

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PELOTAS
TATIANE MATTOS FRANÇA BÖHMER

**A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO ÀS PESSOAS COM
DEFICIÊNCIA NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Pelotas
2014

TATIANE MATTOS FRANÇA BÖHMER

**A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO ÀS PESSOAS COM
DEFICIÊNCIA NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Política Social da Universidade Católica de Pelotas, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Política Social, sob a orientação da professora Dra. Vera Maria Ribeiro Nogueira.

PELOTAS

2014

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

B695c Böhmer, Tatiane Mattos França

A concretização do direito do trabalho às pessoas com deficiência no âmbito da administração pública. / Tatiane Mattos França Böhmer. –
Pelotas: UCPEL, 2014.

114f.

Dissertação (mestrado) – Universidade Católica de Pelotas, Programa de Pós-Graduação em Política Social, Pelotas, BR-RS, 2014. Orientadora: Vera Maria Ribeiro Nogueira.

1. direito ao trabalho. 2. pessoas com deficiência. 3. administração pública. 4. políticas de exclusão. 5. políticas de ações afirmativas.

I. Nogueira, Vera Maria Ribeiro, or. . II. Título.

CDD 361.61

Tatiane Mattos França Böhmer

**A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO ÀS PESSOAS COM
DEFICIÊNCIA NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Esta Dissertação foi julgada adequada para obtenção do Título de “Mestre em Política Social”, e aprovada em sua forma final pelo Programa de Pós-Graduação em Política Social da Universidade Católica de Pelotas.

Pelotas, 30 de setembro de 2014.

Prof^ª. Dra. Vini Rabassa da Silva
Coordenadora do Curso

BANCA EXAMINADORA

Prof^ª. Dra. Vera Maria Ribeiro Nogueira
Orientadora
Universidade Católica de Pelotas

Prof. Dr. José Alcides Renner
Universidade Católica de Pelotas

Prof. Dra. Jane Gombar
Universidade Federal de Pelotas

Dedico este trabalho à minha doce mãe, Elza Mattos França, cuja presença constante, força e carinho fazem dela meu porto seguro.

Ao meu marido, Clênio Renê Kurz Böhmer, companheiro amoroso, alegre e sensível, que cresce comigo e que me ajudou com apoio inestimável.

E à minha irmã Sandra Mattos França, pelo incentivo, em todos os sentidos.

AGRADECIMENTOS

A Deus, sempre.

À Universidade Católica de Pelotas, pela oportunidade de, mais uma vez, realizar um curso de Pós-Graduação.

À Prof^a. Dr^a. Vera Maria Ribeiro Nogueira, pela sua dedicação, apoio e amizade, na orientação deste trabalho.

Ao Prof. Dr. José Alcides Renner, pela atenção e pelas valiosas contribuições a este trabalho.

À Prof. Dra. Jane Gombar, pelas contribuições inestimáveis para esta dissertação.

À Prof. Claudia Baillo, pelo empenho, amizade e apoio sempre recebidos.

Aos colegas do Pós-Graduação, pelo apoio, estímulo e amizade.

E a todos que, direta ou indiretamente, colaboraram, de alguma forma, para a realização deste trabalho.

RESUMO

O Direito do Trabalho é um direito social fundamental, assegurado pela Ordem Jurídica, pois é previsto no Capítulo II, do Título II, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988). Ademais, o valor social do trabalho figura entre os fundamentos da República Federativa do Brasil. Como direito social fundamental é garantido a todos, sendo vedada qualquer forma de discriminação arbitrária. No que diz respeito às pessoas com deficiência, o inciso XXXI, do artigo 7º, da Carta Maior, expressamente veda a discriminação no tocante ao salário e à admissão dessas pessoas. Entretanto, registros históricos demonstram que as pessoas com deficiência têm-se deparado com condutas discriminatórias que, a partir do estigma de que não possuem condições de exercer uma atividade laboral exitosa, obstaculizam o acesso desses cidadãos ao mercado de trabalho. Assim, considerando-se que o Direito do Trabalho é um direito fundamental que deve ser concretizado a todos, independentemente das peculiaridades que cada ser humano pode apresentar, pretendeu-se realizar um estudo sobre o direito das pessoas com deficiência ao trabalho, com base na consagração constitucional do direito de reserva de vagas à categoria nos concursos para o provimento de cargos públicos. Com o presente trabalho, objetivou-se, igualmente, estudar o impasse existente entre a proteção jurídica conferida aos deficientes para o acesso aos cargos e empregos públicos e os princípios que regem a administração pública, levando-se em conta que, não obstante o direito posto, nossos pretórios têm-se defrontado com um grande número de demandas que discutem o direito de participação de tais pessoas nos concursos públicos. Destarte, buscou-se verificar, através dos julgamentos proferidos pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, bem como através do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, quais os principais obstáculos enfrentados por esse segmento para a concretização do direito de acesso aos cargos públicos. Assim, deparou-se com o indeferimento das inscrições das pessoas com deficiência nos concursos públicos, quando a anomalia do candidato não estava prevista no rol daquelas doenças legalmente consideradas para o fim da política inclusiva; com o indeferimento das inscrições das pessoas com deficiência nas hipóteses em que, em razão da anomalia, não são consideradas aptas para o desempenho da função do cargo para o qual pretendiam concorrer à vaga, bem como com a falta de nomeação dos candidatos aprovados por serem preteridos ou, ainda, quando considerados inaptos para o desempenho das funções do cargo para o qual concorreram. Essas são as questões centrais que se pretendeu abordar e que levaram à propositura do presente trabalho, com o propósito de contribuir para a ampliação da inserção destes trabalhadores no serviço público.

Palavras-chave: direito ao trabalho; pessoas com deficiência; administração pública, políticas de inclusão, políticas de ações afirmativas.

ABSTRACT

The Labor Law is an essential social right, assured by the Legal Order, as it is established in the Chapter II, Title II, of the Federal Constitution of 1988 (BRASIL, 1988). Furthermore, the social value of work is among the basics of the Federative Republic of Brazil. As an essential social right, it is guaranteed to all, in which any form of arbitrary discrimination is forbidden. Concerning handicapped people, the subsection XXXI, of the 7th article, of the Carta Maior, expressly forbids the discrimination concerning income and admission of these people. However, historical records show that handicapped people have faced discriminatory conducts which, considering the stigma that they do not have the conditions to perform a laboring activity successfully, and making their access to the labor market much more difficult. Thus, considering that the Labor Law is an essential right which should be materialized to all, regardless of peculiarities that each human being may present, we aimed to carry out a study on the right to work for handicapped people, based on the constitutional consolidation of the right of reserving places for these people in examinations for the provision of public positions. With the present work, we have also aimed to study the existing impasse between the legal protection granted to handicapped people for the access to public positions and jobs and the principles which rule the public administration, taking into consideration that, nevertheless the placed right, our courts have faced a considerable number of demands which discuss the right of participation of such people in the public examinations. Therefore, we aimed to check through judgments rendered by the Court of Justice of the State of Rio Grande do Sul, by the Federal Court of Appeals from the 4th Region, as well as Supreme Court of Justice and the Federal Supreme Court, what are the main obstacles faced by this segment for the materialization of the right to access to public positions, with the purpose of contributing with the expansion of insertion of these workers in the public service. So, it experienced the refusal of the registrations of handicapped people in public examinations, when the anomaly of the candidate was not in the list of those diseases legally considered for the purpose of an inclusive policy; with the refusal of registration of handicapped people in cases in which, due to the anomaly, they are not considered apt to perform the position which they intended to apply for, as well as the absence of appointment of those candidates approved due to being set aside or, still, when considered inapt to perform the positions to which they applied for. These are the main issues we aimed to approach and which led to the proposal of the present work, with the intention to contribute for the insertion of such workers in the public service.

Key words: right to work; handicapped people; public administration, inclusion policies, affirmative action policies.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. POLÍTICAS DE INCLUSÃO E AS AÇÕES AFIRMATIVAS: NOÇÕES SOBRE A ORIGEM DO INSTITUTO E SUA INTRODUÇÃO NO ESTADO BRASILEIRO	20
2. O DEBATE SOBRE O DIREITO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA AO TRABALHO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	25
3. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS CORRELATOS ÀS POLÍTICAS DE INCLUSÃO	35
3.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	35
3.2 PRINCÍPIO DA IGUALDADE	39
4. A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O AMPLO ACESSO AOS CARGOS E EMPREGOS PÚBLICOS	46
4.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE	48
4.2 PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE	52
4.3 PRINCÍPIO DA MORALIDADE	53
4.4 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE	55
4.5 PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA	57
5 METODOLOGIA	59
6 A POLÍTICA DE COTAS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	65
6.1 A VISÃO JURÍDICA QUANTO ÀS DEMANDAS DE INCLUSÃO AO TRABALHO NO SETOR PÚBLICO	65
6.2 ARGUMENTOS DO DISCURSO JURÍDICO	88
CONSIDERAÇÕES FINAIS	98
REFERÊNCIAS	105
ANEXO	111

INTRODUÇÃO

O número de pessoas com deficiência em nosso país é considerável. Segundo o último censo realizado, no Brasil, pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE (RODRIGUES, 2012), a população deficiente chega a quarenta e cinco milhões de brasileiros.

Trata-se de um contingente populacional que, historicamente, tem enfrentado barreiras para a inclusão no mercado de trabalho, em virtude de discriminações decorrentes do preconceito que as pessoas com deficiência são incapazes de exercer uma atividade laboral.

A esse respeito, já se manifestou Rocha, ao enfatizar que

os portadores de deficiência vêm se ressentindo, há séculos, das mais variadas formas de preconceitos. Até há pouco, considerados *castigados* por alguma divindade e *marcados por essa pena* também socialmente, eram eles privados do acesso às oportunidades de trabalho e obtenção de condições mínimas de dignidade e da igual liberdade de realizar-se como ser humano (ROCHA, 1996, p.291).

Não bastasse o preconceito, estudos ressaltam que a falta de qualificação profissional (GARCIA, 2014), que se deduz decorrer do baixo grau de escolaridade, reflete negativamente na inclusão desse segmento no mercado de trabalho, pois dificulta a concorrência às vagas existentes tanto na iniciativa privada, quanto nos cargos e empregos públicos.

Conforme apontam Bom Júnior et al. (2006), no Brasil apenas dois por cento da população com deficiência faz parte do mercado de trabalho. Esta questão insere-se no âmbito das políticas sociais públicas, sendo das mais significativas as relacionadas às ações afirmativas, entre as quais se figura a política de cotas para as minorias acederem a resultados que as igualem a maioria. Há um estreito entrelaçamento entre as Políticas Inclusivas, o direito ao trabalho e o Direito do Trabalho, confirmando-se assim, no campo das políticas sociais.

É importante ressaltar que o Direito do Trabalho é um direito tutelado pelo Ordenamento Jurídico brasileiro. Dentre os fundamentos da República Federativa do

Brasil, previstos no título I, da Constituição Federal de 1988¹, estão os direitos sociais do trabalho e da livre iniciativa.

Nesse sentido, dispõe o artigo 1º da Constituição Federal de 1988, transcrito na íntegra:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Ademais, a Constituição Federal de 1988, no capítulo II, expressamente elencou o trabalho como Direito Social, prevendo os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, ao repelir qualquer tipo de discriminação no tocante ao salário e aos critérios de admissão do trabalhador com deficiência.

A propósito, vale a pena fazer-se a leitura do artigo 7º, *caput*, e do inciso XXXI, da Carta Magna, imprescindíveis para a análise do tema proposto:

Art. 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;

Nessa perspectiva, é importante mencionar que a Constituição Federal de 1988 consagra não apenas o valor social do trabalho como fundamento da República Federativa do Brasil, mas também a dignidade da pessoa humana, que repousa dentre os fundamentos elencados no corpo da Carta de 1988.

Sobre a dignidade da pessoa humana, como princípio do Ordenamento Jurídico pátrio, mister se faz destacar as palavras de Moraes (2003, p.60), no sentido de que o postulado “estabelece verdadeiro dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes”.

1 Os artigos da Constituição Federal citados nesta dissertação foram retirados da Constituição da República Federativa do Brasil, publicada em Vade Mecum RT/[Equipe RT]. – 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, 2108p.

Manus (2010, p.1) também enfatiza a relevância do princípio, destacando que “[...] ao se afirmar a dignidade da pessoa humana, não se está utilizando um argumento de retórica, mas, ao contrário, estamos afirmando o princípio maior a que a sociedade deve submeter-se para que a vida em grupo seja justa”.

Na seara trabalhista, a importância do princípio é trazida por Montal, a qual esclarece:

Cabe ao legislador, em atendimento às determinações constitucionais, edificar ordem jurídica com estrita observância desse princípio, sendo obrigação do Estado promover condições não só para viabilizar, como para remover os obstáculos que neguem às pessoas o direito a uma vida digna. Dessa forma, a compreensão do valor do “trabalho” para a pessoa com deficiência ultrapassa os limites das suas necessidades tangíveis, vai além e representa um fator de realização pessoal, do reconhecimento de sua cidadania e sua dignidade (MONTAL, 2010, p. 177).

Nesse sentido, compete frisar que a preocupação com a inclusão social das pessoas com deficiência está amplamente inserida no Estado brasileiro, na medida em que o Brasil é signatário de tratados internacionais que buscam ampliar os direitos das pessoas com deficiência, dentre os quais se destacam a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu protocolo facultativo, aprovada como emenda constitucional, nos termos do §3º, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009 (BRASIL, 2009), e a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 198, de 13 de junho de 2001 (BRASIL, 2001).

Segundo Baldi (2009, p.2), a Convenção Internacional sobre o Direito das Pessoas com Deficiência reconhece que essas pessoas “continuam a enfrentar barreiras contra sua participação como membros iguais da sociedade e violação de seus direitos humanos”. Conseqüentemente, vale enfatizar que a inclusão social de segmentos discriminados no mercado de trabalho é também um dos fins perseguidos pelo Ministério do Trabalho e Emprego que, através da Portaria nº 219, de 07 de maio de 2008 (BRASIL, 2008), criou a Comissão de Igualdade de Oportunidades de Gênero, de Raça e Etnia, de Pessoas com Deficiências e de Combate à Discriminação.

Nota-se que o tema é, igualmente, objeto de incidência de ações promovidas pelo Ministério Público do Trabalho na luta contra as discriminações nas relações laborais.

Conforme as lições de Melo (2008, p. 251) “A discriminação, qualquer que seja a espécie, constitui um dos mais graves ilícitos vedados pela lei”. E continua:

Em sua atuação, o Ministério Público do Trabalho busca promover a igualdade de oportunidades para todos os trabalhadores (na admissão para o emprego, no curso do contrato ou na demissão), visando resguardar o pleno exercício da cidadania (MELO, 2008, p. 251).

Como se pode observar, atualmente há uma grande preocupação com a inclusão no mercado laboral, e um dos mecanismos para repelir a exclusão dos que continuam sem acesso às condições mínimas de trabalho são as ações destinadas à promoção de igualdade por meio de medidas para compensar a desigualdade existente, quer pela intervenção de agentes sociais em situações de conflito, quer por políticas implementadas pelo Estado para a promoção da equidade.

Assim, foi inserida, na Constituição Federal de 1988, através do artigo 37, inciso VIII, a determinação de reserva de vagas para pessoas com deficiência nos concursos públicos. Nesse contexto, coube ao constituinte primar pela promoção da igualdade, que passa a ter um novo enfoque, admitindo-se, inclusive, o tratamento desigual como uma das facetas do próprio princípio da igualdade.

Nota-se que não se trata de restrição de direitos, mas de meios necessários para que se possa chegar à igualdade de fato, se garantido a todos, sem restrições, os direitos sociais consagrados. Portanto, não há como se negar a importância das políticas sociais voltadas para atender às necessidades relacionadas ao trabalho das pessoas com deficiência.

A esse respeito, é interessante mencionar o trabalho de Toldrá (2009), escrito com base na opinião das pessoas com deficiência sobre a legislação de reserva de vagas no mercado de trabalho. A pesquisa foi realizada na cidade de Campinas, no Estado de São Paulo, envolvendo o depoimento de dez trabalhadores com diferentes tipos de deficiência, os quais eram todos favoráveis a essa política social, por considerar a legislação necessária, devido ao histórico de discriminação vivido pelo segmento. As ideias centrais colhidas nos depoimentos foram:

- a- Se não houvesse as leis as empresas não contratariam as pessoas com deficiência;
- b- A lei de cotas permite diminuir o preconceito e mostrar a capacidade das pessoas com deficiência;

- c- As pessoas com deficiência não têm capacitação. Trabalham em ocupações mais simples e de menor remuneração (TOLDRÁ, 2009, p.113).

As ideias acima citadas, ainda que digam respeito às relações de trabalho mantidas com a iniciativa privada, são também relevantes para a análise das relações administrativas, pois, se não houvesse a previsão legal de reserva de vagas para os cargos e empregos públicos, as pessoas com deficiência teriam de competir, nos concursos públicos, em igualdade de condições com os demais candidatos, sem serem consideradas as peculiaridades da categoria.

Portanto, se a legislação é necessária para a iniciativa privada, para as relações administrativas é imprescindível, levando-se em conta que a Administração Pública está vinculada ao princípio da legalidade, o que importa dizer que a atuação do administrador público, como lembra Lenza (2009, p.685), “deve andar nos ‘trilhos da lei’, corroborando a máxima do direito inglês: *rule of law, not of men*”.

Nesse contexto, justifica-se a proteção conferida através das leis que estipulam percentuais de vagas em cargos e empregos públicos para que as pessoas com deficiência sejam incluídas no mercado de trabalho, uma vez que se trata de um dos mecanismos utilizados para garantir a todos, independentemente das diferenças aparentes, a igualdade de oportunidades na busca da concretização de direitos consagrados.

Não se pode olvidar que o Direito do Trabalho é um direito social, e os direitos sociais, segundo Lenza (2009, p. 758), “tendem a concretizar a perspectiva da uma isonomia substancial e social na busca de melhores e adequadas condições de vida, estando, ainda consagrados como fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV, da CF/88)”.

Conforme Pisarello (2007, p.11) “*habitualmente, los derechos sociales se presentan como expectativas ligadas a la satisfacción de necesidades básicas de las personas en ámbitos como el trabajo, la vivienda, la salud, la alimentación o la educación*”.

Assim, é imperioso que o direito de trabalhar seja efetivado para aqueles que ainda encontram barreiras para o seu exercício. São grupos minoritários, para os quais o trabalho é também fundamental, na medida em que é através dele que a grande maioria da população retira os meios necessários para a subsistência pessoal e da própria família.

É necessário destacar, também, a importância do trabalho na redução das desigualdades sociais, visto que o ser humano, ao ingressar no mercado produtivo, contribui para o seu progresso pessoal e da sociedade em que vive. Ademais, não se pode deixar de ressaltar que o trabalho se constitui em um aliado para o equilíbrio psíquico, eis que confere autonomia àqueles que estão na dependência da sociedade.

Como enfatiza Fonseca

as pessoas com deficiência lutam pelo seu direito ao trabalho, como sendo um dos pilares centrais da afirmação de todos os demais direitos [...] Trata-se, assim, do mais eficiente mecanismo de libertação e inclusão social (FONSECA, 2006, apud MONTAL, 2010).

Desse modo, embora não se possa negar que as pessoas com deficiência apresentem dificuldades para o desempenho de determinadas atividades, é certo que podem e devem exercer funções compatíveis com suas atribuições.

Nessa perspectiva, pretendeu-se fornecer uma visão sobre o acesso das pessoas com deficiência ao trabalho no âmbito da Administração Pública, a partir da consagração do direito em nosso Ordenamento Jurídico. A propósito, vale a pena fazer-se a leitura do artigo 37, *caput*, e do inciso VIII, da Constituição Federal:

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;

Norma de eficácia limitada, segundo a terminologia utilizada por Silva (1982 apud Moraes, 2002) ², já que o regramento constitucional reclamava a edição de lei para que viesse a ter aplicabilidade e, conseqüentemente, para que o acesso aos cargos e empregos públicos fosse indiscutivelmente garantido às pessoas com deficiência no âmbito da Administração Pública.

² Segundo o autor, normas constitucionais de eficácia limitada possuem “aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, porque somente incidem totalmente sobre esses interesses, após uma normatividade ulterior que lhes desenvolve a aplicabilidade” (SILVA, 1982, apud MORAES, 2002, p.41).

Por conseguinte, a edição da lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989 (BRASIL, 1989), que trata da integração social das pessoas com deficiência; o Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999 (BRASIL, 1999), que regulamentou a Lei n.º 7.853, de 24 de outubro de 1989; e a edição da Lei nº 8.212, de 11 de dezembro de 1990 (Brasil, 1990), que dispõe sobre o Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, são de suma importância para a concretização desse direito, pois regulamentaram a matéria, servindo de complemento ao regramento da norma constitucional.

Importa registrar que a relevância da Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989 (BRASIL, 1989) está na determinação de adoção de legislação específica que discipline a reserva de mercado de trabalho em favor das pessoas com deficiência nas entidades da Administração Pública. Dessa forma, a Lei nº 8.212, de 11 de dezembro de 1990 (BRASIL, 1990), ao dispor sobre o regime jurídico dos servidores da União, das autarquias e fundações públicas federais, previu a reserva de até vinte por cento das vagas oferecidas nos concursos aos candidatos cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência que possuem. Posteriormente, o Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999 (BRASIL, 1999), previu a reserva de, no mínimo, cinco por cento das vagas oferecidas nos concursos aos candidatos deficientes.

Logo, a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), ao prever o acesso das pessoas com deficiência aos cargos e empregos públicos e ao proibir a discriminação quanto ao salário e aos critérios de admissão do trabalhador com deficiência, inegavelmente contribuiu para o surgimento de políticas destinadas a oportunizar a igualdade de oportunidades a essas pessoas mediante políticas de discriminação positiva, também conhecidas como *affirmative actions*, através da determinação legal da reserva de vagas nos concursos para cargos e empregos públicos.

Inobstante a consagração do direito, é pertinente relatar que nossos tribunais têm se deparado com demandas nas quais se discute o exercício do direito assegurado às pessoas com deficiência. Não são poucas as lides sobre o tema, considerando-se que a pesquisa enfrentou o problema da existência de candidatos deficientes que, não obstante tenham sido aprovados em concursos públicos, não foram providos ao cargo para o qual concorreram, por terem sido reprovados nas avaliações médicas. Ademais, verificou-se o

problema da não homologação de inscrições de candidatos deficientes pelo fato de não terem a anomalia prevista entre aquelas que são legalmente levadas em conta para fins da política afirmativa.

Contudo, a prestação de concurso público é plenamente assegurada pelo Direito brasileiro, sendo assim imprescindível para o provimento de cargos e empregos públicos, ressalvados os cargos em comissão de livre provimento e exoneração.

A esse respeito, ensina Mello:

O que a Lei Magna visou com os princípios da acessibilidade e do emprego público foi, de um lado, ensejar a todos iguais oportunidades de disputar cargos ou empregos na Administração direta e indireta. De outro, propôs-se a impedir tanto o ingresso sem concurso, ressalvadas as exceções previstas na Constituição, quanto obstar a que o servidor habilitado por concurso para cargo ou emprego de determinada natureza viesse depois a ser agraciado com cargo ou emprego permanente de outra natureza, pois esta seria uma forma de fraudar a razão de ser do concurso público (MELLO, 2005, p.257-258).

No entanto, ainda que as disposições normativas relativas ao provimento para os cargos e empregos públicos sejam claras, verifica-se que ainda existem dificuldades para que os candidatos com deficiência tenham acesso aos cargos e empregos públicos. A não homologação das inscrições, a falta de nomeação dos candidatos aprovados e a existência de pessoas com deficiência que unicamente conseguem o acesso aos cargos públicos mediante um provimento judicial são algumas das situações que corroboram o alegado e que foram abordadas na pesquisa.

Do mesmo modo, como destaca Maranhão (2005, p.109) “nossos tribunais, em várias oportunidades, já se defrontaram com a questão que envolve os portadores de deficiência. [...] Não hesitaram em adotar a interpretação mais favorável em suas decisões”.

Portanto, surge um impasse importante, que merece ser objeto de estudo.

Não bastasse, há que se ressaltar que o tema é extremamente relevante para profissionais que exercem o cargo de Procurador Municipal, haja vista que o Município de Pelotas, bem como outros municípios, também realizam concursos para o provimento de cargos e empregos públicos. Assim, os resultados obtidos com o trabalho poderão ser úteis para outros municípios congêneres, visto que a política de cotas deve ser efetivada pelo ente municipal.

Consequentemente e levando-se em conta os princípios esculpidos na Constituição da República e face aos óbices que se colocam para a garantia do direito dos deficientes à reserva de vagas nos concursos públicos, este estudo abordou o direito das pessoas com deficiência aos cargos e empregos públicos. Uma investigação não apenas no campo da proteção normativa, ou seja, com base apenas na legislação sobre a temática, mas cotejando a questão com situações objetivas com as quais se defrontam os profissionais.

Em outras palavras, partindo da proteção jurídica conferida às pessoas com deficiência e os princípios que regem a Administração Pública, questionaram-se os motivos que, normalmente, impedem que as pessoas com deficiência tenham acesso aos cargos e empregos públicos, sendo este o objetivo geral do trabalho.

Como objetivos específicos foram definidos os seguintes: identificar os motivos que impediram a participação de pessoas com deficiência à prestação dos concursos para o provimento aos cargos e empregos públicos; investigar as hipóteses em que as pessoas com deficiência aprovadas nos concursos para cargos e empregos públicos perante a Administração Pública não foram nomeadas; e, finalmente, analisar de que forma pode ser pacificada a questão, para que seja garantido o direito constitucionalmente consagrado a essas pessoas.

Nesse contexto, pretendeu-se desenvolver o trabalho com a preocupação de ampliar o acesso das pessoas com deficiência aos cargos públicos, o que compreende desde o direito à participação no certame, ou seja, ao concurso de provas ou provas e títulos, como o direito de exercer as funções decorrentes do cargo para o qual houve provimento.

O percurso desenvolvido para atingir o objetivo almejado, no entanto, não poderia afastar-se das normas do Direito Público, visto que a Administração Pública, em razão de sua natureza, está vinculada a normas e princípios específicos, dos quais não pode abrir mão em razão da indisponibilidade do interesse público.

São essas as questões centrais que se pretendeu abordar e que levaram à propositura deste trabalho, demonstrando que é possível assegurar as pessoas com deficiência o direito fundamental ao trabalho no âmbito da Administração Pública, respeitando-se o regime jurídico administrativo. Cumpre-se, ainda, esclarecer que o

estudo buscou contribuir ao sugerir quais as medidas e encaminhamentos que podem ser implantados para ampliar o acesso desses trabalhadores ao serviço público.

