente na repartição exatamente no mesmo período que os outros servidores (deve-se ressaltar que, na esfera federal, a Lei nº 8.112/1990, em seu artigo 97, §2º, prevê a possibilidade de concessão de horário especial ao servidor pessoa com

deficiência, sem a necessidade de compensação de horário³⁶²). Da mesma forma estará atendido o requisito da produtividade se o servidor desempenhar as tarefas que lhe foram atribuídas, ainda que em tempo diferente do tempo utilizado por outros servidores.

O fundamental é que seja constatado que a pessoa com deficiência adequadamente desempenhou as funções que lhe foram designadas pela Administração. Nessa linha, é fundamental a atuação da equipe multiprofissional, não apenas apoiando o servidor pessoa com deficiência e melhorando as condições de acessibilidade e desempenho do cargo, buscando maneiras de que possa melhor desempenhar o cargo que ocupa, mas também, e principalmente, auxiliando a Administração no estabelecimento de que atividades serão atribuídas ao servidor, bem como quais os parâmetros esperados, e possíveis, de desempenho. A Administração, assim, também deverá valer-se da comissão multiprofissional para dividir as tarefas, para propiciar ao servidor pessoa com deficiência a possibilidade de adequado desempenho do cargo público para o qual foi selecionado. Nesse sentido, aponta Maria Aparecida Gugel que:

A equipe multiprofissional será o apoio especial durante o estágio, com o objetivo de encontrar a solução para a adaptação das tarefas inerentes ao cargo ou emprego público, tarefas que necessitam ser cumpridas pelo estagiando com deficiência, gerando a desejada produtividade, conforme exige o Art. 20 da lei n. 8.112-90. A conduta da equipe multiprofissional deverá ser de orientação e supervisão do período de adaptação. O objetivo, nesse caso, é auxiliar o administrador com elementos e instrumentos próprios para proporcionar a adaptação das funções às eventuais limitações ocasionadas pela deficiência.³⁶³

Dessa forma, deverá, com auxílio da equipe multiprofissional, ser promovida a inclusão, mandamento que decorre do nosso ordenamento constitucional, e não efetivar-se a exclusão.

A equipe multiprofissional, inclusive, terá a função de auxiliar a Administração na promoção da plena acessibilidade, sugerindo medidas de adaptação do ambiente de trabalho e das atividades a serem desenvolvidas pelos servidores pessoas com deficiência.

³⁶² Lei nº 8.112/1990: “Art. 98. Será concedido horário especial ao servidor estudante, quando comprovada a incompatibilidade entre o horário escolar e o da repartição, sem prejuízo do exercício do cargo. [...] § 2º Também será concedido horário especial ao servidor portador de deficiência, quando comprovada a necessidade por junta médica oficial, independentemente de compensação de horário. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 10.12.97) [...]”

³⁶³ GUGEL, Maria Aparecida. **Pessoas com Deficiência e o Direito ao Concurso Público – Reserva de Cargos e Empregos Públicos – Administração Pública Direta e Indireta**. Goiânia: Editora da Universidade Católica de Goiás, 2006, p. 110.

Esses os contornos da ação afirmativa prevista no artigo 37, VIII, da Constituição Federal, que traz mandamento determinado medida de inclusão das pessoas com deficiência no serviço público, e, por conseguinte, na sociedade.

8. O descumprimento da ação afirmativa pela Administração³⁶⁴

Está claro que a Constituição Federal estabeleceu uma ação afirmativa em benefício das pessoas com deficiência, determinando a reserva, mediante lei, de percentual dos cargos e empregos públicos para tais pessoas. A lei, por sua vez, determinou que até 20% (vinte por cento) das vagas em disputa nos concursos públicos devem ser reservadas às pessoas com deficiência, sendo que o Poder Executivo, mediante decreto, estabeleceu que a reserva de vagas será de no mínimo 5% (cinco por cento) dos cargos ou empregos em disputa, fixando, ainda, alguns parâmetros a serem seguidos nos certames. Resta evidente, assim, que foi conferido às pessoas com deficiência um direito, contraposto a uma obrigação do Estado, bem como que tal direito se encontra em totais condições de ser exercido e exigido, já que a lei requerida pela Constituição no seu artigo 37, VIII, foi editada pelo Poder Legislativo e regulamentada pelo Poder Executivo. As configurações do direito conferido pela Constituição às pessoas com deficiência são aquelas que acima expusemos, sendo de rigor, assim, sua implementação.

Resta-nos perquirir o que ocorre se, a despeito da existência do direito e da possibilidade de seu exercício, a Administração deixar de reservar as vagas para as pessoas com deficiência nos concursos públicos; ou, se mesmo reservando as vagas, a Administração agir de forma que inviabilize o acesso das pessoas com deficiência ao serviço público.

Lembramos que não é apenas deixando de prever no edital de concurso as vagas reservadas que a Administração inviabiliza a efetivação da ação afirmativa prevista no artigo 37, VIII, da Constituição Federal, mas também com outros comportamentos que impossibilitem a inclusão das pessoas com deficiência, como a exigência de requisitos que

³⁶⁴ No presente tópico não pretendemos detalhar, por fugir ao escopo do presente trabalho, os mecanismos processuais de implementação da ação afirmativa prevista no artigo 37, VIII, da Constituição, ou mesmo de reparação de eventual dano, material ou moral, pelo Estado. Pretendemos, apenas, demonstrar que a ação afirmativa referente à reserva de vagas no serviço público para as pessoas com deficiência poderá, em caso de descumprimento, ser exigida judicialmente, apresentando uma visão geral acerca de como essa cobrança poderá ser feita, bem como das consequências para o Estado e para seus agentes.

não estão previstos em lei para o exercício do cargo, a ausência de adaptação das provas e dos locais de sua realização, a ausência da separação de listas de classificação, deixar de nomear as pessoas com deficiência aprovadas no concurso, deixar de adaptar o local de trabalho e inviabilizar o adequado desempenho do cargo no estágio probatório, inclusive deixando de nomear a equipe multiprofissional, enfim, são diversas as condutas que podem lesar o direito das pessoas com deficiência, são diversas as formas pelas quais o Poder Público deixa de cumprir seu dever de inclusão.

Nesses casos, de descumprimento da ação afirmativa por qualquer forma, poderá a pessoa com deficiência provocar a Administração para que seu direito seja efetivado, ou ainda exigir judicialmente o cumprimento da obrigação da Administração de reservar as vagas e de agir de forma que tal reserva seja efetiva, garantindo de fato o acesso das pessoas com deficiência ao serviço público. Como dissemos, tanto o direito das pessoas com deficiência às vagas reservadas como o dever da Administração de incluir as pessoas com deficiência no serviço público estão determinados pela Constituição e pela lei, em plenas condições de surtirem todos os seus efeitos. Poderá a pessoa com deficiência agir individual ou coletivamente, bem como poderá agir entidade que tenha o mister de defender os seus direitos, como o Ministério Público ou uma entidade de defesa dos direitos das pessoas com deficiência. Qualquer pessoa, ainda, que pretenda ver o Poder Público cumprir o seu dever de inclusão poderá agir³⁶⁵.

8.1 Defesa extrajudicial do direito das pessoas com deficiência às vagas reservadas no serviço público

Como afirmamos, não será necessariamente judicial a ação da pessoa com deficiência (ou de quem quer que pretenda ver cumprido o dever de inclusão por parte do Estado) para a defesa do direito às vagas reservadas nos concursos públicos. Em muitos casos, isso pode não se fazer necessário, sendo até mais efetiva a cobrança do direito por atuação direta junto à Administração Pública.

³⁶⁵ Sobre o tema confira-se: ARAUJO, Luiz Alberto David. **Barrados. Pessoas com Deficiência sem Acessibilidade: Como, o Que e de Quem Cobrar**. Petrópolis: KBR Editora Digital, 2011. Nessa obra o autor apresenta quais as formas que podem ser utilizadas para a defesa dos direitos das pessoas com deficiência, administrativa ou judicialmente. No presente trabalho nos limitaremos a tratar da questão do descumprimento da reserva de vagas pelo Poder Público, sem que entremos em outros tópicos como a acessibilidade, por exemplo.

