

TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DA BAHIA

AJU: ASSESSORIA JURÍDICA

ORIGEM: PREFEITURA DE VITÓRIA DA CONQUISTA

PROCESSO N° 05443e20

PARECER N° 00646-20

EMENTA: CONSULTA. CONCURSO PÚBLICO E PROCESSO SELETIVO. RESERVA DE VAGA AOS PORTADORES DE DEFICIÊNCIA. ART. 37, INCISO VIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. No Edital constando apenas previsão de formação de cadastro de reserva, deve-se assegurar a inscrição do candidato portador de deficiência, delimitando no instrumento editalício o percentual de reserva de vagas destinadas a tais indivíduos, de forma que durante o prazo de validade do concurso, caso ocorra a convocação de candidatos aprovados no cadastro de reserva, faz-se necessário observar as exigências dos percentuais mínimos definidos em Lei ou no próprio Edital, a fim de garantir a isonomia e legalidade das contratações.

2. Nos Concursos Públicos e Processos Seletivos que ofertarem menos de 5 vagas por cargo, não haveria obrigatoriedade de reservar vagas destinadas aos portadores de deficiência, devendo a disputa ser regida pela igualdade de condições, sendo determinada a convocação pela classificação final de cada participante.

3. Na situação em que as vagas ofertadas para determinado cargo estiverem entre 5 e 20, em atendimento ao percentual mínimo de 5% para reserva de vagas para portadores de deficiência, deve ser assegurado no Edital a garantia de no mínimo 1 vaga para tais candidatos.

4. Na existência de vagas remanescentes, a eventual desistência ou desclassificação dos candidatos, geraria para os seguintes na ordem de classificação direito subjetivo à nomeação. Logo, no aproveitamento das vagas remanescentes, há que se respeitar a ordem classificatória final quando da realização da convocação, aplicando-se o percentual mínimo das vagas reservadas para os candidatos portadores de deficiência ao número total de vagas destinadas para o cargo, incluindo, se for o caso, o chamamento dos candidatos portadores de deficiência.

5. Inexistindo candidatos classificados para ocupação das vagas reservadas aos portadores de deficiência, haveria possibilidade da ocupação da referida vaga por candidatos classificados na categoria de ampla concorrência, seguindo a ordem classificatória final, se existir previsão editalícia expressa nesse sentido.

Trata-se de consulta formulada pelo Sr. Kairan Rocha Figueiredo, Secretário Municipal de Administração de Vitória da Conquista/BA, endereçada a este Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia, por meio do expediente aqui protocolado sob o nº 05443e20, através da qual solicita-nos informações sobre: “reserva às Pessoas com Deficiência (PcD) de percentual de cargos ofertados em concursos públicos e processos seletivos no âmbito da Administração Pública Municipal”.

Questiona-nos:

- “1. Na hipótese de existir apenas a formação de cadastro de reserva para determinado cargo, há obrigatoriedade legal da previsão da reserva de vaga para PcD?
2. Na hipótese de existir apenas uma vaga para determinado cargo, há obrigatoriedade legal da previsão da reserva para PcD?
3. Na hipótese da resposta do item 2 ser positiva, havendo previsão de vagas para determinado cargo, com quantidade igual ou inferior a 20 vagas, o número fracionado resultante da reserva de vagas às PcD, em seu percentual mínimo de 5%, deve ser elevado ao primeiro número inteiro, ou seja, prever no edital normativo o mínimo de uma vaga para PcD?
4. Na hipótese do aproveitamento de vagas remanescentes, existe obrigatoriedade da convocação de candidatos classificados na categoria de PcD, na proporcionalidade do limite de 5% do quantitativo dos candidatos convocados na categoria de ampla concorrência? Caso positivo, solicitamos exemplificar.
5. Na hipótese da inexistência de candidatos classificados para as vagas reservadas às pessoas com deficiência, as respectivas vagas deverão ser ocupadas por candidatos classificados na categoria de ampla concorrência?”

Inicialmente, importante registrar que **os pronunciamentos desta Unidade, nos processos de Consulta, são confeccionados sempre em tese, razão pela qual não nos cabe analisar e opinar diante do caso concreto delineado no Município de Vitória da Conquista/BA.**

Ademais, ressalte-se que, na casuística, tendo em vista as peculiaridades de cada situação posta, esta Corte de Contas, mediante decisão do Tribunal Pleno ou Câmara, pode emitir pronunciamento dissonante sobre o assunto ora tratado.

Cumpra-se afirmar que a forma republicana do Estado, consagrada no artigo 1º da Constituição Federal, confere a todos os cidadãos o direito de participar da Administração Pública, seja direta ou indiretamente, o que inclui o exercício de cargos e empregos públicos. Nessa esteira, é natural que para a consecução de suas atividades e atendimento do interesse público a administração necessite contratar pessoas, denominadas servidores públicos.

Via de regra, a contratação de pessoal no serviço público, conforme orienta o artigo 37, II da CF/88, ocorre mediante a 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.