Para alcançar o objetivo, realizou-se a pesquisa junto ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, perante o Tribunal Regional Federal da 4ª Região e através do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Junto aos tribunais regionais, buscou-se verificar, através dos julgamentos proferidos, quais os motivos pelos quais tem sido vedado às pessoas com deficiência o acesso aos concursos para o provimento aos cargos públicos no Estado do Rio Grande do Sul. Também se pretendeu verificar as razões pelas quais as pessoas com deficiência, quando aprovadas nos concursos, não são nomeadas e empossadas para o exercício do cargo almejado.

Para que a pesquisa não ficasse limitada aos julgamentos proferidos pelos tribunais regionais, também se pesquisou os julgamentos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal, com o intuito de conhecer o posicionamento dos tribunais superiores sobre o tema.

Dos dados colhidos, inferiu-se que, não obstante a Ciência do Direito tenha evoluído e atualmente apresente uma visão mais humanista, preocupada com a consagração dos direitos fundamentais ao homem, a partir de uma visão sistêmica do Ordenamento Jurídico, o Direito Administrativo permanece fortemente atrelado ao princípio da legalidade, além de não manter uma correlação com os demais ramos do Direito, o que, certamente, contribui negativamente para a eficácia da política inclusiva, visto que não há como o legislador prever todas as hipóteses nas quais a política merece ser concretizada. Em razão disso, os dados empíricos revelaram que somente através de provimento jurisdicional é que foi oportunizado aos deficientes que se socorreram do Judiciário o direito de participar dos concursos públicos ou obter a nomeação, quando aprovados nos certames.

Nesse contexto, a exposição do trabalho obedeceu a seguinte organização. No primeiro capítulo foi apresentado o debate sobre as políticas de inclusão, via as ações afirmativas, através de noções sobre a origem do instituto e sua introdução no Estado brasileiro. No segundo capítulo, abriu-se o debate sobre o direito das pessoas com deficiência ao trabalho no âmbito da Administração Pública, a partir da política de cotas,

ao considerar-se o posicionamento da doutrina sobre o tema e as normas que regulamentaram a política de cotas inserida pela Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988). No terceiro capítulo, se apresentam os princípios constitucionais alusivos à política de inclusão, quais sejam: o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da igualdade. No quarto capítulo fez-se uma reflexão sobre os princípios constitucionais previstos no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), visto que tais princípios norteiam a conduta da Administração Pública. Ademais, discorreu-se sobre o amplo acesso aos cargos e empregos públicos. O quinto capítulo foi destinado à metodologia. Assim, foi realizada uma abordagem sobre a o material empírico, descrevendo como se procedeu à coleta, à organização e à classificação dos dados. Ainda, nesse capítulo, discutiu-se a respeito do paradigma científico empregado para a análise dos dados colhidos, ressaltando a importância da unidade do sistema para a hermenêutica jurídica. Posteriormente, no sexto capítulo, apresentou-se a análise dos dados sobre a política de cotas na Administração Pública. Primeiramente, analisaram-se as principais demandas judiciais relacionadas à política de cotas para a inclusão das pessoas com deficiência no setor público. Em sequência, fez-se um estudo sobre os argumentos do discurso jurídico a partir da fundamentação das decisões judiciais para, então, apresentar-se uma síntese sobre o perfil das demandas judiciais. A seguir foram apresentadas as considerações finais sobre o estudo, resgatando os principais resultados e tecendo algumas sugestões sobre a temática.

1. POLÍTICAS DE INCLUSÃO E AS AÇÕES AFIRMATIVAS: NOÇÕES SOBRE A ORIGEM DO INSTITUTO E SUA INTRODUÇÃO NO ESTADO BRASILEIRO

As ações afirmativas englobam um conjunto de medidas voluntárias ou compulsórias destinadas à redução das desigualdades mediante providências efetivas e temporárias por parte do Estado ou de particulares com o objetivo de promover a igualdade de acesso a direitos fundamentais - como o trabalho e a educação - a grupos historicamente discriminados.

Conforme a procedência, as ações afirmativas podem ser, ou não, classificadas como políticas públicas, assim entendidas as que são oriundas do Poder Público, e não do setor privado.

Diferenciam-se de políticas meramente antidiscriminatórias na medida em que reclamam a imposição de condutas necessárias para tornar efetiva a igualdade de oportunidades, enquanto que as normas proibitivas de discriminação estão relacionadas a enunciados, normas informadoras que, embora sejam desdobramentos do princípio da igualdade, não garantem a promoção da igualdade material.

Como enfatiza Rocha:

Inobstante a garantia constitucional da dignidade humana igual para todos, da liberdade igual para todos, não são poucos os homens e mulheres que continuam sem ter acesso às iguais oportunidades mínimas de trabalho, de participação política, de cidadania criativa e comprometida, deixados que são à margem da convivência social, da experiência democrática na sociedade política (ROCHA, 1996, p.286).

Portanto, resta evidenciado que a consagração formal do princípio da igualdade, bem como a mera proibição de conduta discriminatória sem força coercitiva não são suficientes para a promoção da igualdade material, sendo necessário o implemento de medidas para superar a desigualdade social e ampliar as oportunidades para aqueles que se encontram à margem da sociedade e do mercado de trabalho.

Nesse contexto, a ação afirmativa passa a ser vista como um mecanismo indispensável para tentar superar a desigualdade social existente na sociedade, criando mais oportunidades para aqueles que se encontram entre as minorias.

Como apontam Gomes e Silva (2001, p.90), na compreensão da ação afirmativa, “a igualdade deixa de ser simplesmente um princípio jurídico a ser respeitado por todos, e passa a ser um objetivo constitucional a ser alcançado pelo Estado e pela sociedade”.

Conforme destaca Melo (2004), a *affirmative action* foi utilizada, pela primeira vez, nos Estados Unidos, em 1961, durante o governo de John F. Kennedy, quando este, através da Executive Order nº 10.952, criou a *Equal Employment Opportunity Commission*, com o objetivo de igualar as oportunidades de emprego para aqueles que sofriam alguma limitação decorrente de discriminação. Segundo Bom Junior et al.(2006), a *Equal Employment Opportunity Commission* desenvolveu-se lentamente, a partir de um sistema que obrigava as empresas a terem metas e cronogramas para admissão de trabalhadores negros, mulheres e outras minorias.

Mais especificamente sobre a inclusão social das pessoas com deficiência no mercado de trabalho, não se pode deixar de mencionar o *rehabilitation act* de 1973, pois, como destaca Melo (2004), consistiu na exigência de oferta de oportunidades de empregos para os deficientes físicos por aqueles que fizessem contrato com o governo americano.

Ademais, é importante esclarecer que existem outras medidas que também contribuíram para a inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho. A esse respeito, Maranhão (2005) lembra outro dispositivo no mesmo sentido, “The Americans with Disabilities Act of 1990 (ADA)”, o qual consistiu na proibição de discriminação contra pessoas com deficiência em qualquer aspecto trabalhista, incluindo-se a fase de contratação e treinamento.

Segundo Maranhão (2005), entre os países da América do Sul que aderiram à política inclusiva, figura a Argentina que, através da Lei Provincial de Buenos Aires nº 1.804, de 1985, obriga empresas a reservarem certo número de vagas para as pessoas com deficiência, dentro de uma escala voltada para o número de trabalhadores e empregados no estabelecimento. Na Europa, são ainda lembrados pela doutrina (Maranhão, 2005), como países que aderiram à obrigatoriedade de reserva de vagas para os deficientes físicos, o Estado da Alemanha e da França.

Em nosso Ordenamento Jurídico, o debate acerca das ações afirmativas acirrou-se com a instituição do sistema de cotas, inicialmente confundindo os institutos. Ocorre que

a ação afirmativa se identifica com o sistema de cotas, sendo, inegavelmente, uma espécie daquela.

No Brasil, é interessante notar que a compulsoriedade da política destinada à inclusão das pessoas com deficiência foi inserida tanto na iniciativa privada, quanto no setor público, por meio de legislação.

Nesse contexto, a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989 (BRASIL, 1989), que dispõe sobre o apoio às pessoas com deficiência e que visa a garantir a promoção de ações eficazes que propiciem a inserção das pessoas com deficiência nos setores público e privado, determinou a adoção de legislação específica para disciplinar a reserva de vagas no mercado de trabalho.

Assim, a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991 (BRASIL, 1991), que discorre sobre os planos de benefício da previdência social, em seu artigo 93, impôs às empresas com cem ou mais empregados a obrigatoriamente de preencher, de dois por cento a cinco por cento dos seus cargos, com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência habilitadas.

Ademais, a Lei nº 8.212, de 11 de dezembro de 1990 (BRASIL, 1990), que trata do regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e fundações públicas federais, assegura, em seu artigo 5º, §2º, o direito das pessoas com deficiência de se inscrever em concurso público para o provimento de cargos cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras, reservando vinte por cento das vagas oferecidas no concurso.

Não bastasse o exposto, o Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999 (BRASIL, 1999), posteriormente veio regulamentar a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, prevendo, no artigo 37, que as pessoas com deficiência devem concorrer nos concursos públicos, em razão da igualdade de condições, a todas as vagas. Todavia, determina a reserva de, no mínimo, cinco por cento das vagas ofertadas nos concursos à categoria, em face da classificação obtida.

É interessante noticiar que o Estado do Rio Grande do Sul regulamentou, também, a matéria através da Lei Estadual nº 13.320, de 21 de dezembro de 2009 (RS, 2009), que, em seu artigo 107, prevê a reserva de vagas de as pessoas com deficiências físicas nos concursos públicos, no percentual de dez por cento.

No Município de Pelotas, a Lei Municipal nº 3.880, de 21 de setembro de 1994 (PELOTAS, 1994), em seu artigo 3º, prevê que os concursos para provimento de cargo público destinarão, no mínimo, dez por cento das vagas para as pessoas com deficiência.

Como se pode observar, a política de inclusão para pessoas com deficiência física nos cargos e empregos públicos está prevista, por meio de cotas, nas três esferas: federal, estadual e municipal.

Cabe, no entanto, investigar se o sistema de cotas adotado em nosso país é uma política destinada a igualar as oportunidades, ou a igualar os resultados.

Segundo Bellintani

[...] as ações positivas, com vistas a obter uma igualdade substancial, podem ser de dois tipos: as que visam eliminar os obstáculos fáticos que impedem a igualdade de oportunidades (igualdade na partida); as que buscam garantir uma igualdade de resultados (igualdade na chegada) (BELLINTANI, 2006, apud HIDALGO, 2011, p.75).

Logo, são exemplos de ações positivas de oportunidade aquelas que objetivam proporcionar, às categorias que carecem, as condições para concorrer pelos bens limitados existentes na sociedade. No caso específico, seriam aquelas ações aptas a fornecer aos que necessitam condições para concorrer às vagas existentes no mercado de trabalho.

Já, as que buscam igualar os resultados, segundo Hidalgo (2011), dizem respeito àquelas ações que buscam distinguir as condições em que esses membros da sociedade concorrem pelos mesmos bens. Nessa hipótese, estão enquadradas as ações que determinam a reserva de vagas nos concursos públicos para os deficientes.

Portanto, pode-se inferir que as ações afirmativas implementadas no Brasil e destinadas à inclusão das pessoas com deficiência no mercado laboral são políticas públicas de resultado.

Além disso, há que se ressaltar que coexistem, com as ações afirmativas, normas meramente proibitivas, como a do já destacado inciso XXXI, do artigo 7º, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1998), a qual proíbe qualquer tipo de discriminação no tocante a salário e ao critério de admissão da pessoa com deficiência.

É interessante esclarecer que, embora não diga respeito ao tema central desta dissertação, a inserção das pessoas com deficiência no mercado produtivo não se limita à política de cotas, visto que o artigo 34 do Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999

(BRASIL, 1999), também revela a preocupação com a incorporação dessas pessoas através do trabalho por conta própria, da colocação competitiva e da colocação seletiva.

A colocação competitiva dá-se através de contratação regular, como ocorre com qualquer outro empregado, nos termos da legislação trabalhista. Todavia, não é excluída a possibilidade de utilização de apoios especiais, dentre os quais se destacam a orientação, a supervisão e as ajudas técnicas, as quais auxiliam ou permitem compensar limitações funcionais motoras, sensoriais ou mentais da pessoa com deficiência, de modo a superar as barreiras da mobilidade e da comunicação.

A colocação seletiva ocorre, também, por contratação regular, nos termos da legislação trabalhista. Entretanto, depende da adoção de procedimentos e apoios especiais para sua concretização, tais como: jornada variável com proporcionalidade de salário e ambiente de trabalho adequado às necessidades do trabalhador.

Ademais, o artigo 35 do Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999 (BRASIL, 1999) prevê a possibilidade de trabalho por conta própria, mediante trabalho autônomo, por meio de cooperativas ou em regime de economia familiar com vistas à emancipação econômica e social desse contingente populacional. Como ressalta Maranhão (2005, p.98), através das lições de Gugel, “[...] as entidades beneficentes de assistência social poderão intermediar a inserção no trabalho dos portadores de deficiência sob as formas de colocação seletiva e promoção do trabalho por conta própria”.

Conforme se pode notar, não restam dúvidas de que existe uma preocupação com a inserção das pessoas com deficiência no mercado de trabalho e na integração social mediante medidas proibitivas e impositivas, ainda que sejam políticas polêmicas, inclusive, contestadas por aqueles que não são atingidos pelos seus efeitos.

Nesse contexto, optou-se por investigar os motivos que têm impedido o acesso das pessoas com deficiência aos cargos e empregos públicos. Para tanto, o percurso para chegar ao fim almejado, obrigatoriamente, envolveu o debate sobre as implicações da política de cotas para o ingresso das pessoas com deficiência no serviço público.

2. O DEBATE SOBRE O DIREITO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA AO TRABALHO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Como visto anteriormente, o direito das pessoas com deficiência ao trabalho é consagrado em diversos ordenamentos jurídicos, o que reflete a preocupação com a inclusão social dessas pessoas, as quais, em razão de discriminação arbitrária, historicamente estiveram excluídas das relações de trabalho e à margem da sociedade.

Desse modo, a partir do princípio da igualdade, vigoram, concomitantemente, normas proibitivas, que repelem condutas discriminatórias, e medidas afirmativas, que objetivam proporcionar às pessoas com deficiência a inclusão no mercado de trabalho, pois, como sinaliza Melo:

[...] o estigma da deficiência ainda inculca a falsa ideia de que todos os deficientes são iguais. O resultado deste preconceito é que, mesmo quando habilitados a exercer uma profissão compatível com a sua deficiência, esbarram em objeções, claras ou disfarçadas, que lhes impedem o acesso ao mercado de trabalho (MELO, 2004, p. 24-25).

Ocorre que o direito do trabalho é um direito social fundamental, imprescindível para a existência de uma vida digna, pois, como já dito, é através do exercício desse direito que o ser humano obtém meios para a aquisição das condições materiais que lhe conferem independência. Logo, negar-se o direito ao trabalho às pessoas com deficiência é negar-lhes o direito de garantir a própria sobrevivência.

Portanto, o movimento que se tem hoje na busca da conscientização da sociedade de que as pessoas com deficiência possuem plenas condições de exercer direitos que são concretizados a todos é muito significativo, pois representa a luta pela inclusão social da categoria.

Há que se enfatizar que diversos relatos históricos demonstram uma trajetória de abandono e segregação, ainda que alguns povos até tivessem dado apoio às pessoas com deficiência. A título de exemplo, Maranhão (2005) ressalta que a lei das XII Tábuas – lei romana – elaborada em 450 e 449 a.C. possuía determinação para que o pai exterminasse o filho que nascesse deformado ou com sinais de monstruosidade.

Já, na Idade Média, com a implantação do Cristianismo, passou-se a ter outro posicionamento em relação ao ser humano, destacando-se a importância de cada indivíduo como um ser criado por Deus, o que, segundo a doutrina (Maranhão, 2005),

veio a favorecer os deficientes, inclusive, com o surgimento de hospitais e abrigos para tratamento dos mesmos.

Como ressalta Montal (2010, p.166) “as pessoas com algum tipo de deficiência tiveram, ao longo da história, momentos em que eram protegidas e outros em que eram eliminadas por representar ‘estorvo’ para a família e para a sociedade”.

Entretanto, como salienta Melo (2004), através dos dizeres de Kremer, foi a partir do fim da Segunda Guerra Mundial e de seus efeitos, que a comunidade passou a se sensibilizar para garantir uma maior proteção ao ser humano, pois afloraram os interesses dos mutilados, que pressionavam o Estado no sentido de reabilitá-los ao mercado de trabalho, e dos civis deficientes, que desejavam permanecer ativos, uma vez que haviam ocupado postos vagos nas indústrias e no comércio por aqueles que haviam sido convocados para a guerra.

Assim, a Recomendação nº 99 da Organização Internacional do Trabalho - OIT representou um avanço em direção ao reconhecimento das pessoas com deficiência, porque, como enfatiza Melo (2004), demonstrou a necessidade de que fossem adotadas, internacionalmente, práticas de integração das pessoas portadoras de deficiência no mercado de trabalho, ao dispor que todos os indivíduos com limitações, quaisquer que fossem a origem, tinham direito aos meios de reabilitação profissional.

No Brasil, embora a Emenda Constitucional nº12, de 17 de outubro de 1978, já previsse a proibição de discriminação quanto à admissão ao trabalho das pessoas com deficiência, tal garantia não produziu eficácia social, visto que

[...] somente a partir de 1988, com o estabelecimento de uma nova ordem constitucional, surgiram novos comandos voltados para a proteção das pessoas com deficiência e sua integração social, de forma especial no mundo do trabalho, inspirados nos princípios da cidadania e da dignidade da pessoa humana, e em sintonia com instrumentos internacionais (MONTAL, 2010, p.167).

Nesse sentido, não se pode deixar de ressaltar que a política de inclusão para as pessoas com deficiência é uma luta enfrentada tanto pelos sujeitos diretamente envolvidos, quanto por organismos existentes para a promoção do direito da categoria, pois, conforme ensina Canotilho (2000, p.410), “é a partir da função antidiscriminatória dos direitos fundamentais que alguns grupos minoritários defendem a efetivação plena da igualdade de direitos numa sociedade multicultural e hiperinclusiva [...]”.

Nesse contexto, lembra-se que o Movimento da Vida Independente, criado na Universidade de Berkeley – Califórnia, na década de 1960, surgiu com a finalidade de inclusão social das pessoas com deficiência.

No Brasil, a concepção pioneira, a qual é intitulada de Centro da Vida Independente – CVI situa-se no Rio de Janeiro, como entidade a representar o Movimento da Vida Independente na América Latina.

O CVI – Rio tem como objetivo a inclusão social do segmento, incluindo a preocupação com a inserção no mercado laboral. Entre os objetivos estão, ainda, o de exercer ações de cidadania para a defesa dos direitos das pessoas com deficiência.

Do exposto, verifica-se que a busca pela efetivação dos direitos consagrados não é um fim exclusivo da ciência jurídica. Aliás, não se pode olvidar que a promoção e integração ao mercado de trabalho é, também, um dos objetivos da assistência social. Nesse sentido, dispõe o artigo 2º, I, c, da Lei 8.742, de 7 de dezembro de 1993 (BRASIL, 1993), Lei Orgânica de Assistência Social:

Art. 2º A assistência social tem por objetivos:
I - a proteção social, que visa à garantia da vida, à redução de danos e à prevenção da incidência de riscos, especialmente:
c) a promoção da integração ao mercado de trabalho;
[...]

Portanto, existe atualmente uma interação com os próprios sujeitos de direitos que, de forma organizada, buscam ser ouvidos e atendidos em suas reivindicações.

Segundo ressalta Fávero:

[...] há, em nosso atual momento histórico, um perfeito casamento entre o que pregam os movimentos sociais, até internacionais, que trazem a bandeira da inclusão, e nossos princípios constitucionais os quais, ainda que, com outras palavras a garantem (FAVERO, 2004, p.36-37).

Assim sendo, há que se recordar que o direito de participar dos concursos públicos para o provimento de cargos e empregos públicos é uma garantia constitucionalmente prevista às pessoas com deficiência através da reserva de vagas à categoria. Como visto anteriormente, é um direito regulamentado em nível federal, pela Lei nº 8.112, de dezembro de 1990; pela lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989; e pelo Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999.

Aliás, sobre a implantação da política inclusiva, como forma de concretização do direito do trabalho às pessoas com deficiência, tem-se manifestado favoravelmente a doutrina.

A esse respeito, Melo é categórico, ao afirmar que

[...] para o alcance do primado da igualdade de oportunidades, constitucionalmente previsto, há necessidade de adoção de ações positivamente discriminatórias (ações afirmativas), propiciando o equilíbrio das desigualdades, com o abandono da neutralidade estatal (MELO, 2004, p.143).

Sobre a necessidade de adoção de medidas para garantir o acesso ao mercado de trabalho das pessoas com deficiência, também já se manifestou Garcia:

Em razão de um contexto histórico de exclusão do trabalho e do ‘mundo social’ – uma vez que as pessoas com deficiência eram vistas como ‘inválidas’, por vezes até escondidas por suas famílias –, forjou-se nas últimas décadas um aparato jurídico que visa garantir condições diferenciadas de acesso para esse segmento no mercado formal (GARCIA, 2014, p.167).

Na mesma linha de pensamento, o então Ministro do Supremo Tribunal Federal:

Do art. 3º vem-nos luz suficiente ao agasalho de uma ação afirmativa, a percepção de que o único modo de se corrigir desigualdades é colocar o peso da lei, com a imperatividade que ela deve ter no mercado desequilibrado, a favor daquele que é discriminado, o que é tratado de forma desigual. Nesse preceito são considerados como objetivos fundamentais de nossa República: primeiro, construir – prestem atenção ao verbo – uma sociedade livre, justa e solidária; - segundo, garantir o desenvolvimento nacional – novamente aqui temos o verbo a conduzir, não a uma atitude plenamente estática, mas a 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, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Posso asseverar, sem receio de equívoco, que se passou de uma igualização estática, meramente negativa, no que se proíbia a discriminação, para uma igualização eficaz, dinâmica, já que os verbos “construir”, “garantir”, “erradicar” e “promover” implicam, em si, mudança de óptica, ao detonar “ação”. Não basta discriminar. É preciso viabilizar – e encontramos, na Carta da República, base para fazê-lo – as mesmas oportunidades. Há de ter-se como página virada o sistema simplesmente principiológico. A postura deve ser, acima de tudo, afirmativa (MELLO, 2001, apud MELO, 2004, p.135-136).

O constitucionalismo português também traz sua contribuição para o tema ao referir que

a partir do princípio da igualdade e dos direitos de igualdade específicos consagrados na Constituição, a doutrina deriva esta função primária e básica dos direitos fundamentais: assegurar que o Estado trate os seus cidadãos como cidadãos fundamentalmente iguais. Esta função de não discriminação abrange todos os direitos. [...] É com base nesta função de não discriminação que se discute o *problema das quotas* (ex: parlamento paritário de homens e mulheres) e o problema das *affirmative actions* tendentes a compensar a

desigualdade de oportunidades (ex.: cotas de deficientes) (CANOTILHO, 2000, p.410).

Ainda que o direito das pessoas com deficiência de concorrer à reserva de vagas nos cargos e empregos públicos esteja formalizado em nosso ordenamento jurídico, existem algumas observações importantes que merecem ser destacadas.

Para aprofundar o debate, primeiramente são imprescindíveis alguns apontamentos sobre o conceito de pessoa com deficiência.

Segundo o artigo 2º do Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999, considera-se:

I - deficiência – toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano;

II - deficiência permanente – aquela que ocorreu ou se estabilizou durante um período de tempo suficiente para não permitir recuperação ou ter probabilidade de que se altere, apesar de novos tratamentos; e

III - incapacidade – uma redução efetiva e acentuada da capacidade de integração social, com necessidade de equipamentos, adaptações, meios ou recursos especiais para que a pessoa portadora de deficiência possa receber ou transmitir informações necessárias ao seu bem-estar pessoal e ao desempenho de função ou atividade a ser exercida.

São também consideradas pessoas com deficiência, nos termos do referido decreto, as pessoas que se enquadrem nas seguintes categorias previstas no artigo 4º:

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, triplegia, 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;

II - 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;

III - 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;

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 dos recursos da comunidade;
- e) saúde e segurança;
- f) habilidades acadêmicas;
- g) lazer; e
- h) trabalho;

V - deficiência múltipla – associação de duas ou mais deficiências.

Convém esclarecer que os artigos 3º e 4º do Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999 (BRASIL, 1999), possuem grande relevância para o tema, visto que a Administração Pública, como cediço, tem a sua conduta regradada pelo princípio da legalidade.

Assim, a definição legal de “deficiência” repercute diretamente sobre a política de inclusão social, pois nem todas as hipóteses são previstas pela norma, o que pode gerar controvérsia sobre quem faz jus às vagas oferecidas aos deficientes.

Logo, na existência de elenco sobre as hipóteses de deficiência para fins de participação em concursos públicos surge a celeuma entre aqueles que, não obstante sejam deficientes, não possuem uma das anomalias previstas pelo decreto acima referido.

A este respeito, há posicionamento da doutrina sobre a possibilidade de negar-se ao candidato o direito de inscrição à reserva de vagas

[...] caso a deficiência alegada não seja comprovada no ato da inscrição, situação em que o candidato prossegue com os demais, sem direito à reserva. Para isso, o órgão responsável pela realização do concurso terá a assistência de equipe multiprofissional, composta de três profissionais capacitados e atuantes nas áreas da deficiência em questão, sendo um deles médico, e três profissionais integrantes da carreira almejada pelo candidato, conforme impõe o art. 43. Esta equipe deverá, entre outras atribuições, analisar os requerimentos de inscrição e decidir pelo seu processamento como candidato com direito à vaga reservada, deferindo-se ou não as condições especiais, verificando-se se a necessidade especial comprovada pelo candidato encaixa-se ou não nas definições legais de deficiência (FAVERO, 2004, p.133).

Das lições de Fávero, verifica-se a importância do elenco previsto no Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999, visto que pode vir a ser o fundamento do ato administrativo que importe no alijamento do candidato que pretenda concorrer à reserva de vaga para deficientes nos concursos públicos.

No entanto, não se pode deixar de enfatizar que existem outros dispositivos que também discorrem sobre o direito das pessoas com deficiência. Nesse sentido, compete mencionar as convenções internacionais ratificadas pelo Brasil.

É interessante notar que a Convenção nº159 da Organização Internacional do Trabalho - OIT, ratificada pelo país e promulgada pelo Decreto nº 129, de 18 de maio de 1991 (BRASIL, 1991), dispõe sobre a reabilitação e o emprego das pessoas com deficiência e, em seu artigo 1º, ainda define deficiência, nos seguintes termos:

Para efeito desta Convenção, entende-se por “pessoa deficiente” todas as pessoas cujas possibilidades de obter e conservar um emprego adequado e de progredir no mesmo fiquem substancialmente reduzidas devido a uma deficiência de caráter físico ou mental devidamente comprovada.

Não bastasse, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, aprovada através do Decreto nº186, de 9 de julho de 2008, com força de Emenda Constitucional, conceitua pessoas com deficiência como 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.

