



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

5 de setembro de 2018

Órgão Especial

Mandado de Segurança - Nº 1402695-05.2018.8.12.0000 – Tribunal de Justiça

Relator – Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel

Impetrante : [REDACTED]

Advogado : Douglas Patrick Hammarstrom (OAB: 20674/MS)

Impetrado : Banca Examinadora do VIII Concurso Público para Provimento de Cargos da Estrutura Funcional do Poder Judiciário do Ms

Interessado : Estado de Mato Grosso do Sul

Proc. do Estado : Ana Paula Ribeiro Costa (OAB: 10824BM/S)

E M E N T A – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – CANDIDATO DESCLASSIFICANDO DA CONDIÇÃO DE DEFICIENTE FÍSICO – DEFICIÊNCIA FÍSICA INCAPAZ DE PRODUZIR DIFICULDADE PARA O DESEMPENHO DE FUNÇÕES ORGÂNICAS DO INDIVÍDUO (NÃO DO CARGO PÚBLICO ALMEJADO) – LIMITAÇÃO DE 50% DOS MOVIMENTOS DO OMBRO ESQUERDO - CARACTERIZAÇÃO DA DEFICIÊNCIA FÍSICA - COMPATIBILIDADE ENTRE O ART. 4º, I, DO DECRETO FEDERAL 3.298/99 E A CONVENÇÃO DE NOVA IORQUE - ORDEM CONCEDIDA. 1. O art. 37, I, da Constituição Federal, estabelece o princípio da ampla acessibilidade aos cargos públicos, autorizando o legislador a estabelecer restrições. Assim é que somente a lei pode estabelecer requisitos para acesso aos cargos públicos, a exemplo de exames de saúde ou psicotécnicos. 2. A despeito das conclusões da junta médica, no sentido de que as limitações físicas apresentadas pela impetrante (limitação dos movimentos de elevação, abdução e rotação de ombro esquerdo, redução de força em ombro esquerdo e dor articular aos movimentos e esforços realizados) não se amoldam à definição de deficiência física contida no art. 4º, I, do Decreto Federal 3.298/99 (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), para o desempenho da atividade almejada (analista Judiciário junto ao Poder Judiciário), o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou no sentido de que o dispositivo refere-se às dificuldades do desempenho de funções orgânicas do indivíduo e não funções do cargo. 3. Atestada, além de incontroversa, a limitação física entendendo inarredável a caracterização da condição de deficiente físico. 3. Não há incompatibilidade entre a



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

convenção de Nova Iorque (como é conhecida a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência), que estabelece direitos e garantias à este grupo de pessoas vulneráveis, oferecendo diretrizes a serem adotadas pelos mais diversos setores da sociedade, dentre os quais a facilitação ao acesso ao trabalho, e o Decreto Federal 3.298/99, que traz a definição de deficiente físico para fins de reserva de vagas em concurso públicos. 4. Segurança concedida.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Órgão Especial do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e, com o parecer, conceder a segurança, nos termos do voto do Relator. Impedido para esse julgamento o Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, 5 de setembro de 2018.

Des. Sideni Soncini Pimentel - Relator



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

██████████ impetra Mandado de Segurança contra ato praticado pelo Presidente da Banca Examinadora do VIII Concurso Público para Provimento de Cargos da Estrutura Funcional do Poder Judiciário do MS. Segundo narrativa constante dos autos, a impetrante postula o cargo de Analista Judiciário - Área Meio, obtendo o 2º lugar na classificação para candidatos com deficiência física. Narra, contudo, que após avaliação pela Junta Médica foi desclassificada como pessoa com deficiência, sendo desprovido seu recurso administrativo. Pontua que não há dúvida quanto às suas limitações físicas, mas apenas se estas se amoldam à hipótese de deficiência física. Alega direito líquido e certo à participar do certame na condição de deficiente físico, nos termos do art. 4º, do edital. Pontua que já foi considerada como deficiente físico em outros procedimentos, inclusive de ordem privada. Invoca a aplicação da teoria dos motivos determinantes para concluir pela nulidade do ato. Prossegue, aduzindo que o ato coator viola a convenção internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência. Indica, ainda, desvio de poder, tendo em mente a inobservância da finalidade do certame. Que houve violação aos princípios da proporcionalidade e da legalidade. Requer a concessão da segurança para o fim de declarar nulo o ato administrativo que a desclassificou da condição de pessoa com deficiência, assegurando seu direito de participar do certame nesta condição. Requereu, ainda, a concessão de medida liminar e os benefícios da gratuidade de justiça.