Excepcionalmente à regra disposta acima, admite-se as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; a contratação temporária por excepcional interesse público nas hipóteses previstas em lei específica, nos termos do artigo 37, IX, da CF/88; ou, ainda, a contratação de serviços de terceiro, pessoa física ou jurídica, sem relação de emprego, sob o regime da Lei nº 8.666/1993.

Prestados tais esclarecimentos, cabe-nos fazer alguns apontamentos iniciais acerca dos dispositivos constitucionais referentes às regras de competência dos entes federativos com relação a efetivação da proteção dos portadores de deficiência.

A Constituição Federal, em seu artigo 23, inciso II, estabelece como **competência comum** da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, a proteção e garantia dos portadores de deficiência, ou seja, todos os entes da federação são responsáveis pela promoção de ações afirmativas com vistas a compensar as dificuldades e diferenças de tais indivíduos. Portanto, é obrigação da Administração assegurar a prestação de serviços públicos, como transporte, saúde, educação, que sejam apropriados às necessidades especiais das pessoas portadoras de deficiência.

Por sua vez, o artigo 24, inciso XIV, da Carta Magna, prevê a **competência concorrente** da União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre a proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência.

Desta sorte, no que se refere à competência legislativa, caberá a União editar normas gerais que disciplinem ações afirmativas em prol dos indivíduos portadores de deficiência, cabendo aos Estados o exercício da competência complementar ou, na ausência de normas gerais, da competência plena, conforme disciplinado no artigo 24, §1º ao §4º, vejamos:

“Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

(...)

§ 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais. (Vide Lei nº 13.874, de 2019)

§ 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados. (Vide Lei nº 13.874, de 2019)

§ 3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades. (Vide Lei nº 13.874, de 2019)

§ 4º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.”

Na sequência, para os Municípios, a Constituição prevê, em seu artigo 30, incisos I e II, a competência para legislar sobre assuntos de interesse local e suplementar a legislação federal e a estadual, no que couber.

Percebe-se, desta sorte, que, com base no quanto estabelecido pelos aludidos artigos constitucionais, cada Ente Federativo, inclusive os Municípios, tem competência para efetivar a proteção às pessoas portadoras de deficiência, estabelecendo ações afirmativas através de lei geral, como, por exemplo, mediante o estatuto dos servidores, ou de lei específica, como a lei que cria cargos ou empregos e prevê o percentual de vagas que será reservado para os deficientes.

Ressalte-se, que as ações de proteção aos portadores de deficiência coadunam-se com os fundamentos do Estado Democrático de Direito, sendo de extrema importância para que haja a diminuição da desigualdade social e a consolidação do princípio da isonomia, consagrado no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal.

Assim, além dos comandos constitucionais relacionados a competência dos entes federativos para promoção da proteção aos portadores de deficiência e com vistas à efetivação desta política, a Constituição Federal disciplinou em seu artigo 37, inciso VIII, regra específica para admissão de pessoal no âmbito da Administração pública, conforme abaixo transcrito:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

(...)

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

Da leitura do dispositivo em destaque, compreende-se que a disponibilização de vagas para deficientes, em concursos públicos ou processos seletivos, caracteriza-se pela concretização de uma ação afirmativa com vistas a se efetivar o princípio da **isonomia material**, que resta efetivado ao tratar os desiguais na medida da sua desigualdade.

Ademais, no que pertine a eficácia e aplicabilidade do quanto disposto no artigo 37, inciso VIII, da Constituição Federal, importante pontuar que o Superior Tribunal de Justiça entendeu que o referido dispositivo trata-se de norma de eficácia contida, conforme depreende-se do trecho do acórdão do Recurso em Mandado de Segurança nº 3113/DF abaixo transcrito:

“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. VAGA DESTINADA A DEFICIENTE FÍSICO. CONSTITUIÇÃO. ART.37, INCISO VIII. REGULAMENTAÇÃO. LEI N. 8112/90, ART.5º, PARAG.2.

I. Sendo o artigo 37, VIII, da Constituição Federal, norma de eficácia contida, surgiu o artigo 5º, parág. 2º, do novel Estatuto dos Servidores Públicos Federais, a toda evidência, para regulamentar o citado dispositivo constitucional, a fim de lhe proporcionar a plenitude eficaz.” (grifo nosso)

Conceitualmente, as normas de eficácia contida são aquelas que possuem aplicabilidade direta e imediata, mas não integral. Em outras palavras, não obstante a norma de eficácia contida possa produzir efeitos a partir da sua entrada em vigor, poderá haver restrição à sua aplicabilidade através de lei infraconstitucional ou até mesmo da própria Constituição.

Assim, tratando-se de dispositivo constitucional de eficácia contida e com vistas a atender ao mencionado comando constitucional, foram editadas as seguintes normas estabelecendo regras de proteção às pessoas portadoras de deficiência: **Lei nº 7.853/99**, que “*Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências*”; **Lei nº 8.112/90**, que “*Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais*”.

Ademais, para regulamentar a Lei nº 7.853/99, foi editado o Decreto nº 3.298/99, que trata a respeito da Política Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, sendo posteriormente, editado o Decreto nº 9.508/2018, que trata sobre “*Reserva às pessoas com deficiência percentual de cargos e de empregos públicos ofertados em concursos públicos e em processos seletivos no âmbito da administração pública federal direta e indireta*”.