Como se pode perceber, existem diversas espécies normativas que dispõem acerca do conceito de pessoa com deficiência e que podem, também, auxiliar na compreensão do que significado da expressão “deficiente”.

A respeito do tema, afirma Maranhão:

Apesar de a legislação infraconstitucional ter relacionado as categorias nas quais os portadores de deficiência podem ser enquadrados, para obterem a tutela legal, entendemos que o diagnóstico médico não deve ser o único meio de avaliar a capacidade produtiva do portador com deficiência, esta deverá ser analisada face à atividade produtiva (MARANHÃO, 2005, p.141).

Cabe frisar que outras indagações polêmicas sobre a política de cotas também são abordadas pela doutrina, entre as quais se destacam:

Como proceder se a aplicação do percentual não resultar em número inteiro?
Deve ser observada a reserva de vagas também para as funções para as quais se exige aptidão plena?
A inscrição como candidato à reserva de vagas pode ser indeferida?

Se a deficiência do candidato não for considerada compatível com a função desempenhada, ele pode ser impedido de tomar posse?
(FAVERO, 2004, p.131-134).

Como se pode observar, o tema engloba muitos questionamentos, na medida em que a matéria é polêmica. Cabe mencionar que muitas das indagações podem ser inicialmente respondidas pela redação do Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999 (BRASIL, 1999), visto que seu artigo 37 prevê que a aplicação do percentual de vagas deverá ser elevado até o primeiro número inteiro se resultar em número fracionado. Ademais, o artigo 40 do referido decreto veda a autoridade competente de obstar a inscrição de pessoa com deficiência em concurso público para ingresso em carreira da Administração Pública Federal direta e indireta.

Frise-se que o artigo 8, *caput*, e inciso II, da Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989 (BRASIL, 1989) prevê que constitui crime punível com reclusão de 1 a 4 anos e multa, obstar, sem justa causa, o acesso de alguém a qualquer cargo público, por motivos derivados de sua deficiência.

Para além disso, o artigo 38 do Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999 (BRASIL, 1999), faz uma ressalva à política inclusiva, na medida em que diz que a reserva de vagas não incide para os cargos em que se exige a aptidão plena.

Não bastasse, há que se salientar que o §2º, do artigo 43 do Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999 (BRASIL, 1999) prevê a compatibilidade entre as atribuições do cargo e a deficiência do candidato durante o estágio probatório.

Ocorre que, embora esse decreto tenha regulamentado a lei que dispõe sobre a integração social das pessoas com deficiência, não é o único instrumento que se refere à proteção legal pertinente à categoria.

Como enfatiza Maranhão (2005, p.141), “a base das garantias e privilégios que desfrutam as pessoas portadoras de deficiência encontra-se no princípio constitucional da igualdade”.

Também não se pode olvidar que o princípio da dignidade da pessoa humana também é um dos que sustentam as medidas afirmativas.

São questões importantes na medida em que se encontram nas demandas judiciais que foram objeto da análise de dados desta dissertação.

A relevância dos apontamentos, certamente, reclamará uma reflexão por parte do aplicador das normas que consagram o direito das pessoas com deficiência aos cargos e empregos públicos, a partir dos preceitos constitucionais estabelecidos na Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1998).

A propósito, cabe referir-se que a adoção de políticas afirmativas é também questionada pela doutrina.

Segundo Melo

No Brasil, a questão do acesso ao mercado de trabalho à pessoa portadora de deficiência, em termos de igualdade material, ocorre em termos limitados. [...] Ao defendermos a adoção de ações afirmativas para conferir efetividade ao trabalho das pessoas portadoras de deficiência, entendemos que as cotas, isoladas, são insuficientes para garantir o exercício de tal direito (MELO, 2004, p.139).

Isso, porque a contratação de pessoas com deficiência é uma tarefa complexa, na medida em que envolve uma série de questões, tais como a qualificação profissional do trabalhador deficiente, a eliminação de barreiras arquitetônicas e adequações do ambiente de trabalho, de acordo com as necessidades do trabalhador. São ações que demandam custos maiores ao empregador.

Nesse contexto é que Melo (2004) questiona a eficácia da política de cotas para a inclusão social das pessoas com deficiência e ressalta a necessidade de estratégias compensatórias, como contribuições, prêmios, subsídios e benefícios que, aliados às cotas, trarão estímulos aos empregadores para a contratação da categoria.

Embora as críticas digam respeito à efetivação da política de cotas perante a iniciativa privada, são construtivas para o administrador público, pois é certo que a efetivação da política inclusiva implicará, também, adaptações no setor público, tais como a eliminação de barreiras arquitetônicas através da construção de rampas e instalação de elevadores, bem como a adequação do ambiente de trabalho com aquisição de leitoras em Braille, no caso de trabalhadores deficientes visuais, ainda que a qualificação e a educação do deficiente sejam, obrigatoriamente, avaliadas através da realização das provas em igualdade de condições com os demais candidatos.

Para além disso, importa notar que a aceitabilidade do sistema já foi questionada pela opinião pública. Como aponta Gomes

[...] uma série de pesquisas realizadas nas últimas duas décadas também revela que a opinião pública não aprova esse sistema, embora seja favorável a outras

medidas de ação afirmativa, como a oferta de treinamento profissional complementar para grupos marginalizados (GOMES, 2001, apud MELO, 2004, p.139).

No entanto, não há como se negar que já houve um grande avanço no reconhecimento de direitos, pois, embora se reconheçam as dificuldades de inserir as pessoas com deficiência no mercado de trabalho,

[...] o processo de inclusão laboral de pessoas com deficiência no Brasil tem produzido experiências exitosas e enriquecedoras. [...] Embora date do início da década de 1999, a chamada lei de cotas só foi regulamentada em 2009 (Brasil, 1999). Sua vigência e maior fiscalização impulsionaram um movimento que envolveu empresas privadas, agentes públicos, entidades de assistência, profissionais da área da saúde e reabilitação, além, é claro, das próprias pessoas com deficiência (GARCIA, 2014, p.181).

Gugel, também, contribuiu para o debate ao fazer comentários favoráveis à Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1999 (BRASIL, 1999):

Positivamente no Brasil instituiu-se a política de ampliação de oportunidade, reconhecendo que as desigualdades existem. A reserva legal de postos de trabalho é uma ação afirmativa que visa atingir a igualdade de oportunidades, oferecendo meios institucionais diferenciados para o acesso das pessoas portadoras de deficiência a bens e serviços e, portanto, a viabilizar-lhes o gozo e o exercício de direitos fundamentais, sobretudo no que concerne ao direito de ser tratada como igual. É o que dispõe a Lei 7.853/89 ao estabelecer a política nacional para as pessoas portadoras de deficiência (GUGEL, apud MARANHÃO, 2005, p.97).

Portanto, buscou-se, com este trabalho, demonstrar que as políticas de cotas são necessárias para a inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho, visto que, conquanto essas pessoas apresentem limitações de índole física, podem e devem trabalhar, uma vez que o estigma de que as pessoas com deficiência não possuem condições para desenvolver um trabalho produtivo é totalmente equivocado e deve ser revisto.

Aliás, outra não é a finalidade das ações afirmativas, implantadas para assegurar às pessoas com deficiência o direito de não serem mais preteridas e discriminadas nas relações de trabalho, mas acolhidas e inseridas no mercado laboral.

3. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS CORRELATOS ÀS POLÍTICAS DE INCLUSÃO

3.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Não há como se discorrer sobre igualdade de exercício de direitos e de repúdio à discriminação sem algumas considerações acerca da dignidade da pessoa humana.

Segundo Kant, filósofo alemão cujo pensamento, nas palavras de Sarlet (2012), prevalece na atualidade, o fundamento da dignidade da natureza humana está no atributo - apenas encontrado nos seres racionais - da autonomia da vontade, entendida essa como a faculdade de determinar a si mesmo e agir em conformidade com a representação de certas leis.

Com base nessa premissa, Kant sustenta que o

homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe com um fim em si mesmo, não simplesmente como meio arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado como um fim... [...] (KANT, 1980, apud SARLET, 2012, p.40).

Nesse contexto, valendo-se das palavras de Barzotto, pode-se afirmar que

a dignidade da pessoa humana se expressa na noção de que “o ser humano é sempre um valor em si e por si, e exige ser considerado e tratado com tal, e nunca ser considerado e tratado como um objeto que se usa, um instrumento, uma coisa” e, mais “tudo o que existe sobre a terra deve ser ordenado em função do homem, como seu centro e seu termo”(BARZOTTO, 2007, p.18-19).

Do exposto, infere-se que a concepção de dignidade da pessoa humana, hodiernamente, pressupõe o reconhecimento do valor absoluto do ser humano, o que vem a ser reconhecido não apenas pelo Direito Pátrio, mas também pelo Direito Alienígena.

Não obstante, não se pode deixar de ressaltar que a definição e o significado de dignidade da pessoa humana estão atrelados aos ideais prevalecentes em cada sociedade e à concepção vinculante a cada época. Sendo assim, para a concepção cristã (SARLET, 2012), a ideia do valor intrínseco da pessoa humana parte da convicção de que todo homem foi criado à imagem e semelhança de Deus. Dessa premissa é que o cristianismo teria extraído a consequência de que o ser humano - e não apenas os cristãos - é dotado de

um valor próprio que lhe é intrínseco, não podendo ser transformado em mero objeto ou instrumento.

Na ótica do Direito Natural (Frota, 2011), a dignidade da pessoa humana, já dissociada da divindade, era considerada um valor eterno, que transcende as barreiras do tempo e do espaço, entoando o anseio universal de nascer, viver e morrer com dignidade.

Por outro lado, na Antiguidade Clássica (SARLET, 2012), a concepção de dignidade da pessoa humana estava associada à posição social do indivíduo e ao grau de seu reconhecimento pela sociedade, admitindo-se, inclusive, a existência de pessoas mais dignas e menos dignas.

Embora a dignidade da pessoa humana seja considerada um dos princípios mais relevantes da atualidade, conquanto prime pela valorização do ser humano, ao impor um vetor informador do Ordenamento Jurídico, não se pode olvidar que parte da doutrina afirma que

[...] a dignidade da pessoa humana deve ser concebida como uma conquista ético-jurídica oriunda das relações dos povos contra as atrocidades cometidas pelos regimes totalitários a milhões de pessoas durante a Segunda Guerra Mundial (GAMBA, 2010, p.33).

Acerca dos impactos da Segunda Guerra, já se manifestou Segado, ressaltando que

[...]Los horrores de la Segunda Guerra Mundial impactarían de tal forma sobre el conjunto de la humanidad, que por doquier se iba a generalizar un sentimiento de rechazo, primero, y de radical rectificación después, que había de conducir en una dirección que entendemos sintetiza con meridiana claridad el primer párrafo del Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948[...] (SEGADO, 2007, apud FREITAS, 2008).

Há que se destacar que o parágrafo primeiro do Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão reconhece a dignidade como inerente a todos os seres humanos³. O artigo primeiro da Declaração Universal, da mesma forma, enuncia que todos os homens nascem livres em dignidade e direitos.

Como se pode observar, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, ainda sob os impactos negativos da Segunda Guerra Mundial, subscrita por quarenta e oito países,

³Os artigos da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão citados e comentados nesta dissertação foram retirados da obra de Mondaini (2006, p.148-149).

foi redigida com a finalidade de reconhecer os direitos fundamentais à humanidade e o respeito à dignidade da pessoa humana.

Com a Conferência de Viena, em junho de 1993, os Direitos Humanos, de acordo com Gamba (2010), foram revigorados através de uma visão contemporânea na medida em que, nessa conferência mundial, houve a reafirmação da universalidade, irrenunciabilidade, inalienabilidade e imprescritibilidade desses direitos. Ademais, segundo Piosevan (2010), ocorreu o inter-relacionamento desses direitos com os 171 Estados signatários. Nessa perspectiva, observa-se que a Conferência de Viena retoma a dignidade da pessoa humana e a relevância do princípio como linha mestra dos Estados de Direito.

Feitas essas considerações, cabe enfatizar que o referido princípio repousa no artigo 1º da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) entre os fundamentos da República Federativa do Brasil.

Como ressalta Piosevan (2010, p.26),

a Constituição Brasileira de 1988 simboliza o marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no país. O texto constitucional demarca a ruptura com o regime autoritário militar de 1964, refletindo o contexto democrático “pós-ditadura”. Após 21 anos de regime autoritário, objetiva a Constituição resgatar o Estado de Direito, a separação dos poderes, a Federação, a Democracia e os direitos fundamentais, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana (PIOSEVAN, 2010, p.26).

Complementando, Sarlet (2012) destaca a presença do mesmo princípio na Constituição de diversos países tais como: o Paraguai, a Venezuela, a Alemanha, a Espanha, a Grécia, a Irlanda e Portugal.

Da mesma forma, vale a pena salientar as lições de Canotilho sobre a dignidade da pessoa humana na República de Portugal:

Perante as experiências históricas de aniquilação do ser humano (inquisição, escravatura, nazismo, stalinismo, polpotismo, genocídios étnicos) a dignidade da pessoa humana como base da República significa, sem transcendências ou metafísicas, o reconhecimento do *homo noumenon*, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República. Nesse sentido, a República é uma organização política que serve ao homem, não é o homem que serve aos aparelhos político-organizacionais (CANOTILHO, 2000, p.225).

É igualmente interessante trazer ao conhecimento que a Constituição Espanhola também elenca o princípio da dignidade da pessoa humana como princípio nuclear, pois, como observa Segado (2003, p. 28), “*Una lectura detenida del art. 10.1 nos revela que la*

dignidad de la persona es le primer principio em que están contenidas, como em su simiente, las demás afirmaciones”.

Como frisa Sarlet (2012), a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia de 2000, em seu artigo 1º, do mesmo modo, dispõe que “a dignidade do ser humano é inviolável. Deve ser respeitada e protegida”.

Portanto, considerando-se a relevância do princípio, impõe-se esclarecer o significado da dignidade da pessoa humana no atual contexto jurídico. No entendimento de Schwarz (2013, p. 133), “a dignidade humana é reconhecida, no Estado democrático de direito, como um valor supremo, o primeiro dos valores fundamentais, o verdadeiro epicentro de todo o ordenamento jurídico, em torno do qual gravitam todas as demais normas”.

Para Gamba (2010, p.32), “é o princípio de maior importância axiológica na ordem jurídica contemporânea nacional e estrangeira, devendo nortear a interpretação e a aplicação das normas, em especial no Direito do Trabalho”. Segundo ressalta a autora:

É nessa direção jus filosófica que deve caminhar a compreensão da dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, a dignidade do trabalhador no âmbito dos Estados Democráticos, sendo protegidas integralmente pelo Direito (GAMBA, 2010, p.37).

Por conseguinte, não há como se negar a relevância do princípio da dignidade da pessoa humana e de suas implicações jurídicas, entre as quais se destaca o reconhecimento de que o ser humano é merecedor de respeito e consideração por parte do Estado e da sociedade.

Nessa perspectiva, compete lembrar a concepção de Sarlet, no sentido de que a dignidade da pessoa humana é uma

qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integrem a rede da vida (SARLET, 2012, p.73).

Do conceito de Sarlet (2012) extrai-se uma forte relação entre a dignidade da pessoa humana e o exercício de direitos fundamentais. Verifica-se, claramente, a intenção

de proteção do indivíduo, enquanto ser humano, e o objetivo de proporcionar as condições mínimas para que possa usufruir de uma vida digna.

É nessa direção que o princípio da dignidade da pessoa humana paira entre um dos fundamentos das ações afirmativas que nada mais são do que políticas sociais destinadas à promoção da inclusão daqueles que, historicamente, têm sido excluídos, não apenas do convívio social, mas também das relações de trabalho, em razão de condutas discriminatórias.

Desse modo, considerando-se que o direito do trabalho é um direito social fundamental e que a dignidade da pessoa humana é o fim precípua do Estado, buscou-se demonstrar, a partir da importância das ações afirmativas para a inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho, como vem se efetivando a política para a inclusão desse segmento nos cargos e empregos públicos, pois, como afirma Góis (2010, p. 132), o direito ao trabalho é *“meio de concretização da dignidade humana. Sua negativa, um obstáculo a tanto”*.

3.2 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O princípio da igualdade de direitos está expressamente previsto no artigo 5º, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), nos seguintes termos:

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 à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...]:

A Constituição Federal, ao dispor sobre os direitos e garantias fundamentais, abre o capítulo consagrando, no *caput* do artigo 5º, o direito de igualdade no seu sentido jurídico-formal, ou seja, a “igualdade de todos perante a lei”.

Dessa forma compete esclarecer que a igualdade formal é decorrente do constitucionalismo liberal que, segundo recorda Canotilho (2000), assenta-se no postulado de que os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos.

Entretanto, como adverte Barzotto (2012, p.36), “as Revoluções Liberais, ao afirmar a igualdade de todos como sujeitos de direitos, não viram que o exercício dos direitos poderia gerar desigualdades”.

Nesse sentido, lembra Caplan:

o que se verificou, na prática, foi a construção de uma ordem jurídica que acabou de assegurar concretamente a igualdade de condições de exercícios de direitos tão somente aos homens, ocidentais, brancos e proprietários. Estes, pois, os iguais; todos e todas as demais, por motivo de etnia, gênero, origem territorial, classe social etc., os diferentes (CAPLAN, 2010, p.118).

Portanto, a partir da constatação da diversidade existente na sociedade, a igualdade universal passa a ser questionada, uma vez que surge a necessidade de se refletir sobre a concretização dos direitos positivados a todos, independentemente das diferenças aparentes.

Trata-se de buscar a materialização do próprio princípio da igualdade. Neste passo, há que se ressaltar que a Constituição de 1988 (BRASIL, 1998) possui artigos destinados a promover a igualdade de forma substancial, objetivando a redução de desigualdades. Assim, dispõem os incisos III e IV, do artigo 3º, da Constituição Federal (BRASIL, 1998), ao preverem que são objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil reduzir as desigualdades sociais e regionais, além de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Os incisos XXX e XXXI, do artigo 7º, da Constituição Federal (BRASIL, 1998), também não poderiam deixar de ser comentados, visto que proíbem distinções de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil, além de vedar qualquer tipo de discriminação no tocante ao salário e aos critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência.

A respeito da consagração da igualdade material, também se tem destacado a importância do artigo 7º, XX, da Constituição da República do Brasil, o qual protege o trabalho da mulher, bem como o artigo 37, inciso VIII, da Constituição Federal de 1988, que prevê a reserva de vagas, nos concursos públicos, para as pessoas com deficiência.

Do exposto, nota-se que o constituinte de 1988 objetivou garantir a igualdade de oportunidades, quer através de comandos proibitivos de condutas discriminatórias, quer através de medidas compensatórias.

Nesse contexto, o princípio da igualdade deve ser interpretado em harmonia com as demais normas constitucionais, ou seja, sempre em busca de uma igualdade horizontal, para a efetiva consagração de direitos a todos, indistintamente, visto que a desigualdade arbitrária, isto é, infundada, sem justificativa plausível, não encontra mais guarida nos Estados Democráticos de Direito.

Consequentemente, para uma melhor compreensão do princípio da igualdade, cumpre fazer uma análise das diferentes formas de abordagem do princípio, com vistas a sua concretização. A primeira delas diz respeito à edição da norma, dirigindo-se ao próprio legislador que, na sua edição, deve deter-se ao seu conteúdo, para que este seja equânime e não apresente conteúdo discriminatório.

Ademais, deve o legislador preocupar-se com o alcance da norma, para que todos os indivíduos que tenham as mesmas características sejam alcançados pelos resultados jurídicos previstos no comando normativo, vedando o tratamento diferenciado para aqueles que se encontrem na mesma situação fática.

A esse propósito, lavra Mello que

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 (MELLO, 2013, p.9).

Nessa mesma direção, lembra-se que Canotilho (2000, p.427), através das lições de Neves, já se manifestou no sentido de que “a igualdade perante a lei oferecerá uma garantia bem insuficiente se não for acompanhada (ou não tiver bem a natureza) de uma igualdade na própria lei, isto é, exigida ao próprio legislador relativamente ao conteúdo da lei”.

Em outros termos, certamente, o Professor Canotilho quis ressaltar que não basta a mera “igualdade perante a lei”, sendo imprescindível a “igualdade na lei”. E isso porque, diferentemente do Brasil, há ordenamentos jurídicos, dentre os quais o de Portugal, que distinguem os significados para as expressões “igualdade na lei” e “igualdade perante a lei”.

Para os ordenamentos que fazem a distinção, a primeira expressão é empregada para designar o conteúdo da lei, dirigida ao legislador. A segunda, “igualdade perante a lei”, corresponde à igualdade conforme a lei, nos termos postos pela lei, ou seja, a igualdade puramente formal, dirigida ao aplicador da norma que se limita a empregá-la nos exatos termos nos quais foi editada.

A esse respeito, leciona Silva:

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 de que, no exterior, se dá à expressão igualdade na lei, ou seja: *o princípio tem como destinatário tanto o legislador como os aplicadores da lei* (SILVA, 1997, p.210).

Entretanto, não basta que apenas o conteúdo da norma albergue o princípio da igualdade. É importante que o intérprete da norma também zele pela equidade, de maneira a não permitir a criação ou a majoração de desigualdades na aplicação da lei.

Frise-se que o princípio da igualdade vincula, também, a atuação do particular, pois a conduta arbitrária é proibida a todos, tanto pela Constituição Federal, quanto pela lei ordinária.

Dessa maneira, em relação ao princípio da igualdade nas relações de trabalho, compete lembrar que a nº Lei 9.029, de 13 de abril de 1995 (BRASIL, 1995), veda a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, nesse caso, as hipóteses de proteção ao menor, sob a pena de responsabilidade civil e penal.

Bom Junior et al. (2006, p.21-22) assinalam, ainda, a existência de doutrinadores que agregam mais um destinatário do princípio da igualdade, “que são os titulares dos direitos fundamentais, ou seja, cada titular de direitos fundamentais tem o dever de reconhecer e respeitar igual direito alheio”.

Além disso não se pode deixar de destacar que o princípio da igualdade, também, admite a desigualação, desde que abrigada pelo próprio Ordenamento Jurídico, como forma de concretização do postulado.

Como lembra Moraes,

o que se veda são as discriminações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se

desigualam, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade escolhida pelo direito, sem que se esqueça, porém, que as chamadas liberdades materiais têm por objetivo a igualdade de condições sociais, meta a ser alcançada, não só por meio das leis, mas também pela aplicação de políticas ou programas de ação estatal (MORAES, 2002, p.64).

Sendo assim, em situações especiais, poderá o legislador levar em consideração as desigualdades existentes, estabelecendo distinções, sem, todavia, impor privilégios ou perseguições.

Nos dizeres de Bom Júnior et al. (2006, p.11) “desigualar, nesses termos, é permanecer fiel ao princípio constitucional da igualdade, pois, neste caso, produziu maior igualdade como resultado”.

Para reforçar ainda mais esse entendimento, é interessante valer-se das seguintes lições de Kelsen:

A igualdade dos sujeitos na ordenação jurídica, garantida pela Constituição, não significa que estes devam ser tratados de maneira idêntica nas normas e em particular nas leis expedidas com base na Constituição. A igualdade assim entendida não é concebível: seria absurdo impor a todos os indivíduos exatamente as mesmas obrigações ou lhes conferir exatamente os mesmos direitos sem fazer distinção alguma entre eles, como por exemplo, entre crianças e adultos, indivíduos mentalmente sadios e alienados, homens e mulheres (KELSEN, 1962, apud MELLO, 2013, p.11).

O princípio da igualdade de direitos é uma consagração e deve ser respeitado, especialmente em um Estado que tem entre os seus objetivos reduzir as desigualdades sociais e regionais.

Portanto, o princípio da igualdade é

mais que uma expressão de Direito; é um modo justo de se viver em sociedade. Por isso é o princípio posto como pilar de sustentação e estrela de direção interpretativa das normas jurídicas que compõem o sistema jurídico fundamental (ROCHA, 1990, apud SILVA, 1997, p.209).

Ocorre que, como norma de direção interpretativa, o preceito isonômico pressupõe um critério de valoração sobre o próprio conceito de igualdade, que necessariamente implica a análise de quem são os iguais e de quem são os desiguais. Aliás, nesse sentido, têm se manifestado grande parte dos doutrinadores, dentre os quais se destacam Mello (2013, p.11), Melo (2004, p.104) e Bom Junior et al. (2006, p.12).

Portanto, para que não haja desrespeito ao próprio princípio e, conseqüentemente, ofensa à isonomia, a doutrina aponta alguns critérios.

Com engenhosidade, Mello estabelece três questões a serem observadas, sendo que, segundo o autor, o desrespeito a qualquer uma delas pode levar à violação da igualdade:

a) a primeira diz com o elemento tomado como fator de desigualação; b) a segunda reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de *discrimen* e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado; c) a terceira atina à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizado (MELLO, 2013, p. 21).

O que o autor, em suma, pretende dizer é que é necessário ser justificada a discriminação pelo Direito posto, com base nos valores aceitos pelo sistema para alcançar o efeito almejado. Ademais, a desigualação deve ter por objetivo promover a igualdade jurídica, ou seja, a igualdade àqueles que não encontram acesso às oportunidades mínimas.

Todavia, atenta Mello (2013, p.22) que “a lei não pode erigir em critério um traço diferencial tão específico que singularize *no presente e definitivamente*, de modo absoluto, um sujeito a ser colhido pelo regime peculiar”. E continua:

[...] o traço diferencial adotado, necessariamente há de residir na pessoa, coisa ou situação a ser discriminada; ou seja, elemento algum que não exista *nelas mesmas* não poderá servir de base para assujeitá-las a regimes diferentes (MELLO, 2013, p. 23).

Isso, porque o princípio da isonomia prima pela igualdade jurídica, a qual não é compatível com perseguições e com favoritismos. Disso resulta ser possível que o legislador faça diferenciação como uma forma para promover a igualdade daqueles que foram e são marginalizados por preconceitos existentes na sociedade em que vivem.

Sobre o tema, não se pode deixar de destacar as palavras de Santos:

A desigualdade e a exclusão têm na modernidade ocidental um significado totalmente distinto do que tiveram nas sociedades do antigo regime. Pela primeira vez na história, a igualdade, a liberdade e a cidadania são reconhecidas como princípios emancipatórios a vida social. A igualdade e a exclusão têm, pois, de ser justificadas como exceções ou incidentes de um processo societal que lhes não reconhece legitimidade, em princípio. E, perante elas, a única política social legítima é a que define os meios para minimizar uma e outra (SANTOS, 2010, p.279).

Deve-se registrar que o princípio da igualdade, por ser uma das bases de sustentação das políticas afirmativas, foi obrigatoriamente objeto de questionamento no transcorrer deste trabalho, considerando-se que a pesquisa envolveu o acesso das pessoas com deficiência aos cargos e empregos públicos através da promoção da igualdade jurídica pelo regime de cotas.