O feito foi inicialmente distribuído ao eminente Des. Carlos Eduardo Contar, que indeferiu o pedido de liminar e deferiu a concessão dos benefícios da gratuidade de justiça.

O Estado de Mato Grosso do Sul apresentou informações e defesa (f. 1.024-1.033), defendendo a inexistência do direito líquido e certo, considerando a constitucionalidade e legalidade do ato apontado como coator, bem como a impossibilidade de utilização de prova emprestada nestes autos. Pediu a denegação da ordem. Parecer ministerial pugnando pela concessão da segurança (f. 1.036-1.048).

A impetração foi redistribuída sob minha relatoria, tendo em vista a eleição do relator originário ocupar o cargo de Corregedor-Geral de Justiça.

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (Relator)

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por Kati Aparecida Santos Oliveira contra ato praticado pelos membros da Banca Examinadora do VIII



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

Concurso Público para Provimento de Cargos da Estrutura Funcional do Poder Judiciário do MS, que implicou na sua desclassificação no Concurso Público de Provas e Títulos para Provimento do Cargo de Analista Judiciário.

A impetrante foi aprovada, na condição de deficiente físico, obtendo o 2º lugar na classificação. Pontua, contudo, que apesar de demonstrada sua limitação parcial e permanente, foi desclassificada da condição de deficiente físico, tendo em vista a conclusão da junta médica, afastando essa condição. Alega direito líquido e certo a participar do certame na condição de deficiente físico, pois atende aos requisitos legais, conforme laudos e exames médicos.

Pois bem.

A ampla acessibilidade aos cargos públicos é assegurada aos brasileiros que preecham os requisitos estabelecidos em lei e tem previsão no inciso I, do art. 37, da CF. O inciso VIII, do mesmo dispositivo constitucional determina que a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão. No mesmo sentido, o art. 5º, § 2º, da Lei 8.112/90, assegura às pessoas portadoras de deficiência o direito de acesso a cargos públicos cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras.

Esse tratamento diferenciado dispensado às pessoas portadoras tem por justificativa a necessidade de compensar as dificuldades impostas a esse grupo vulnerável, em função do princípio da isonomia.

É nesse sentido, a lição de Marçal Justen Filho:

“O art. 37, VIII, da Constituição determina que a lei reservará percentual de cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência, definindo os critérios de sua admissão. O tratamento diferenciado em favor de portadores de deficiência poderá contemplar benefícios ou redução de restrições em face dos demais sujeitos. Essa discriminação positiva é compatível com a Constituição, na medida em que respeite o princípio da proporcionalidade. Ademais disso, deverá ser assegurada a igualdade objetiva entre os sujeitos portadores de deficiência, estabelecendo-se critérios que permitam a competição igualitária entre eles e a comprovação da sua capacitação para o desempenho das funções inerentes ao cargo. Ou seja, não se admite que o sujeito seja investido no cargo público simplesmente por ser portador de deficiência. Nem seria compatível com a Constituição que a deficiência de que o sujeito fosse portador acarretasse absoluta incompatibilidade com a natureza das funções a serem desempenhadas. (...). Não se admite a contratação de pessoa cuja deficiência a incapacite, de modo absoluto, para o desempenho das atividades inerentes às atribuições dos cargos e empregos. É indispensável identificar o tipo de deficiência e compatibilizá-lo com determinado cargo público. Tem-se destacado, por exemplo, o pleno cabimento de portadores de deficiência auditiva exercitarem atividades de informática.” (Curso de Direito Administrativo, 8ª ed., 2012, Forum, p. 877/878)



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

Nesse norte de ideias, foi editado o Decreto 3.298, de 20 de dezembro de 1999, regulamentando a lei 7.853/89, contendo a seguinte disposição:

"Art. 4º É considerada pessoa portadora de deficiência a que se enquadra nas seguintes categorias:

*I - **deficiência física** - alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, 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;"*

Também a Lei Orgânica da Assistência Social tratou do tema:

"Art. 20.