Caso entenda que seu direito está sendo violado, a pessoa com deficiência poderá peticionar diretamente ao órgão público promotor do certame para que a conduta tida por inadequada seja corrigida, dando oportunidade ao Poder Público de agir conforme manda a lei. Poderá, por exemplo, ser impugnado um edital de concurso que não contenha a previsão de reserva de vagas para as pessoas com deficiência, ou que a contenha em número inadequado, inferior ao percentual mínimo. Quaisquer outros itens do edital, como, por exemplo, a exigência descabida de um laudo acerca da compatibilidade da deficiência com o exercício do cargo, ou a previsão de necessidade de “capacidade plena”, também poderão ser impugnados pela via administrativa. Mesmo durante o concurso poderá ser utilizada a via administrativa, mediante o manejo dos recursos previstos no edital ou de petição dirigida à autoridade responsável por aquele concurso na Administração. Entidades de defesa dos direitos das pessoas com deficiência ou mesmo quaisquer interessados podem legitimamente apresentar impugnações aos editais de concursos.

O direito de petição aos Poderes Públicos, independentemente do pagamento de taxas, em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder é consagrado pela Constituição Federal, em seu artigo 5º, XXXIV, “a”.

A pessoa com deficiência poderá, ainda, socorrer-se do auxílio do Ministério Público, peticionando junto a tal entidade para que esta, na sua qualidade de fiscal da lei e de tutora de direitos difusos (conforme o artigo 129, II e III, da Constituição Federal³⁶⁶), atue junto ao ente promotor do certame, inclusive manejando os instrumentos que a lei lhe confere, como o inquérito civil e a ação civil pública (esta judicial).

Também poderá ser peticionado junto aos órgãos de controle interno da Administração Pública (como, no caso da União Federal, a Controladoria-Geral da União), ou mesmo de controle externo, como os Tribunais de Contas, que poderão determinar à entidade promotora do certame que adeque sua conduta, ou apresente explicações.

Devemos lembrar que, de acordo com o artigo 71, III, da Constituição Federal, compete ao Tribunal de Contas da União – TCU apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal da Administração Pública Federal³⁶⁷, o que nos leva a afirmar

³⁶⁶ Constituição Federal: “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...] II – zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; [...]”.

³⁶⁷ Constituição Federal: “Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o

que, se constatado que o concurso público que deu origem a uma nomeação foi irregular por desatender às normas relativas às reservas de vagas para as pessoas com deficiência, estará caracterizada a ilegalidade que deverá ensejar, inclusive de ofício, a anulação do concurso pelo Tribunal de Contas; ilegal o concurso, ilegais serão os atos de nomeação dele decorrentes. A determinação da Constituição de análise de legalidade dos atos de admissão de pessoal pelo TCU não pode ser interpretada como mera formalidade, mas deve ser interpretada de acordo com o todo do Texto Constitucional, de forma a possibilitar a efetividade de suas disposições, das quais faz parte a ação afirmativa insculpida no artigo 37, VIII, da Lei Maior. O Tribunal de Contas da União, dessa forma, se constatar a ausência de observância das regras relativas à reserva de vagas para as pessoas com deficiência, terá o dever de anular o concurso público ilegal, zelando pela efetivação do mandamento constitucional de inclusão.

Cumpra apontar, ainda, que, conforme já acima explicitamos, as empresas estatais, cujo regime de pessoal é o regime previsto na Consolidação das Leis do Trabalho, deverão atender as cotas de pessoas com deficiência em seus quadros de pessoal conforme determinação da Lei nº 8.213/1991. A fiscalização da implementação de tais cotas deverá ser efetuada pelo Ministério do Trabalho e pelo Ministério Público do Trabalho, da mesma forma como ocorre com as empresas privadas não estatais, podendo chegar-se inclusive à celebração de Termo de Ajustamento de Conduta para o cumprimento das cotas.

8.2 Defesa judicial do direito das pessoas com deficiência às vagas reservadas no serviço público

Nem sempre, porém, a petição administrativa mostra-se eficaz, ou mesmo possível (nos casos de urgência ou de perigo de perecimento do direito, por exemplo), ou, simplesmente, a pessoa com deficiência pode preferir assegurar a efetivação de seus direitos perante o Poder Judiciário, o que pode lhe conferir maior segurança. O percurso da via

auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:[...] III – apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório; [...]”. A Lei nº 8.443/1992, Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, em seus artigos 1º, V e 39, I, regulamenta a citada disposição constitucional.

administrativa, ademais, não é obrigatório para que seja possível a busca de tutela do Poder Judiciário, conforme o artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Em muitos casos, os direitos das pessoas com deficiência no tocante à reserva de vagas nos concursos públicos poderão ser judicialmente sindicados mediante a impetração do mandado de segurança, remédio constitucional previsto no artigo 5º, LXIX (individual) e LXX (coletivo), da Lei Maior, e regulado no nível infraconstitucional pela Lei nº 12.016/2009.

De fato, via de regra, o direito à reserva de vagas no concurso público assume a feição de direito líquido e certo para fins de mandado de segurança³⁶⁸, sendo possível sua comprovação sem a necessidade de dilação probatória, já que decorre diretamente da Constituição Federal, em seu artigo 37, VIII, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, artigo 27, “g”, e da legislação infraconstitucional, notadamente, em nível federal, da Lei nº 8.112/1990, art. 5º, §2º, bem como da Lei nº 7.853/1989, artigo 2º, parágrafo único, III, “d”, além do Decreto nº 3.298/1999, em seus artigos 37 a 44. A comprovação da ausência de reserva de vagas (ou mesmo de disposição do edital que atente contra a efetivação de tal direito) normalmente poderá ser feita mediante simples juntada do edital de abertura do concurso público em desacordo com tais normas.

Podemos imaginar, sem pretensão de exaurir as possibilidades existentes, outras hipóteses de caracterização de violação a direito líquido e certo pelo desatendimento da reserva de vagas nos concursos públicos e suas decorrências, como, por exemplo, disposições do edital que impeçam a inscrição de pessoas com deficiência ou exijam exames e documentos impertinentes, como seria o caso de exigir-se uma prévia comprovação de compatibilidade da deficiência com o exercício do cargo em disputa, ou mesmo comprovação de “aptidão plena”. Também se pode imaginar a possibilidade de violação de direito líquido e certo em casos de resistência da Administração em adaptar provas ou locais de provas, bem como de nomear os candidatos pessoas com deficiência devidamente aprovados, ou ainda nos casos de ausência de separação das listas de aprovados, ou de ausência de nomeação de

³⁶⁸ Dissertando acerca da expressão “direito líquido e certo”, que integra a conformação constitucional do mandado de segurança, apontam Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior: “*A expressão em estudo indica que o mandado de segurança deve veicular direitos que estejam amparados em fatos que sejam líquidos quanto à sua existência e certos quanto à sua extensão. Em outras palavras, só se pode pensar em mandado de segurança quando toda prova necessária ao processo consista em documentos. Havendo necessidade de dilação probatória, não se pode mais cogitar do mandado de segurança.*” (**Curso de Direito Constitucional**. 18ª edição. São Paulo: Editora Verbitim, 2014, p. 252).

comissão multidisciplinar para acompanhar o concurso e o estágio probatório³⁶⁹.

Nesses casos de existência de direito líquido e certo, com a utilização da via do mandado de segurança, deverá a pessoa com deficiência (ou quem a represente, inclusive coletivamente), seguir os procedimentos e prazos ditados pela Lei nº 12.016/2009, inclusive, e especialmente, no tocante ao pedido liminar, no qual poderá ser requerida a suspensão do concurso público, a garantia de participação da pessoa com deficiência, a reserva de percentual das vagas em disputa, enfim, o que for necessário para se evitar que a tutela judicial a final deferida seja desprovida de efetividade para a inclusão da pessoa com deficiência, conforme o caso concreto.