Torna-se, também, indispensável referir que o princípio da igualdade, embora seja guia não apenas de regras, mas de quase todos os outros princípios que informam e conformam o modelo constitucional positivado, é guiado apenas por um, ao qual, segundo Rocha (1996) dá-se a servir: o da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição da República).

E não poderia ser diferente, levando-se em conta que o valor superior da dignidade da pessoa humana o faz núcleo central para a interpretação dos demais postulados e normas jurídicas, inclusive no que diz respeito às normas que dispõem sobre a reserva de vagas nos cargos e empregos públicos através de ações afirmativas destinadas a promoção da inclusão dos deficientes físicos no emprego público.

4. A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O AMPLO ACESSO AOS CARGOS E EMPREGOS PÚBLICOS

Atualmente vige, em nosso Ordenamento Jurídico, o amplo acesso aos cargos e empregos públicos. Conforme dispõe o artigo 37, incisos I, II e VIII, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988):

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:

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;

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;

[...]

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

[...].

A única exigência prevista pela Constituição Federal, consoante previsto no inciso II, do artigo 37, é a realização de concurso de provas ou de provas e títulos, excetuados os cargos de livre provimento e exoneração.

Portanto, o direito de acesso aos cargos e empregos públicos mediante a realização de concurso é garantido a todos, independentemente da condição humana de cada candidato que pretende concorrer a um posto no serviço público.

Em relação às pessoas com deficiência, há, todavia, o diferencial da reserva de vagas, como uma maneira de tentar assegurar a inclusão dos trabalhadores deficientes nos cargos e empregos públicos em razão das dificuldades por eles até hoje enfrentadas para ingressar no mercado de trabalho.

Nessa linha de pensamento, não há dúvida de que

a pessoa portadora de deficiência, resguardadas as condições especiais inerentes à sua condição, previstas legalmente, participará do concurso em

igualdade de condições com os demais candidatos no que concerne ao conteúdo das provas, à avaliação e aos critérios de aprovação, ao horário e ao local de aplicação das provas e à nota mínima exigida para todos os demais candidatos (MELO, 2008, p. 255).

Importa, contudo, ter presente que, antes mesmo de o inciso VIII, do artigo 37 da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988) ter sido plenamente regulamentado, prevendo percentuais de vagas aos deficientes nos concursos públicos, já havia vozes defendendo o direito de as pessoas com deficiência participar dos concursos públicos mediante a reserva de vagas, através da utilização do mandado de injunção, consoante as razões abaixo transcritas:

Não duvido, assim, que, se sobrevier um concurso público para Procurador do Estado, destinado a prover, por exemplo, dez cargos daquela carreira, e vier a ser classificado um portador de deficiência visual (o que não o inabilita para o desempenho do cargo postulado) em 12º lugar, sem que se tenha previsto qualquer percentual diverso e sem que entre os dez primeiros se apresente qualquer outra pessoa portadora de deficiência, poderá ingressar em juízo o interessado classificado e, inexistindo lei específica, por meio de mandado de injunção, poderá ele obter a garantia de nomeação para um dos dez cargos, pois a afirmação está assegurada constitucionalmente como direito preferencial do portador de deficiência (ROCHA, 1996, p. 9-10) .

Ocorre que a Administração Pública, como cediço, não obstante tenha o dever de observar as normas constitucionais que garantem o amplo acesso aos cargos e empregos públicos, bem como a reserva de vagas legalmente prevista aos deficientes, está vinculada a vários princípios, dos quais resultam prerrogativas e deveres, indispensáveis para o cumprimento das atribuições do administrador.

Dentre os princípios a que se submete a Administração Pública, estão elencados, no artigo 37 da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, os quais merecem ser examinados para uma melhor compreensão da implantação da política de cotas para deficientes nos concursos públicos.

4.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Uma das maiores conquistas da sociedade está na receitação do ideal da legalidade, como uma garantia dos cidadãos de terem um governo baseado em leis elaboradas por representantes do povo.

Nessa concepção, a legalidade passa a ser vista como uma segurança para os administrados, visto que o governo baseado em leis limita a atuação dos governantes e minimiza as chances de exacerbação de poder.

Como ensina Silva,

o princípio da legalidade é nota essencial ao Estado de Direito. É também, por conseguinte, um princípio basilar do Estado Democrático de Direito, como vimos, porquanto é da essência de seu conceito subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática (SILVA, 1997, p.400).

Nessa perspectiva, vale frisar que o ideal da legalidade é fruto de contribuições teóricas, dentre as quais se destaca a de Kelsen, jurista e filósofo que, segundo Teixeira (2009, p.98), “é responsável pela elaboração de um marco teórico cuja compreensão de validade parece ter alcançado grande aceitação no mundo jurídico contemporâneo”.

A teoria kelseniana, também conhecida como teoria pura do direito, segundo as lições de Kelsen (2013, p.39), “está inteiramente consciente de que a *validade das normas* – ou seja, sua existência específica no mundo do *dever ser* – requer uma fundamentação”.

Assim, surge a teoria pura do direito ou teoria escalonada de Kelsen, ilustrada por meio de uma pirâmide. No topo, paira a norma fundamental positiva, da qual as demais normas retiram o seu fundamento de validade mediante a derivação normativa.

A teoria pura do direito é esclarecida com maestria por Teixeira, ao enfatizar que

na extremidade inferior da base teríamos os atos de mera execução que corresponderiam ao ponto em que já não cabe falar em criação do direito, mas uma mera aplicação. Por outro lado, no extremo ápice, teríamos um ponto em que não há espaço para a aplicação de nenhuma norma, onde reina uma própria criação do direito. Com exceção destes dois momentos extremos, qualquer outro momento será simultaneamente criação e aplicação do direito. (TEIXEIRA, 2009, p.100).

Compete ressaltar que a teoria pura do direito reflete-se, ainda, na atual fase do Direito brasileiro, visto que a Constituição vigente possui o *status* de norma fundamental positiva, de modo que os demais comandos normativos não podem contrariá-la.

Por isso, a importância do enfoque dado à teoria de Kelsen, especialmente porque o presente escrito discorre sobre a atuação da Administração Pública, a qual tem sua conduta disciplinada pela lei e está vinculada a vários princípios, dentre os quais se destaca, em razão de sua relevância, o princípio da legalidade.

Nesse sentido, é importante esclarecer que o princípio da legalidade tem um significado distinto para o administrador público. Ao contrário do particular, o qual não é obrigado a fazer ou deixar de fazer senão em virtude da lei, a atuação do administrador público, quando legalmente prevista, configura-se um *munus* público.

Isso significa dizer que o administrador público não está livre para agir. Aliás, ele tem o dever de agir quando a lei assim determina. Trata-se de obediência à lei.

Essa tradicional subordinação da Administração Pública ao princípio da legalidade é lembrada por uma forte corrente de doutrinadores.

Nos dizeres de Meirelles:

A legalidade, como princípio da administração (CF, art. 37, *caput*), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso (MEIRELLES, 1997, p.83).

Da mesma forma, Mello compartilha do entendimento de que o princípio da legalidade representa a completa submissão da Administração Pública às leis. Segundo o autor, o princípio da legalidade

[...] é a tradução jurídica de um propósito político: o de submeter os exercentes do poder em concreto – o administrativo – a um quadro normativo que embargue favoritismos, perseguições ou desmandos. Pretende-se através da norma geral, abstrata e por isso mesmo impessoal, a lei, editada, pois, pelo Poder Legislativo – que é o colégio representativo de todas as tendências (inclusive minoritárias) do corpo social –, garantir que a atuação do Executivo nada mais seja senão a concretização desta vontade geral (MELLO, 2005, p.89).

Em nosso Ordenamento Jurídico, o princípio da legalidade é ainda rigidamente aplicado, pois sustentado majoritariamente pela doutrina.

Esse princípio está inserido no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), como princípio da Administração Pública e no inciso I, do artigo 2º, da Lei nº 9.784 de 29 de janeiro de 1999 (BRASIL, 1999), a qual regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal, como critério a ser seguido na atuação do administrador público.

Por essa razão, a interpretação extensiva ao princípio não é bem vista. Ademais, repelida quando destinada a impor comportamento aos administrados, pois, como adverte Moreira Neto (2005), o princípio da legalidade cria uma reserva legal absoluta em favor do administrado de que o aparelho do Estado por quaisquer de seus entes, órgãos e agentes, mesmo delegados, só age quando existe uma lei que assim determine.

Portanto, não há dúvidas sobre a relevância do princípio para a atividade administrativa. A Lei nº 4.717, de 29 de julho de 1965 (BRASIL, 1965), que regula a ação popular, reforça tal entendimento na medida em que dispõe, no artigo 2º, serem nulos os atos lesivos ao patrimônio, quando eivados de nulidade do objeto, assim considerados os que importarem em violação à lei, regulamento e outro ato normativo.

Ocorre que essa tradicional vinculação ao princípio da legalidade vem sendo questionada pela doutrina. Segundo Lenza (2009), o indigitado princípio não é absoluto, visto que existem restrições como as medidas provisórias e, mesmo, o Estado de Defesa.

Enterría, citado por Moraes, deixa claro que a subordinação à lei depende do conteúdo da norma. Interessante a transcrição da seguinte passagem de Enterría nos dizeres de Moraes:

[...] quanto ao conteúdo das leis, a que o princípio da legalidade remete, fica bem claro que não é tampouco válido qualquer conteúdo (*dura lex, sed lex*), não é qualquer comando ou preceito normativo que se legitima, mas somente aqueles que se produzem “dentro da Constituição” e especialmente de acordo com sua “ordem de valores” que, com toda explicitude, expressem e, principalmente, que não atentem, mas que pelo contrário sirva aos direitos fundamentais (MORAES, 2002, p.69).

Nessa concepção, a compreensão do princípio da legalidade e a subordinação da Administração Pública a esse são imprescindíveis para o desenvolvimento do tema da dissertação, considerando-se que o debate envolve a eficácia de um direito constitucionalmente garantido, qual seja, o acesso aos cargos e empregos públicos às pessoas com deficiência.

Nesse contexto, surge o impasse de como tentar garantir a todos aqueles que são deficientes o acesso aos cargos e empregos públicos, se existem hipóteses de anomalias não tipificadas pela norma, dificultando a inclusão social dessas pessoas. Nessa mesma direção, não se pode olvidar que Fávero (2004) já se posicionou no sentido de indeferir a inscrição de candidato na hipótese de esse não se encaixar nas definições legais de deficiência. Ademais, no sentido de a reserva de vagas não precisar ser efetivada para as atividades nas quais se exige aptidão plena.

São alguns apontamentos que merecem especial atenção, levando-se em conta que induzem à não observância do percentual de vagas para os deficientes, tendo-se a letra fria do Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999 (BRASIL, 1999).

Assim, cabe investigar se o estrito cumprimento da lei, sem considerar o regramento jurídico como um todo unitário, justifica vedar a essas pessoas o exercício de prestar concurso público e concorrer à reserva de vagas.

Em um Estado Democrático de Direito que prima pela redução das desigualdades sociais e regionais através da não discriminação, e que tem, como fundamento, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho, negar-se aos deficientes físicos a prestação de concurso público é, no mínimo, polêmico, merecendo especial atenção.

Não se trata de desprestígio ao princípio da legalidade, mas apenas um questionamento, considerando-se a Constituição Federal como norma imperativa, como valor positivado e como fundamento do Estado de Direito.

Just (2009) corrobora o debate, ao ressaltar a relevância da compreensão do sentido da subordinação à legalidade, enfatizando que a problemática da sua aplicação decorre de juízo de interpretação.

Note-se que a matéria não está pacificada e que há, atualmente, questionamentos sobre o sentido do princípio da legalidade, inclusive, em oposição aos adeptos à conservadora formulação básica do princípio, consagrada na ideia de que a Administração Pública só pode fazer aquilo que a lei autoriza.

Entretanto, por mais que existam defensores do caráter subalterno da Administração Pública ao princípio da legalidade de forma absoluta, a análise, nesse trabalho, embasou-se em uma linha mais tênue do princípio, ao defender a ideia de a

subordinação ao princípio da legalidade reclamar a sujeição aos objetivos e princípios da República Federativa do Brasil, enquanto Estado Democrático de Direito.

4.2 PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE

O princípio da impessoalidade, segundo Meirelles (2012, p. 93), “nada mais é que o clássico princípio da *finalidade*, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para seu *fin legal*”. É um desdobramento do princípio da legalidade ou, como salienta Mello (2005, p. 95), “é mais do que isso: é uma inerência dele; está nele contido, pois representa a aplicação da lei tal qual é; ou seja, na conformidade de sua razão de ser, do objetivo em vista do qual foi editada”.

Ocorre que, no Direito Administrativo, a finalidade da norma não pode ser outra que não o interesse público, ou seja, o bem comum. Ainda que a lei possua uma finalidade específica, visto que toda norma deve ser editada para atingir um determinado escopo, o qual deve também ser cumprido pelo administrador público, não poderá, igualmente, distanciar-se da finalidade primordial da Administração Pública, que consiste no interesse comum.

É importante destacar que qualquer ato que se desvincule do seu fim, merece ser invalidado, pois será nulo de pleno direito, na medida em que irá dissociar-se da sua razão de ser. Assim, a lei da ação popular, Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965 (BRASIL, 1965), em seu artigo 2º, expressamente prevê que são nulos os atos quando houver desvio de finalidade.

Sobre o princípio da impessoalidade, vale trazerem-se as lições de Tácito:

A lei não concede autorização de agir sem um objetivo próprio. A obrigação jurídica não é uma obrigação insequente; ela visa a um fim especial, presume um endereço, antecipa um alcance, predetermina o próprio alvo (TÁCITO, 1975, apud MELLO, 2005, p.95-96).

Nessa linha de pensamento há que se ressaltar que o princípio da impessoalidade pode apresentar mais de uma conotação. Como ensina Di Pietro (2009, p.67), “exigir impessoalidade da Administração tanto pode significar que esse atributo deve ser observado em relação aos administrados como à própria Administração”.

Em relação aos administrados, o princípio da impessoalidade é alcançado quando os objetivos da lei são cumpridos pelo administrador público de forma imparcial, para atingir os objetivos da lei, sem perseguições ou favorecimentos entre os administrados.

Entretanto, em relação à administração, o que se quer esclarecer é

que atos e provimentos administrativos não são imputáveis ao funcionário que os pratica, mas ao órgão ou entidade administrativa da Administração Pública, de sorte que ele é o autor institucional do ato. Ele é apenas o órgão que formalmente manifesta a vontade estatal (SILVA, 2003, apud DI PIETRO, 2010, p.67).

Nesse sentido, é relevante lembrar que o princípio da impessoalidade, da mesma forma que o princípio da legalidade, é uma garantia do administrado, na medida em que objetiva assegurar que a lei seja editada para cumprir seus fins, sem rejeições ou favoritismos, mas sempre com vistas ao bem comum.

Frise-se que o referido princípio também está vinculado ao princípio da igualdade, uma vez que traduz a ideia de que o Estado deve tratar todos de forma equânime, não se admitindo tratamento desigual pela administração, já que é dever do agente público tratar igualmente aqueles que se encontrem na mesma situação fática e jurídica, conferindo o tratamento diferenciado somente àqueles que se encontrarem em situação desigual.

Daí, sua importância para o tema, haja vista que se pretende investigar o acesso das pessoas com deficiência aos cargos e empregos públicos em face da política afirmativa de inclusão dessas pessoas ao trabalho através dos percentuais de vagas oferecidas nos concursos públicos.

4.3 PRINCÍPIO DA MORALIDADE

O princípio da moralidade está, igualmente, previsto no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1998) como um dos princípios a que a Administração Pública deve obediência.

Entretanto, como adverte Di Pietro (2010, p.75) “nem todos os autores aceitam a existência desse princípio; alguns entendem que o conceito de moral administrativa é vago e impreciso ou que acaba sendo absorvido pelo próprio conceito de legalidade”.

De acordo com Moreira Neto (2005), entre os defensores do princípio da moralidade estão os clássicos Meirelles e Cretella Junior, que, há muito, defendiam a sua autonomia.

Ainda que existam divergências sobre a autonomia do princípio, defende-se sua aplicabilidade na medida em que determina regras de boa conduta ao administrador público. Ademais, considerando-se que está expressamente previsto no corpo da Constituição Federal como princípio a ser seguido pela Administração Pública.

Sendo assim, é importante esclarecer que a moral administrativa não deve ser confundida com a moral dos homens, a moral comum, que é utilizada para distinguir o “bem” do “mal”.

A moralidade administrativa, segundo Hariou (Hariou, 1926, apud Meirelles, 2012, p.90) consiste no “conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração”.

Conforme Di Pietro (2009, p.76), “[...] há uma moral, imposta pelo Poder Legislativo, e há a moral administrativa, que é ‘imposta de dentro e vigora no próprio ambiente institucional e condiciona a utilização de qualquer poder jurídico, mesmo o discricionário”.

A moral administrativa é, portanto, aquele princípio que determina ao administrador público regras de boa administração. Como ensina Mello,

[...] a Administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos. Violá-los implicará violação ao próprio Direito, configurando *ilicitude* que assujeita a conduta viciada a invalidação, porquanto tal princípio assumiu foros de *pauta jurídica*, na conformidade do art. 37 da Constituição (MELLO, 2005, p.107).

Para que se incida em imoralidade administrativa basta que o administrador use de seus poderes funcionais com vistas a resultados diversos do interesse público. Também, haverá imoralidade administrativa, segundo adverte Moreira Neto (2005), na ausência da finalidade ou nas hipóteses de ineficiência grosseira da ação do administrador público, tendo em vista o propósito a que o agente se propõe atender.

Cabe enfatizar que a imoralidade sujeita o agente à responsabilidade pessoal, além de viciar o ato administrativo, pois, entre os deveres do administrador público, está o dever de bem administrar.

No entendimento de Brandão:

Tanto infringe a moralidade administrativa o administrador que, para atuar, foi determinado por fins imorais ou desonestos (“moral comum”), como aquele que desprezou a ordem institucional e, embora movido pelo zelo profissional, invade a esfera reservada a outras funções, ou procura obter mera vantagem para o patrimônio confiado a sua guarda (BRANDÃO apud MOREIRA NETO, 2005, p.30).

Portanto, o princípio da moralidade é um dos princípios de grande relevância e merece ser observado pelo administrador público, o qual deve agir com clareza e sinceridade, pois lhe é vedado comportamento eivado de má-fé ou com o objetivo de confundir o administrado e dificultar o exercício de direitos. Também deve ser observado pelos particulares, ao se relacionarem com a Administração Pública.

4.4 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

O princípio da publicidade, não obstante a sua relevância, na medida em que consiste em uma forma de controle dos atos administrativos pelos cidadãos, não carece de maiores delongas, visto que é de fácil compreensão.

O princípio da publicidade nada mais significa do que o dever de plena transparência dos atos administrativos, os quais devem ser prestados com clareza e lealdade.

A doutrina é categórica, ao ressaltar que

não pode haver em um Estado Democrático de Direito, no qual o poder reside no povo (art. 1º, parágrafo único, da Constituição), ocultamento aos administrados dos assuntos que a todos interessam, e muito menos em relação aos sujeitos individualmente afetados por alguma medida (MELLO, 2005, p.102).

O referido princípio engloba o direito de informação ao administrado, previsto constitucionalmente, com a ressalva do sigilo constitucional, nos termos do inciso XXXIII, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988):

Art. 5º. [...]

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

Desse modo, ressalvadas as hipóteses de sigilo, quais sejam, nos casos de segurança nacional, investigações policiais sigilosas e de interesse superior da Administração Pública, as informações particulares ou do interesse da coletividade devem sempre ser prestadas aos administrados.

É importante frisar que a publicidade não é requisito de formação do ato administrativo. Entretanto, para que os atos administrativos produzam efeitos jurídicos, a publicidade dos atos é imprescindível e deve ser realizada em órgão oficial da Administração Pública, observado o horário oficial, visto que as publicações em veículos particulares não produzem os efeitos desejados.

A partir de então, os atos passam a produzir seus efeitos externos e podem ser controlados pelos administrados, através dos meios judiciais cabíveis, tais como: mandado de segurança, *habeas data* e direito de petição.

Frise-se que o mandado de segurança consiste no remédio constitucional previsto para a proteção do direito líquido e certo; o *habeas data* para a obtenção de certidões em repartições públicas para a defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal; e o direito de petição, previsto para a defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder.

Como explicita Meirelles:

A publicidade, como princípio de administração pública (CF, art. 37, caput), abrange toda atuação estatal, não só sob o aspecto de divulgação oficial de seus atos como, também, de propiciação de conhecimento da conduta interna de seus agentes. Essa publicidade atinge, assim, os atos concluídos e em formação, os processos em andamentos, os pareceres dos órgãos técnicos e jurídicos, os despachos intermediários e finais, as atas de julgamento das licitações e os contratos com quaisquer interessados, bem como os comprovantes de despesas e as prestações submetidas aos órgãos competentes (MEIRELLES, 1997, p.87).

Assim, a publicidade também deve ser observada pelo administrador na realização dos concursos públicos, através da publicação do edital, com a previsão dos cargos e das vagas a serem providos pela administração.

Da mesma forma deve ser divulgado o percentual de vagas a serem reservadas aos candidatos deficientes, bem como todos os atos administrativos que possam afetar os interesses dos candidatos, tais como o deferimento ou indeferimento de inscrições nos

concursos e os resultados das provas e avaliações prestadas pelos candidatos durante a realização do concurso e do estágio probatório.

Portanto, resta evidenciada a importância do princípio para o tema desta dissertação.

4.5 PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

O princípio da eficiência foi introduzido no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal através da Emenda Constitucional nº 19. Assim, é um dos mais recentes princípios introduzidos no corpo constitucional, o qual também passa a reger a conduta do administrador público.

Segundo Meirelles (2012, p.100), o princípio da eficiência “exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional”. É um princípio que requer da Administração Pública resultados positivos em relação aos serviços prestados, o que pressupõe que, além das finalidades legais, sejam atendidas as necessidades básicas da comunidade.

Di Pietro (1998 apud MORAES, 2002) apresenta sua contribuição ao tema, ao ressaltar que o princípio da eficiência “impõe ao agente público um modo de atuar que produza resultados favoráveis à consecução dos fins que cabe ao Estado alcançar.”

Não bastasse, é importante esclarecer que o princípio da eficiência abrange não apenas a conduta do agente público, ou seja, a produtividade do servidor, mas também a perfeição do trabalho, bem como a adequação aos meios utilizados para a realização. Isto é, devem ser também avaliados os resultados do trabalho produzido pelo agente público.

Nas palavras de Meirelles

[...] a verificação da eficiência atinge os aspectos qualitativos e quantitativos do serviço, para aquilatar o seu rendimento efetivo, do seu custo operacional e da sua real utilidade para os administrados e para a Administração. Tal controle desenvolve-se, portanto, na tríplice linha administrativa, econômica e técnica (MEIRELLES, 1997, p.90-91).

Como se pode observar, o mais novo princípio da Administração Pública trouxe novas diretrizes ao administrador público para o desempenho de suas funções, haja vista que não basta apenas o cumprimento estrito da lei, pois conforme acentua Aragão:

O Princípio Constitucional da Eficiência (art. 37, caput, da CF) não legitima a aplicação cega de regras legais (ou de outro grau hierárquico), que leve a uma consecução ineficiente ou menos eficiente dos objetivos legais primários (ARAGÃO, 2011, JURIS PLENUM OURO).

Moreira Neto também contribui para o debate, ao enfatizar que a eficiência deve ser entendida como

a melhor realização possível da gestão dos interesses públicos, em termos de plena satisfação dos administrados com os menores custos para a sociedade, ela se apresenta, na ação administrativa pública, simultaneamente, com um atributo técnico da administração, como uma exigência ética a ser atendida, no sentido weberiano de resultados, e com uma característica jurídica exigível de boa administração dos interesses públicos (MOREIRA NETO, 2005, p.42).

Portanto, merece atenção o princípio da eficiência, como mais um dos princípios a reger a conduta do gestor público e a fundamentar a interpretação das normas que embasam os atos administrativos, inclusive aqueles relacionados à avaliação dos candidatos deficientes que se irão sujeitar ao regime jurídico administrativo, na qualidade de servidores públicos, em virtude de aprovação em concurso público.

5 METODOLOGIA

O debate sobre o direito das pessoas com deficiência à reserva de vagas nos concursos para provimento de cargos e empregos públicos através da política de cotas pressupõe um trabalho de hermenêutica, entendida como a interpretação dos textos jurídicos com a finalidade de compreender o sentido e o alcance do direito consagrado à categoria no atual contexto constitucional.

Interessa notar que a pesquisa foi realizada a partir do Direito enquanto unidade, ou seja, enquanto um sistema único de princípios e normas jurídicas, favorecendo a política de inclusão, enquanto uma das políticas públicas de relevância no contexto atual. Assim, a visão do Direito não pode ficar limitada às normas sobre a reserva de vagas à categoria ou a um campo isolado da ciência do Direito, como o Direito Administrativo.

O trabalho hermenêutico observou a unidade do sistema, o que envolveu a análise do atual contexto constitucional a partir dos objetivos da República Federativa do Brasil, dentre os quais se destacam: a construção de uma sociedade mais justa, livre e solidária; a redução das desigualdades sociais e regionais; e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Portanto, sem que sejam sopesados os objetivos e fundamentos da República Federativa do Brasil, não se pode chegar à exata compreensão do alcance da política de cotas como forma de inclusão das pessoas com deficiência nos cargos e empregos públicos.

Como explicita Canaris (2012, p.14-15) “[...] a metodologia jurídica parte, nos seus postulados, da existência fundamental da unidade do Direito. Ela fá-lo, por exemplo, como a regra da interpretação sistemática [...]”.

A ideia de sistema jurídico

[...] justifica-se a partir dos mais elevados valores do Direito, notadamente no princípio da justiça e das suas concretizações no princípio da igualdade e na tendência para a generalização. Acontece, ainda, que outro valor superior, a segurança jurídica, aponta na mesma direcção (CANARIS, 2012, p.22).

Nessa perspectiva, compete observar que o pensamento sistêmico requer a ampliação do foco de estudo, contextualizando-o, inclusive, com outros sistemas para que se possa chegar à construção da realidade e do conhecimento. E é justamente o que se

pretendeu demonstrar neste trabalho, visto que a exegese da letra pura da lei, sem considerar o Direito como um todo unitário, não pode contribuir para a concretização de direitos, especialmente, se considerarmos que o Direito Administrativo ainda se encontra fortemente arraigado ao princípio da legalidade.

Ademais, não se pode deixar de valer-se das lições de Habermas (2011) sobre a pertinência da ampliação do foco do estudo para a interpretação do Direito à luz do contexto social no qual está inserido, afastando-se da mera interpretação objetivadora dos princípios normativos contidos nos livros e códigos, bem como se destacando a importância de uma perspectiva participante para que a interpretação do Direito possa dar resposta às situações sociais.

Nesse sentido, convém lembrar que os próprios sujeitos de direito, destinatários da política afirmativa de cotas, também estão na busca da materialização dos direitos da categoria, através de movimentos sociais organizados.