*§ 2º Para efeito de concessão do benefício de prestação continuada, **considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.**"*

Esses os parâmetros a serem observados na aferição, pela Junta Médica, da alegada deficiência física da impetrante. Em consonância com esse regramento, reafirmado em diversos outros dispositivos legais e regulamentares, estabelece o edital do certame:

"11.6. O candidato aprovado na condição de pessoa com deficiência será convocado, por 6 meio de Edital Específico, para ser avaliado por Junta Médica Oficial e por uma Comissão Especial de Servidores, devendo apresentar-se na data e no horário estabelecidos, sob pena de ter sua classificação, na condição de pessoa com deficiência, tornada sem efeito.

11.6.1. No ato de sua apresentação o candidato deverá portar o laudo médico encaminhado por ocasião de sua inscrição no Concurso ou equivalente, devidamente atualizado.

11.6.2. Caberá à Junta Médica examinar o candidato quanto aos aspectos clínicos da deficiência informada no ato da inscrição no Concurso Público.

11.6.3. A Comissão Especial emitirá parecer concernente à aptidão do candidato para o exercício das funções do cargo. 11.6.4. A Junta Médica e a Comissão Especial deverão apresentar parecer conclusivo, cada qual por si, indicando a existência, ou não, de compatibilidade da deficiência e aptidão do candidato para o exercício das funções inerentes ao cargo, em toda sua amplitude.

11.6.5. Concluindo a Junta ou a Comissão pela inexistência da deficiência ou por sua insuficiência - em termos de caracterização quanto



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

ao enquadramento às disposições legais vigentes - a classificação do candidato em vaga de pessoa com deficiência tornar-se-á sem efeito, passando este a constar da listagem dos demais candidatos concorrentes no presente Concurso Público."

Assim, os candidatos aprovados na condição de pessoa com deficiência devem ser submetidos a uma Junta Médica e Comissão Especial para análise e aferição da sua condição. Esses órgãos também são competentes para classificar o candidato como deficiente físico.

Prosseguindo, a questão alusiva às patologias e condição física da impetrante são fatos incontroversos, além de suficientemente demonstrados através de laudos e exames médicos. Consta dos autos que a impetrante apresenta "*limitação (sequela) moderada (50%) permanente das funções do ombro esquerdo (...), com sinais de necrose da cabeça umeral, sinais de artrose incipiente e osteófitos inferiores*". Em decorrência disso, possui **limitação dos movimentos de elevação, abdução e rotação de ombro esquerdo, redução de força em ombro esquerdo e dor articular aos movimentos e esforços realizados**. Bem por essas razões foi atestada sua invalidez parcial e permanente, ressalvada a possibilidade de readaptação.

O reconhecimento da incapacidade parcial e permanente (por diversos profissionais médicos), contudo, não é suficiente para o reconhecimento da deficiência física, que depende da aferição de requisitos especificamente previstos em lei.

Alega a impetrante que o parâmetro oferecido pelo Decreto 3.298/99 seria incompatível com a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que tem status de emenda constitucional por força do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, oferece conceito mais amplo de deficiência física.

Não vislumbro, contudo, nenhuma incompatibilidade. A convenção de Nova Iorque (como é conhecida a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência) estabelece direitos e garantias à este grupo de pessoas vulneráveis, oferecendo diretrizes a serem adotadas pelos mais diversos setores da sociedade, dentre os quais, a facilitação ao acesso ao trabalho. Não há nesse diploma, *data venia*, regramento específico a ser adotado pela Administração Pública no oferecimento de reserva de vagas a pessoas portadoras de deficiência física.