Pois bem; Levando em consideração que a temática das perguntas formulados pelo Subscritor referem-se a reserva de vagas destinadas às pessoas com deficiência nos concursos públicos e processos seletivos no âmbito da Administração Pública municipal, imperioso ressaltar novamente, que cada ente federativo possui competência para prever a quantidade de vagas que serão reservadas para deficientes em concursos públicos, cabendo a eles assegurar o direito de inscrição dos portadores de deficiência nos certames realizados.

No âmbito da União, o percentual de vagas destinadas para portadores de deficiência em concursos públicos e processos seletivos, está disciplinado na Lei nº 8.112/90, que em seu artigo 5º, § 2º, determina o percentual de vagas de até 20%. Por outro lado, o Decreto Federal nº 9.508/2018, reserva às pessoas com deficiência, a garantia do percentual mínimo de 5% das

vagas oferecidas para provimento de cargos efetivos e empregos públicos ofertados em concursos públicos e em processos seletivos no âmbito da administração pública federal direta e indireta.

Registre, que no Estado da Bahia, a Lei nº 6.677/94, que dispõe sobre o Estatuto dos Servidores Públicos Civis do estado da Bahia, das autarquias e das fundações públicas estaduais, prevê em seu artigo 8º, § 2º, que será reservado o percentual de até 5% das vagas oferecidas em concursos para deficientes.

Ademais, na situação de ausência de previsão do percentual de vagas destinadas aos deficientes em lei, entendeu o Tribunal de Contas de Minas Gerais que deve ser considerado como parâmetro razoável a aplicação do limite mínimo de 5% e do máximo de 20%, consoante destaca-se do trecho da decisão abaixo transcrita:

“Além disso, não foi definido no edital o percentual de vagas que serão destinadas às pessoas portadoras de necessidades especiais, para cada cargo oferecido no concurso.

Sob esse aspecto, o art.37, inciso VIII da Constituição Federal, prescreve que ‘A lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão’. No âmbito federal, a Lei n. 7.853/89 estabeleceu o mínimo de 5% (cinco por cento) de vagas e a Lei n.8.112/90 fixou o máximo de 20%.

Em princípio, considera-se como parâmetro razoável a aplicação do limite mínimo de 5% (cinco por cento) e do máximo de 20% (vinte por cento). Outrossim, a aplicação dos percentuais fixados em lei pode resultar em número fracionado, ou não perfazer o mínimo de uma vaga em determinados casos concretos. Em situações como essas, é necessário o arredondamento do número fracionado, desde que esse arredondamento não extrapole os limites de 5% (cinco por cento) e 20% (vinte por cento) adotados como parâmetro razoável, sob pena de discriminação inversa e consequente desrespeito à Constituição Federal. (Edital de Concurso Público n. 803.051. Rel. Conselheira Adriene Andrade. Sessão do dia 1o/09/2009) (Grifo nosso)”

Dessa maneira, conclui-se que em observância ao quanto disciplinado nas normas constitucionais, entende-se que poderá o Município prever em lei o coeficiente que deverá ser reservado para vagas a serem preenchidas por portadores de deficiência. Caso o Município não tenha previsto em Lei esse percentual, em respeito ao princípio da isonomia e à determinação prevista no artigo 37, inciso VIII, da Constituição Federal, poderá ser adotado como parâmetros razoáveis aqueles utilizados pela União e pelo Estado da Bahia, mediante o Decreto Federal nº 9.508/2018 e a Lei nº 6.677/94 do Estado da Bahia, ou seja, aplicando-se o percentual mínimo de 5%.

Fixadas tais premissas, e tendo em vista o comando constitucional que impõe o acesso da pessoa com deficiência nos quadros da Administração Pública, passaremos a analisar os questionamentos suscitados pelo Consulente.

O doutrinador José dos Santos Carvalho Filho, em sua obra “Manual de Direito Administrativo”, Editora Atlas, 2017, p. 671/672, ensina que os concursos públicos fundamentam-se nos princípios da igualdade, moralidade administrativa e competitividade, destacando o mencionado autor que um dos efeitos do princípio da isonomia e a garantia da sua concretização é a aplicação das mesmas regras para os participantes do certame, incluindo aquelas previstas no instrumento editalício.

Sobre o Edital, necessário se faz afirmar que o mesmo classifica-se como instrumento normativo utilizado pela Administração para a realização de concurso público, em consonância com os princípios e normas necessárias a investidura de cargos públicos, prevalecendo à submissão às leis municipais e a Constituição Federal.

O jurista Diógenes Gasparini, na sua obra “Concurso Público – Imposição Constitucional e Operacionalização”, inserido na obra “Concurso Público e Constituição”, coordenada por Fábio Motta, da Editora Fórum, 2005, à p. 64, ensina que:

“(...)o edital do concurso de ingresso no serviço público é o ato administrativo, de natureza normativa, mais importante de todo esse procedimento, na medida em que fixa regras de obediência obrigatória tanto para a Administração Pública que deseja o concurso de ingresso no serviço público, como para os eventuais interessados e candidatos que dele participam. (...) De sorte que, de forma semelhante ao que se diz em relação ao instrumento convocatório da licitação, pode-se afirmar que o edital é a lei interna do concurso de ingresso no serviço público.”