A propósito, compete esclarecer que o Centro da Vida Independente – CVI Rio enfatiza a relevância da vida de trabalho como um meio fundamental de inclusão social e, por isso, investe na empregabilidade das pessoas com deficiência, mediante a promoção da qualificação profissional e a colocação desse contingente populacional no mercado de trabalho formal, oferecendo serviços que vão desde o contato com empresas, até o treinamento, pré-seleção e encaminhamento dos candidatos com deficiência às empresas, objetivando minimizar o aspecto impositivo da legislação através da ênfase à inclusão social dessas pessoas nos espaços de trabalho.

Por outro lado, é imperioso mencionar que a ciência jurídica é uma ciência complexa, composta de um vasto sistema normativo e de princípios. Uma ciência que busca julgar os conflitos sociais, aplicando o Direito à situação concreta na busca da justiça e pacificação social.

Portanto, considerando-se que o tema escolhido para a pesquisa tem como objetivo a concretização de um direito social no âmbito da Administração Pública faz-se necessário que o trabalho, na busca do significado do direito consagrado às pessoas com deficiência, esteja atento à unidade do sistema jurídico e ao atual contexto de humanização que paira sobre esse sistema.

Frise-se que existe, atualmente, uma preocupação no sentido de que o Estado responda às aspirações da sociedade, na busca da concretização dos direitos consagrados.

No sentido apontado, acentua Cavalcanti:

No caso do direito fundamental à proteção do trabalhador, não pode haver dúvida de que deve ser tido como dever de proteção do Estado. Este tem o compromisso constitucional de cuidar da dignidade da pessoa-que-trabalha, e de zelar pela eficácia de cada um dos direitos trabalhistas contemplados na Lei Maior, inclusive em termos de política pública, tanto que está também entre os objetivos da República brasileira a “busca do pleno emprego” (CF/88, art. 170, inciso VIII) (CAVALCANTI, 2008, p.61).

Foi desse contexto que se buscou analisar os dados empíricos obtidos com base nos julgamentos proferidos sobre o tema pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal.

Optou-se, assim, pela pesquisa documental porque se entende que essa é uma fonte rica de informações, ao possibilitar o resgate dos julgamentos proferidos sobre a matéria.

Há que se ressaltar que, a partir dos julgamentos proferidos, puderam se extrair quais os principais obstáculos à política inclusiva, além dos fundamentos utilizados pelos tribunais para a análise do mérito dos atos administrativos que impediram o acesso dos deficientes aos cargos e empregos públicos.

Desse modo, depreende-se que a pesquisa documental tem sua relevância, pois é realizada através de documentos autênticos e, como ensina Gil (Gil, 2002, *apud* Piana, 2009, p.122), “é fonte rica e estável de dados”.

Sobre a pesquisa documental, também já se posicionou Helder (HELDER, 2006, *apud* SÁ-SILVA, ALMEIDA E GUINDANI, 2009, p.2), no sentido de que “[...] é uma das técnicas decisivas para a pesquisa em ciências sociais e humanas”.

Dessa forma, justifica-se a modalidade de pesquisa utilizada salientando-se que a coleta de dados foi realizada a partir dos julgamentos de processos do Estado do Rio Grande do Sul proferidos entre os exercícios de 2009 a 2013, oriundos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, já transitados em julgado, ou seja, aos quais não cabiam mais recursos, decidindo definitivamente sobre o direito de a pessoa com deficiência exercer, ou não, o cargo público em cada caso *sub judice*.

Desse modo se procedeu, por considerar-se que as decisões que ainda não fossem definitivas de mérito não trariam a cientificidade necessária para responder ao problema proposto na pesquisa, na medida em que poderiam ser reformadas.

No que diz respeito ao período que englobou a coleta de dados nos tribunais regionais, elegeram-se os últimos cinco anos, por se tratar de um período relevante, tendo em vista a edição da Súmula 377, do Superior Tribunal de Justiça. É importante esclarecer que, mesmo limitada aos últimos cinco anos, a pesquisa já se deparou com mudanças significativas de posicionamento sobre o tema.

A edição da Súmula 377 pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, em 22 de abril de 2009, corrobora o alegado, pois é um marco interessante, na medida em que pacificou as lides nas quais se discutiam se os candidatos com visão monocular tinham, ou não, direito a concorrer aos cargos públicos junto à reserva de vagas.

A relevância da edição da súmula será analisada novamente, pois teve reflexos significativos nos julgamentos proferidos pelos tribunais, ao enunciar que o portador de visão monocular tem direito a concorrer, em concurso público, às vagas reservadas aos deficientes. Deveras, a edição da referida súmula no exercício de 2009, ainda que não tenha força vinculante, serve de referência para a mudança de entendimento nas decisões proferidas pelos tribunais, inclusive, em casos análogos, o que certamente justifica o limite temporal utilizado para a coleta de dados perante o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande de Sul e o Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Para que o trabalho não se detivesse apenas em decisões de Tribunais Regionais, também se decidiu por investigar o posicionamento dos Tribunais Superiores, realizando-se a coleta de dados perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, através das decisões publicadas no sítio dos referidos tribunais.

Portanto, os dados empíricos foram coletados em quatro tribunais.

Nos tribunais regionais, o resgate foi realizado a partir das palavras-chave “portador”, “deficiência” e da expressão “cargos públicos”, observado o limite temporal supraexposto e o trânsito em julgado das decisões.

No entanto, nos tribunais superiores, considerando-se que os dados foram colhidos com o intuito de se esclarecer o entendimento desses sobre a matéria, não houve preocupação com o Estado de origem da demanda, nem com a limitação temporal, mas

sim, com a obtenção de um número maior de julgados que englobassem a matéria, desenvolvendo-se a pesquisa com base nas decisões disponíveis nos sítios dos respectivos tribunais, a partir das palavras-chave “portador” e “deficiência”.

Da mesma forma, a coleta de dados não se deteve no trânsito em julgado das decisões, visto que o objetivo foi conhecer o entendimento desses tribunais sobre o tema. Ademais, levando-se em conta que às decisões definitivas proferidas pela mais alta Corte do país não cabem mais recursos.

Em relação ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, foram encontradas setenta decisões judiciais sobre a temática. Desse número, foram excluídas as decisões que ainda não eram definitivas, ou seja, as que ainda poderiam ser reformadas pelo uso de recursos judiciais, bem como as que estavam fora do período proposto. Assim, restaram vinte decisões judiciais do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul para análise.

No sítio do Tribunal Regional Federal da 4ª Região foram encontradas duzentas e trinta decisões judiciais a partir das palavras chave “portador” e “deficiência” e da expressão “cargos públicos”. Ocorre que o Tribunal Regional Federal da 4ª Região engloba decisões não apenas do Estado do Rio Grande do Sul, mas também dos Estados de Santa Catarina e do Paraná. Assim, dos julgamentos encontrados, foram selecionados apenas aqueles que eram oriundos do Estado do Rio Grande do Sul, no período de 2009 a 2013, e que já tinham decidido definitivamente sobre a matéria. Desse contexto, restaram dezenove decisões sobre o tema.

Por fim, realizou-se a investigação junto ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal, preocupando-se com o posicionamento desses tribunais sobre os principais impasses encontrados. Através das palavras-chave “portador” e “deficiência”, a coleta de dados foi empreendida junto ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal, tendo sido encontradas vinte e sete decisões judiciais referentes ao tema junto àquele tribunal e quatorze, perante este.

O total resultou em oitenta julgamentos proferidos pelos referidos tribunais.

A análise do material coletado alongou-se devido ao grande número de julgamentos sobre o tema, o que dificultou a seleção daqueles que iriam contribuir para o objeto de estudo, visto que nem todas as demandas que diziam respeito às pessoas com

deficiência estavam relacionadas à reserva de vagas aos cargos e empregos públicos ou haviam sido julgadas em definitivo.

Todavia, o material empírico resultou sistematizado a partir dos principais impasses à inclusão das pessoas com deficiência aos cargos e empregos públicos levados aos tribunais, agrupados da seguinte maneira:

- 1) falta de previsão legal da deficiência, resultando na exclusão do candidato ao concurso;
- 2) alijamento do candidato inscrito à reserva de vagas, por não ser constatada dificuldade para a realização de atividades, como exige o artigo 4º do Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999 (BRASIL, 1999);
- 3) não homologação da inscrição do candidato inscrito no concurso à reserva de vagas por falta de apresentação do atestado médico exigido nos termos do edital do concurso;
- 4) alijamento do candidato do concurso, por ser considerado inapto para o exercício do cargo almejado;
- 5) falta de nomeação dos candidatos aprovados em concursos públicos na condição de deficientes;
- 6) falta de previsão de reserva de vagas para deficientes nos editais dos concursos públicos;
- 7) impossibilidade de arredondamento do número de vagas para a categoria, quando a aplicação do percentual sobre o número total de vagas não chegou a uma vaga inteira.

Não bastasse o exposto, dos dados colhidos também foi constatado um caso em que houve o alijamento do candidato deficiente do concurso para provimento de cargo de atividade perigosa, bem como uma hipótese de não homologação da inscrição do candidato deficiente em face de erro da Administração Pública no ato de realização da inscrição.

6 A POLÍTICA DE COTAS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A análise da política de cotas na Administração Pública, a partir das demandas selecionadas, foi realizada em duas etapas: a primeira, com o objetivo de conhecer a visão jurídica quanto às demandas de inclusão das pessoas com deficiência no setor público, e a segunda, destinada ao estudo dos argumentos do discurso jurídico.

6.1 A VISÃO JURÍDICA QUANTO ÀS DEMANDAS DE INCLUSÃO AO TRABALHO NO SETOR PÚBLICO

A visão jurídica quanto às demandas de inclusão no trabalho no setor público buscou analisar os resultados dos julgamentos proferidos, com o objetivo de verificar, a partir das lides instauradas, se as decisões judiciais reconheceram, ou não, o direito daqueles candidatos deficientes que questionaram a validade dos atos administrativos que obstaculizaram o acesso aos cargos públicos.

1. Pedido de nulidade do ato administrativo que excluiu o candidato do certame por falta de previsão legal da deficiência. Hipótese em que as demandas judiciais discutiram o mérito dos atos administrativos que excluíram do concurso público aqueles que concorrem à reserva de vagas aos deficientes, sob a alegação de que a deficiência do candidato não está expressamente prevista em lei.

Os processos oriundos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que englobaram o tema dizem respeito às hipóteses de surdez unilateral e de visão monocular. São demandas nas quais os candidatos foram excluídos com base na falta de previsão legal da anomalia entre as deficiências previstas pelo Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999 (BRASIL, 1999).

A propósito, há que se ressaltar que o Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul, ao julgar o mandado de segurança - MS 70033023573, interposto por candidato com surdez unilateral, reconheceu a legalidade do ato administrativo que não efetuou a nomeação do deficiente.

Entre os argumentos utilizados, deparou-se não apenas com o da legalidade do ato, na medida em que a surdez unilateral não está prevista no Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999 (BRASIL, 1999), como deficiência, para fins da política inclusiva.

A Câmara julgadora também argumentou que favorecer aqueles que têm deficiência menos severa em detrimento dos que efetivamente apresentam deficiência auditiva bilateral, seria distorcer o próprio sentido da norma e da proteção legal e constitucional das pessoas com deficiência, uma vez que o intuito da legislação é permitir o ingresso daquele que é claramente hipossuficiente e com dificuldade de inclusão social.

A decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul é, no mínimo, polêmica, ainda que esteja fundamentada em prol do princípio da legalidade. Assim se entende, por restringir um direito que é constitucionalmente previsto a essas pessoas, especialmente, porque o Brasil é signatário da Convenção sobre as Pessoas com Deficiência, a qual foi aprovada como emenda constitucional, nos termos do §3, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009 (BRASIL, 2009).

Frise-se que, nos termos do artigo 1º da referida convenção, são consideradas deficientes aquelas pessoas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, as quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Assim, ainda que a surdez unilateral não esteja prevista pelo Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999, como deficiência, para fins de reserva de vagas nos concursos públicos, em face do artigo 1º da Convenção sobre as Pessoas com Deficiência, é um impedimento de natureza física e sensorial, o qual, certamente, representa uma limitação para o ingresso no mercado do trabalho, o que justifica a política inclusiva. Ademais, reconhecer o direito de participar das reservas de vagas aos que possuem surdez unilateral não significa, de maneira alguma, preterir aqueles que possuem a surdez bilateral, na medida em que estes também fazem jus à política de cotas.

No que diz respeito à cegueira unilateral, paira, em nosso Ordenamento Jurídico, entendimento diverso, inclusive já pacificado, de que o portador de visão monocular tem

o direito de concorrer às vagas reservadas aos deficientes, ainda que a anomalia não esteja prevista no Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999 (BRASIL, 1999).

Não se pode deixar de realçar que esse não era o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul até a matéria estar pacificada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, através da Súmula 377, cujo teor se transcreve (Vade Mecum RT, 2012, p.1972): “Súmula 377. O portador de visão monocular tem direito de concorrer, em concurso público, às vagas reservadas aos deficientes.”

O entendimento pretérito de nosso Tribunal Estadual era o de que não poderia o candidato com visão monocular concorrer na condição de deficiente na falta de previsão legal, em virtude do estrito cumprimento à legislação vigente. Aliás, nesse sentido já se manifestou a 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no julgamento da Apelação Cível - AC 70006970941.

Perante o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, também foram encontradas demandas nas quais se discutiu a possibilidade de o candidato com visão monocular concorrer à reserva de vagas, demandas que foram julgadas procedentes, com a declaração de nulidade dos atos administrativos.

Dentre os fundamentos utilizados para o provimento dos recursos interpostos pelo Tribunal Regional Federal, podem-se destacar os proferidos pelo Ministro Relator da Primeira Turma do Superior Tribunal Federal, no julgamento realizado nos autos do recurso ordinário em mandado de segurança - ROMS nº 26.071-1/DF:

[...] nunca é demasiado lembrar que o preâmbulo da Constituição de 1988 erige a igualdade e a justiça, entre outros, "como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos". Sendo certo que reparar ou compensar os fatores de desigualdade factual com medidas de superioridade jurídica é política de ação afirmativa que se inscreve, justamente, nos quadros da sociedade fraterna que a nossa Carta Republicana idealiza a partir das suas disposições preambulares. Concluiu o relator, no que foi acompanhado pelos demais integrantes da Primeira Turma do STF, pelo provimento do recurso, para o fim de reconhecer o direito de portador de visão monocular a ser considerado portador de deficiência física para fins de disputa de vagas reservadas em concurso público (STF, ROMS n. 26.071-1/DF, Rel. Min. Carlos Britto, Primeira Turma, j. 13.11.2007, DJ 01.02.2008).

São também relevantes os fundamentos apresentados pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região no julgamento da apelação cível – AC 5002100-33.2011.404.7104, na medida em que ressaltaram a intenção do legislador ao editar as normas do artigo 37,

VIII, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) e do artigo 5º, §2º, da Lei nº 8.112, de 24 de outubro de 1999 (BRASIL, 1999), que é assegurar às pessoas com deficiência a plena integração social e inserção no mercado de trabalho, mediante a adoção de medida afirmativa como forma de compensar as sabidas maiores dificuldades que os deficientes têm para obter colocação profissional.

Nesse contexto, o órgão julgador igualmente realçou que a análise do conceito de deficiência, para o fim de provimento de vagas específicas em concurso público, deve ser realizada sempre a partir da apreciação da impossibilidade ou da dificuldade de acesso ao mercado de trabalho, em virtude da deficiência.

Assim, para essa finalidade, não é cabível exigir um patamar de deficiência tal que acabe acarretando a incapacidade para o desempenho da função pública, com o que restaria esvaziado o sentido da norma. É necessário que o candidato esteja apto para o trabalho, mas conte com uma limitação, uma deficiência que lhe acarrete severas limitações para a inserção no mercado de trabalho, justificando a observância da ação afirmativa prevista na norma. Nessa perspectiva, considerando as severas limitações que o fato de ser completamente cego de um olho traz ao candidato, o que dificulta sobremaneira a sua inserção no mercado de trabalho, foi reconhecida a condição de deficiente daquele que possui visão monocular para fins de participação e, se for o caso, nomeação em concurso público, não obstante a lacuna legal sobre o tema.

Cumprir destacar que os tribunais superiores também apreciaram demandas relacionadas ao tema, visto que, perante o Superior Tribunal de Justiça, os principais empecilhos à política inclusiva foram relacionados à surdez unilateral e à visão monocular, matéria essa já sumulada e, portanto, sem maiores questionamentos.

Mister se faz noticiar que, em recente decisão publicada em 20 de março de 2014, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do mandado de segurança – MS 18966/DF, manifestou-se no sentido de que a surdez unilateral, por si só, não possibilita concorrer às vagas destinadas aos deficientes, considerando que o Decreto nº 5.296, de 2 de dezembro de 2004 (BRASIL, 2004), que dispõe sobre a prioridade de atendimento às pessoas portadoras de deficiência ou de mobilidade reduzida, em seu artigo 5º, *b*, teria alterado o Decreto nº 3.298 de 20 de dezembro de 1999 (BRASIL,

1999), eis que posterior a este, para restringir o conceito de deficiência auditiva, ao considerar apenas a bilateral, parcial ou reduzida.

Assim, ainda que existam precedentes dos tribunais regionais e do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a surdez unilateral se revela suficiente para caracterizar a deficiência para fins de participação nos concursos junto às reservas de vagas,⁴ a recente decisão, em direção oposta, evidencia que a matéria não está pacificada, podendo, inclusive, ser revista pelo próprio Superior Tribunal de Justiça, ou, acaso mantida, tornar-se precedente para que decisões de tribunais inferiores passem a acolhê-la.

O Supremo Tribunal Federal, enquanto guardião da Constituição Federal e instância suprema de decisão judicial, compartilha do entendimento já proferido pelo Superior Tribunal de Justiça sobre a visão monocular. Nesse contexto, lembra-se o julgamento do recurso em mandado de segurança – RMS 26071, no qual o órgão julgador considerou que a reparação ou compensação dos fatores de desigualdade factual com medidas de superioridade jurídica constitui política de ação afirmativa que se inscreve nos quadros da sociedade fraterna, que se lê desde o preâmbulo da Constituição de 1988.

Sobre a surdez unilateral, no entanto, não foi encontrado, nos casos judiciais analisados, o enfrentamento do mérito da demanda pelo Supremo Tribunal Federal, por considerar-se que envolve matéria infraconstitucional. Desse modo, até o presente momento, a matéria não resta pacificada, o que traz consequências sociais e jurídicas.

Jurídicas, na medida em que paira a dúvida objetiva, ou seja, aquela que se configura quando há decisões judiciais divergentes sobre o tema. Sociais, porque, em decorrência dos diferentes posicionamentos, aqueles deficientes cujos pleitos forem acolhidos, poderão concorrer à reserva de vagas. Os que, na mesma situação fática, não os tiverem, não serão abrangidos pela política inclusiva. Sendo assim, enquanto não resolvida definitivamente a controvérsia sobre o tema, é possível que a prestação jurisdicional confira tratamento diferenciado para aqueles que se encontrem em condições de igualdade.

4 Nesse sentido os precedentes: AgRg no RMS 24.445/RS, AGRg no RMS 34.436/PE, AGRg no RMS 22.668/PE, AGRg no REsp 1179987/PR.

Como se pode verificar, a política de inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho, mais especificamente nos cargos públicos, enfrenta obstáculos, decorrentes do trabalho hermenêutico realizado sobre a própria ação afirmativa que, por ora, vincula o administrador público, de forma estrita, ao princípio da legalidade, o que, de certo modo, não surpreende, visto que a atividade administrativa é regida por esse princípio.

Leciona Mello que:

Deveras, o princípio da legalidade, como é óbvio, tem, em cada país, o perfil que lhe haja atribuído o respectivo Direito Constitucional. Assim, em alguns será estrito, ao passo em outros possuirá certa flexibilidade, da qual resulta, para a Administração, um campo de liberdade autônoma, que seria juridicamente inimaginável ante nossas Constituições. Tanto na França, por exemplo (e sobretudo nela), como na Alemanha, na própria Itália ou mesmo em Portugal e Espanha, a esfera em que a Administração pode se manifestar com alguma desenvoltura em relação à lei é inoparavelmente maior do que no Brasil (MELLO, 2005, p.90-91).

Portanto, na falta de previsão legal, quer dizer, mais especificamente na ausência de previsão legal do ente público ao qual esteja vinculado o administrador público, parte este do entendimento de que não está autorizado a agir, o que, conseqüentemente, motiva decisões administrativas como as que aqui foram analisadas, excluindo aqueles candidatos que, não obstante sejam deficientes físicos, não possuem a anomalia legalmente prevista para que possam fazer jus à política afirmativa, conquanto apresentem dificuldades para serem inseridos no mercado de trabalho.

Ocorre que a realização dos direitos sociais, dentre os quais se destaca o direito do trabalho, é fundamental, pois, conforme os dizeres de Schwarz

[...] não há como falar em efetividade de outros direitos, inclusive dos próprios direitos civis e políticos, relacionados à liberdade e autonomia da pessoa, e, assim, imprescindíveis à democracia e à cidadania integral, sem as garantias, a ela (pessoa), do mínimo existencial, um leque de bens econômicos, sociais e culturais que correspondem ao que ordinariamente se chama ou categoriza como “direitos sociais” (SCHWARZ, 2013, p.34).

Logo, negar-se às pessoas com deficiência o direito constitucionalmente consagrado de acesso aos cargos e empregos públicos, é negar a tais pessoas, inclusive, o exercício de outros direitos fundamentais imprescindíveis ao exercício de uma vida digna em sociedade.

Como ressalta Barzotto,

[...] a promoção da igualdade no mundo do trabalho requer o reconhecimento da identidade comum do homem enquanto ser trabalhador. Aspectos que o distinguem em outras áreas da vida, irrelevantes para o desempenho ocupacional, não deveriam importar ao exercício das atividades produtivas, delimitadas objetivamente (BARZOTTO, 2012, p.41).

Por conseguinte, assim como a deficiência, por si só, não pode servir para justificar a não contratação das pessoas ao trabalho, a falta de previsão legal da deficiência, por si só, também não pode servir para validar o ato administrativo que exclui o candidato do certame público.

Nesse contexto, ainda que se reconheça que a Administração Pública está vinculada ao princípio da legalidade e que, como ensina Di Pietro (2009, p.64), “em decorrência disso, a Administração Pública não pode, por simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados”, existem outros instrumentos normativos que também dispõem acerca das pessoas com deficiência, os quais podem e devem servir para fundamentar as decisões administrativas.

No entanto, as decisões administrativas que se limitam ao princípio da legalidade de forma estrita não permitem uma visão poliforme da realidade social. Tampouco admitem uma interação com todo o sistema jurídico.

Ademais, como ensina Habermas (2011, p. 129), “hoje em dia, a doutrina e a prática do direito tomaram consciência de que existe uma teoria social que serve como pano de fundo. E o exercício da justiça não pode mais permanecer alheio ao seu modelo social”.

Em suma, conclui-se que a aplicação do princípio da legalidade estrita como fundamento para excluir o candidato deficiente do certame importa, sim, em empecilho à política inclusiva.

2 Alijamento de candidato inscrito à reserva de vagas, por não ser constatada dificuldade para a realização de atividades como exige o artigo 4º do Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999 (BRASIL, 1999). O princípio da legalidade, mais uma vez, socorre ato administrativo que fulmina com a exclusão do candidato que, não obstante apresente anomalia, não foi considerado deficiente para fins da política

inclusiva, por não apresentar dificuldades para a realização de atividades nos termos do artigo 4º do Decreto nº 3.298 de 20 de dezembro de 1999 (BRASIL, 1999).

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região enfrentou duas demandas judiciais em que se discute a matéria abordada. Nos dois processos, os atos administrativos foram considerados legítimos, por julgar-se que a análise do conceito de deficiência, para o fim de provimento de vagas específicas em concurso público, deve ser realizada sempre a partir da apreciação da impossibilidade ou da dificuldade de acesso ao mercado de trabalho, em virtude da deficiência.

Dessa forma, não tendo sido constatada a incapacidade para a realização de atividades dentro do padrão de normalidade humana, assim como não demonstrado prejuízo ao desempenho de funções, o Tribunal partiu do entendimento de que não poderiam as partes fazer jus das benesses destinadas àqueles que o ordenamento reputa "deficientes físicos", nos termos dos artigos 3º e 4º do Decreto nº 3.298 de 20 de dezembro de 1999 (BRASIL, 1999).

O Supremo Tribunal Federal também se deparou com celeuma na qual se discutiu o enquadramento de candidato excluído do certame em razão de não ter sido enquadrado como deficiente por não apresentar limitação para o exercício das funções, como exige o referido decreto. Entretanto, o Supremo sequer apreciou o mérito da demanda, visto que o meio processual utilizado para impugnar a decisão atacada exigia a comprovação do direito líquido e certo, o que não se verificou no caso dos autos.

A apreciação do mérito dos atos administrativos que negaram aos candidatos, embora apresentassem sequelas físicas, o direito de participar à reserva de vagas aos deficientes nos concursos públicos, por não terem dificuldades para o desempenho de funções, reclama uma análise distinta das já realizadas.

O debate, certamente, é delicado, levando-se em conta a existência de atos administrativos fundados com base no princípio da legalidade, visto que expedidos nos termos dos editais dos concursos e fundamentados a partir do teor do Decreto nº 3.298 de 20 de dezembro de 1999 (BRASIL, 1999), o qual excepciona da regra do artigo 37, VIII, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), àqueles que não apresentam dificuldades para o desempenho das funções e os que apresentam deformidades apenas estéticas.

Ocorre que as políticas inclusivas estão alicerçadas, entre outros princípios, no da igualdade, como forma de reduzir as desigualdades existentes, e tentar reverter, pela justiça distributiva, os efeitos de uma discriminação que acompanha uma determinada categoria historicamente.

Nesse sentido, ensina Menezes que

a ação afirmativa, nos dias correntes, é um termo de amplo alcance que designa um conjunto de estratégias, iniciativas ou políticas que visam favorecer grupos ou segmentos sociais que se encontram em piores condições de competição em qualquer sociedade em razão, na maioria das vezes, da prática de discriminações negativas, sejam elas presentes ou passadas. Colocando-se de outra forma, pode-se asseverar que são medidas especiais que buscam eliminar os desequilíbrios existentes entre determinadas categorias sociais até que eles sejam neutralizados, o que se realiza por meio de providências efetivas em favor de categorias que se encontram em posições desvantajosas (MENEZES, 2001, apud MELO, 2004, p.132).

Portanto, busca-se, através das políticas afirmativas, entre as quais se incluem a política de cotas, um caminho para que as pessoas que estejam em posição de desvantagem possam efetivamente exercer os direitos que lhe são inerentes, dentre os quais se destaca o direito do trabalho.

Assim, justificam-se os atos administrativos que excluíram os candidatos que, não obstante apresentem sequelas, não demonstraram dificuldades para o desempenho das atividades laborais.