Em resumo, podemos dizer que é perfeitamente possível a utilização do mandado de segurança para a preservação do direito à reserva de vagas para as pessoas com deficiência nos concursos públicos, em havendo violação a direito líquido e certo.

Casos haverá, no entanto, que não estaremos diante de uma hipótese de existência de direito líquido e certo para fins de mandado de segurança, ou seja, haverá casos em que será necessária dilação probatória, inclusive com prova pericial, o que impedirá a utilização dessa via processual. Podemos vislumbrar a hipótese, por exemplo, em que se discute se alguém poderá ou não ser considerado como pessoa com deficiência à vista da nova definição trazida pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, o que certamente

³⁶⁹ Maria Aparecida Gugel lista casos em que entende que haverá violação de direito líquido e certo, da seguinte forma: “*Para os efeitos de mandado de segurança estará caracterizada a ilegalidade por lesão a direito líquido e certo do candidato portador de deficiência, contidos (ou omitidos) em editais de concurso público quando:* • indeferir inscrição de candidato com deficiência; • *submeter o candidato com deficiência a exame médico em período anterior às provas;* • *eliminar candidato com deficiência após a realização de exame médico;* • *impor ao candidato com deficiência sua inscrição na relação de candidatos com deficiência, não sendo esta sua escolha;* • *não prever reserva de vagas de cargos ou empregos públicos no concurso público sobre o total de vagas disponibilizadas;* • *não prever a reserva mínima de 5% cargos ou empregos públicos para pessoa com deficiência;* • *prever a reserva para alguns cargos ou empregos públicos, com exclusão explícita para outros, com a justificativa de necessidade de aptidão plena ou incompatibilidade da função ao cargo ou emprego público;* • *não fixar a reserva de vaga em determinada localidade com a alegação de que a unidade do órgão é de difícil acesso;* • *fixar a reserva de vaga em determinada unidade do órgão sob a justificativa de que é o único local adaptado;* • *não atender pedido justificado de dilação de tempo para a realização da prova;* • *não adaptar prova, segundo a necessidade da deficiência declarada;* • *não adaptar o local de realização das provas;* • *não publicar separadamente a lista geral e a lista com candidatos com deficiência;* • *não convocar para nomeação, de forma alternada e proporcional, os candidatos com e sem deficiência, obedecida a lista geral e de candidatos com deficiência;* • *alterar o local de lotação do candidato com deficiência em vista de não observar a ordem alternada e proporcional das listas;* • *deixar de observar a ordem de classificação, correspondente às duas listas, não compatibilizando a opção do candidato com deficiência pela localidade com a vaga disponível;* • *preferir determinados locais de trabalho do órgão para a nomeação de candidatos com deficiência com a motivação de que o local é adaptado;* • *nomear candidato com deficiência em vaga disponível diversa das opções marcadas pelo candidato;* • *não nomear equipe multiprofissional para atendimento aos candidatos com deficiência em período de estágio probatório, entre outros.*” (**Pessoas com Deficiência e o Direito ao Concurso Público – Reserva de Cargos e Empregos Públicos – Administração Pública Direta e Indireta**. Goiânia: Editora da Universidade Católica de Goiás, 2006, p. 124-125).

exigirá perícia médica e social. Nesses casos deverá a pessoa com deficiência utilizar-se da via processual comum, mediante propositura de ação de procedimento ordinário, cabendo o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, para evitar o perecimento de seu direito.

Haverá hipóteses, ainda, em que o Ministério Público, ou mesmo entidade que tenha por escopo a defesa dos direitos das pessoas com deficiência, poderá se utilizar da ação civil pública, conforme previsão do artigo 3º da Lei nº 7.853/1989³⁷⁰, defendendo os direitos das pessoas com deficiência de forma difusa. Poderá ser intentada uma ação civil pública cujo objeto seja obrigação de fazer, pleiteando-se medida liminar para que não haja o perecimento do direito defendido.

Podemos dizer, dessa forma, que todos os meios processuais previstos em lei poderão ser manejados para a defesa do direito às vagas reservadas nos concursos públicos para as pessoas com deficiência, seja tal defesa realizada de forma individual ou coletiva, buscando sempre que o Poder Público seja compelido a cumprir o seu dever de incluir as pessoas com deficiência. Nesses casos, a ação judicial pretende o resultado de obrigar o cumprimento da reserva de vagas, de garantir a efetiva inclusão das pessoas com deficiência no serviço público.

8.3 Responsabilidade do Estado pelo descumprimento da ação afirmativa

Até o momento nos preocupamos em apontar como as pessoas com deficiência poderão tornar efetivo o seu direito às vagas reservadas nos concursos públicos, ou seja, como

³⁷⁰ Lei nº 7.853/1989: “Art. 3º As ações civis públicas destinadas à proteção de interesses coletivos ou difusos das pessoas portadoras de deficiência poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela União, Estados, Municípios e Distrito Federal; por associação constituída há mais de 1 (um) ano, nos termos da lei civil, autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista que inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção das pessoas portadoras de deficiência. § 1º Para instruir a inicial, o interessado poderá requerer às autoridades competentes as certidões e informações que julgar necessárias. § 2º As certidões e informações a que se refere o parágrafo anterior deverão ser fornecidas dentro de 15 (quinze) dias da entrega, sob recibo, dos respectivos requerimentos, e só poderão ser utilizadas para a instrução da ação civil. § 3º Somente nos casos em que o interesse público, devidamente justificado, impuser sigilo, poderá ser negada certidão ou informação. § 4º Ocorrendo a hipótese do parágrafo anterior, a ação poderá ser proposta desacompanhada das certidões ou informações negadas, cabendo ao juiz, após apreciar os motivos do indeferimento, e, salvo quando se tratar de razão de segurança nacional, requisitar umas e outras; feita a requisição, o processo correrá em segredo de justiça, que cessará com o trânsito em julgado da sentença. § 5º Fica facultado aos demais legitimados ativos habilitarem-se como litisconsortes nas ações propostas por qualquer deles. § 6º Em caso de desistência ou abandono da ação, qualquer dos co-legitimados pode assumir a titularidade ativa.”

poderão exigir que a Administração Pública, caso não tenha cumprido a lei, venha a implementar a reserva de vagas ou, ao menos, venha a garantir a presença das pessoas com deficiência nos concursos públicos, em condições de competição, ou seja, disponibilizando tudo aquilo que for necessário para que as pessoas com deficiência possam demonstrar sua capacidade de exercerem o cargo ou emprego em disputa.

No entanto, podemos vislumbrar hipóteses em que o concurso já se realizou, os candidatos aprovados já foram nomeados e empossados, e não houve qualquer impugnação ou constatação tempestiva de que não tenham sido cumpridas as normas relativas à reserva de vagas para as pessoas com deficiência, para que se pudesse efetivar a ação afirmativa a contento. Em muitas hipóteses, a anulação de um concurso público após um longo período de tempo, com uma situação já consolidada dentro do serviço público, poderá atentar frontalmente contra o interesse público e contra a segurança jurídica. Em tais hipóteses, embora não seja mais possível observar adequadamente a reserva de vagas, é possível de alguma forma recompor o dano causado ao direito das pessoas com deficiência.

De acordo com o artigo 37, §6º, da Constituição Federal, “*As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa*”. Dessa forma, o Estado, que atua por seus agentes, é responsável pelos danos causados aos administrados por sua atuação, podendo, havendo dolo ou culpa, responsabilizar o agente que deu causa ao dano.

Assim, se alguma pessoa com deficiência se sentir prejudicada individualmente pela atuação desastrada do Estado em um concurso público, aquela poderá, desde que demonstre o dano e o seunexo de causalidade com a atuação estatal, exigir indenização, exigir que o dano causado seja de alguma forma reparado ou minimizado. Se não é possível a anulação do concurso ou a inclusão da pessoa no serviço público, por ser materialmente impossível ou contrário ao interesse público, é possível resolver a questão em perdas e danos, com responsabilização do Estado. A pessoa com deficiência poderá utilizar-se de todos os meios processuais disponíveis na lei.