Mais ainda, a despeito do princípio da interpretação mais favorável à pessoa humana, bem como sua máxima eficácia, não pode perder de vista outros critérios legais, a exemplo da ampla acessibilidade aos cargos público e da isonomia. Isso porque se se assegurar a qualquer tipo de patologia minimamente incapacitante, sem repercussão profissional ou social do seu portador, a condição de deficiente físico, com a proteção afirmativa que lhe recai, implicaria, invariavelmente, em confusão com privilégios odiosos.

Feitas essas considerações, a Junta Médica entendeu que as condições físicas da impetrante não permitem seja classificada como deficiente físico, motivo pelo qual opinou pela sua desclassificação. Assim concluiu a partir da



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

constatação de que suas limitações não são aptas a produzir dificuldades para o desempenho das funções.

Entendeu a junta médica que as limitações físicas apresentadas pela impetrante (**limitação dos movimentos de elevação, abdução e rotação de ombro esquerdo, redução de força em ombro esquerdo e dor articular aos movimentos e esforços realizados**) não se amoldam à definição de deficiência física contida no art. 4º, I, do Decreto Federal 3.298/99 (*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;*

De fato, em nenhum dos pareceres, laudos ou exames médicos trazidos com a petição inicial se afirmou que as limitações de movimento do ombro esquerdo produzem dificuldades para o desempenho de funções, à exceção daquelas que exigem força física. Tanto que foi considerada incapaz para esse tipo de atividade, mas sujeita a reabilitação.

Para o desempenho da atividade almejada (analista Judiciário junto ao Tribunal de Justiça), de natureza puramente burocrática, não é possível vislumbrar, nas suas limitações físicas, qualquer fator que justifique a discriminação afirmativa e se excepcione a regra de isonomia.

Nada obstante, já decidiu o Supremo Tribunal Federal que a expressão "*dificuldades para o desempenho de funções*", contida no art. 4º, I, do Decreto 3.298, de 20 de dezembro de 1999, diz respeito às funções orgânicas do indivíduo, não às funções do cargo. Mais ainda, assentou a Suprema Corte que a Lei 8.112/1990 estabelece a compatibilidade entre a deficiência e as funções do cargo como requisito para a investidura no cargo público, e não como requisito para a caracterização da deficiência. Trata-se do julgamento que recebeu a seguinte ementa:

"CONCURSO PÚBLICO – PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA – RESERVA PERCENTUAL DE CARGOS E EMPREGOS PÚBLICOS (CF, ART. 37, VIII) – OCORRÊNCIA, NA ESPÉCIE, DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS AO RECONHECIMENTO DO DIREITO VINDICADO PELA PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA – ATENDIMENTO, NO CASO, DA EXIGÊNCIA DE COMPATIBILIDADE ENTRE O ESTADO DE DEFICIÊNCIA E O CONTEÚDO OCUPACIONAL OU FUNCIONAL DO CARGO PÚBLICO DISPUTADO, INDEPENDENTEMENTE DE A DEFICIÊNCIA PRODUZIR DIFICULDADE PARA O EXERCÍCIO DA ATIVIDADE FUNCIONAL – INADMISSIBILIDADE DA EXIGÊNCIA ADICIONAL DE A SITUAÇÃO DE DEFICIÊNCIA TAMBÉM PRODUZIR “DIFICULDADES PARA O DESEMPENHO DAS FUNÇÕES DO CARGO” – PARECER FAVORÁVEL DA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA –



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. PROTEÇÃO JURÍDICOCONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL ÀS PESSOAS VULNERÁVEIS.