Portanto, nesses casos e, conquanto não haja dúvida sobre a inexistência de dificuldades para a produção laboral, não se vislumbra ilegalidade nos atos administrativos, uma vez que, na hipótese de serem admitidos à reserva de vagas aqueles que não apresentam dificuldades para competição no mercado de trabalho, a política inclusiva estaria sendo desvirtuada em nítida ofensa ao princípio da igualdade.

Nesse contexto, é interessante recordar os ensinamentos de Bom Junior et al. a respeito das cotas:

A situação, de fato, contém um paradoxo, pois, para implementar-se o princípio da igualdade material e aplicar um critério de justiça distributiva capaz de reverter, no plano dos fatos, os efeitos presentes de uma discriminação pretérita, a solução é reduzir as oportunidades de acesso de integrantes da maioria, pelo simples fato de pertencerem a ela (Bom Junior et al., 2006, p.45).

Disso resulta que as políticas inclusivas devem ser defendidas e efetivadas, mas, desde que, para a promoção daqueles que efetivamente pertençam às categorias que se

deparam com dificuldades historicamente reconhecidas para o pleno exercício dos direitos de cidadania, sob pena de desvirtuar a própria razão de ser da ação afirmativa.

Garcia também corrobora o debate, enfatizando que devem fazer jus a essa política

grupos historicamente discriminados e que, na realidade cotidiana, tenham limitadas suas ‘oportunidades’ em termos de formação escolar e do acesso ao trabalho, dentre outros aspectos. Tal discussão é importante porque, na atualidade, alguns grupos populacionais defendem para si “o direito de serem reconhecidos como pessoas com deficiência”, justamente para usufruírem de vagas reservadas, cotas, isenções fiscais e outros benefícios. Trata-se de uma discussão polêmica que não será aqui aprofundada, mas que é preciso adotar critérios técnicos para que legitimamente conquistados não sejam banalizados e se transformem em privilégios (GARCIA, 2014, p.170).

Nessa linha de pensamento, defende-se a reserva de vagas, mas para que a política inclusiva seja direcionada a àqueles que realmente se encontrem excluídos do mundo do trabalho em função de suas limitações, e não aos que buscam desvirtuar os fins da política para a obtenção de vantagens pessoais.

3 Não homologação da inscrição do candidato inscrito no concurso à reserva de vagas, por falta de apresentação do atestado médico exigido nos termos do edital do concurso. As demandas judiciais nas quais os candidatos pretenderam a anulação dos atos administrativos que não homologaram as inscrições para a realização dos concursos públicos em face da não apresentação do atestado médico exigido nos editais para o fim de comprovação da deficiência foram, também, objeto de questionamento em face da política de cotas.

Ocorre que os editais expedidos pela Administração Pública, como cediço, em decorrência do princípio da legalidade a que se submetem os entes públicos, desde que respeitem o regramento jurídico, devem ser cumpridos, sob pena de invalidade dos atos administrativos que dele decorram.

Portanto, ainda que a não homologação da inscrição do candidato deficiente possa ser, à primeira vista, associada a um obstáculo à política inclusiva, não é o que se crê, ao se analisarem demandas em que não houve a homologação das inscrições daqueles que não cumpriram os requisitos previstos no edital expedido nos termos do Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999 (BRASIL, 1999).

Assim se concluiu porque, além de o princípio da legalidade socorrer os atos administrativos que respeitaram o edital, acaso fossem acolhidos os pleitos dos candidatos, restaria violado o próprio princípio da igualdade, considerando-se que o atestado médico foi exigido de todos os demais candidatos deficientes que tiveram a inscrição deferida.

Por consequência, a não homologação das inscrições dos candidatos que não apresentaram o atestado médico exigido para a comprovação da deficiência é um ato administrativo calcado em motivo válido que não pode ser configurado como um impasse à política afirmativa, mas como uma forma de respeito a essa, pois, se não fosse exigida a comprovação da deficiência daqueles que desejam se habilitar à reserva de vagas, poderia haver um desvirtuamento da política inclusiva, com a possibilidade de que aqueles que realmente fizessem jus ao sistema de cotas ficassem aquém da proteção constitucional.

No entanto, não é o que se verifica quando o ato administrativo é embasado em edital que faz exigências maiores que o próprio decreto que regulamenta a lei sobre a política de integração social das pessoas com deficiência, já que se trata de hipóteses de restrição da proteção constitucional em foco.

Nesse contexto, o ato administrativo questionado perante o Tribunal Regional da 4ª Região, que excluiu o candidato deficiente do certame, por não ter apresentado o atestado médico, no momento da inscrição, com validade de doze meses, exigência sequer presente no Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999 (BRASIL, 1999), é visto como um obstáculo à política de inclusão social da categoria aos cargos e empregos públicos.

Não bastasse, entende-se que não está amparado no princípio da legalidade, embora observe o edital, pois este não pode ir de encontro à legislação ordinária e seu decreto regulamentador. Nesse sentido, foi o apontamento da Corte Especial do Tribunal Regional da 4ª Região, ao conceder a segurança ao candidato deficiente eliminado do certame, por não apresentar atestado médico com exigências para além das previstas no decreto já mencionado.

Entre as razões proferidas pela Corte Especial do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no julgamento do mandado de segurança – MS 0009852-50.2010.404.0000, estão as de que o edital do concurso não pode sobrepor-se ao ordenamento jurídico pátrio,

sobretudo à Constituição da República, limitando-lhe o alcance. Ademais, de que a interpretação teleológica dos dispositivos invocados leva à forçosa ilação de que se deve incentivar o respeito à capacidade produtiva das minorias discriminadas. Então, se a legislação (constitucional e infraconstitucional) de regência não impõe limite temporal algum para a validade de laudos, atestando a deficiência para o fim de inscrição em concurso público, entendeu o órgão julgador que não há como se exigir do candidato que não possui condições financeiras para tanto, um novo laudo para atestar "ausência de motilidade", a qual se encontra atestada por laudos periciais recentes, ainda mais, quando se trata de deficiência de caráter permanente, visto que dar azo à exegese contrária seria suprimir do impetrante o exercício de direito que lhe é assegurado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

4 Alijamento do candidato do concurso por ser considerado inapto para o exercício da função do cargo para o qual concorre à vaga. Nesta categoria, foram encontradas demandas nas quais os candidatos inscritos à reserva de vagas foram excluídos do concurso por serem considerados inaptos para o exercício da função do cargo que pretendiam concorrer à vaga, antes mesmo do exercício das atribuições e, inclusive, no próprio ato de inscrição.

Nesse contexto, as demandas perante o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul questionaram o mérito de ato administrativo que, sem sequer realizar perícia, indeferiu a inscrição da candidata por considerá-la inapta para o exercício da função do cargo de auditor externo do Tribunal de Contas do Estado, haja vista ter visão monocular. Nos demais processos, o mérito dos atos administrativos também foi questionado, levando-se em conta que a exclusão dos candidatos embasou-se em laudos realizados pelas comissões administrativas que teriam julgado os candidatos com espondilite anquilosante⁵ e cegueira bilateral como inaptos para o exercício das funções

5 Segundo a Sociedade Brasileira de Reumatologia espondilite anquilosante é um “tipo de inflamação que afeta os tecidos conjuntivos, caracterizando-se pela inflamação das articulações da coluna e das grandes articulações, como quadris, ombros e outras regiões. Embora não exista cura para a doença o tratamento precoce e adequado consegue tratar os sintomas – inflamação e dor - , estacionar a progressão da doença, manter a mobilidade das articulações acometidas e manter uma postura ereta.” In: http://www.reumatologia.com.br/pdfs/cartilha_espondilite_anquilosante.pdf . Acesso em 02. maio. 2014.

inerentes aos cargos de oficial escrevente e agente administrativo, não obstante tivessem obtido aprovação nos concursos.

Igualmente, o Superior Tribunal de Justiça enfrentou a matéria, ao julgar e prover o recurso ordinário interposto por candidata com perda bilateral de audição progressiva, a qual teria sido considerada inapta para o exercício da função inerente ao cargo para o qual teria sido aprovada.

A propósito, declara Melo que

a proteção Estatal das pessoas portadoras de deficiência, através de medidas discriminatórias positivas, é indispensável para que seja possível a integração das mesmas ao meio social. A igualdade material, quanto ao direito do trabalho das pessoas com deficiência, surge no texto constitucional, principalmente, através das vagas reservadas no serviço público (art. 37, inc. VIII) e das garantias para a habitação e reabilitação (art. 203, inc. IV) (MELO, 2004, p.120).

Por conseguinte, negar acesso às pessoas com deficiência aos cargos e empregos públicos, através do indeferimento das inscrições ou exclusão dos certames, pelo simples fato de a pessoa ser deficiente física, não se justifica em nosso Ordenamento Jurídico, sob pena de a norma prevista no artigo 37, inciso VIII, da Constituição Federal de 1988 se tornar letra morta.

Não se quer dizer, entretanto, que, em nenhuma hipótese, pode o candidato deficiente ter a inscrição não homologada ou ser alijado do certame, visto que os candidatos inscritos à reserva de vagas concorrem, em igualdade de condições, com os demais candidatos, no que diz respeito ao conteúdo das provas e ao estágio probatório.

Sobre a possibilidade de obstar a inscrição do candidato deficiente e sobre o indeferimento das inscrições, já há posicionamento firmado na doutrina.

No entendimento de Fávero (2004, p.132-133), por exemplo, a autoridade administrativa não pode obstar a inscrição em concurso de pessoa com deficiência, mas pode ocorrer o indeferimento da inscrição, “caso a deficiência alegada não seja comprovada no ato da inscrição, situação em que o candidato prossegue como os demais, sem direito à reserva”.

Entretanto, no entendimento de Maranhão,

apesar de a legislação infraconstitucional ter relacionado as categorias nas quais os portadores de deficiência podem ser enquadrados, para obterem a

tutela legal, entendemos que o diagnóstico médico não deve ser o único meio de avaliar a capacidade produtiva do portador de deficiência, esta deverá ser analisada face à atividade por ele desenvolvida (MARANHÃO, 2005, p.141).

Como se pode observar, são muitas as nuances acerca da reserva de vagas aos portadores com deficiência, haja vista que existem ainda muitos obstáculos enfrentados por aqueles que pretendem concorrer às vagas previstas nos concursos públicos.

Ocorre que obstar a inscrição ou negar a posse a candidato, pelo simples fato de ser portador de deficiência, é negar o direito de esse concorrer às vagas nos serviços públicos.

Isso porque, além da expressa previsão constitucional de reserva de vagas aos deficientes aos cargos e empregos públicos, o Brasil, como já ressaltado anteriormente, é também signatário da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu protocolo facultativo. Segundo o artigo 27 da referida Convenção, o direito do trabalho às pessoas com deficiência é amplamente reconhecido pelos Estados signatários, nos seguintes termos:

Artigo 27. Trabalho e emprego. 1. Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência ao trabalho, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. Esse direito abrange o direito à oportunidade de se manter com um trabalho de sua livre escolha ou aceitação no mercado laboral, em ambiente de trabalho que seja aberto, inclusivo e acessível a pessoas com deficiência. Os Estados Partes salvaguardarão e promoverão a realização do direito ao trabalho, inclusive daqueles que tiverem adquirido uma deficiência no emprego, adotando medidas apropriadas, incluídas na legislação, com o fim de, entre outros: a) Proibir a discriminação baseada na deficiência com respeito a todas as questões relacionadas com as formas de emprego, inclusive condições de recrutamento, contratação e admissão, permanência no emprego, ascensão profissional e condições seguras e salubres de trabalho; [...] g) Empregar pessoas com deficiência no setor público; [...] i) Assegurar que adaptações razoáveis sejam feitas para pessoas com deficiência no local de trabalho; (BRASIL, artigo 27, Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009).

Não se pode deixar de realçar que o Brasil é também signatário da Convenção nº111 da OIT, sobre discriminação em matéria de emprego e ocupação. Conforme o artigo 11 da referida convenção:

Art. 11. Para fins da presente convenção o termo “discriminação” compreende: a) toda distinção, ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão;

b) qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão que poderá ser especificada pelo Membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, em outros organismos adequados.

Ademais, segundo os artigos 2º e 4º, da Convenção 159 da OIT, da qual o Brasil é, igualmente, Estado signatário:

Artigo 2

De acordo com as condições nacionais, experiências e possibilidades nacionais, cada país-membro formulará, aplicará e periodicamente revisará a política nacional sobre reabilitação profissional e emprego de pessoas deficientes.

Artigo 4

Essa política deverá ter como base o princípio da igualdade de oportunidades entre trabalhadores deficientes e os trabalhadores em geral. Dever-se-á respeitar a igualdade de oportunidades e de tratamento para as trabalhadoras deficientes. As medidas positivas especiais com a finalidade de atingir a igualdade efetiva de oportunidades e tratamento entre trabalhadores deficientes e os demais trabalhadores não devem ser vistas como discriminatórias em relação a estes últimos.

Desse universo normativo de proteção às pessoas com deficiência, depreende-se que não são aceitáveis, em nosso Ordenamento Jurídico, decisões que tolhem o direito dessas pessoas de acesso aos cargos públicos, pois negar a esse segmento populacional a oportunidade de concorrer às vagas ofertadas, através do indeferimento de inscrições ou de vedação à posse pelo fato de serem deficientes, negando-lhes o direito de exercer a atividade produtiva, no momento a partir do qual poderiam e deveriam ser avaliados, representa afronta à política nacional de inclusão social da categoria.

5 Falta de nomeação dos candidatos aprovados no concurso. As lides que dizem respeito à falta de nomeação dos candidatos aprovados à reserva de vagas destinadas aos deficientes estão, em sua grande maioria, associadas à preterição dos candidatos ou à não observância do percentual mínimo de cinco por cento previsto no §1º, do artigo 37, do Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999 (BRASIL, 1999).

Nessa perspectiva, devem ser lembradas as demandas ajuizadas perante o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, nas quais os candidatos devidamente aprovados nos concursos para os cargos de auxiliar de serviços gerais e de vigilante se depararam com a falta de nomeação e com a preterição, tendo em vista a nomeação de

outros candidatos pela Administração, sem que fossem respeitadas as vagas reservadas aos deficientes.

São processos nos quais se vislumbra a ofensa à política inclusiva, bem como ao próprio princípio da legalidade, por violação ao artigo 37, VIII, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), ao artigo 37, §1º, do Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999 (BRASIL, 1999), e à lei do próprio município em que foi realizado o concurso para o cargo de auxiliar de serviços gerais que, igualmente, prevê a reserva de vagas para os deficientes no percentual de cinco por cento das vagas previstas.

Perante o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, a matéria também foi submetida a julgamento, tendo em vista a existência de processos diretamente relacionados à nomeação dos candidatos aprovados nos concursos na condição de deficientes.

Em um dos feitos, por exemplo, foi questionada a falta de nomeação do candidato aprovado em primeiro lugar, como deficiente, para o cargo de analista judiciário, considerando-se que, segundo o edital do concurso, os candidatos com deficiência somente teriam direito à nomeação a partir da 10ª vaga.

Entre os argumentos utilizados para fundamentar o pedido de nomeação pelo candidato paira o de que a nomeação dos deficientes à reserva de vagas, somente a partir do décimo candidato, importaria em violação à norma constitucional prevista no artigo 37, VIII, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988).

Ocorre que o Tribunal Regional Federal da 4ª Região não concedeu a segurança, indeferindo o pedido de nomeação, por entender que a reserva de vagas foi plenamente observada pela Administração.

Isso, porque o Órgão Julgador, ao apreciar o feito – MS 0004929-44.2011.404.000 partiu do entendimento de que, em um universo de 10 vagas providas, a aplicação do percentual mínimo de reserva em cinco por cento resultaria no equivalente ao número fracionado de 0,5.

Sendo assim, considerando-se o critério definido pela Resolução nº 155/96 do Conselho de Justiça Federal, vinculativo e obrigatório para a administração do tribunal em que se discute o provimento da vaga destinada ao candidato, o qual estabelece o arredondamento quando o número fracionário for igual ou superior a 0,5, não foi

constatada ilegalidade no ato administrativo impugnado, ao destinar a décima vaga a um candidato deficiente.

Nesse sentido, é relevante noticiar que o tema da falta de nomeação de candidatos deficientes também já foi apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal, abordagem que será retomada quando da análise da política inclusiva nas demandas em que se discute a possibilidade de majoração do número de vagas aos deficientes, para evitar tautologia.

Por outro lado, importa esclarecer que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e o Tribunal Regional Federal da 4ª Região já se depararam com demandas nas quais foram questionadas nomeações de candidatos aprovados à reserva de vagas por aqueles que se sentiram preteridos em razão da política inclusiva. Ou seja, por candidatos não deficientes que partem do entendimento de que foram prejudicados em razão da reserva de vagas destinada aos deficientes físicos.

Cumprе destacar que em ambos os Tribunais as demandas foram julgadas improcedentes. Entre os fundamentos que embasaram o juízo de improcedência proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região nos autos da apelação cível – AC 2008.71.10.002956-8 está o de que inexistiu ilegalidade pelo critério de nomeação utilizado para o provimento dos candidatos aprovados, ao disponibilizar, em todas as localidades para os quais havia a previsão de duas ou mais vagas, uma, no mínimo, para os candidatos deficientes.

Nessa concepção, o Órgão Julgador não vislumbrou ilegalidade pelo fato de terem sido disponibilizadas três vagas e a terceira ter sido ocupada pelo candidato deficiente classificado em primeiro lugar na região. Ao contrário, visto que a nomeação do candidato evidenciou a atenção dispensada pela autarquia promotora do concurso público para com candidatos deficientes, em homenagem ao disposto no artigo 37, VIII, da Constituição Federal (BRASIL, 1988) e no artigo 5º, §2º, da Lei n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990 (BRASIL, 1990).

Interessa notar que o Superior Tribunal de Justiça também se deparou com o tema da falta de nomeação de candidatos aprovados no concurso público, hipótese em que a celeuma se restringiu à análise do poder discricionário da Administração Pública em nomear, ou não, os candidatos aprovados.

A propósito, é relevante ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do mandado de segurança – MS 19.221/DF, diante da incontroversa existência de vagas para a nomeação dos impetrantes, em face da ocupação das vagas existentes por contratações emergenciais, entendeu que não há que falar em discricionariedade da Administração Pública. Consequentemente, por flagrante preterição a ordem de classificação dos candidatos aprovados no concurso público, determinou a nomeação dos que ficaram colocados em 1º lugar na condição de portador de deficiência e dos demais colocados em 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 10º, 13º, 14º, 16º, 20º, 21º, 23º, 24º, 25º, 28º e 29º lugar.

Não se pode deixar de ressaltar que, entre os atributos do ato administrativo, repousa o poder discricionário.

A discricionariedade, como lembra Di Pietro (2009, p.2011), ocorre quando

a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre as várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito. Nesses casos, o poder da Administração é discricionário, porque a adoção de uma ou outra solução é feita segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, próprios da autoridade, porque não definidos pelo legislador (DI PIETRO, 2009, p. 2011).

Portanto, com base no poder discricionário é que a Administração Pública explica, muitas vezes, a falta de nomeação de candidato para o provimento de cargos públicos, o número de vagas quando da abertura dos concursos e, até mesmo, a falta de vagas para determinados cargos ou, ainda, a realização de concurso público para reserva de vagas, pois dizem respeito ao juízo de conveniência e oportunidade do administrador.

Ocorre que o poder discricionário não é um poder absoluto, totalmente livre, uma vez que toda a atividade administrativa, como cediço, rege-se pelo princípio da legalidade.

Aliás, o poder discricionário é também regido por esse princípio, sendo desse corolário, na medida em que não pode, jamais, a autoridade administrativa extrapolar os limites legais impostos, hipótese em que o ato passa a ser arbitrário e merece ser revisto, pois, contrário à ordem jurídica posta.

E foi o que se verificou nos autos do processo julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, visto que, existindo vagas, não poderia deixar de haver a nomeação dos candidatos aprovados com a realização de contratação emergencial.

Assim agindo, houve violação ao amplo acesso aos cargos e empregos públicos e, da mesma forma, à política inclusiva, pela preterição do candidato deficiente aprovado em primeiro lugar no concurso à reserva de vagas aos contratados em regime emergencial.

É importante noticiar que o Superior Tribunal de Justiça enfrentou, também, outros processos nos quais se discutiu a falta de nomeação de candidato deficiente aprovado dentro das vagas reservadas à categoria. Todavia, sob outro enfoque, ou seja, para verificar se o percentual mínimo previsto para a reserva de vagas fora ou não cumprido pela Administração Pública.

Como se pode observar, embora o direito à reserva de vagas para as pessoas com deficiência seja um direito constitucionalmente previsto - aliás, quanto à consagração desse não se discute -, o seu exercício não está sendo de fácil alcance.

Convém destacar que a interpretação restritiva do direito consagrado é um dos obstáculos mais enfrentados pela categoria, face ao número de julgados que discutem se o percentual de reserva de vagas para as pessoas com deficiência deve incidir sobre o total de vagas previstas para o cargo, independentemente da localidade em que se der o provimento para o cargo, ou sobre o número de vagas a serem providas em cada localidade. Não obstante, a matéria já foi enfrentada pelos tribunais superiores.

É importante notar que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça compartilham do mesmo entendimento, ou seja, de que o percentual de reserva de vagas aos deficientes deve incidir sobre a totalidade das vagas ofertadas para cada cargo público. Dessa forma, a concretização do comando constitucional relativo à reserva de vagas à categoria é concretizada. Nesse sentido, há precedentes: do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o recurso ordinário em mandado de segurança – RMS 25.649, e do Superior Tribunal de Justiça, ao proferir o julgamento do mandado de segurança – MS 30841.

E outro não poderia ser o entendimento, visto que posição contrária poderia levar à falta de cumprimento da política de cotas, pois, na hipótese de serem distribuídas as

vagas por localidade, o percentual fixado para um dado concurso poderia resultar em nenhuma vaga destinada aos candidatos deficientes, conquanto o somatório de todas as nomeações se mostrasse suficiente para esse desiderato.

6 Falta de reserva de vagas à categoria nos concursos públicos. A reserva de vagas aos deficientes nos concursos públicos é de ordem pública, porquanto decorre de direito constitucionalmente consagrado, previsto em lei ordinária e regulamentado por decreto.

Portanto, não se justifica a falta de reserva de vagas nos editais, desde que existam cargos vagos, já que, como será abordado posteriormente, é pacífico o entendimento perante o Supremo Tribunal Federal de que a reserva de vagas deve respeitar os percentuais, mínimo e máximo, previstos no Decreto nº 3.298 de 20 de dezembro de 1999 (BRASIL, 1999) em respeito aos princípios da legalidade e da igualdade.

Excetuam-se, no entanto, os cargos que são de livre provimento e exoneração, ou seja, os cargos em comissão, por força do inciso II, do artigo 37 da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), que assim dispõe, persistindo o debate em relação aos cargos para os quais se exige aptidão física plena.

Nesse sentido, cabe destacar que Melo (2008, p. 255) é categórico ao afirmar que “não se aplica a reserva de vagas nos casos de provimento de cargo em comissão ou função de confiança, de livre nomeação e exoneração e para os cargos ou empregos públicos integrantes de carreira que exija aptidão plena do candidato”.

Sobre a inobservância da reserva de vagas para as funções em que se exige aptidão plena, também se manifestou Fávero:

O Decreto 3.298/99 prevê que, nos concursos públicos para estas funções, não há necessidade da reserva (art. 39). Para tanto, o mesmo Decreto, além de estipular, no art.39, que os editais de concursos públicos deverão conter o número de vagas existentes, bem como o total correspondente à reserva destinada aos candidatos com deficiência, devem especificar as atribuições e tarefas essenciais dos cargos, justamente para que fique devidamente motivada a eventual ausência da reserva de vagas (FÁVERO, 2004, p. 131).

A redação do *caput* do artigo 38 do Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999, é taxativa ao prever que não se aplica a reserva de vagas prevista no artigo 37 nas hipóteses dos incisos I e II, abaixo transcritos:

Art. 38.

[...]

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.

Ocorre que, recentemente, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do recurso extraordinário - RE 676335 reformou a decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, a qual entendia inaplicável a reserva de vagas para os cargos de delegado de polícia, escrivão, perito e agente papiloscopista federais por considerar imprescindível a plena aptidão física para o exercício das funções que lhes são inerentes, conforme o disposto no inciso II e *caput* do artigo 38 do Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999 (BRASIL, 1999).

Convém esclarecer que a decisão do Supremo Tribunal Federal se assenta, dentre outros argumentos, no de que o entendimento do Tribunal Regional Federal da 1ª Região fere o posicionamento do Pretório Excelso no sentido de que a reserva de vagas em concurso público destinada aos portadores de deficiência é garantia da norma do artigo 37, VIII, da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Ademais, por entender que a análise da compatibilidade da deficiência do candidato com a função a ser exercida no cargo provido deve ser apurada durante o estágio probatório, com a ressalva de que a banca do concurso poderá declarar a inaptidão de candidatos inscritos cujas necessidades especiais os impossibilitem do exercício das atribuições inerentes ao cargo para os quais estiverem concorrendo.

Desse modo, encerrou-se a jurisdição do Supremo Tribunal Federal com o provimento do recurso extraordinário para garantir a obrigatoriedade de vagas nos concursos públicos aos deficientes físicos para os cargos que se exige a aptidão plena.

A decisão, proferida pelo Excelso Supremo Tribunal Federal, certamente, repercutirá sobre novos julgamentos que serão proferidos sobre a matéria perante os tribunais regionais. Trata-se de um novo posicionamento que, não obstante as disposições legais a respeito da reserva de vagas às pessoas com deficiência, tende a ampliar as hipóteses de política inclusiva.

Entre os argumentos trazidos pelo órgão julgador está o de que a Administração Pública deve cuidar para que se garanta, em igualdade de condições, a quem queira

concorrer aos cargos as condições de desempenhar as funções a eles inerentes. Ademais, a reserva de vagas deve ser efetivada à luz dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, ainda que a comissão de avaliação, após o estágio probatório, possa declarar a inaptidão dos candidatos através de critérios objetivos.

O que se infere do julgamento do Supremo Tribunal Federal é uma tendência à humanização, no sentido de assegurar a todos os direitos consagrados, entre os quais se destaca a plena acessibilidade aos cargos públicos.

Certamente, é uma decisão que será levada ao debate nas lides que envolvem a consagração do direito do trabalho à categoria através das ações afirmativas.

7 Impossibilidade de arredondamento do número de vagas para a categoria quando a aplicação do percentual sobre o número total de vagas não chegou a uma vaga inteira. Dos dados colhidos, depreende-se que há um grande número de demandas que questionam o número de vagas destinadas à categoria nos concursos públicos. São ações judiciais que estão diretamente relacionadas com o disposto no artigo 37 do Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999 (BRASIL, 1999), abaixo reproduzido:

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.