Poderá ser exigida, ainda, a reparação do dano difuso causado pelo Estado, mediante ação civil pública, condenando-se o Estado ao pagamento de indenização pelo dano causado às pessoas com deficiência, indenização esta que terá por destino aquele previsto no artigo 13 da Lei nº 7.347/1985, ou seja, um fundo destinado à reparação do bem lesado. Tal ação poderá

ser proposta por quaisquer dos legitimados trazidos pelo artigo 5º da Lei nº 7.347/1985, dentre eles o Ministério Público e as associações constituídas há mais de um ano nos termos da lei civil, que contenham dentre suas finalidades a defesa dos direitos das pessoas com deficiência.

Ressaltamos que mesmo nos casos em que se pretenda a condenação do Estado em uma obrigação de fazer, ou seja, na obrigação de que sejam observadas a reserva de vagas e as regras necessárias à participação das pessoas com deficiência no concurso público, poderá a pessoa com deficiência eventualmente pleitear indenização por eventuais danos materiais e morais decorrentes da relutância do Estado em cumprir a ação afirmativa.

8.3.1 Responsabilidade do agente público

O Estado desenvolve suas atividades por seus agentes, ou seja, a atuação do Estado se dá mediante o desempenho do serviço público pelos agentes públicos que, em nome do Estado, realizam suas atividades.

A Constituição Federal permite, no supracitado artigo 37, §6º, que a Administração Pública, quando responsabilizada por algum dano causado a terceiro, acione regressivamente o seu agente, desde que este tenha agido com dolo ou culpa. Dessa forma, se o agente público responsável pela realização do concurso público agiu desastrosamente, com negligência, ou mesmo de forma dolosa, deixando de observar as questões relativas à reserva de vagas para as pessoas com deficiência, este poderá ser responsabilizado pela Administração, tendo que recompor o erário, com seu patrimônio, pelos danos ocorridos. Se a Administração, em razão da ausência de reserva de vagas, foi condenada, por exemplo, a refazer o concurso, poderá ser cobrada do servidor (ou servidores) responsável pela realização do certame a reparação do prejuízo ao erário daí decorrente; o mesmo vale no caso de haver a condenação do Poder Público a pagar indenização, de forma individual ou difusa, em razão do dano, material ou moral, causado ao direito das pessoas com deficiência. Demonstrada a presença de dolo ou culpa na conduta do agente público, caberá a ação regressiva por parte da Administração Pública

Dessa forma, todos os servidores responsáveis pela elaboração do edital de concurso,

inclusive por sua análise jurídica, bem como a autoridade responsável institucionalmente pelo certame, deverão zelar pelo adequado atendimento das normas relativas à reserva de vagas para as pessoas com deficiência, agindo com diligência, justificando previamente suas decisões, sob pena de terem de responder pessoalmente pelos prejuízos causados à Administração Pública decorrentes de sua atuação desastrada.

O agente público, inclusive, poderá ser responsabilizado por ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário, nos termos do artigo 10 da Lei nº 8.429/1992, ficando sujeito às sanções daí decorrentes, como o ressarcimento integral do dano, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, multa e proibição de contratar com o Poder Público (Lei nº 8.429/1992, artigo 12). Ainda que não se constate prejuízo ao erário, poderá haver a responsabilização por ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da Administração Pública, se entender-se que a conduta do agente foi realizada de forma a frustrar a licitude de concurso público, nos termos do artigo 11, V, da Lei nº 8.429/1992.

Devemos apontar, ainda, que constitui crime punível com pena de reclusão de um a quatro anos e multa “*obstar, sem justa causa, o acesso de alguém a qualquer cargo público, por motivos derivados de sua deficiência*”, nos termos do artigo 8º, II, da Lei nº 7.853/1989. Dessa forma, constatado que alguém agiu deliberadamente para obstar o acesso de uma pessoa com deficiência ao exercício de um cargo público, sem justa causa (ou seja, sem que haja uma justificativa prevista em lei para fazê-lo), deverá ser instaurada a competente ação penal para a responsabilização criminal do agente.

Temos, portanto, que há um direito constitucional e legalmente deferido às pessoas com deficiência, de reserva de vagas nos concursos públicos para o preenchimento de cargos e empregos junto à Administração pública, sendo que tal direito pode ser exigido administrativa e judicialmente. No caso de frustrado esse direito, poderá ser exigida, além de sua efetivação, a recomposição dos danos materiais e morais daí decorrentes, inclusive danos difusos ao direito das pessoas com deficiência, pelos quais o Estado será responsabilizado, nos termos do artigo 37, §6º, da Constituição Federal. O Estado poderá, nos casos de dolo ou culpa, promover a responsabilização regressiva do agente público causador do dano experimento pelo erário, cabendo, ainda, além da responsabilidade civil, a responsabilização do agente, conforme o caso, por ato de improbidade administrativa e por cometimento de crime contra a pessoa com deficiência.

Assim, a ação afirmativa trazida pelo artigo 37, VIII, da Constituição Federal, está delineada e em condições de surtir os seus efeitos, gerando para a Administração o dever de implementá-la, dever esse que poderá ser inclusive cobrado judicialmente.

Conclusão

1. A Constituição brasileira de 1988 consagra direitos fundamentais, promovendo a dignidade da pessoa humana, tendo como um de seus principais vetores de interpretação a igualdade, que aparece expressamente na Lei Maior em diversas oportunidades, desde seu Preâmbulo.
2. Igualdade e justiça são valores supremos da sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos que a Constituição pretende construir. A dignidade da pessoa humana foi elevada ao posto de fundamento do Estado Democrático de Direito em que se constitui a República brasileira, que, ademais, tem por objetivo a promoção do bem de todos, sem quaisquer preconceitos.
3. Nota-se que o Estado brasileiro é constituído por um sistema jurídico que expressamente destina-se à promoção da igualdade em seu aspecto material, preocupado com a promoção do bem de todos, o que necessariamente implica na necessidade de buscar-se a efetiva inclusão de todas as pessoas na sociedade, oferecendo-lhes oportunidades semelhantes de participação plena e efetiva. Do ordenamento constitucional brasileiro, pois, aflora para o Estado e para a sociedade um dever de inclusão, fundado na dignidade humana e na igualdade.
4. Os direitos fundamentais decorrem de um processo histórico de formação, quase sempre como forma de resposta da sociedade a diversas situações atentatórias à dignidade humana em todas as suas dimensões, especialmente no tocante à liberdade, à igualdade e à solidariedade entre as pessoas. Os direitos fundamentais são comumente agrupados em três gerações, surgidas em momentos históricos distintos, de forma que uma geração não substitui a geração precedente, mas, ao contrário, vem agregar novas esferas de proteção aos seres humanos.
5. No Direito brasileiro, o rol, não exaustivo, de direitos e garantias individuais, trazido pelo artigo 5º da Lei Maior, é encimado pela declaração de que todos são iguais perante a lei, o que aponta, novamente, a importância da igualdade em nosso ordenamento constitucional.
6. Na busca pela igualdade, sempre presente no Texto Constitucional, é indispensável que se reconheça que os seres humanos não são todos iguais, que há pessoas ou grupos de

peças que, por suas peculiares condições, decorrentes da diversidade inerente à espécie humana, necessitam de uma especial atenção do ordenamento jurídico, de forma a desfrutarem das mesmas oportunidades de participação na sociedade do que as outras pessoas. Há grupos de pessoas que podemos chamar de grupos vulneráveis, que devem ser objeto de regramento jurídico específico, de forma a minimizar ou eliminar os efeitos da sua vulnerabilidade.

7. Um desses grupos que devem ser considerados pelo ordenamento jurídico face as peculiares condições das pessoas que o compõem é o grupo das pessoas com deficiência. As pessoas inseridas em tal grupo poderão necessitar que o ordenamento jurídico lhes dê um tratamento diverso do tratamento conferido às demais pessoas para que seja possível sua efetiva participação na sociedade, em igualdade de condições para com os demais.