LEGITIMIDADE DOS MECANISMOS COMPENSATÓRIOS QUE, INSPIRADOS PELO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA DIGNIDADE PESSOAL (CF, ART. 1º, III), RECOMPÕEM, PELO RESPEITO À ALTERIDADE, À DIVERSIDADE HUMANA E À IGUALDADE DE OPORTUNIDADES, O PRÓPRIO SENTIDO DE ISONOMIA INERENTE ÀS INSTITUIÇÕES REPUBLICANAS. - O tratamento diferenciado em favor de pessoas portadoras de deficiência, tratando-se, especificamente, de acesso ao serviço público, tem suporte legitimador no próprio texto constitucional (CF, art. 37, VIII), cuja razão de ser, nesse tema, objetiva compensar, mediante ações de conteúdo afirmativo, os desníveis e as dificuldades que afetam os indivíduos que compõem esse grupo vulnerável. Doutrina. - A vigente Constituição da República, ao proclamar e assegurar a reserva de vagas em concursos públicos para os portadores de deficiência, consagrou cláusula de proteção viabilizadora de ações afirmativas em favor de tais pessoas, o que veio a ser concretizado com a edição de atos legislativos, como as Leis nº 7.853/89 e nº 8.112/90 (art. 5º, § 2º), e com a celebração da Convenção Internacional das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (2007), já formalmente incorporada, com força, hierarquia e eficácia constitucionais (CF, art. 5º, § 3º), ao plano do ordenamento positivo interno do Estado brasileiro. - Essa Convenção das Nações Unidas, que atribui maior densidade normativa à cláusula fundada no inciso VIII do art. 37 da Constituição da República, legitima a instituição e a implementação, pelo Poder Público, de mecanismos compensatórios destinados a corrigir as profundas desvantagens sociais que afetam as pessoas vulneráveis, em ordem a propiciar-lhes maior grau de inclusão e a viabilizar a sua efetiva participação, em condições equânimes e mais justas, na vida econômica, social e cultural do País. **HERMENÊUTICA E DIREITOS HUMANOS: O PRINCÍPIO DA NORMA MAIS FAVORÁVEL**

COMO CRITÉRIO QUE DEVE REGER A INTERPRETAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. - O Poder Judiciário, no exercício de sua atividade interpretativa, deve prestigiar, nesse processo hermenêutico, o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional de direitos humanos como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), extraindo, em função desse postulado básico, a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana. Precedentes: HC 93.280/SC, Rel. Min. CELSO DE MELLO." (RMS 32732 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 03/06/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJE-148 DIVULG 31-07-2014 PUBLIC 01-08-2014)



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

No caso dos autos, como visto, a impetrante possui "*limitação (sequela) moderada (50%) permanente das funções do ombro esquerdo (...), com sinais de necrose da cabeça umeral, sinais de artrose incipiente e osteófitos inferiores*", tal condição tem caráter permanente, e caracteriza, a toda evidência "*dificuldades para o desempenho de funções*" orgânicas do indivíduo, amoldando-se à hipótese prevista no art. 4º, I, do Decreto 3.298, de 20 de dezembro de 1999, motivo pelo qual entendo que faz jus ao benefício previsto no edital, de concorrência na condição de deficiente físico.

De tudo quanto exposto, entendo que a impetrante tem direito líquido e certo à disputa de cargo público em concurso de provas e títulos pela reserva de vagas aos portadores de deficiência.

Posto isso, em consonância com o parecer, **concedo a segurança** para o fim de declarar nulos os atos administrativos que desclassificaram a impetrante da condição de candidato portador de deficiência física, para o cargo de Analista Judiciária - área meio, permitindo sua participação nas demais fases do certame. Oficiase imediatamente para cumprimento. Com isso, declaro extinto o processo, com julgamento de mérito, nos termos dos arts. 487, I, do NCPC. Sem custas e honorários, nos termos do artigo 24, inciso I, da Lei Estadual n. 3.779/2009 (Regimento de Custas Judiciais do Estado de Mato Grosso do Sul) e do artigo 25, da Lei n. 12.016/2009.

D E C I S Ã O

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E, COM O PARECER, CONCEDERAM A SEGURANÇA, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. IMPEDIDO PARA ESSE JULGAMENTO O DES. CLAUDIONOR MIGUEL ABSS DUARTE.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran Relator,
o Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. João Maria Lós, Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges, Des. Paschoal Carmello Leandro, Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Des. Eduardo Machado Rocha e Des. Vilson Bertelli.

Campo Grande, 5 de setembro de 2018.

des