Embora o §2º, do artigo 37 do Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999 (BRASIL, 1999), estipule que, caso a aplicação do percentual previsto para a reserva de vagas aos deficientes resulte em número fracionado, deverá ser elevado até o primeiro número inteiro subsequente, já houve mudança de entendimento sobre a matéria perante o Supremo Tribunal Federal, refletindo-se nos julgamentos proferidos pelos tribunais regionais.

O Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, partia do posicionamento de que o número de vagas deveria ser sempre majorado para o primeiro número inteiro quando o percentual de vagas destinado aos candidatos com deficiência resultasse em número fracionado. Tal entendimento, possivelmente, foi fundamentado com base na regra prevista no §2º, do artigo 37 do Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999 (BRASIL, 1999).

Entretanto, atualmente, o Supremo Tribunal Federal reviu o posicionamento sobre a matéria, vedando a majoração do número de vagas até o percentual máximo previsto legalmente, qual seja, vinte por cento. Entre os argumentos utilizados, destacam-se os princípios da igualdade e da proporcionalidade.

Assim, considerando-se que há situações em que o arredondamento do número de vagas para o primeiro número inteiro extrapolaria o limite previsto pelo Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999 (BRASIL, 1999), conclui-se que não há como justificar outro entendimento sobre a matéria.

Aliás, nesse sentido, já se manifestou o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Ministro Marco Aurélio, conforme noticiado no processo julgado pela Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, ao se pronunciar pela impossibilidade de majoração do número de vagas no julgamento da apelação cível - AC 70047270079.

Com efeito, entendeu a Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que, se fosse aplicado na íntegra o disposto no §2º, do artigo 38 do Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999 (BRASIL, 1999), restariam manifestamente violados os princípios da igualdade e da proporcionalidade. Isso, porque o cargo em questão comportava apenas duas vagas. Consequentemente, ao incidir o percentual de cinco por cento sobre essas duas vagas, não se teria um número inteiro, mas 0,1. Nessa hipótese, o arredondamento até o primeiro número inteiro resultaria em destinar cinquenta por cento do total das vagas aos deficientes, em ofensa aos princípios citados, bem como ao da legalidade, considerando-se o percentual máximo previsto para a reserva de vagas à categoria: vinte por cento.

Não é demasiado ressaltar que a reserva de vagas aos deficientes constituiu-se em uma política social inclusiva que merece ser efetivada, para atingir os objetivos para os

quais foi proposta. Entretanto, embora sirva para repelir a discriminação pretérita, não pode servir para dar origem a uma discriminação atual e futura.

Portanto, a política inclusiva deve ser efetivada sempre como o objetivo de observar o princípio da igualdade, com o cuidado de não violá-lo, extrapolando os limites legalmente previstos e gerando desigualdade, ao reduzir excessivamente o número de vagas destinadas à maioria.

Acredita-se que, para que a política seja efetivada com razoabilidade, deve sempre observar os percentuais, o mínimo e o máximo, previstos no Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999 (BRASIL, 1999).

6.2 ARGUMENTOS DO DISCURSO JURÍDICO

A análise dos argumentos do discurso jurídico buscou compreender as razões que motivaram os juízos de procedência ou improcedência das demandas analisadas, com o intuito de aprofundar o debate sobre o tema, a partir da judicialização da política de cotas para os deficientes nos concursos para provimento de cargos públicos.

Nessa linha de pensamento, é importante ressaltar que, não obstante as demandas relacionadas ao tema desta dissertação estejam relacionadas ao mérito dos atos administrativos questionados pelos candidatos, depreende-se, dos dados coletados, que o julgamento das lides pressupôs um prévio trabalho de hermenêutica.

A razão de ser desse entendimento reside no fato de que os julgamentos não foram realizados apenas com base nas disposições legais que impõem a reserva de percentual de vagas aos deficientes nos concursos públicos, mas também com base nos princípios constitucionalmente consagrados, entre os quais se destacam o da dignidade da pessoa humana, o da ampla acessibilidade aos cargos e empregos públicos, o da isonomia e, como não poderia deixar de se salientar, o próprio princípio da legalidade.

Além disso, os julgamentos foram, igualmente, embasados na política nacional de integração social e no valor social do trabalho.

Portanto, as decisões judiciais não se limitaram à análise da subsunção lógico-formal da norma que impõe um percentual de vagas aos deficientes, na medida em que os princípios citados serviram de fundamento para a apreciação do mérito das demandas.

A propósito, cumpre acentuar que os princípios da isonomia, da dignidade da pessoa humana e o da ampla acessibilidade aos cargos públicos fundamentaram julgamentos que reconheceram a ilegalidade dos atos administrativos que não admitiram candidatos que, embora fossem deficientes, não possuíam a anomalia expressamente prevista para fins da política inclusiva pelo Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999 (BRASIL, 1999).

Da mesma forma, alicerçaram decisões dos tribunais que reconheceram a ilegalidade de atos administrativos que excluíram candidatos dos certames, por serem considerados inaptos para o exercício de cargos públicos em razão da deficiência.

Nesse contexto, com base nos princípios citados e na política nacional de integração para as pessoas com deficiência, é que os tribunais deram provimento a alguns recursos nos quais os candidatos haviam sido excluídos ou não admitidos a prestar concursos públicos na condição de deficientes.

A esse respeito, menciona-se o acórdão proferido pela Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região nos autos da apelação cível – AC 0008131-50.2008.404.7108/RS, o qual acolheu o pedido da candidata com visão monocular para que fosse reconhecida sua condição de deficiente física e garantida sua inclusão no quadro de funcionários do INSS, visto ter sido aprovada em concurso público.

Embora a visão monocular não estivesse legalmente prevista como deficiência para fins da política inclusiva, a turma julgadora deu procedência ao pedido da candidata, sob o argumento de que o preâmbulo da Constituição Federal de 1988 erige a “igualdade” e a “justiça” como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Entre os argumentos utilizados pela referida turma, também paira o de que reparar ou compensar os fatores de desigualdade factual com medidas de superioridade jurídica é política afirmativa que se inscreve na sociedade que a Constituição Republicana idealiza.

É, igualmente, relevante noticiar-se que o Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul, no julgamento da apelação cível – AC 70028917284, manteve a sentença que declarou nulo o ato administrativo e determinou a assunção de candidato deficiente ao cargo, não obstante tivesse sido considerado inapto em exame admissional, invocando,

dentre outros fundamentos, que entendimento diverso seria afronta ao princípio da ampla acessibilidade ao concurso público.

Por outro lado, a Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, com base no princípio da igualdade e da razoabilidade, ao julgar a apelação cível – AC 70047270079, deu provimento ao recurso para cassar a ordem de reserva de vaga para deficiente, considerando-se a impossibilidade de majoração do número de vagas em percentual superior ao máximo previsto pelo Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999 (BRASIL, 1999).

Segundo a Câmara julgadora a reserva de vagas deve seguir os preceitos legais, por ser exceção e por não poderem ser superados os limites mínimo e máximo previstos, em prol do princípio da razoabilidade e igualdade.

Nesses termos, ainda que o §2º, do artigo 37, do Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999 (BRASIL, 1999), determine o arredondamento de vagas para o primeiro número inteiro, na hipótese de a aplicação do percentual de vagas para a categoria resultar em número fracionado, não foi esse o posicionamento do órgão julgador.

A Quarta Câmara, por sua vez, considerou que a eficácia da regra do artigo 37, VIII, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), pressupõe número de vagas compatível com a incidência do percentual para a reserva de vagas à categoria.

Como se pode observar dos argumentos acima expostos, os princípios foram os pilares de sustentação dos julgamentos proferidos. Nesse sentido, mesmo que os atos administrativos questionados pelos candidatos estivessem todos fundados na Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989 (BRASIL, 1989), a qual dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, e no Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999 (BRASIL, 1999), ou seja, formalizados nos estritos limites das normas sobre a política inclusiva, prevaleceram os princípios incorporados em nosso Ordenamento e considerados de maior relevância.

Trata-se de uma evolução da ciência do Direito, pois, modernamente, vige o entendimento de que a pura exegese da lei não responde mais às demandas da sociedade.

A atual dogmática reconhece a normatividade dos princípios que, como realça Abreu (2011, p.7), são “tradutores dos valores básicos do ordenamento, garantidores da unidade e da harmonia do sistema, além de condicionantes da atividade do intérprete”.

Essa evolução, necessariamente, leva o intérprete à ideia do Direito como um todo, ou seja, como um sistema de princípios e regras, o que trouxe grande mudança de posicionamento na doutrina.

É o que se infere dos julgamentos proferidos não apenas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, mas também pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região e pelos tribunais superiores.

Elucida bem a evolução do pensamento hermenêutico o julgamento da apelação cível – AC 5002525-66.2011.404.7102, proferido pela Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no qual foi mantida a sentença que determinou a nomeação e a posse da candidata deficiente aprovada em 4º lugar no concurso realizado para técnico administrativo da Universidade Federal de Santa Maria.

É interessante notar que a turma julgadora não se limitou à análise do edital do concurso para o julgamento da demanda. Foi além, considerando que a reserva de vagas à categoria não poderia ficar limitada ao número de vagas previsto no edital, mas sim à totalidade das vagas providas.

Ademais, entre os argumentos utilizados, também figura o de que os princípios do Direito devem nortear a interpretação das normas jurídicas, cumprindo função hermenêutica, interpretativa e integrativa, na colmatação de lacunas.

Desse modo, com base no princípio da razoabilidade e socorrendo-se da política nacional de integração da pessoa com deficiência, que visa a resguardar o acesso das pessoas com deficiência aos cargos e empregos públicos, entendeu o órgão julgador que não poderia a reserva de vagas limitar-se aos postos contidos no edital. Mesmo porque, para o preenchimento de novas vagas, a administração observou somente a lista geral, sem observar a ordem de classificação e o percentual previsto no edital para os deficientes, o que caracterizou a conduta do administrador em flagrante ilegalidade.

Nota-se que o mesmo entendimento tem sido compartilhado pelos tribunais superiores, que não se afastam da interpretação sistemática. Nesse sentido, é importante ressaltar o julgamento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça nos autos do recurso

em mandado de segurança – RMS 34902/PR. Trata-se de remédio processual interposto com o objetivo de obter a nomeação à vaga, levando-se em conta ter sido a candidata considerada inapta por ter deficiência auditiva.

Frise-se que a turma julgadora trouxe ao debate não apenas a política nacional de inclusão para pessoas com deficiência, como também o princípio da dignidade da pessoa humana e a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, os quais objetivam assegurar que as pessoas com deficiência possam gozar ou exercer, em igualdade de oportunidades com as demais, todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, inclusive, o direito ao trabalho.

Nesse contexto, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça considerou ilegítimo o ato da Administração Pública, que não permitiu a nomeação e posse da candidata em razão de alegada deficiência auditiva, quando é possível, mediante simples uso de aparelho auditivo, que o candidato compense satisfatoriamente a inaptidão.

É importante mencionar que o Supremo Tribunal Federal, na mesma linha argumentativa, proveu o recurso ordinário em mandado de segurança – RMS 26071-1 interposto por candidato excluído do concurso por possuir visão monocular, anomalia não prevista no Decreto nº 3.289, de 20 de dezembro de 1999 (BRASIL, 1999), para fins de legitimar a concorrência à reserva de vagas.

Nesse julgado, o Excelso Supremo Tribunal Federal invocou a igualdade e a justiça como valores máximos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, como erige o preâmbulo da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988). Então, considerando que as políticas afirmativas são medidas inseridas nos quadros da sociedade fraterna, por compensarem fatores de desigualdades factual, aliadas à compreensão de que o valor social do trabalho constitui um dos fundamentos da República Federativa do Brasil e, por considerar que compete ao judiciário interpretar as normas no sentido de dar efetividade ao princípio da isonomia, foi acolhido o pedido da candidata, partindo-se do entendimento de que a visão monocular caracteriza deficiência para fins de legitimar a candidatura às vagas ofertadas aos deficientes físicos.

Do exposto, vê-se que a política de cotas para a inclusão social para as pessoas com deficiência é tema que merece muita reflexão.

Ainda que a ciência jurídica esteja sempre evoluindo com o objetivo de trazer respostas à sociedade, nota-se que a atividade administrativa está fortemente arraigada ao princípio da legalidade, não levando em conta a visão sistêmica do Direito, o que tem contribuído para o crescimento de demandas sobre o tema, buscando questionar o mérito dos atos administrativos.

Frise-se que das oitenta demandas analisadas, quarenta e quatro reconheceram o direito de as pessoas com deficiência participarem dos concursos para o provimento aos cargos públicos, vinte e quatro demandas não reconheceram às pessoas com deficiência o direito à reserva de vagas nos concursos públicos, e doze demandas não tiveram o mérito apreciado, por envolver matéria fática, o que não é admitido nos recursos ajuizados perante os tribunais superiores, através da interposição de mandado de segurança.

É importante esclarecer que os julgamentos diferiram entre os tribunais pesquisados, tanto em relação ao número de demandas ajuizadas, como em relação aos resultados, o que é relevante para pesquisa, pois àqueles tribunais que mais acolheram a política de cotas, reconhecendo o direito das pessoas com deficiência à reserva de vagas nos concursos públicos, são aqueles que possuem uma visão mais ampla do Direito, enquanto sistema de princípios e normas jurídicas.

Na sequência, interessa notar que, das vinte decisões judiciais oriundas do Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul, nove reconheceram o direito de os candidatos deficientes participarem dos concursos públicos, dez não reconheceram o direito das pessoas com deficiência à reserva de vagas nos concursos públicos, e uma demanda não obteve a apreciação do mérito, por envolver dilação probatória, o que não é cabível nos mandados de segurança diante da imprescindibilidade da demonstração do direito líquido e certo do impetrante.

Das decisões judiciais oriundas do Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul que deram provimento à política inclusiva, três determinaram a nomeação de candidatos deficientes que haviam sido excluídos dos certames, por terem sido considerados inaptos para o exercício das funções inerentes aos cargos almejados; três reconheceram o direito de candidatos com visão monocular concorrer à reserva de vagas para deficientes; e duas determinaram a nomeação de candidatos deficientes em razão da inobservância do percentual de reserva de vagas à categoria. Ademais, o Tribunal de Justiça do Estado do

Rio Grande do Sul manteve a nomeação de um candidato deficiente no concurso, ao julgar improcedente demanda na qual foi questionado o direito à reserva de vagas por candidato não amparado pela política inclusiva.

Perante o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, foram analisadas dezenove julgamentos, dos quais treze deram provimento à política inclusiva, e seis não reconheceram o direito de as pessoas com deficiência participarem da reserva de vagas.

Dos dezenove processos analisados, oito reconheceram o direito de candidatos com deficiência participarem da reserva de vagas para a categoria, não obstante as deficiências dos candidatos não estivessem legalmente previstas para efeito da política inclusiva. Duas demandas questionaram a validade dos atestados médicos apresentados pelos candidatos para fins de comprovação da deficiência, sendo, ao final, acolhidos, e outra demanda reconheceu erro da Administração Pública, por não homologar a inscrição de candidato que cumpriu os requisitos previstos no edital do concurso.

Também se deparou com demanda na qual foi determinada a nomeação de candidato em razão da não observância do percentual de vagas pela administração.

Por outro lado, os dados colhidos revelaram que cada um dos tribunais regionais apreciou, no período pesquisado, ao menos, uma demanda na qual foi questionada a nomeação de candidatos deficientes por aqueles que se sentiram preteridos em razão das cotas. Contudo, sem dar provimento.

Perante o Superior Tribunal de Justiça, foram analisadas vinte e sete demandas, sendo que dezenove reconheceram o direito à reserva de vagas nos concursos públicos às pessoas com deficiência, quatro demandas foram julgadas improcedentes, por considerar que as vagas ofertadas aos deficientes não podem exceder o percentual máximo previsto em lei, e quatro não tiveram o mérito apreciado, por envolver dilação probatória.

Das demandas que reconheceram o direito à reserva de vagas aos deficientes, três dizem respeito a candidatos com visão monocular, uma está relacionada à candidata com perda progressiva de audição, e seis são decorrentes de demandas ajuizadas por candidatos com audição unilateral.

Da mesma forma, houve o reconhecimento do direito de cinco candidatos participarem de concursos públicos em face da obrigatoriedade da reserva de vagas aos deficientes, o reconhecimento de dois candidatos à nomeação, em razão da inobservância

do percentual de vagas à categoria, e de um candidato considerado inapto para o exercício da função, pois, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a aptidão dos candidatos deve ser avaliada durante o estágio probatório.

Frise-se que o Superior Tribunal de Justiça também reconheceu o direito de um candidato com deficiência à reserva de vagas nos concursos públicos, ao julgar improcedente o pedido de outro candidato que questionou o direito da categoria à política de cotas.

Por outro lado, o Superior Tribunal de Justiça negou provimento a três recursos interpostos, por julgar que o percentual de vagas destinado às pessoas com deficiência não pode ultrapassar o limite previsto no Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999 (BRASIL, 1999), e a um recurso, por entender que candidatos com surdez unilateral não têm direito à reserva de vagas, diante da falta de previsão legal das anomalias entre o rol previsto pelo referido decreto.

Por derradeiro, há que se ressaltar que, das 14 demandas julgadas pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, três reconheceram o direito dos candidatos deficientes à política inclusiva, sete não tiveram o mérito apreciado, por envolver dilação probatória ou por não ter sido reconhecida a violação direta à Constituição Federal, e quatro não reconheceram o direito das pessoas com deficiência à reserva de vagas, por considerar que a reserva de vagas deve observar limite legalmente previsto em lei, qual seja, vinte por cento das vagas.

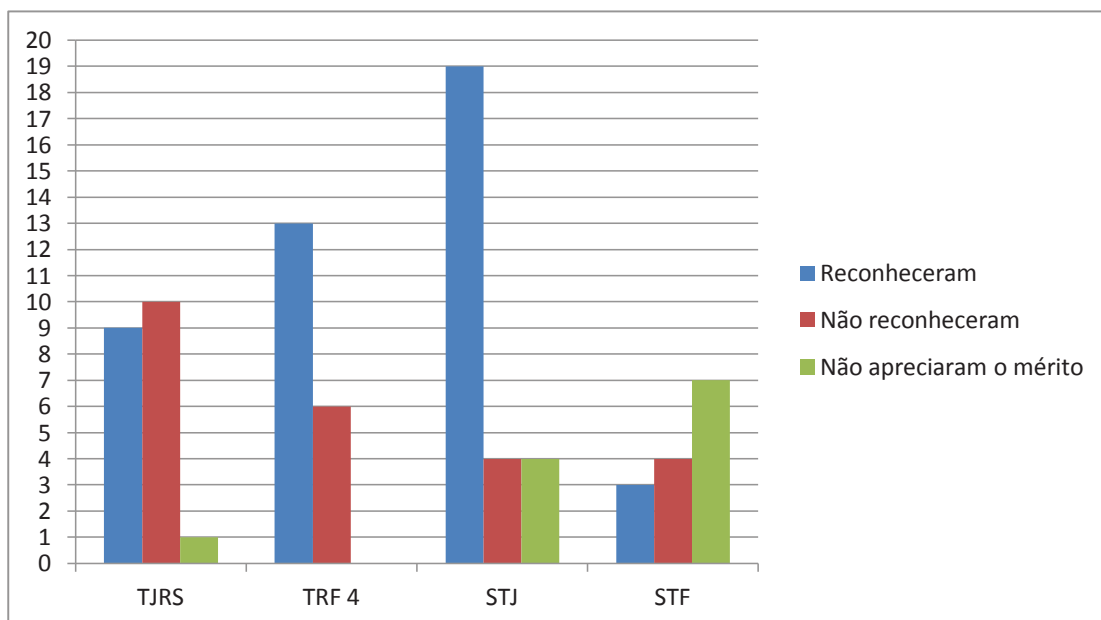
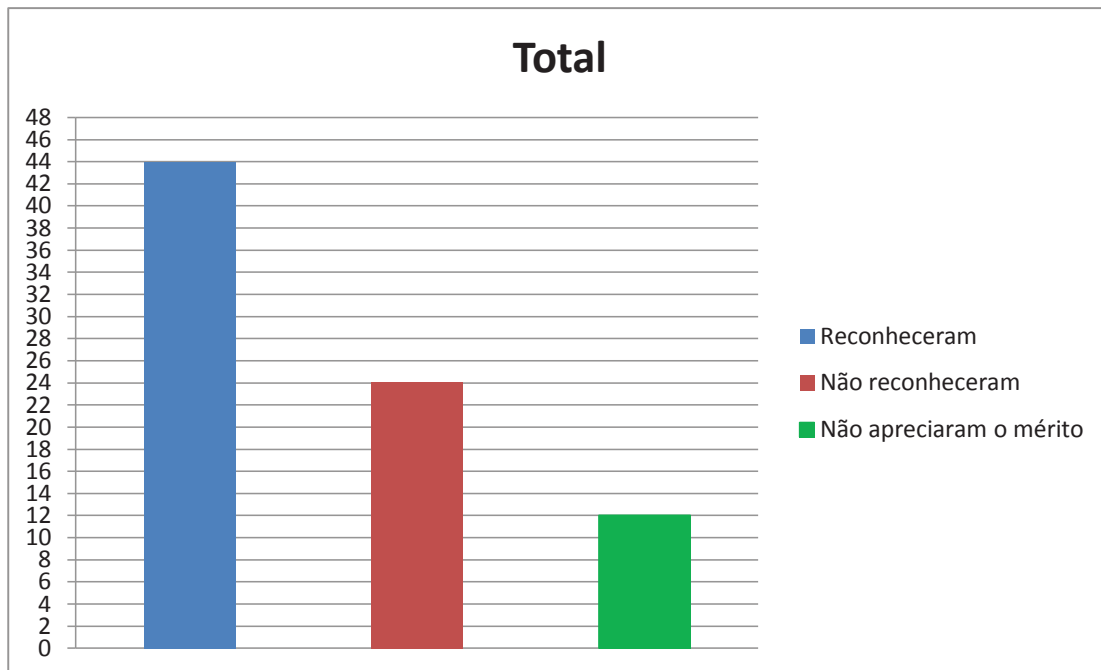
É interessante explicitar que os processos julgados pelo Supremo Tribunal Federal que reconheceram o direito das pessoas com deficiência à reserva de vagas nos concursos públicos são decorrentes de duas demandas que questionaram o direito de os candidatos com visão monocular concorrer à reserva de vagas e de uma demanda que questionou o direito de as pessoas com deficiência participarem de concursos públicos nos quais se exige aptidão plena.

Nesse contexto, observando-se a análise realizada a partir dos dados empíricos, as demandas podem ser representadas através de dois gráficos distintos.

O primeiro representa o número total de demandas que reconheceram o direito das pessoas com deficiência à política de cotas, bem como o número total de ações que não reconheceram a essas pessoas o direito à reserva de vagas nos concursos públicos, além

de demonstrar o número de demandas que não tiveram o mérito dos atos administrativos que culminaram com a exclusão dos candidatos dos certames apreciados em razão da impropriedade do meio utilizado pelo candidato para o ajuizamento da ação.

O segundo gráfico apresenta um comparativo entre todos os tribunais pesquisados sobre quais demandas reconheceram o direito das pessoas com deficiência à política de cotas, quais as que não reconheceram o direito das pessoas com deficiência à reserva de vagas nos concursos públicos, e quais as que não tiveram o mérito dos atos administrativos apreciados em face da impropriedade do meio utilizado pelo candidato para instaurar o processo.



CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não obstante o direito das pessoas com deficiência aos cargos e empregos públicos esteja amplamente consagrado em nosso Ordenamento Jurídico, ainda não é satisfatoriamente concretizado.

É o que se pode inferir dos dados colhidos, considerando-se o número de demandas ajuizadas sobre a matéria, o percentual de procedência dos pedidos relacionados à política inclusiva, bem como as decisões que reconheceram o direito de as pessoas com deficiência participarem dos concursos e concorrerem à reserva de vagas, quando a efetivação do direito é questionada tanto por aqueles que não se enquadram na categoria, quanto pela própria Administração Pública.

Do exposto, não restam dúvidas de que a matéria é polêmica, ainda que já tenha existido um avanço no reconhecimento de direitos as pessoas com deficiências físicas.

Os acordos internacionais dos quais o Brasil é signatário, como a já citada Convenção Internacional sobre o Direito das Pessoas com Deficiência, aprovada pelas Nações Unidas e ratificada pelo País e por quase duzentos Estados, corroboram o alegado.

A propósito, há que se ressaltar que as ações afirmativas em prol da categoria refletem uma tendência humanitária e são vislumbradas não apenas no Brasil, mas também em países como os Estados Unidos, a Inglaterra, a Argentina e a Alemanha, os quais buscam medidas para a inclusão social desse segmento no mercado laboral.

O tema engloba questões diversas, pois, embora as medidas para a inclusão das pessoas com deficiência tenham efeitos positivos, ainda persistem dificuldades.

Assim, embora a política de cotas seja necessária para a ampliação da inserção das pessoas com deficiência na iniciativa privada e imprescindível para a inclusão na carreira pública, a análise demonstra que existe um impasse entre a proteção jurídica conferida a essas pessoas para o acesso aos cargos e empregos públicos e os princípios que regem a Administração Pública, óbice que reside na vinculação estrita da Administração Pública ao princípio da legalidade.

Frise-se que a interpretação restrita da ação afirmativa resulta na limitação do alcance daqueles que por ela são atingidos. Interessa notar que um dos entraves

vislumbrados na pesquisa diz respeito à interpretação taxativa do rol de doenças previstas no decreto regulamentador para fins da reserva de vagas aos deficientes, uma vez que o fato de a anomalia não estar expressamente prevista, foi um dos motivos para que os candidatos com cegueira unilateral e audição monocular fossem excluídos dos certames públicos.

Como consequência da interpretação restritiva do princípio da legalidade, verificou-se, ainda, o alijamento de candidato deficiente do concurso público, quando constatada a sua invalidez permanente, sem que a ele fosse oportunizado o direito de exercer as funções do cargo para o qual prestou concurso e de ser avaliado mediante o estágio probatório.

Ocorre que, atualmente, há uma preocupação crescente com a efetividade das normas judiciais, não só por parte dos profissionais do Direito, como também por parte da própria sociedade.

Não se pode deixar de evidenciar que a exclusão de candidatos aprovados em concursos públicos em face de apresentar deficiência permanente é contraditória perante a política inclusiva, mormente, porque o Supremo Tribunal Federal, em recente julgamento, manifestou-se no sentido de que a reserva de vagas à categoria deve ser concretizada, mesmo para os cargos em que se exige a plena aptidão física.

São hipóteses em que os atos administrativos, embora respaldados pelo princípio da legalidade, acabam por obstaculizar o acesso dos candidatos deficientes aos cargos e empregos públicos. Nesse contexto, conquanto a vinculação ao princípio da legalidade de forma estrita seja uma praxe de nosso Direito Administrativo, não se pode deixar de lembrar que a ciência do Direito evoluiu.