8. Os direitos das pessoas com deficiência evoluíram paralelamente aos direitos fundamentais, acompanhando a própria evolução da inserção social desse grupo vulnerável. Inicialmente, as pessoas com deficiência eram completamente segregadas e vistas pela sociedade como pessoas inferiores, merecedoras de castigos físicos e de confisco de seus bens. Na fase seguinte de evolução, as pessoas com deficiência passaram a ser simplesmente segregadas pela sociedade, e seus direitos eram vistos unicamente sob os aspectos assistencialista e médico. Na sequência, passou-se a uma fase de inserção das pessoas com deficiência na sociedade, com o reconhecimento de seus direitos e da necessidade de sua convivência com as demais pessoas, sem, no entanto, que houvesse a visão da necessidade de promover sua participação plena e efetiva, com igualdade de oportunidades para com as demais pessoas. Finalmente, encontramos no momento em que há preocupação com a efetiva inclusão das pessoas com deficiência na sociedade, ou seja, em que se pretende que tais pessoas vivam em sociedade com autonomia e desfrutando das mesmas oportunidades de desenvolvimento pessoal de que desfrutam as demais pessoas.

9. Atualmente, a questão das pessoas com deficiência ganhou notável relevo no ordenamento constitucional brasileiro, especialmente após a internalização em nosso Direito, com equivalência de emenda constitucional, da Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, no ano de 2008.

10. Houve a adoção pelo Direito pátrio de uma definição de pessoas com deficiência em que se reconhece que a deficiência não está nas pessoas, mas na sociedade que não está preparada para acolher adequadamente e dar as mesmas oportunidades a tais pessoas, que são

simplesmente parte da diversidade humana. Hoje, o Direito brasileiro trabalha com a seguinte definição, constante da Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU:

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

11. Reconhece-se, dessa forma, que a deficiência é constituída pela interação do impedimento de longo prazo que as pessoas têm com as diversas barreiras presentes na sociedade, de forma a gerar uma desigualação de oportunidades de participação plena e efetiva em relação às demais pessoas. Nota-se claramente a adoção de um conceito social, em que se reconhece que o agente provocador da desigualação das oportunidades de participação são as diversas barreiras, presentes na sociedade. O impedimento é visto e tratado como parte da diversidade humana, e não mais como sendo a barreira a ser enfrentada. Nesse sentido, a missão do Estado não é apenas tratar os impedimentos das pessoas (o que sempre será seu mister já que o direito à saúde é universal), mas é fundamentalmente eliminar as barreiras, propiciando que todos os seres humanos, com a diversidade que lhes é intrínseca, possam viver em sociedade e gozar das mesmas oportunidades de participação plena e efetiva.

12. Passamos da utilização de uma definição médica e fechada de pessoas com deficiência, em que se apontava um rol de enfermidades ou alterações fisiológicas que dariam ensejo ao reconhecimento de que se tratava de uma pessoa com deficiência, para uma definição social e aberta, no qual qualquer impedimento poderá dar ensejo à classificação de alguém como pessoa com deficiência, desde que sua interação com as barreiras sociais e ambientais resultem em uma desigualdade de oportunidades de participação plena e efetiva na sociedade. A mudança no conceito de pessoas com deficiência refletiu em uma nova definição, adotada com equivalência constitucional pelo Direito brasileiro, e, dessa forma, também deve ser alterada a interpretação e aplicação do Direito pátrio, que deverão ser compatíveis com esses parâmetros.

13. Temos, por outro lado, como já colocado, que a igualdade, para sua efetiva implementação, não consiste simplesmente em tratar a todos exatamente da mesma forma, ou seja, não poderá ser considerada apenas em seu aspecto formal, mas, ao contrário, impõe a eleição de fatores de distinção entre as pessoas e situações, de forma a propiciar que o ordenamento jurídico atribua a cada um o tratamento adequado às suas peculiaridades, sempre se observando um vínculo de pertinência lógica entre os fatores de discriminação eleitos e o

tratamento jurídico diferenciado a ser conferido, buscando o atingimento de um valor constitucionalmente caro.

14. Nesse sentido, para que efetivamente sejam cumpridas as disposições da Constituição, especialmente no que toca aos direitos fundamentais, cumpre ao ordenamento jurídico buscar que a igualdade seja materialmente implementada, sendo de rigor que determinados grupos vulneráveis recebam um tratamento jurídico diferenciado para que consigam obter as mesmas oportunidades de participação plena na sociedade; mais do que proibir discriminações arbitrárias, o ordenamento jurídico deve buscar a adoção de medidas que possibilitem que determinadas pessoas em situações de vulnerabilidade consigam obter as mesmas oportunidades de desenvolvimento pessoal e participação na sociedade de que gozam as demais pessoas.

15. A adoção das chamadas ações afirmativas, assim, constitui-se em medida ativa de implementação do princípio da igualdade em seu aspecto material, o que não somente é autorizado mas, antes, é exigido pelo sistema constitucional brasileiro.

16. A Constituição brasileira reconheceu nas pessoas com deficiência um grupo vulnerável, ou seja, um grupo de pessoas que necessitam de um especial tratamento jurídico para que possam gozar de efetiva inclusão na sociedade, em igualdade de condições para com as demais pessoas. Além de proibir a discriminação arbitrária das pessoas com deficiência, a Lei Maior autoriza, e ela mesma impõe, a adoção de ações afirmativas para propiciar a igualdade de oportunidades às pessoas com deficiência.

17. Esse é o caso da medida de ação afirmativa trazida pelo artigo 37, VIII, da Constituição Federal, que determina a reserva de percentual de cargos e empregos públicos para as pessoas com deficiência, dispositivo constitucional atualmente regulamentado em nível federal pela Lei nº 8.112/1990, artigo 5º, §2º, pela Lei nº 7.853/1989, em seu artigo 2º, caput e parágrafo único, III, bem como pelo Decreto nº 3.298/1999, nos artigos 37 a 44.

18. Às pessoas com deficiência, nos concursos públicos para o provimento de cargos e empregos públicos federais, com fundamento no artigo 37, VIII, da Constituição e na legislação acima referida, deverá ser reservado percentual entre 5% (cinco por cento) e 20% (vinte por cento) das vagas em disputa, de forma a garantir a possibilidade de que integrantes desse grupo vulnerável sejam incluídos no serviço público.

19. Entendendo que as pessoas com deficiência apresentam dificuldades adicionais para o ingresso no serviço público, como por exemplo o inadequado acesso ao atendimento educacional especializado, a falta de acessibilidade e mobilidade urbana, e, principalmente, o preconceito, o sistema constitucional brasileiro tratou de buscar eliminar ou minorar essas barreiras, propiciando ao grupo vulnerável condições especiais de acesso aos cargos e empregos públicos, sem as quais, possivelmente, os integrantes desse grupo não conseguiriam enfrentar a concorrência com possibilidade real de sucesso.

20. Ademais, a inclusão das pessoas com deficiência no serviço público é forma de proporcionar sua inclusão na sociedade, de garantir que os integrantes desse grupo poderão gozar de maior autonomia, já que terão meios de obter o próprio sustento e gerir as próprias vidas, além de ser um importante passo na eliminação do preconceito, já que o desempenho eficiente dos cargos e empregos públicos pelas pessoas com deficiência demonstrará sua capacidade para o exercício do trabalho exatamente como as pessoas que não têm deficiência. A medida, ainda, fomenta a maior convivência das pessoas com deficiência com as demais pessoas, outra medida que no médio e longo prazo ajudará na eliminação da barreira do preconceito e, também, fará com que toda a sociedade esteja mais familiarizada com a realidade e os problemas das pessoas com deficiência, o que propiciará a construção de uma sociedade mais inclusiva.