Desse modo, o conteúdo do edital evidencia o seu principal atributo, que é a vinculatividade. De qualquer forma, entende-se que tanto o servidor público, como a Administração Pública encontram-se protegidos pelo princípio de vinculação ao edital - princípio esse que consiste numa das facetas do princípio da legalidade e moralidade.

Ressalta-se que a publicação do edital tornam explícitas quais são as regras que nortearão o relacionamento entre a Administração Pública e aqueles que concorrerão aos seus cargos e empregos públicos, razão porque a observância bilateral é necessária, momento em que o poder público exhibe suas condições e o candidato, inscrevendo-se, concorda com elas, estando estabelecido o vínculo jurídico do qual decorrem direitos e obrigações.

O instrumento convocatório dos certames disciplina as exigências requeridas pela Administração na pretensa contratação, como por exemplo, determinam os cargos ofertados e o número de vagas, formação de cadastro de reserva, sistemática de convocação, prazo de duração, bem como o percentual correspondentes à reserva de vagas para os portadores de deficiência.

Assim, no que se refere ao **primeiro e quarto questionamentos** do Consultante, cumpre pontuar que o Decreto Federal nº 9.508/2018, em seu artigo 1º, § 4º, II, dispõe que:

“§ 4º A reserva do percentual de vagas a que se referem os § 1º e § 2º observará as seguintes disposições:

(...)

II - o percentual mínimo de reserva será observado na hipótese de aproveitamento de vagas remanescentes e na formação de cadastro de reserva.”

Percebe-se, que no âmbito da União, a qual adota o percentual mínimo de 5% para reserva de vagas aos portadores de deficiência, há disciplina acerca da utilização do referido percentual mínimo em situações de cadastro de reserva e aproveitamento de vagas remanescentes, ambas temáticas das dúvidas suscitadas na Consulta em análise.

Na situação em que o candidato é aprovado dentro do número de vagas previstas no edital, o Supremo Tribunal Federal (RE 598.009/MS), firmou entendimento no sentido de que tais candidatos têm direito subjetivo à nomeação cabendo a Administração, dentro do prazo de validade do certame, proceder com as nomeações.

Sobre a desistência ou desclassificação de candidatos convocados pela Administração, posicionou-se o Superior Tribunal de Justiça no RMS 32.105/DF no seguinte sentido:

“ADMINISTRATIVO – RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – NECESSIDADE DO PREENCHIMENTO DE VAGAS, AINDA QUE EXCEDENTES ÀS PREVISTAS NO EDITAL, CARACTERIZADA POR ATO INEQUÍVOCO DA ADMINISTRAÇÃO – DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO – PRECEDENTES.

1. A aprovação do candidato, ainda que fora do número de vagas disponíveis no edital do concurso, lhe confere direito subjetivo à nomeação para o respectivo cargo, se a Administração Pública manifesta, por ato inequívoco, a necessidade do preenchimento de novas vagas.

2. A desistência dos candidatos convocados, ou mesmo a sua desclassificação em razão do não preenchimento de determinados requisitos, gera para os seguintes na ordem de classificação direito subjetivo à nomeação, observada a quantidade das novas vagas.

3. Hipótese em que o Governador do Distrito Federal, mediante decerto, convocou os candidatos do cadastro de reserva para o preenchimento de 37 novas vagas do cargo de Analista de Administração Pública – Arquivista, gerando para os candidatos subsequentes direito subjetivo à nomeação para as vagas não ocupadas por motivo de desistência. (STJ – RMS: 32105 DF 2010/ 0080959, Relator: Ministra Eliana Calmon, Data de Julgamento: 19/08/2010, T2 – Segunda Turma, Data de Publicação: DJe 30/08/2010)”

Na mesma linha, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal, sobre a desistência de candidato melhor posicionado e inclusão do candidato dentro do número de vagas, vejamos:

“O direito à nomeação também se estende ao candidato aprovado fora do número de vagas previstas no edital, mas que passe a figurar entre as vagas em decorrência da desistência de candidatos classificados em colocação superior. Precedentes. [RE 916.425 AgR, rel. min. Roberto Barroso, 1ª T, j. 28-6-2016, DJE 166 de 9-8-2016.]”

No caso dos autos, o Tribunal de origem assentou que, com a desistência da candidata classificada em primeiro lugar, a ora agravada, classificada inicialmente em quarto lugar, tornava-se a terceira, na ordem classificatória, passando a figurar entre os classificados para as três vagas previstas no instrumento convocatório, motivo pelo qual fazia jus à nomeação. Destarte, aplica-se ao caso o que decidido pelo Plenário desta Corte, o qual, no exame do RE nº 598.099/MS, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJE de 3-10-2011, reconheceu a repercussão geral do tema e, no mérito, concluiu que o candidato aprovado em concurso público dentro do número de vagas tem direito subjetivo à nomeação. [ARE 866.016 AgR, rel. min. Dias Toffoli, 2ª T, j. 12-5-2015, DJE 109 de 9-6-2015.]”

