



# Câmara Municipal de São Sebastião

## Litoral Norte – São Paulo

Gabinete Vereador – Marcos Fuly

### **REQUERIMENTO**

**Nº. 387/2015**

**“Solicita ao Executivo adequar o Estatuto dos Servidores Públicos Municipais de São Sebastião à Constituição Federal, inserindo um novo parágrafo que concede ao primeiro colocado em concurso público com vaga destinada à portador de deficiência física, o direito de ser chamado na quinta vaga disponibilizada”.**

**Senhor Presidente,**

**Considerando** – que o município de São Sebastião, não diferente dos outros municípios do País e portanto, deve seguir as leis regidas pela Constituição Federal, sendo a Constituição Federal a Carta Magna;

**Considerando** – que todo cidadão tem seu direito regulamentado pela Constituição Federal no Art. 5º, onde um dos itens diz do direito de igualdade perante a lei;

**Considerando** – que para que haja igualdade de condições e equiparidade, os deficientes físicos devem ter os seus direitos respeitados, pois já sofrem com os atos discriminatórios e encontram dificuldades para que tenham qualidade de vida e dignidade para viver.

**Considerando** – que dados relacionados aos deficientes físicos declaram que nos dias de hoje existem no Brasil 25 milhões de pessoas com algum tipo de deficiência, sendo que destas, 48% ocupam a posição de chefes de família. E que apenas 19,12% são empregados (com ou sem carteira assinada) e 12,14% trabalham por conta própria.

**Considerando** – que se comparado a média da população brasileira, o deficiente físico tem desvantagem principalmente em dois setores: renda e escolaridade. O agravante é que o portador de deficiência física tem mais dificuldade para obter uma vaga.

**Considerando** – que no dia 03 de Dezembro foi instituído pela ONU o dia Internacional do Deficiente Físico, cujo o objetivo principal foi conscientizar a população a respeito da importância de assegurar uma melhor qualidade de vida a todos os deficientes ao redor do planeta. É importante ressaltar, no entanto, que as pessoas com deficiência não são menos capacitadas e, assim como todas as outras, possuem direitos e deveres assegurados.

**Considerando por fim**, que é cediço que os portadores de deficiência devem concorrer em condições de igualdade com os demais candidatos na medida de suas desigualdades, porquanto a vontade do legislador ao editar o art. 37, parágrafo 2º, do Decreto nº 3.298/99, regulamentando o inciso VIII, do art. 37, da Carta Política de 1988, objetivou minorar o déficit enfrentado pelos deficientes, ainda que relativizando o Princípio da Isonomia, contudo não sem fundamento, como assevera o Mestre José Afonso em seu festejado Curso de Direito Constitucional Positivo, 21ª ed. Malheiros, São Paulo, pág. 215, *ipsis litteris*: E que a conduta da Administração Pública Municipal adotada tornar-se sem efeito a determinação constitucional, já que somente após a oferta de 20 vagas é que se disponibiliza a primeira aos portadores de necessidades especiais, violando-se, então, não só os dispositivos acima nominados, como também os princípios da legalidade e dignidade da pessoa humana.



# **Câmara Municipal de São Sebastião**

## **Litoral Norte – São Paulo**

Gabinete Vereador – Marcos Fuly

### ***É QUE***

O vereador **Marcos Antonio do Carmo Fuly, REQUER**, depois de cumpridas as formalidades regimentais, ao Excelentíssimo Senhor Prefeito, digna-se sua excelência, informar ao conhecimento desta Casa de Lei o que segue:

- 1) A adequação do Estatuto dos Servidores Públicos Municipais de São Sebastião à Constituição Federal, inserindo um novo parágrafo que concede ao primeiro colocado em concurso público com vaga destinada à portador de deficiência física, o direito de ser chamado na quinta vaga disponibilizada. E os demais a serem chamados de 20 em 20, atendendo assim, todos os parâmetros da Lei.*
- 2) Caso negativo, informar o motivo da negação na adaptação da Constituição Federal.*

*Plenário da Câmara Municipal, Sala Zino Militão dos Santos, 24 de Setembro de 2015.*

**Marcos Antônio do Carmo Fuly**  
**Vereador**

*Rua São Geraldo, 171 – Centro – São Sebastião - CEP.11600-000-Tel.(12) 3892-2156*  
*www.camarasaosebastiao.com.br*

### *Considerações extras:*

Considerações a parte, excelentíssimo Sr. Presidente, não devesse privar o direito das minorias e sim estando em posição desigual, buscar ajudar quanto a sua necessidade desde que esteja dentro dos parâmetros legais.