21. Devemos notar, entretanto, que o mandamento constitucional contido no artigo 37, VIII, ainda não está sendo observado e implementado em sua plenitude, já que a Lei Maior determina que a lei deverá reservar percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas com deficiência, sendo que a lei, presentemente, apenas reserva percentual dos cargos e empregos públicos em disputa em cada concurso, o que é medida diversa; para a integral implementação do mandamento constitucional a lei deveria fixar um determinado percentual de cargos e empregos públicos que seriam destinados às pessoa com deficiência e, então, fixar as regras que os concursos públicos deveriam seguir para o atingimento de tal percentual.

22. Da forma como hoje é implementada a ação afirmativa (ressaltando que sempre aqui nos referimos à esfera federal) todos os editais de concursos públicos destinados ao preenchimento de cargos e empregos públicos deverão prever a reserva de percentual entre 5% (cinco por cento) e 20% (vinte por cento) das vagas em disputa para as pessoas com deficiência, desde que isso seja materialmente (matematicamente) possível (ressalvados, assim, aqueles concursos destinados ao preenchimento de até quatro vagas e, mesmo assim,

desde que o número pequeno de vagas não tenha sido deliberadamente aberto como forma de burlar a reserva legal).

23. Como visto, não basta, entretanto, que o edital preveja a reserva de vagas para as pessoas com deficiência para que seja garantido seu acesso ao serviço público, já que deverão ser previstas as necessárias medidas de adaptação das provas e etapas dos concursos públicos para que seja possível a adequada participação das pessoas com deficiência, levando em conta sua peculiaridade. Devemos considerar, ainda, que não se pode abrir mão de que sejam as pessoas com deficiência submetidas à exigência de um mesmo desempenho mínimo para sua admissão ao serviço público do que as demais pessoas, que demonstre sua capacidade para o desempenho do mister público; a reserva de vagas não se destina à admissão de pessoas incapacitadas ao desempenho do serviço público, mas sim à inclusão de pessoas com deficiência capazes de exercer o mister público que, por suas condições especiais, teriam impossibilitada a concorrência em igualdade de condições no certame. Por tal razão, as pessoas com deficiência, ainda que concorram às vagas reservadas, submetem-se à mesma exigência de uma nota mínima para lograrem aprovação.

24. É de se apontar, ainda, que o edital de concurso público deve fixar previamente quais são os requisitos necessários ao exercício dos cargos ou empregos públicos em disputa, propiciando que todos os candidatos (pessoas com deficiência ou não) estejam previamente cientes daquilo que terão que demonstrar no concurso público. A fixação desses requisitos, cumpre lembrar, não é absolutamente livre à administração pública, que deverá observar o mandamento do artigo 37, I, da Constituição Federal, somente podendo exigir aquilo que a lei fixou como necessário. A própria lei não é totalmente livre para a fixação dos requisitos necessários ao exercício dos cargos e empregos públicos, somente lhe sendo facultado exigir aquilo que for indispensável ao exercício do mister público, já que também o legislador é destinatário do comando de igualdade contido na Constituição e, dessa forma, somente poderão ser estabelecidas distinções (requisitos de exercício de cargos ou empregos) desde que haja compatibilidade lógica entre tais distinções e a natureza do cargo ou emprego a ser exercido.

25. A realização do concurso, ademais, deverá ser efetivada levando-se em consideração a natureza e a complexidade do cargo ou emprego em disputa e, assim, a lei deverá ater-se a tais diretrizes. Somente poderão ser exigidos requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir, conforme dispõe o artigo 39, §3º, da Constituição Federal.

26. Ressalte-se que a regra trazida pelo sistema constitucional brasileiro é a inclusão, e, assim, os concursos públicos deverão ser realizados de forma a buscar sua efetivação; a impossibilidade de disputa do cargo, dessa forma, deve ser tida como excepcional.

27. Os requisitos para o exercício do cargo não são fixados tendo em vista as pessoas com deficiência, mas são os mesmos para todas as pessoas que pretendam exercer o mister público. Deve-se ter cuidado, ainda, para que não se confunda a habilitação para o exercício do cargo público com o preparo da administração pública para acolher a pessoa com deficiência. Se a pessoa é habilitada ao desempenho do cargo, a administração tem o dever de propiciar as condições para que isso seja possível, não sendo admitido que tais condições desfavoráveis de acessibilidade sejam pretexto para sua exclusão do certame.

28. Pelo exposto, entendemos inconstitucional e ilegal a disposição do artigo 38, II, do Decreto nº 3.298/1999, que aponta que a reserva de vagas seria inaplicável nos casos de concursos públicos para o preenchimento de cargos ou empregos integrantes de carreiras que exijam aptidão plena do candidato. Todos os cargos e empregos públicos são, em tese, acessíveis a todas as pessoas, com ou sem deficiência, desde que sejam comprovados, mediante concurso público, os requisitos necessários ao seu exercício, nos termos da lei. Não existe uma “aptidão plena”, que habilite em tese (ou inabilite na sua falta) alguém ao exercício de algum cargo ou emprego público, mas a habilitação deverá ser verificada em cada caso concreto, de acordo com os requisitos fixados na lei, que, como já referimos, também encontra limites constitucionais no estabelecimento desses requisitos. Não há cargos ou empregos compatíveis ou incompatíveis com a deficiência, sendo de rigor considerarmos que todos os cargos ou empregos públicos apresentam requisitos mínimos de exercício que deverão ser preenchidos por todos aqueles que pleiteiem exercê-los, pessoas com deficiência ou não.

29. Outra questão relevante no tocante à reserva de vagas para as pessoas com deficiência nos concursos públicos é a forma de aferição da deficiência, que deverá ser realizada levando-se em consideração a nova definição, social, de pessoas com deficiência, adotada com equivalência constitucional pelo nosso Direito desde 2008, com a internalização da Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU. Não basta agora a comprovação de uma enfermidade ou alteração das estruturas físicas ou mentais do corpo humano (impedimento), mas deverá haver a comprovação da desigualdade de oportunidades de participação plena e efetiva na sociedade gerada pela interação do impedimento com as

barreiras de qualquer natureza; em síntese, não basta um laudo médico, que agora é necessário mas não suficiente para a aferição da deficiência, sendo de rigor a avaliação de profissionais de outras áreas, como o serviço social e a psicologia. Faz-se necessária a formação de uma equipe multiprofissional para a aferição da deficiência.

30. A pessoa com deficiência que estiver classificada dentro do número de vagas abertas em concurso (descontadas as vagas reservadas) não deverá ser colocada na lista de candidatos aprovados para as vagas reservadas, ainda que tenha se inscrito para sua disputa, já que demonstrou no concurso público não necessitar da proteção especial que foi conferida às pessoas com deficiência; as vagas reservadas serão utilizadas por aqueles candidatos pessoas com deficiência que não conseguiriam ingressar no serviço público pela forma regular, ou seja, que, apesar de aprovados (conseguiram a nota mínima), não obtiveram desempenho suficiente para superar os demais candidatos na concorrência ampla. A forma adequada de implementar a ação afirmativa e beneficiar o grupo vulnerável alvo de tal ação é deixar que as vagas reservadas sejam ocupadas por aqueles que efetivamente necessitam da proteção; ademais, tal medida implementa ainda a regra geral da existência dos concursos públicos, que é a seleção daqueles que obtiveram o melhor desempenho no certame, independentemente de serem ou não pessoas com deficiência. Se o candidato pessoa com deficiência demonstrou que não necessita da proteção especial, esta deverá ser garantida em sua integralidade àqueles que dela necessitarem.

31. Realizado o concurso, a chamada dos candidatos para que assumam seus cargos ou empregos, a ordem de nomeação ou contratação, também deverá ser objeto de preocupação da Administração Pública para que seja efetivamente implementada a ação afirmativa constitucional e legalmente estabelecida. Deverão, assim, ser formadas duas listas de classificação final, uma constando todos aqueles aprovados na concorrência ampla, pessoas com deficiência ou não que tenham atingido as melhores notas dentro do número de vagas abertas no concurso, descontadas as vagas reservadas, e outra constando apenas as pessoas com deficiência aprovadas (que tenham atingido a nota mínima) que não constem da primeira lista (concorrência ampla) e que, assim, ocuparão as vagas reservadas.