Portanto, compreende-se que na existência de vagas remanescentes, havendo convocação de determinado número de candidatos pela Administração, a eventual desistência ou desclassificação dos mesmos, geraria para os seguintes na ordem de classificação direito subjetivo à nomeação. Logo, diante de tal situação, no aproveitamento das vagas remanescentes, há que se respeitar a ordem classificatória final quando da realização da convocação, aplicando-se o percentual mínimo das vagas reservadas para os candidatos portadores de deficiência ao número total de vagas destinadas para o cargo, incluindo, se for o caso, o chamamento dos candidatos portadores de deficiência.

A título de exemplificação, utilizando o parâmetro mínimo de 5% para reserva de vagas, tem-se que a partir de 5 (cinco) vagas para cada cargo e até 20 (vinte) vagas, no mínimo 01 (uma) deve ser destinada ao portador de deficiência. Assim, a sistemática de nomeação de tais candidatos deve ocorrer sempre de 20 em 20, para que sejam atendidos todos os requisitos legais pertinentes a temática, respeitando-se a ordem classificatória final. Dessa forma, a nomeação dos candidatos portadores de deficiência deve ocorrer na 5ª vaga, 21ª vaga, 41ª vaga, 61ª vaga e assim por diante, sempre de 20 em 20.

Sobre o cadastro de reserva, **objeto da primeira dúvida do Consultante**, cumpre-se esclarecer que trata-se de uma modalidade disciplinada no edital que não determina o número de cargos ou empregos a serem preenchidos, de forma que não torna possível determinar o número de candidatos que podem ser nomeados durante a validade do concurso.

De início, assevera-se que a hipótese em que os editais apenas contemplem a formação de cadastro de reserva, não afasta a necessidade de assegurar o percentual de reserva vagas aos portadores de deficiência, bem como de estabelecer os critérios de convocação, sob pena de ensejar inobservância aos princípios constitucionais da isonomia e da acessibilidade.

Portanto, relevante destacar que o **Município não poderá deixar de atender à exigência constitucional** prevista no artigo 37, inciso VIII, utilizando-se da justificativa de que não existe previsão do aludido percentual em lei municipal, uma vez que, como já dito anteriormente, essa é uma norma de eficácia contida, **devendo produzir seus efeitos de forma imediata.**

Observa-se ainda que, caso o Município não tenha previsto em Lei o coeficiente de vagas destinadas para deficientes em concurso público, para que se cumpra o quanto determinado pela Constituição Federal, **ele deverá prever no edital do concurso um percentual fundamentado em parâmetros razoáveis e que privilegie o princípio constitucional da isonomia, examinando, claro, o caso concreto.**

Portanto, mesmo que haja no edital apenas a previsão de formação de cadastro de reserva, deve-se assegurar a inscrição do candidato portador de deficiência, delimitando no instrumento editalício o percentual de reserva de vagas destinadas a tais indivíduos, de forma que durante o prazo de validade do concurso, caso ocorra a convocação de candidatos aprovados no cadastro de reserva, faz-se necessário observar as exigências dos percentuais mínimos definidos em Lei ou no próprio Edital, a fim de garantir a isonomia e legalidade das contratações.

No que tange ao **segundo questionamento**, adotando como base o limite mínimo de 5% e máximo de 20% aplicados para reserva de vagas para deficientes no âmbito da União, cabe-nos pontuar, a título de exemplificação, que no cenário onde há uma oferta de 20 vagas para determinado cargo em um concurso público ou processo seletivo, caberá aos portadores de deficiência a reserva de, no mínimo, 1 vaga, atendendo ao percentual de 5%, e no máximo de até 4 vagas, atendendo ao percentual de 20%.

Cabe pontuar, que se a aplicação do aludido percentual resultar em número fracionado, arredonda-se este para o primeiro inteiro subsequente. Assim, se em determinado certame estiver previsto para determinado cargo quantidade de vagas inferior a 5, não haveria possibilidade de reserva de vagas para portadores de deficiência, tendo em vista que o arredondamento do número fracionado para o primeiro número inteiro subsequente, reservando assim 1 vaga para os portadores de deficiência, ultrapassaria o limite máximo de 20%.

Portanto, adotando tais parâmetros, na hipótese de ter sido disponibilizada, por exemplo, apenas uma única vaga para determinado cargo, não seria razoável, que o Município a destinasse às pessoas portadoras de deficiência, uma vez que violaria os princípios da isonomia, impessoalidade e moralidade, já que a vaga reservada alcançaria o percentual de 100%.