Sendo assim segue;

#### 1. As disposições legais

A ordem constitucional inaugurada com a Carta Republicana de 88 trouxe uma tentativa de minimizar as desigualdades que ocorrem no bojo da nossa sociedade. Tal é o que preceitua a Carta Política como um de seus objetivos:

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

.....

*III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;*

Um nítido caso dessa minoração das desigualdades que ocorrem no seio da nossa sociedade é a reserva de vagas em concursos públicos para portadores de deficiência, consubstanciada nos seguintes termos:



# Câmara Municipal de São Sebastião

## Litoral Norte – São Paulo

Gabinete Vereador – Marcos Fuly

*Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:*

.....

*VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão;*

Nos termos de lei infraconstitucional ordinária, destarte, deve ser estabelecido um percentual de cargos e empregos públicos para que pessoas com determinada deficiência física, numa tentativa de compensar a desigualdade decorrente da sua condição física. Trata-se de nítido desdobraimento do *princípio da isonomia* (I, art. 5º da CF), na sua faceta *material*: discrimen legal razoável que busca compensar as desvantagens da condição de um determinado grupo e tendo como objetivo promover o inciso III do art. 3º acima transcrito. É como nos aponta José Afonso da Silva:

*"Quando se diz que o legislador não pode distinguir, isso não significa que a lei deva tratar todos abstratamente iguais, pois o tratamento igual – esclarece Petzold – não se dirige a pessoas integralmente iguais entre si, mas àquelas que são iguais sob os aspectos tomados em consideração pela norma, o que implica que os ‘iguais’ podem diferir totalmente sob outros aspectos ignorados ou considerados irrelevantes pelo legislador. Este julga, assim, como ‘essenciais’ ou ‘relevantes’, certos aspectos ou características das pessoas, das circunstâncias ou das situações nas quais essas pessoas se encontram, e funda sobre esses aspectos ou elementos as categorias estabelecidas pelas normas jurídicas; por conseqüência, as pessoas que apresentam os aspectos ‘essenciais’ previstos por essas normas são consideradas encontrar-se em ‘situações idênticas’, ainda que possam diferir por outros aspectos ignorados ou julgados irrelevantes pelo legislador; vale dizer que as pessoas ou situações são iguais ou desiguais de modo relativo, ou seja, sob certos aspectos.(...)"*

*Esses fundamentos é que permitem, à legislação, tutelar as pessoas que se achem em posição econômica inferior, buscando realizar o princípio da igualização,(...)"<sup>[01]</sup>*

Surge, em 1989, a lei federal ordinária 7.853, estabelecendo normas gerais que asseguram o pleno exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas portadoras de deficiências e sua efetiva integração social, conforme o *caput* do art. 1º do referido diploma. Mais a frente, assim reza a lei:

*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:*



# Câmara Municipal de São Sebastião

## Litoral Norte – São Paulo

Gabinete Vereador – Marcos Fuly

.....

*III - na área da formação profissional e do trabalho:*

.....

*c) a promoção de ações eficazes que propiciem a inserção, nos setores públicos e privado, de pessoas portadoras de deficiência;*

Em 1999, veio o Decreto Regulamentar 3.298, dispondo:

*Art. 37. Fica assegurado à pessoa portadora de deficiência o direito de se inscrever em concurso público, em igualdade de condições com os demais candidatos, para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que é portador.*

*§ 1º O candidato portador de deficiência, em razão da necessária igualdade de condições, concorrerá a todas as vagas, sendo reservado no mínimo o percentual de cinco por cento em face da classificação obtida.*

*§ 2º Caso a aplicação do percentual de que trata o parágrafo anterior resulte em número fracionado, este deverá ser elevado até o primeiro número inteiro subsequente.*

Para exemplificar. Suponha que um edital de determinado concurso público preveja 5% das vagas para portadores de deficiência e o número total de vagas ocupadas é de 10. Francisco, portador de deficiência, classifica-se para o concurso em primeiro lugar dentre os deficientes. Considerando que 5% de 5 dá 0,25 vaga e arredondando esta fração até o primeiro número inteiro o resultado é 1 vaga para os portadores, que irá se preenchida pelo Francisco.