32. A ordem de chamada dos candidatos constante das duas listas, em nossa visão, desde a decisão do Supremo Tribunal Federal que reconhece àqueles aprovados em concursos públicos dentro do número de vagas abertas em edital o direito subjetivo à nomeação, deverá primeiramente esgotar a lista de concorrência ampla (dentro do número de vagas abertas no

certame e descontadas as vagas reservadas) para, na sequência, passar-se à nomeação da lista de pessoas com deficiência. Tendo em vista que a ação afirmativa como consta da lei reserva vagas no concurso público e não garante nomeação prioritária às pessoas com deficiência, bem como considerando que todos aqueles aprovados dentro do número de vagas abertas no edital de concurso deverão ser nomeados, entendemos que essa ordem de nomeação é aquela que melhor compatibiliza o direito das pessoas objeto da ação afirmativa com o direito das demais pessoas. Devemos, no caso de conflito, procurar a interpretação da Constituição e das leis da forma que permita a mais ampla efetivação dos direitos fundamentais envolvidos, o que, em nossa visão, é atingido com tal mecanismo. Devemos buscar a implementação da ação afirmativa com sua máxima efetividade, mas causando o menor gravame possível às demais pessoas.

33. Caso se pretenda nomear ou contratar candidatos em número superior ao número de vagas abertas em edital (no caso, por exemplo, de surgirem novas vagas durante o prazo de validade do concurso, e, sempre, havendo expressa previsão no edital), a partir do término da chamada dos candidatos para as vagas inicialmente abertas, deverá ser realizada chamada proporcional, ou seja, chama-se alternadamente candidatos da lista da concorrência ampla e da lista de vagas reservadas, observado percentual de vagas destinadas às pessoas com deficiência previsto no edital, e adotando-se cautelas sempre para que não seja superado o limite legal de 20% (vinte por cento) de vagas reservadas, bem como para que não deixe de ser atingido o percentual mínimo de 5% (cinco por cento), agora tomando em conta o novo total de vagas a serem preenchidas naquele concurso.

34. Importante ressaltar que a regra trazida pela Constituição brasileira é a inclusão, há um dever de incluir contido em nossa Lei Maior como um importante vetor de aplicação e interpretação. Dessa forma, toda a legislação deverá ser interpretada de forma a buscar na maior medida possível a inclusão das pessoas com deficiência, o que, no caso dos concursos públicos, implica em uma regra que não se pode deixar de aplicar: na dúvida, deve-se incluir, deve-se admitir a pessoa com deficiência ao serviço público, deixando para o estágio probatório (ou período de experiência, no caso dos empregos públicos) a verificação concreta de possibilidade de exercício do cargo pela pessoa com deficiência. Não se quer dizer que a pessoa com deficiência deva ser admitida de qualquer forma, mas que se no concurso público restar demonstrado que a pessoa com deficiência, em tese, tem possibilidade de exercer o cargo, preenche os requisitos mínimos para tanto, eventuais dúvidas acerca da possibilidade efetiva de exercício, no caso concreto, deverão ser dirimidas no período do estágio probatório

(ou de experiência), que justamente tem a função de aferir a compatibilidade em concreto do recém-contratado (pessoa com deficiência ou não) com o exercício do mister público.

35. Ademais, devemos ter em mente que o estágio probatório não se presta a estabelecer uma etapa adicional, a impor mais um requisito de acesso ao serviço público para as pessoas com deficiência, e, dessa forma, a avaliação das pessoas com deficiência deverá ser feita com fundamento nos mesmos parâmetros que a avaliação das demais pessoas. Evidentemente que esses requisitos deverão ser mitigados levando-se em consideração a peculiar condição das pessoas com deficiência, sendo de rigor o acompanhamento e a intervenção de uma equipe multiprofissional de apoio às pessoas com deficiência.

36. A implementação da ação afirmativa prevista no artigo 37, VIII, da Constituição Federal, poderá ser exigida administrativa ou judicialmente, com a utilização de todos os meios previstos na legislação processual, inclusive com a possibilidade de responsabilização do Estado pelos danos materiais ou morais decorrentes do descumprimento da reserva de vagas, sendo que poderá o agente público que agiu com dolo ou culpa ser responsabilizado regressivamente.

37. Temos, dessa forma, que a Constituição brasileira, dentro de sua proposta de inclusão, prestigiando a busca da igualdade material, instituiu uma ação afirmativa destinada às pessoas com deficiência, determinado a Lei Maior, em seu artigo 37, VIII, que a lei deverá reservar às pessoas com deficiência percentual dos cargos e empregos públicos. Tal ação afirmativa deverá ser implementada pelos operadores do Direito de forma a atingir a maior amplitude possível, promovendo verdadeiramente a inclusão das pessoas com deficiência, mas sem que haja interferência não autorizada pela Constituição na esfera de direitos das demais pessoas; em resumo, podemos dizer que a reserva de vagas trazida pelo artigo 37, VIII, da Constituição Federal deverá ser operacionalizada de forma a efetivamente promover a igualdade material, oportunizando às pessoas com deficiência o acesso ao serviço público, sem, no entanto, que sejam criados privilégios ou favoritismos. Busca-se com a ação afirmativa equiparar oportunidades de participação plena e efetiva na sociedade entre o grupo vulnerável e as demais pessoas, prestigiando os valores de igualdade e inclusão que exsurgem de todo o Texto Constitucional. É uma medida de tratamento desigual para pessoas que não são iguais entre si, buscando minorar ou mesmo eliminar a disparidade de oportunidades de participação na sociedade que essa desigualdade provoca entre as pessoas. Nesse sentido a ação afirmativa deverá ser compatibilizada com o restante das disposições constitucionais, de forma que sua

operacionalização atinja na maior medida possível o fim pretendido sem, no entanto, violar o direito daqueles que não são os beneficiários diretos dessa medida já, que, indiretamente, com a promoção de uma sociedade mais inclusiva, todos são beneficiados com a efetivação da medida afirmativa.

Referências Bibliográficas

ACUÑA, Carlos H.; GOÑI, Luis G. Bult (compiladores). **Políticas Sobre la Discapacidad en la Argentina: El Desafío de Hacer Realidad los Derechos**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2010.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª edição. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. 5ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

AMAR, Akhil Reed. **America's Constitution: A Biography**. Nova Iorque: Randon House Trades Paperbacks, 2006.

_____. **The Bill Of Rights: Creation and Reconstruction**. New Haven: Yale University Press, 1998.

ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. A Proteção Jurídica dos Grupos Vulneráveis e das Minorias. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano 4, n.13, jan./mar. 2010. Disponível em <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=68202>>. Acesso em 21 de novembro de 2012.

ARAUJO, Luiz Alberto David. **A Proteção Constitucional das Pessoas com Deficiência**. 4ª edição, Revista, ampliada e atualizada. Brasília: CORDE, 2011.

_____. **Barrados – Pessoas Com Deficiência Sem Acessibilidade: Como, O Que e De Quem Cobrar**. Petrópolis: KBR, 2011.

_____. Em Busca de Um Conceito de Pessoa Com Deficiência. In GUGEL, Maria Aparecida; MACIEIRA, Waldir; RIBEIRO, Lauro (Org.). **Deficiência no Brasil – Uma Abordagem Integral dos Direitos das Pessoas Com Deficiência**. Florianópolis: Editora Obra Jurídica, 2007.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 18ª edição. São Paulo: Ed. Verbatim, 2014.

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 3ª edição, atualizada por Rosolea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: Da Definição à Aplicação Dos Princípios Jurídicos**. 14ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 30ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

_____. **Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais**. 1ª edição, 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

_____. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª edição, 20ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 4ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

BASTOS, Celso Ribeiro. MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil – Promulgada em 05 de outubro de 1988**, *apud* ARAUJO, Luiz Alberto David. **A Proteção Constitucional das Pessoas com Deficiência**. 4ª edição, Revista, ampliada e atualizada. Brasília: CORDE, 2011.