No mesmo sentido, caminhou a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, senão vejamos:

“CONCURSO PÚBLICO - CANDIDATOS – TRATAMENTO IGUALITÁRIO. A regra é a participação dos candidatos, no concurso público, em igualdade de condições. CONCURSO PÚBLICO – RESERVA DE VAGAS - PORTADOR DE DEFICIÊNCIA - DISCIPLINA E VIABILIDADE. Por encerrar exceção, a reserva de vagas para portadores de deficiência faz-se nos limites da lei e na medida da viabilidade consideradas as existentes, afastada a possibilidade de, mediante arredondamento, majorarem-se as percentagens mínima e máxima previstas. (MS nº 26.310-5/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 31/10/2007)”

Do referido voto, destaca-se o seguinte trecho:

“A regra é a feitura de concurso público, concorrendo os candidatos em igualdade de situação – Inciso II do artigo 37 da Carta da República. O inciso VIII do mesmo artigo preceitua que ‘a lei reservará percentual de cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão’. A Lei n.º 7.853/89 versou a percentagem mínima de cinco por cento e a Lei n.º 8.112/90 veio a estabelecer o máximo de vinte por cento de vagas reservadas aos candidatos portadores de deficiência física.

Ora, considerando o total de vagas no caso – duas – não se tem, aplicada a percentagem mínima de cinco ou a máxima de vinte por cento, como definir vaga reservada a teor do aludido inciso VIII. Entender-se que um décimo de vaga ou mesmo quatro décimos, resultantes da aplicação de cinco ou vinte por cento, respectivamente, sobre duas vagas, dão ensejo à reserva de uma delas implica verdadeira igualização, olvidando-se que a regra é a não distinção entre os candidatos, sendo exceção a participação restrita, consideradas vagas reservadas. Essa conclusão levaria os candidatos em geral a concorrerem a uma das vagas e os deficientes, à outra, majorando-se os percentuais mínimos, de cinco por cento, e máximo, de vinte por cento, para cinquenta por cento. O enfoque não é harmônico com o princípio da razoabilidade.

Há de se conferir ao texto constitucional interpretação a preservar a premissa de que a regra geral é o tratamento igualitário, consubstanciando exceção a separação de vagas para um certo segmento. A eficácia do que versado no artigo 37, inciso VIII, da Constituição Federal pressupõe campo propício a ter-se, com a incidência do percentual concernente à reserva para portadores de deficiência sobre cargos e empregos públicos previstos em lei, resultado a desaguar em certo número de vagas, e isso não ocorre quando existentes apenas duas.”

Na mesma linha, também caminha a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“ADMINISTRATIVO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO PORTADOR DE NECESSIDADES ESPECIAIS. RESERVA DA ÚNICA VAGA. LIMITES ESTABELECIDOS NO ART. 37, §§1º E 2º, DO DECRETO 3.298/99 E NO ART. 5º, §2º, DA LEI 8.112/90. PERCENTUAL MÍNIMO DE 5% DAS VAGAS. NÚMERO FRACIONADO. ARREDONDAMENTO PARA O PRIMEIRO NÚMERO INTEIRO SUBSEQUENTE. OBSERVÂNCIA DO LIMITE MÁXIMO DE 20% DAS VAGAS OFERECIDAS.

1. Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança em que se discute a legalidade da nomeação de candidato portador de deficiência para a única vaga

prevista no edital (Técnico do Ministério Público - especialidade em direito - Comarca de Lavras).

2. O Tribunal a quo denegou a segurança sob o argumento de que "o item 11.4 do edital do concurso assegura nomeação preferencial aos candidatos portadores de deficiência (f. 12-TJ), razão pela qual a Administração Pública, ao garantir a única vaga prevista para a Comarca de Lavras à candidata portadora de deficiência classificada em 1º lugar, nada mais fez do que dar cumprimento efetivo às regras do certame" (fls. 210).

3. A partir da análise do art. 37, §§ 1º e 2º, do Decreto 3298/99 e do art. 5º, §2º, da Lei nº 8112/90, conclui-se que deverá ser reservado, no mínimo, 5% das vagas ofertadas em concurso público aos portadores de necessidades especiais e, caso a aplicação do referido percentual resulte em número fracionado, este deverá ser elevado até o primeiro número inteiro subsequente, desde que respeitado o limite máximo de 20% das vagas ofertadas.

4. Na hipótese dos autos, o Ministério Público Estadual, em seu concurso, previu a reserva de dez por cento das vagas ofertadas aos portadores de deficiência (item 3.5 do edital - fl. 10). Para o cargo em questão (Técnico do Ministério Público - especialidade em direito - Comarca de Lavras) havia apenas 1 (uma) vaga (fls. 13). Dessa forma, como o edital oferece apenas 1 (uma) vaga para a área que concorrem a impetrante e o deficiente físico litisconsorte, a aplicação da regra editalícia de reserva de 10% das vagas implicaria no resultado de 0,10 vagas, o que não é razoável. Como no caso foi disponibilizada apenas 1 vaga, resta evidente que a reserva desta única vaga ofertada ultrapassaria o percentual de 20%, perfazendo 100% (RMS 38.595/MG, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJ 12/11/2013)"

Logo, depreende-se do quanto exposto acima que, **nos concursos públicos e processos seletivos que ofertarem menos de 5 vagas por cargo, não haveria obrigatoriedade de reservar vagas destinadas aos portadores de deficiência, devendo a disputa ser regida pela igualdade de condições, sendo determinada a convocação pela classificação final de cada participante.** Todavia, ressalte-se que, nos casos de formação de cadastro de reserva e chamamento dos candidatos aprovados durante o período de validade do certame, há que ser observado e garantida a reserva destinadas aos portadores de deficiência de, no mínimo, 5% das vagas, conforme exposto anteriormente.