Ocorre que a distância da interpretação sistêmica do Direito por parte do administrador público, o qual se limita à aplicação da lei do ente público ao qual está vinculada à hipótese de incidência, sem considerar os demais princípios do Ordenamento Jurídico, bem como os tratados internacionais ratificados pelo Brasil, inclusive com força de emenda constitucional, culmina na expedição de atos administrativos que acabam por ser questionados pela categoria e, inclusive, revistos pelo Judiciário.

Há que se salientar que as decisões judiciais analisadas são um exemplo de que a hermenêutica jurídica é fundamental na construção e aplicação do Direito. O que se

depreende da pesquisa é que entre a evolução da Ciência Jurídica, mais especificamente do Direito Constitucional brasileiro e do Direito Administrativo, existe um hiato que precisa ser preenchido para que o administrador público não se distancie dos objetivos da República Federativa do Brasil.

É interessante notar que a atual ordem constitucional prima pela cidadania, pelo valor social do trabalho, pela promoção da igualdade em respeito à dignidade da pessoa humana. Sendo assim, o amplo acesso aos cargos e empregos públicos nada mais é do que o exercício da cidadania mediante a concretização do direito fundamental do trabalho. Uma estratégia de promoção de igualdade e inclusão social.

Desse modo, enquanto o Direito Administrativo estiver alicerçado na ideia de que a função do administrador é somente fazer cumprir a lei preexistente, sem primar pela unidade metodológica, obstáculos permanecerão à inclusão social dos deficientes pelo emprego das cotas, já que não há como o legislador prever todas as hipóteses em que será necessário socorrer-se da política inclusiva aos deficientes.

Embora não se possa negar a importância dos princípios jurídicos, os quais, como cediço, conferem coerência e unidade ao sistema jurídico, além de serem normas indicativas dos valores e objetivos da República Federativa do Brasil, existem aqueles que são fundamentais, como o princípio sacramental da vida ou da dignidade da pessoa humana, os quais, em razão de sua relevância, devem nortear a interpretação das demais normas.

Mesmo que os princípios não apresentem hierarquia entre si, o trabalho hermenêutico deve proceder à valoração desses postulados a partir da unidade e dos fins almejados pelo Ordenamento para, então, chegar à compreensão das regras jurídicas que fazem parte do sistema.

Conseqüentemente, em que pese o princípio da legalidade seja uma garantia de todo o administrado, assentado no ideal do Estado de Direito com o objetivo de não deixar que os detentores do poder o excedam, a evolução se faz necessária.

Não se trata de uma crítica à codificação, pois não se nega a imprescindibilidade desta. Aliás, não se está querendo dizer que o administrador público deve ter a conduta desvinculada da lei ou do princípio da legalidade.

O que se defende é a necessidade de que o administrador público tenha uma visão mais humanista, visto que o Direito Administrativo não pode ser aplicado isoladamente, como se fosse dissociado dos valores e princípios vigentes no Estado Democrático de Direito.

Ainda que se possa visualizar uma grande evolução em direção à concretização de direitos às pessoas com deficiência com a implantação da política de cotas, há um grande número que somente conseguiram concretizar o direito de ingressar nas carreiras públicas através de provimento jurisdicional.

Nesse contexto, apesar de o princípio da legalidade ser o pilar de sustentação de toda atividade administrativa, uma vez que não há como o administrador público dele se afastar, sem ferir a própria Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), outros princípios, como o da igualdade, o da dignidade da pessoa humana e o da ampla acessibilidade aos cargos e empregos públicos se sobressaíram, a fim de fundamentar as decisões proferidas por nossos tribunais.

Diante do exposto, concluiu-se que, enquanto a efetividade da política de cotas estiver condicionada à interpretação restritiva do administrador público, a inclusão das pessoas com deficiência nos cargos e empregos públicos restará prejudicada.

Por conseguinte, tendo em vista que um dos objetivos desta pesquisa é o de contribuir para a ampliação do acesso dos trabalhadores deficientes ao serviço público, é relevante lembrar que existem medidas alternativas que também podem ser utilizadas para ampliar o acesso dessas pessoas ao mercado laboral, sem deixar de enfatizar a importância do Poder Judiciário para a pacificação das lides relacionadas à política inclusiva, visto que os julgamentos proferidos sobre a matéria podem, inclusive, direcionar a conduta do administrador público, pois as decisões judiciais devem ser cumpridas e, quando reiteradas, podem ser consideradas diretrizes para a interpretação do Direito, por consolidarem entendimento jurisprudencial sobre determinada matéria.

Não se pode deixar de sublinhar que as negociações coletivas podem ser um importante mecanismo para a ampliação de direitos trabalhistas, considerando-se que o Direito Coletivo do Trabalho é um dispositivo apto a criar normas jurídicas que passam a reger as relações trabalhistas das bases representadas na negociação.

O Direito Coletivo do Trabalho é, portanto, um meio de pacificação dos conflitos sociais em Estados Democráticos, ainda que apresente limitações quanto às partes dissidentes, na medida em que o artigo 8º da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) impõe a obrigação da participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho, e quanto ao conteúdo, considerando que existem direitos trabalhistas revestidos de indisponibilidade absoluta, tais como a anotação da carteira de trabalho e a previsão de contraprestação mínima a ser paga ao trabalhador.

No entanto, as normas coletivas têm sido utilizadas para tutelar o trabalho das pessoas com deficiência, contribuindo para a inclusão dessas pessoas no mercado laboral. A esse respeito a doutrina (Maranhão, 2005) ressalta a importância do dissídio coletivo que estende estabilidade no emprego a trabalhadores que possuem deficiência auditiva.

Ademais, é interessante observar que, em vista das limitações existentes no Direito Coletivo do Trabalho, questiona-se, atualmente, sobre a introdução dos pactos sociais, como uma forma de diálogo entre o Estado, os empregados e os empregadores, para ampliar o debate sobre a proteção ao emprego e sobre as formas de dar assistência àqueles trabalhadores que se encontram em situação de desemprego, através da flexibilização de normas trabalhistas.

Nesse sentido, indaga-se sobre a possibilidade de os pactos sociais também serem utilizados, no futuro, como uma alternativa democrática para que as relações de trabalho sejam adaptadas às necessidades locais, mediante maiores incentivos fiscais e redução de encargos trabalhistas com vistas à inserção no mercado de trabalho de minorias que, historicamente, vêm lutando contra o desemprego.

Segundo Ho (2004), os pactos sociais já são utilizados em países europeus e no Brasil, na década de 1990, foram celebrados em face da crise existente no setor automotivo, com o comprometimento do ministro da economia em propiciar a modernização e reestruturação do complexo automotivo através de cortes fiscais e redução de lucros das revendedoras e montadoras, o que ocasionou a estabilidade nos empregos e aumento de vendas.

Dessa maneira, vê-se que os pactos sociais e as convenções coletivas podem ser um meio para ampliar a inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho, perante a iniciativa privada e em face de empresas que, embora recebam capital público,

possuem personalidade jurídica de direito privado, entre as quais se destacam as sociedades de economia mista.

Todavia, diante das vedações acerca da participação dos entes públicos nas negociações coletivas, conforme se depreende do §3º, do artigo 39, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), o qual, ao dispor sobre os incisos do artigo 7º, da Constituição da República, que se aplicam aos servidores públicos, não fez constar expressamente o inciso XXVI, do artigo 7º, que reconhece as convenções e acordos coletivos de trabalho, torna-se difícil defender a utilização do diálogo social ou de negociação coletiva como uma alternativa para ampliar a inclusão das pessoas com deficiência nos quadros da administração direta, ao menos, no contexto atual.

Contudo, não obstante as peculiaridades do serviço público, é possível que os termos de ajustamento de condutas sejam um auxílio para a concretização do direito do trabalho às pessoas com deficiência, uma vez que se trata de um instrumento utilizado para buscar a satisfação de interesses coletivos das categoriais.

Frise-se que o termo de ajustamento de conduta é um instrumento democrático instituído com a finalidade de promover, com maior agilidade, a efetivação dos direitos sociais individuais e indisponíveis da sociedade e tem sido utilizado nas relações laborais como meio de as partes se ajustarem às exigências legais.

O ajustamento de condutas pode constituir-se em uma obrigação de fazer ou de não fazer, com cominação de multa, em caso de descumprimento. Trata-se de um mecanismo de integração social, visto que propicia o diálogo entre as partes, o que o torna interessante, pois a própria categoria envolvida pode ser ouvida para fins de formalizar o ajuste.

Nesse contexto, em que pese a imprescindibilidade do concurso público para o ingresso nos cargos e empregos públicos, o termo de ajustamento de conduta pode ser um mecanismo utilizado para, juntamente com a política de cotas, auxiliar na inclusão das pessoas com deficiência na carreira pública, através da formalização de ajustes, a fim de contribuir para a efetivação do direito consagrado a essas pessoas.

É interessante ressaltar que esses ajustes de condutas podem ser celebrados entre o poder público e o Ministério Público, como legitimado para a defesa dos interesses das minorias. Assim, é possível, por exemplo, firmar o compromisso com o objetivo de

adaptar as condições de trabalho para que as pessoas com deficiência possam exercer as funções inerentes ao cargo para o qual prestaram concurso, levando-se em conta que a estrutura administrativa, muitas vezes, não está pronta para receber o servidor deficiente.

Desse modo, pode ocorrer que sejam necessárias adaptações no sentido de construção de rampas para cadeirantes, leitoras em Braille para servidores com cegueira bilateral e, até mesmo, aparelhos auditivos para trabalhadores com surdez. Aliás, nesse aspecto, foi o já destacado posicionamento do Superior Tribunal de Justiça no julgamento de demanda sobre a política inclusiva relacionada à candidata com perda progressiva de audição.

Outro ajustamento que igualmente poderia ser firmado seria no sentido de que os órgãos públicos se comprometessem em cumprir os ditames da política inclusiva, respeitando o percentual de reserva de vagas nos concursos públicos para os deficientes.

São mecanismos que podem ser observados para que sejam ampliadas as possibilidades de inclusão dos deficientes no serviço público e para que, através da inclusão social dessas pessoas, seja superado o estereótipo de que elas não são capacitadas para o trabalho, ao minimizarem-se as formas de discriminação ainda existentes em relação à categoria.

Portanto, ainda que se tenha ciência de que a política de cotas não resulta no acesso de todas as pessoas com deficiência aos cargos e empregos públicos, é imperioso deixar claro que é o principal instrumento que, atualmente, está ao alcance dos poderes públicos, com o propósito de primar pela concretização do direito do trabalho a essas pessoas.

REFERÊNCIAS

ABREU, Célia Barbosa. **A perspectiva histórica e a evolução dos princípios no direito.** *Juris Plenum Ouro*, Caxias do Sul: Plenum, n. 22, nov./dez. 2011. 1 DVD. ISSN 1983-0297.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Princípio da eficiência.** *Juris Plenum Ouro*, Caxias do Sul: Plenum, n. 22, nov./dez. 2011. 1 DVD. ISSN 1983-0297.

BALDI, Cesar Augusto. **O Estado do Paraná**, Curitiba, 8 nov. 2009, p.8, Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência e o Brasil.

BARZOTTO, Luciane Cardoso. **Direitos Humanos e Trabalhadores.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, 229p.

_____. **Igualdade e discriminação no ambiente de trabalho.** In: ____ Trabalho e Igualdade. Tipos de discriminação no ambiente de trabalho. Barzotto, Luciane. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.35-54.

BOM JUNIOR, Mauro Robert; SANTOS, Mirian Rosa; WICKBOLDT, Rosane Regina Kabke; PEREIRA, Vanessa dos Santos. **O princípio da igualdade e o sistema de cotas no Brasil.** Pelotas: Educat, 2006, 54p.

BRASIL, **Lei 8.742, de 7 de dezembro de 1993.** Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Disponível em:< <http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 1 mar. 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. In: _____ **Vade Mecum RT/[Equipe RT]**. 7ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, 2008p.

BRASIL. **Decreto 6.949, de 25 de agosto de 2009.** Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu protocolo facultativo. Disponível em:< <http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 1 mar. 2014.

BRASIL. **Decreto Legislativo nº 198, de 13 de junho de 2001.** Aprova a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência. Disponível em:< <http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 1 mar. 2014.

BRASIL. **Decreto n.º 3.298, de 20 de dezembro de 1999.** Dispõe sobre a política nacional para integração da pessoa portadora de deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 ago. 2013.

BRASIL. **Decreto nº 62.150, de 19 de janeiro de 1968.** Promulga a Convenção nº 111 da OIT sobre discriminação em matéria de emprego e profissão. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 10 de mar. 2014.

BRASIL. **Lei 7.853, de 24 de outubro de 1989**. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 10 mar. 2014.

BRASIL. Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civil da União, das autarquias e das fundações públicas federais. In: _____ **Vade Mecum RT/[Equipe RT]**. 7ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, 2008p.

BRASIL. **Portaria 219, de 07 de maio de 2008**. Cria a Comissão de Igualdade de Oportunidades de Gênero, de Raça e Etnia, de Pessoas com Deficiências e de Combate à Discriminação. Disponível em: <<http://portal.mte.gov.br/>>. Acesso em 12 mar 2014.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012, 311p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª. ed. (11ª reimpressão). Coimbra: Almedina, 2000, 1522p.

CAPLAN, Luciana. **O direito humano à igualdade, o direito do trabalho e o princípio da igualdade**. In: _____ Direitos Humanos e Direito do Trabalho. Piosevan, Fátia; Carvalho, Luciana. Brasília: ed. Atlas, 2010, p.115-130.

CAVALCANTI, Ricardo Tenório. **Jurisdição, direitos sociais e proteção ao trabalhador: a efetividade do direito material e processual do trabalho desde a teoria dos princípios**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, 223 p.

CENTRO DE VIDA INDEPENDENTE – CVI. Associação de utilidade pública, sem fins lucrativos, fundada em 1988 e liderada por pessoas com deficiência. Disponível em: <http://www.cvi-rio.org.br/movimento-de-vida-independente-2/>. Acesso em 19. mai. 2014.

Convenção 159 da OIT. Reabilitação profissional e emprego de pessoas deficientes. In: _____ Melo, Sandro Nahmias. **O direito ao trabalho da pessoa portadora de deficiência. Ação afirmativa. O princípio constitucional da igualdade**. São Paulo: LTr, 2004, p. 177-181.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, **Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, 864p.

_____. **Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010, 875p.

FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. **Direitos das Pessoas com Deficiência Garantia de Igualdade na Diversidade**. Rio de Janeiro: WVA, 2004. 344p.

FREITAS, Daniel Dottes de. **Reflexões teóricas sobre a vedação de tributos com efeito confiscatório efetivada pela dignidade da pessoa humana: um ambiente para a gestão de políticas públicas tributárias de inclusão social.** 2008.130p. Dissertação. (Mestrado em Direitos Sociais e Políticas Públicas). Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC.

FROTA, Hidemberg Alves da. **O princípio da dignidade da pessoa humana no direito brasileiro, comparado e internacional.** *Juris Plenum Ouro*, Caxias do Sul: Plenum, n. 22, nov./dez. 2011. 1 DVD. ISSN 1983-0297.

GAMBA, Juliane Caravieri Martins. **Dignidade do trabalhador e políticas públicas: perspectivas no âmbito ético.** In: _____ Piosevan, Fátia; Carvalho, Luciana. *Direitos Humanos e Direito do Trabalho*. Brasília: ed. Atlas, 2010, p.32-63.

GARCIA, Vinícius Gaspar. **Panorama da inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho no Brasil.** *Trabalho, Educação e Saúde*. v.12. n.1, p.165-187, jan./abr.2014.

GOIS, Luiz Marcelo F. de. **Discriminações nas relações de trabalho.** In: _____ Piosevan, Fátia; Carvalho, Luciana. *Direitos Humanos e Direito do Trabalho*. Brasília: ed. Atlas, 2010, p.131-165.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa; SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. **As ações afirmativas e os processos de promoção de igualdade efetiva.** In: Seminário Internacional – As minorias e o direito. Série Cadernos CEJ, v. 24. Disponível em: <http://daleth.cjf.jus.br/revista/SerieCadernos/Vol24/artigo04.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2014.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia. Entre facticidade e validade II.** 2. ed. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 2011, p.352.

HIDALGO, Luis Henrique Fernandes. **Ações afirmativas para inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho.** 2011.136f. Dissertação. (Mestrado em Ciências Jurídicas do Centro de Ciências Sociais Aplicadas do Campus de Jacarezinho) - Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP Centro de Ciências Sociais Aplicadas.

HO, Gisele Angela Tartaro. **Pacto social tripartite – uma alternativa para a crise social.** 2004. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI6704,71043-Pacto+social+tripartite+uma+alternativa+para+a+crise+social>>. Acesso em: 10 jun 2014.

JUST, Gustavo. **O Princípio da legalidade administrativa: o problema da interpretação e os ideais do Direito Público.** In: _____ Brandão, Claudio; Cavalcanti Francisco; Adeodato, João Maurício. *Princípio da Legalidade: Da Dogmática Jurídica à Teoria do Direito*. Rio de Janeiro: Editora Atlas, 2009, p.235-248 In:

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, 205p.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, 926p.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Prefácio**. In: _____ **Direitos humanos e direito do trabalho**. São Paulo: Atlas, 2010.

MARANHÃO, Rosanne de Oliveira. **O portador de deficiência e do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2005, 150p.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 22.ed. São Paulo: Malheiros, 1997,733p.

_____. **Direito administrativo brasileiro**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, 910p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, 1032 p.

_____. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3.ed.São Paulo: Malheiros, 2013, 48p.

MELO, Raimundo Simão de. **Ação civil pública na justiça do trabalho**. 3.ed. São Paulo: LTr, 2008, 358p.

MELO, Sandro Nahmias. **O direito ao trabalho da pessoa portadora de deficiência**. São Paulo: LTr, 2004, 200p.

MONDAINI, Marco. **Direitos humanos**. São Paulo: Atlas, 2006, 189p.

MONTAL, Zélia Maria Cardoso. **O Trabalho como Direito Humano da Pessoa com Deficiência**. In: PIOSEVAN, Flávia; CARVALHO, Luciana Paula Vaz de. **Direitos humanos e direito do trabalho**. São Paulo: Editora Atlas, 2010, p.166-192.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2002, 836p.

_____. **Direitos humanos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003, 322p.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Princípios informativos e interpretativos do direito administrativo**. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito Administrativo**. Niterói: Impetus, 2005, p.3-43.

PELOTAS. **Lei 3.880, de 21 de setembro de 1994**. Reserva percentual de cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência. Disponível em: <<http://www.pelotas.com.br/>>. Acesso: 10 mai 2014.

PIANA, Maria Cristina. **A construção da pesquisa documental: avanços e desafios na atuação do serviço social no campo educacional**. São Paulo: Editora UNESP; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2009. 233 p. In:<<http://books.scielo.org>>. Acesso: 10 mai 2014.

PIOSEVAN, Flávia. **Direito do trabalho e a proteção dos direitos sociais nos planos internacional e constitucional**. In: PIOSEVAN, Flávia; CARVALHO, Luciana Paula Vaz de. Direitos humanos e direito do trabalho. São Paulo: Editora Atlas, 2010, p.4-31.

PISARELLO, Geraldo. **Los derechos sociales y sus garantía. Elementos para una reconstrucción**. Madrid: Trotta, 140p.

RIO GRANDE DO SUL. Lei estadual 13.320, de 21 de dezembro de 2009. Consolida a legislação relativa a pessoa com deficiência no Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://www.al.rs.gov.br>>. Acesso em: 10 abr 2014.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Ação afirmativa. O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 33 n. 131 jul./set. 1996, p.283-295.

RODRIGUES, Rita de Cássia Gerlach. **O Trabalhador com Deficiência e a Discriminação no Ambiente de Trabalho**. In: BARZOTTO, Luciane Cardoso. Trabalho e igualdade. Tipos de discriminação no ambiente de trabalho. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2012, p. 197-220.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo: para uma nova cultura política**. 3.ed. São Paulo: Cortez Editora, 2010, 511p.

SANTOS, Dartagnan Ferrer dos. **Igualdade, diferença e identidade: três pilares da alteridade nas relações de trabalho no mundo pluralista**. In: SANTOS, Dartagnan Ferrer dos; BARZOTTO, Luciane Cardoso Trabalho e Igualdade. Tipos de discriminação no ambiente de trabalho. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.93-106.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 9.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, 192p.

SÁ-SILVA, Jackson Ronie; ALMEIDA, Cristóvão Domingos de; GUINDANI, Joel Felipe. **Pesquisa documental: pistas teóricas e metodológicas**. Revista Brasileira de História & Ciências Sociais Ano I - Número I - Julho de 2009 www.rbhcs.com

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9.ed. Porto Alegre:Livraria do Advogado, 2012, 192p.

SCHWARZ, Rodrigo Garcia. **Os direitos sociais e a sindicabilidade das políticas públicas sociais no estado democrático de direito**. São Paulo: LTr, 2013, 277p.

SEGADO, Francisco Fernández. Estudios Jurídico-Constitucionales. **Instituto de Investigaciones Jurídicas**. Série Doctrina Jurídica, n. 163. Universidad Nacional Autónoma do México:México,2003. Disponível em: <
<file:///E:/Segado,%20Francisco%20Fernandez%20-%20Estudios%20jur%C3%ADdico-constitucionales.pdf>>. Acesso em: 10 abr 2014.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 1997. 816p.

TEIXEIRA, João Paulo Allain. **Dois modelos de direito e legalidade: Hans Kelsen e Nicklas Luhmann**. In: Brandão, Claudio; Cavalcanti, Francisco; Adeodato, João Maurício.Princípio da legalidade. Da dogmática jurídica à teoria do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 97-106.

TOLDRA, Rose Colom. **Políticas afirmativas: a opinião das pessoas com deficiência acerca da legislação de reserva de vagas no mercado de trabalho**. Revista de Terapia Ocupacional da Universidade de São Paulo. v. 20, n. 2, p. 110-117, maio/ago. 2009.

VADE MECUM RT/ [Equipe RT]. – 7. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2012, 2108p.

ANEXO**RELAÇÃO DE PROCESSOS ANALISADOS****TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**

1. APELAÇÃO CÍVEL – AC 70047270079
2. APELAÇÃO CÍVEL – AC 70028917284
3. APELAÇÃO CÍVEL – AC 70031891047
4. APELAÇÃO CÍVEL - AC 70023291685
5. APELAÇÃO CÍVEL – AC 70035978261
6. APELAÇÃO CÍVEL - AC 70040670853
7. APELAÇÃO CÍVEL – AC 70052607603
8. APELAÇÃO CÍVEL – AC 70044921997
9. APELAÇÃO CÍVEL – AC 70035523125
10. AGRAVO DE INSTRUMENTO – AI 70050452861
11. APELAÇÃO CÍVEL – AC 70037999331
12. APELAÇÃO CÍVEL – AC 70028100667
13. MANDADO DE SEGURANÇA – MS 70033023573
14. MANDADO DE SEGURANÇA – MS 70044951002
15. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – ED 70031701139
16. MANDADO DE SEGURANÇA – MS 70035916758
17. APELAÇÃO CÍVEL – AC 70030533814
18. MANDADO DE SEGURANÇA – MS 70044921997
19. APELAÇÃO CÍVEL – AC 70030855811
20. MANDADO DE SEGURANÇA – MS 70043781970

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

1. AGRAVO EM MEDIDA CAUTELA – AMC 0010248-90.2011.404.0000

2. APELAÇÃO CIVEL – AC 2001.71.00.025202-2
3. APELAÇÃO CIVEL – AC 5001658-16.2010.404.7100
4. MANDADO DE SEGURANÇA – MS 0000572-21.2011.404.000
5. APELAÇÃO CIVEL – AC 5001113-76.2011.5.04.07110
6. MANDADO DE SEGURANÇA – MS 0009852-50.2010.404.0000
7. APELAÇÃO CIVEL – AC 2008.71.00.025248-0
8. APELAÇÃO CIVEL – AC 0008131-50.2008.404.7108
9. APELAÇÃO CIVEL – AC 2008.71.10.002956-8
10. APELAÇÃO CIVEL – AC 5002285-24.2013.404.7000
11. APELAÇÃO CIVEL – AC 5002525-66.2011.404.7102
12. APELAÇÃO CIVEL – AC 5005872-73.2012.404.7102
13. APELAÇÃO CIVEL – AC 5002100-33.2011.404.7104
14. APELAÇÃO CIVEL – AC 5002942-85.2012.404.7101
15. APELAÇÃO CIVEL – AC 5020214-32.2011.404.7100
16. MANDADO DE SEGURANÇA – MS 0004929-44.2011.404.0000
17. REEXAME NECESSÁRIO CIVEL – REE 5001305-36.2011.404.7101
18. AGRAVO EM APELAÇÃO CIVEL – AAC 2009.04.00.014791-9
19. APELAÇÃO CIVEL – AC 5002100-33.2011.404.7104

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - AgRg no RMS 30.479/AL
2. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL - AgRg no REsp 1137619/RJ
3. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA - RMS 38.595/MG
4. MANDADO DE SEGURANÇA - MS 18.966/DF
5. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - AgRg no RMS 31.709/PE
6. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - AgRg no AgRg no RMS 39.905/AP

7. MANDADO DE SEGURANÇA - MS 19.221/DF
8. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA - RMS 36.359/PR
9. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA - RMS 36.890/CE
10. AGRAVO REGIMENTAL NO MANDADO DE SEGURANÇA - AgRg no MS 19.254/DF
11. AGRAVO REGIMENTAL NO MANDADO DE SEGURANÇA - AgRg no RMS 24.445/RS
12. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA - AgRg no RMS 34.436/PE
13. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - AgRg no AREsp 22.688/PE
14. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA - RMS 34.902/PR
15. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA - RMS 28.062/PR
16. RECURSO ESPECIAL - REsp 1179987/PR
17. RECURSO ESPECIAL - REsp 227299
18. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL - AgREsp 1150154/DF
19. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA - RMS 33.462/SC
20. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA - RMS 24.472/MT
21. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA - RMS 28.355/MG
22. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA - RMS 30.841/GO
23. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA - RMS 22.613/RS
24. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA - RMS 18.966/DF
25. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA - RMS 20.865/ES
26. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA - RMS 2480/DF
27. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA - RMS 3113/DF

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

1. RECURSO EXTRAORDINÁRIO - RE 768402
2. MANDADO DE SEGURANÇA - MS 31628
3. RECURSO EXTRAORDINÁRIO - RE 440988

4. MANDADO DE SEGURANÇA - MS 26310
5. MANDADO DE SEGURANÇA - MS 29910
6. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - RMS 26071
7. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO - ARE 768402
8. MANDADO DE SEGURANÇA - MS 30055
9. MANDADO DE SEGURANÇA - MS 30027
10. RECURSO EXTRAORDINÁRIO - RE 606728
11. AGRAVO DE INSTRUMENTO - AI 777391-
12. AGRAVO REGIMENATAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO - AgRg RE
408-727
13. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - RMS25666
14. RECURSO EXTRAORDINÁRIO - RE 676335