BÍBLIA. **Português. Bíblia Sagrada**. 7ª edição. Tradução pelo Pe. Matos Soares. São Paulo: Edições Paulinas, 1975.

BOBBIO. Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10ª edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª edição. Coimbra: Edições Almedina.

DALLARI, Adilson Abreu. Princípio da Isonomia e Concursos Públicos. **Fórum Administrativo – Direito Público – FA**, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, jun. 2009. Disponível em <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=57941>>. Acesso em 3 jun. 2013.

_____. **Regime Constitucional dos Servidores Públicos**. 2ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na Vida dos Povos: da Idade Média ao Século XXI**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança – Uma Teoria do Controle Judicial de Constitucionalidade**. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. **Direito das Pessoas com Deficiência: Garantia de Igualdade na Diversidade**. 2ª edição. Rio de Janeiro: WVA Editora, 2007.

FERRAZ, Carolina Valença (et al.) – Coordenadores. **Manual Dos Direitos Da Pessoa Com Deficiência**. Edição digital. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 38ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

_____. **Direitos Humanos Fundamentais**. 14ª edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. O Novo Conceito Constitucional de Pessoa com Deficiência: Um Ato de Coragem. *In* FERRAZ, Carolina Valença (et al.) – Coordenadores.

Manual Dos Direitos Da Pessoa Com Deficiência. Edição digital. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

GIUDICE, Federico del. **Compendio di Diritto Costituzionale.** 16ª edição. Napoli: Edizioni Giuridiche Simone, 2012.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade (O Direito Como Instrumento de Transformação Social. A Experiências dos EUA).** Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001.

GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto.** 8ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

GREENAWALT, Kent. **Discrimination and Reverse Discrimination.** New York: Alfred. A. Knopf, 1983 *apud* ROSENFELD, Michael. **Affirmative Action and Justice.** New York: Yale University Press, 1991.

GUGEL, Maria Aparecida. **Pessoas com Deficiência e o Direito ao Concurso Público – Reserva de Cargos e Empregos Públicos – Administração Pública Direta e Indireta.** Goiânia: Editora da Universidade Católica de Goiás, 2006.

GUGEL, Maria Aparecida; COSTA FILHO, Waldir Macieira da; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes (Org.). **Deficiência no Brasil – Uma Abordagem Integral dos Direitos das Pessoas com Deficiência.** Florianópolis: Editora Obra Jurídica, 2007.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O Conceito de Direito.** Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional.** 5ª edição, atualizada com notas de rodapé pela professora Juliana Campos Horta. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2010.

HOUAISS, Antônio, VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa.** Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2001.

_____. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa.** Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2009.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito.** Tradução de António Ulisses Cortês. 4ª Edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.

KELLOUGH, J. Edward. **Understanding Affirmative Action: Politics, Discrimination, and the Search for Justice.** Edição Digital. Washington: Georgetown University Press, 2006.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional.** Tradução de Alexandre Krug, Eduardo Brandão e Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Teoria Pura do Direito.** Tradução de João Baptista Machado. 6ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOPES, Laís Vanessa Carvalho de Figueiredo. Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU. In: GUGEL, Maria Aparecida; COSTA FILHO, Waldir Macieira da; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes (Org.). **Deficiência no Brasil – Uma Abordagem Integral dos Direitos das Pessoas com Deficiência.** Florianópolis: Editora Obra Jurídica, 2007.

MADEIRA, José Maria Pinheiro; MADEIRA, Jansen Amadeu do Carmo. Concurso Público: algumas considerações indispensáveis. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP,**

Belo Horizonte, ano 7, n. 76, abr. 2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=53105>>. Acesso em 14 jun. 2013.

MADRUGA, Sidney. **Pessoas com Deficiência e Direitos Humanos: Ótica da Diferença e Ações Afirmativas**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

MARTEL, Leticia de Campos Velho. Adaptação Razoável: O Novo Conceito Sob as Lentes de Uma Gramática Constitucional Inclusiva. **SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos**. São Paulo, v. 8, n. 14, p. 89-113, jun./2011.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Abuso de Direito e a Constitucionalização do Direito Privado**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 15ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.

MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. A Igualdade e as Ações Afirmativas. **Fórum Administrativo – Direito Público – FA**, Belo Horizonte, ano 3, n. 29, jul. 2003. Disponível em <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=3701>> . Acesso em 20 fev. 2013.

MENDES, Antônio Celso. **Dimensões Conceituais do Direito**. 2ª edição. Curitiba, Juruá Editora, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. 7ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

_____. **Direito Constitucional**, 28ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

MOTTA, Fabrício. Concurso Público: Direito à Nomeação e a Existência de “Cadastro de Reserva”. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 12, n. 61, maio/jun. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=67666>>. Acesso em: 19 jun. 2013.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivação e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais**. São Paulo: Ed. Verbatim, 2009.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano (Coord.). **Manual de Direitos Difusos**. 2ª edição. São Paulo: Editora Verbatim, 2012.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **Monitoring the Convention on the Rights of Persons with Disabilities – Guidance for Human Rights Monitors**. Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. P. 15. Disponível em: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Disabilities_training_17EN.pdf – Acesso em 09 de setembro de 2013.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 23ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14ª

edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

_____. **Temas de Direitos Humanos**. 6ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

_____. Ações Afirmativas Sob a Perspectiva dos Direitos Humanos. *In Ações Afirmativas e Combate ao Racismo nas Américas*. Edição eletrônica. Brasília: Ministério da Educação, 2007.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969**. 2ª edição, Tomo III. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973.

_____. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969**. 2ª edição, Tomo IV. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1974.

_____. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969**. 2ª edição, Tomo V. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1974.

RECK, Melina Breckenfeld; CLÈVE, Clèmerson Merlin. As Ações Afirmativas e a Efetivação do Princípio Constitucional da Igualdade. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional – A&C** – Belo Horizonte, n. 11, ano 3, janeiro / março 2003, disponível em <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=12596>> . Acesso em 20 fev. 2013.

RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes. **Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência**. São Paulo: Editora Verbatim, 2010.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. A Igualdade e as Ações Afirmativas. **Fórum Administrativo – Direito Público – FA**, Belo Horizonte, ano 3, n. 29, jul. 2003. Disponível em <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=3701>> . Acesso em 20 fev. 2013.

_____. Ação Afirmativa – O Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 33, n. 131, p. 283-295, jul./set. 1996.

ROSENFELD, Michael. **Affirmative Action and Justice**. New York: Yale University Press, 1991.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Tradução e notas de Edson Bini. 2ª edição. Bauru: EDIPRO, 2007.

SAMPAIO, Nelson de Souza. **O Poder de Reforma Constitucional**. Bahia: Livraria Progresso Editora, 1954.

SANDEL, Michael J. **Justiça – O Que É Fazer a Coisa Certa**. 5ª edição. Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais – Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 11ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

_____. **As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível, in Dimensões da Dignidade – Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. 9ª edição. Porto Alegre:

Livraria do Advogado Editora, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SARMENTO, Daniel. **Por Um Constitucionalismo Inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direito Fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2010.

SASSAKI, Romeu Kazumi. Por Falar em Classificação de Deficiências *in* **Revista Brasileira de Tradução Visual**, Vol. 12, número 12, 2012.

SILVA, Diego Nassif da. **Inclusão das Pessoas com Deficiência no Mercado de Trabalho: O Conceito de Pessoa com Deficiência e Sua Aplicação Jurídica**. Curitiba: Juruá Editora, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 8ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais – Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia**. 2ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

SIQUEIRA, Belmiro. Recrutamento e Seleção de Pessoal. In: JAMESON, Samuel H.. **Administração de Pessoal**. Volume VI. São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, 1963.

_____. Regime de Concursos – Razões Técnicas e Sociais. In: JAMESON, Samuel H.. **Administração de Pessoal**. Volume VI. São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, 1963, pp. 225-234.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 24ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

WARAT, Luis Alberto. **O Direito e Sua Linguagem**. 2ª edição. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995.