Em sequência, seguindo o raciocínio do entendimento supramencionado e respondendo a **terceira proposição do Consultante, na situação em que as vagas ofertadas para determinado cargo estiverem entre 5 e 20, em atendimento ao percentual mínimo de 5% para reserva de vagas para deficientes, deve ser assegurado no edital a garantia de no mínimo 1 vaga para tais candidatos.**

Sobre a temática em questão, o Supremo Tribunal Federal, no Mandado de Segurança nº 31.715 Distrito Federal, Relatora Ministra Rosa Weber, também manifestou-se nos seguintes termos:

"Percebe-se que (i) o art. 5º, § 2º, da Lei 8.112/90 estipula o **teto** de até 20% das vagas a portadores de deficiência, enquanto que (ii) o art. 37, § 1º, do Decreto 3.298/99, determina o **piso** de 5%. O parágrafo 2º desse mesmo dispositivo impõe, ainda, (iii) o **arredondamento**, para cima, até o primeiro número inteiro subsequente, da fração resultante da divisão do número de vagas pelo percentual

mínimo previsto; e a previsão editalícia, contida no item 3.1, antes transcrita, **(iv)** obriga o respeito a tais determinações inclusive em relação às vagas “que **vierem a ser criadas** durante o prazo de validade do concurso”, questão do maior relevo em face da formação de cadastro de reserva.

Esses quatro aspectos – piso, teto, arredondamento e previsão editalícia quanto ao cadastro de reserva – hão de ser obrigatoriamente atendidos para que se tenha por efetivado o direito constitucional de inclusão profissional dos portadores de deficiência no mercado de trabalho, na esfera governamental. E a observância há de se fazer de forma conjunta, vale dizer, obrigatório o atendimento simultâneo dos quatro aspectos a cada nomeação, sob pena de se ter por negada, ou concretizada de modo insuficiente, a previsão constitucional.”

(...)

Ocorre que, havendo uma única vaga original no concurso, 5% dela é 0,05 vaga. O art. 37, § 2º, do Decreto 3.298/99 obriga o arredondamento dessa fração para o primeiro número inteiro subsequente, o que dá 1. Mas 1 é 100% de uma vaga disponível; portanto, não há vagas para deficientes, dado o teto de 20% das vagas previsto no art. 5º, § 2º, da Lei 8.112/90.

Suponhamos, porém, que surja uma segunda vaga, como de fato ocorreu. Ora, é evidente que essa segunda vaga não pode ter seu cálculo realizado de forma independente, apenas porque, no aspecto temporal, há solução de continuidade entre as nomeações; trata-se do mesmo edital, mesmo concurso e da mesma lista de aprovados. Tal interpretação resta vedada por absurda, na medida em que ela redundaria na eterna repetição da contagem realizada acima, e da qual jamais resultaria a nomeação de um portador de deficiência, ainda que nomeados centenas de aprovados.

Portanto, considerando-se agora duas vagas no concurso, 5% é 0,1 vaga, que, arredondada para o primeiro número inteiro, dá 1. Mas 1 é 50% de duas vagas; portanto, ainda não há vagas para deficientes, dado o teto de 20%.

Surge uma terceira vaga. Agora, 5% é 0,15 vaga, que, arredondada para o primeiro número inteiro, dá 1. Mas 1 é aproximadamente 33,33 % de três vagas; portanto, não há vagas para deficientes, dado o teto de 20%.

Com a quarta vaga, 5% é 0,2 vaga, que, arredondada para o primeiro número inteiro, dá 1. Mas 1 é 25% de quatro vagas; portanto, ainda não há vagas para deficientes, dado o teto de 20%.

Na quinta vaga, tem-se que 5% é 0,25 vaga, que, arredondada para o primeiro número inteiro, dá 1. Ora, 1 é, justamente, 20% de cinco vagas; portanto, **todas as regras legais se encontram, aqui, simultaneamente atendidas**. A quinta vaga deve ser atribuída à lista especial, não à lista geral, porque atendidas todas as condições.

(...)

Dentro do que estipula o concurso em análise, portanto, na sexta vaga surgida, verifica-se que 5% é 0,3 vaga, o que, arredondada para o primeiro número inteiro, dá 1, o que equivale a aproximadamente 16,66 % de seis vagas. Como já houve o preenchimento de uma vaga pela lista especial, na nomeação da quinta posição, não há qualquer desrespeito à garantia constitucional (nos termos em que esta se encontra explicitada na legislação ordinária) e ao edital, com a nomeação de mais um candidato da lista geral.

O mesmo ocorrerá quanto à sétima (aproximadamente 14,28 % do total), oitava (12,5%), nona (aproximadamente 11,11 %), décima (10%), décima primeira (aproximadamente 9,09%), décima segunda (aproximadamente 8,33 %), décima terceira (aproximadamente 7,69 %), décima quarta (aproximadamente 7,14%), décima quinta (aproximadamente 6,66 %), décima sexta (6,25%), décima sétima (aproximadamente 5,88%), décima oitava (aproximadamente 5,55%) décima nona (aproximadamente 5,26 %) e vigésima vagas (5%), quando se atinge o piso previsto no art. 37, § 1º, do Decreto 3.298/99. Nessas situações, a quinta nomeação a partir da lista especial justifica plenamente a nomeação de aprovados da lista geral.