Portanto, a regra do parágrafo 2º logo acima não deixa dúvidas de que deve ser assegurado sempre algum número de vagas para os portadores de deficiência.

## 2. No STF

No RE 227229/MG, o Pretório Excelso analisou o seguinte caso. A autora do recurso prestou concurso público para a Prefeitura da cidade, cujo número de vagas preenchidas era igual a 8. Nos termos da lei complementar 09/92, reguladora da CF no âmbito da Administração Municipal, o número de vagas para portadores de deficiência seria de 5%. No concurso em questão, o número de vagas do concurso seria de 0,4.

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, assim considerando, entendeu que não havia vagas para os portadores de deficiência em face daquele percentual fracionado. Insatisfeito com o decisório, a autora recorreu ao STF. O relator do recurso, Ministro Ilmar Galvão, assim decidiu no seu voto:

*"De ter-se, em face da obrigatoriedade da reserva de vagas para portadores de deficiências, que a fração, a exemplo do disposto no Decreto nº 3.298/99, seja elevada ao primeiro número inteiro subsequente, no caso 1 (um), como medida necessária a emprestar-se eficácia ao texto constitucional, que, caso contrário, sofreria ofensa."*



# Câmara Municipal de São Sebastião

## Litoral Norte – São Paulo

Gabinete Vereador – Marcos Fuly

Assim, o ex-Ministro aplicou as disposições do Decreto nº 3.298/99 por analogia de modo a garantir do direito do autor do recurso e, por tabela, zelar pela higidez da Constituição. Tal entendimento vem sendo reiteradamente seguido pela jurisprudência:

*"Nos termos do julgado proferido no RE nº 227.299/MG, da relatoria do Ministro Ilmar Galvão, 'a exigência constitucional de reserva de vagas para portadores de deficiência em concurso público se impõe ainda que o percentual legalmente previsto seja inferior a um, hipótese em que a fração deve ser arredondada. Entendimento que garante a eficácia do artigo 37, inciso VIII, da Constituição Federal. Recurso extraordinário conhecido e provido'."*<sup>[02]</sup>

*"Ao candidato aprovado e classificado em concurso público para vaga destinada aos portadores de deficiência, deve ser assegurada à convocação para o seu preenchimento, ainda se o cálculo do percentual legalmente previsto resultar em número fracionado, hipótese em que deverá ser arredondado para cima. Precedente do STF."*<sup>[03]</sup>

### 3. A aplicação na jurisprudência

Não obstante o arredondamento estatuído no referido Decreto, mormente no âmbito da Administração Pública deve ser considerado. Isso porque a lei 8.112/90, que traça o regime jurídico do servidor público, assim dispõe:

*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.*

Como dito acima, os deficientes físicos possuem uma atenção especial da Constituição. Além da reserva de vagas em concursos públicos, temos uma série disposições constitucionais que nos fazem entrever um *princípio de respeito à portadora de deficiência*. Como diz Dworkin, "o legislativo endossa princípios aprovando a legislação que esses princípios justificam"<sup>[04]</sup>. É o que podemos observar nas disposições constitucionais:

a) na **organização político-administrativa da Federação**, os deficientes físicos são destinatários de proteção por parte de todos os entes federativos:

*Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:*

.....

*II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;*

b) na **assistência social**, também visualizamos:



# Câmara Municipal de São Sebastião

## Litoral Norte – São Paulo

Gabinete Vereador – Marcos Fuly

*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;*

c) na **educação**, é também papel do Estado zelar pela integração da pessoa deficiente na rede de ensino:

*Art. 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.*

Por outro lado, temos que levar em consideração o *princípio da supremacia do interesse público*, que permeia o regime jurídico administrativo. Como corolário lógico do *princípio republicano* (*caput* do art. 1º da CF), o gerenciamento da Administração Pública deve atender ao interesse público, não podendo ser usado como manto protetor para a concessão de benesses ou privilégios odiosos, mas apenas, e somente, atingir o bem-estar da sociedade.