Na vigésima primeira vaga, porém, tem-se que 5% delas representa 1,05 vaga. Aplicando-se a regra do arredondamento, ter-se-ão duas vagas previstas para a lista de deficientes físicos, que representam cerca de 9,52% de vinte e uma vagas.

Portanto, esta vaga também deve ser ocupada pelo segundo colocado na lista especial.”

Com relação **ao quinto e último questionamento**, necessário se faz destacar o entendimento exarado pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso em Mandado de Segurança nº 59.885 – MG (2019/0019507-3), do Relator Ministro Sérgio Kukina:

“ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. VAGAS RESERVADAS A PESSOAS COM DEFICIÊNCIA REVERTIDAS PARA AMPLA CONCORRÊNCIA. PREVISÃO ESPECÍFICA NO EDITAL DO CERTAME. DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO. RECURSO PROVIDO.

1. Na hipótese em que há previsão específica no edital do certame, as vagas reservadas devem ser revertidas para a ampla concorrência, quando não houver aprovados que preenchem a condição de pessoas com deficiência.

2. Demonstrada a ausência de pessoas com deficiência aprovadas no certame, faz jus à vaga revertida à ampla concorrência o candidato aprovado e classificado, segundo a ordem classificatória final, nos termos do que expressamente dispõe o edital do concurso.

3. Recurso provido para reformar o acórdão recorrido e conceder a segurança, reconhecendo à impetrante o direito líquido e certo à pretendida nomeação, como requerido na exordial.”

Ademais, adotando-se como parâmetros razoáveis o quanto disposto no Decreto Federal nº 9.508/2018, pontua-se que o normativo em seu artigo 1º, §5º, disciplinou no mesmo sentido, de modo que determina que: *“As vagas reservadas às pessoas com deficiência nos termos do disposto neste artigo poderão ser ocupadas por candidatos sem deficiência na hipótese de não haver inscrição ou aprovação de candidatos com deficiência no concurso público ou no processo seletivo de que trata a Lei nº 8.745, de 1993.”*

Dessa maneira, ressalte-se inicialmente acerca da relevância do quanto disciplinado no instrumento convocatório dos concursos públicos e processos seletivos. **Assim, seguindo o raciocínio do quanto exposto acima, inexistindo candidatos classificados para ocupação das vagas reservadas aos portadores de deficiência, haveria possibilidade da ocupação da referida vaga por candidatos classificados na categoria de ampla concorrência, seguindo a ordem classificatória final, desde que esteja expressamente previsto no edital do certame a possibilidade das vagas destinadas aos portadores de deficiência serem revertidas para a ampla concorrência.**

Diante de tudo o quanto anteriormente exposto, conclui-se o seguinte:

1. No Edital constando apenas previsão de formação de cadastro de reserva, deve-se assegurar a inscrição do candidato portador de deficiência, delimitando no instrumento editalício o percentual de reserva de vagas destinadas a tais indivíduos, de forma que durante o prazo de

validade do concurso, caso ocorra a convocação de candidatos aprovados no cadastro de reserva, faz-se necessário observar as exigências dos percentuais mínimos definidos em Lei ou no próprio Edital, a fim de garantir a isonomia e legalidade das contratações.

2. Nos Concursos Públicos e Processos Seletivos que ofertarem menos de 5 vagas por cargo, não haveria obrigatoriedade de reservar vagas destinadas aos portadores de deficiência, devendo a disputa ser regida pela igualdade de condições, sendo determinada a convocação pela classificação final de cada participante.

3. Na situação em que as vagas ofertadas para determinado cargo estiverem entre 5 e 20, em atendimento ao percentual mínimo de 5% para reserva de vagas para portadores de deficiência, deve ser assegurado no Edital a garantia de no mínimo 1 vaga para tais candidatos.

4. Na existência de vagas remanescentes, a eventual desistência ou desclassificação dos candidatos, geraria para os seguintes na ordem de classificação direito subjetivo à nomeação. Logo, no aproveitamento das vagas remanescentes, há que se respeitar a ordem classificatória final quando da realização da convocação, aplicando-se o percentual mínimo das vagas reservadas para os candidatos portadores de deficiência ao número total de vagas destinadas para o cargo, incluindo, se for o caso, o chamamento dos candidatos portadores de deficiência.

5. Inexistindo candidatos classificados para ocupação das vagas reservadas aos portadores de deficiência, haveria possibilidade da ocupação da referida vaga por candidatos classificados na categoria de ampla concorrência, seguindo a ordem classificatória final, se existir previsão editalícia expressa nesse sentido.

É o parecer.

Salvo melhor juízo, essa é a orientação da Assessoria Jurídica do TCM/BA, de caráter opinativo e orientativo, elaborada de acordo com os subsídios fornecidos pelo Consultente.

Em, 17 de Abril de 2020.

Flavia Scolese Ribeiro
Assessora Jurídica