Assim, balizando-se os dois princípios, podemos chegar a uma solução conciliatória entre essas duas diretrizes básicas. Voltando ao nosso exemplo. Se Francisco está na 1º colocação na lista de classificados como deficientes físicos, ele deverá ocupar uma das vagas abertas, preenchendo a 5º vaga aberta dentre estas. Dessa forma, respeita-se o direito do Francisco e, ao mesmo tempo, a discricionariedade administrativa.

No entanto, poder-se-ia argumentar: se outras vagas não forem abertas no decurso do prazo de validade do certame, não será tornado sem efeito percentual estabelecido? É com base nesse tipo de crítica que o STJ vem reiteradamente adotando a seguinte linha de raciocínio, calcado na premissa de que existem duas listas de classificados: a lista dos deficientes, os quais concorrem apenas para as suas vagas; e a lista dos não-deficientes, que concorrem para o restante das vagas. Quando for feito o preenchimento das vagas, procede-se a nomeação alternada das vagas com os candidatos de ambas as listas.

Vejamos o voto do Min. Gilson Dipp no RMS 18669/RJ:

*"Assim sendo, seguir a orientação da Corte de origem, de que apenas com a nomeação de 10 (dez) candidatos pode um deficiente ocupar uma vaga, é ignorar a norma contida nos dispositivos acima transcritos, bem como o princípio da relativização da isonomia, chegando à absurda conclusão de que para assegurar 01 (uma) vaga ao candidato deficiente, levando em conta o percentual de 5%, o concurso teria, necessariamente, que oferecer pelo menos 20 (vinte) vagas. Não é esse o escopo protetivo nas normas aplicáveis ao caso.*

*Isto significa dizer que o impetrante, primeiro colocado entre os deficientes físicos, deve ocupar uma das vagas ofertadas ao cargo de Analista Judiciário – especialidade Odontologia, para que seja efetivada a vontade insculpida no art. 37, § 2º do Decreto nº 3.298/99. Entenda-se que não se pode considerar que as primeiras vagas se destinam a candidatos não-deficientes e*



# **Câmara Municipal de São Sebastião**

## **Litoral Norte – São Paulo**

Gabinete Vereador – Marcos Fuly

*apenas as eventuais ou últimas a candidatos deficientes. Ao contrário, o que deve ser feito é a nomeação alternada de um e outro, até que seja alcançado o percentual limítrofe de vagas oferecidas pelo Edital a esses últimos."*

Em mandato de segurança impetrado no STF, em seu voto, o ministro Gilmar Mendes disse; *"que o edital do concurso determinou a observância tanto do parágrafo 2º do artigo 5º da Lei 8.112/1990 quanto do artigo 37, parágrafo 2º do Decreto 3.298/1999. Assim, segundo ele, a regra do arredondamento não poderia ser ignorada. Ele relatou que o STF, buscando fixar razoabilidade ao Decreto 3.298/99, firmou entendimento no sentido de que ele deve ser interpretado em conjunto com a Lei 8.112. Assim, as vagas do parágrafo 2º do artigo 37 do mencionado decreto podem ser arredondadas, desde que o arredondamento não implique ultrapassagem do limite máximo de 20% e do mínimo de 5%".*

E, de acordo com o ministro Gilmar Mendes, no caso em exame, a nomeação da candidata deficiente especial no conjunto de cada cinco não implica a ultrapassagem dos limites máximos e mínimos legalmente previstos. *"Por isso, vislumbro o direito líquido e certo a amparar a pretensão da impetrante, que a rigor logrou a primeira colocação entre as pessoas portadoras de deficiência",* afirmou.

Por isso, pela unanimidade dos votos dos membros integrantes da Segunda Turma do STF, foi determinada a nomeação da candidata.

Como bem afirmado pelo insigne parecerista, a não se acolher esta tese é fazer letra morta do dispositivo constitucional aplicável à espécie.

É que às normas constitucionais devem ser conferidas com o máximo de eficácia possível, ampliando-se os direitos e interpretando-se restritivamente as disposições que porventura venham limitar as garantias fundamentais.