

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 917.802 ALAGOAS

RELATORA	: MIN. CÁRMEN LÚCIA
RECTE.(S)	: FUNDAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE - FUNASA
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL FEDERAL
RECDO.(A/S)	: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

DECISÃO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. RESERVA DE VAGAS DESTINADAS A PORTADOR DE NECESSIDADES ESPECIAIS NOS LIMITES DA LEI. PRECEDENTES. ATO ADMINISTRATIVO. CONTROLE JUDICIAL. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. PERCENTUAL DE VAGAS RESERVADAS A PORTADOR DE NECESSIDADES ESPECIAIS POR LOCALIDADE: IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO E DE CLÁUSULAS DE EDITAL: SÚMULAS NS. 279 E 454 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO.

Relatório

1. Recurso extraordinário interposto com base na al. *a* do inc. III do art. 102 da Constituição da República contra o seguinte julgado do Tribunal Regional Federal da Quinta Região:

“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO

RE 917802 / AL

PÚBLICO. FUNASA. CESGRANRIO. RESERVA DE VAGAS PARA PORTADORES DE DEFICIÊNCIA. CARGO DE AGENTE ADMINISTRATIVO. DISCRIMINAÇÃO POR UNIDADE. CÁLCULO GENÉRICO.

1. Trata-se de dois recursos de apelação, provenientes da FUNDAÇÃO CESGRANRIO e da FUNASA, atacando a sentença monocrática que julgou procedente a AÇÃO CIVIL PÚBLICA, para garantir a reserva de 1 (uma) vaga no cargo de Agente Administrativo do Município de Maceió-AL para candidatos portadores de deficiência, dentre as 6 (seis) vagas oferecidas para aquele cargo de acordo com o documento editalício.

2. Entendeu o juízo a quo que houve, pela FUNASA, ato atentatório contra o princípio da igualdade material quando esta se omitiu em tal reserva. A previsão do percentual de 5% para os deficientes no documento editalício, frente ao total de vagas, foi feita de forma genérica, sem atentar para o fato de que o concurso não era para preenchimento de vagas em qualquer localidade, mas tão somente na cidade onde o candidato optasse.

3. A FUNDAÇÃO CESGRANRIO argumenta, em sua apelação, que não cabe ao Poder Judiciário qualquer intervenção quanto à matéria, uma vez que o percentual de vagas destinados aos deficientes físicos se trata de um assunto contido na seara da discricionariedade da Administração Pública. Contudo, cabe perfeitamente ao Judiciário corrigir tal ilicitude, posto que é exatamente aí que se encontra a importância da atividade de tal Poder, quando da invalidação de atos administrativos viciados ou utilizados com abuso. A reserva de uma vaga para portadores de necessidades especiais, dentre as seis oferecidas, para o cargo de Agente Administrativo no município de Maceió-AL, implica em um percentual de 16,66%, estando, portanto dentro dos parâmetros legalmente previstos para a situação, já que este valor está acima do mínimo (5%) e abaixo do máximo (20%).

4. Apelação da FUNASA e da FUNDAÇÃO CESGRANRIO improvidas”.

2. A Recorrente alega ter o Tribunal de origem contrariado os arts. 2º e 37, incs. I, II e VIII, da Constituição da República, asseverando que

RE 917802 / AL

“no âmbito da administração pública federal estar-se-á observando a garantia constitucional destinada aos portadores de deficiência sempre que a eles for reservado um percentual de no máximo 20% e no mínimo 5% do total de vagas prevista no edital.

Conforme ressaltado na contestação, o total de vagas previstas fora de 411 (quatrocentos e onze). Assim, o percentual reservado encontra-se acima do mínimo estabelecido pelo Decreto n. 3.289/99, posto que 23 (vinte e três) representa 5,59% do total de 411 vagas. E se feita dessa análise considerando-se apenas o cargo de agente administrativo (objeto da ação), temos um percentual maior ainda, eis que das 185 (cento e oitenta e cinco) vagas, 12 (doze) foram reservadas aos portadores de necessidades especiais, representando 6,48% do total.

Logo, se a regra fixada no edital é o de que aos portadores de necessidades especiais, seguindo-se o que estabelecido pelo decreto n. 3.298/99, é assegurado 5% do total de vagas previstas, temos que no caso de Maceió, onde foram previstas apenas 6 vagas, acolher a tese proposta na peça inicial implicaria majoração de tal percentual para 16,66%, criando-se uma odiosa discriminação dentro do próprio certame, já que aos candidatos que concorrerem em Maceió assegurar-se-ia uma reserva três vezes maior do que aquela destinada aos demais portadores de necessidades especiais que se inscreveram em outras localidades, onde já havia reserva de 5% das vagas.

Portanto, percebe-se que, em nenhum momento se demonstrou, nem poder-se-ia demonstrar, a existência de ilegalidade no critério adotado pela Administração Pública, no que diz respeito à nomeação de candidata PD, porquanto, adotou-se critério razoável e que tratou todos os candidatos isonomicamente.

Vê-se assim, que não se trata de ser justo ou injusto, mas sim de obedecer a lei, a qual, na qualidade de ente público, a recorrente está obrigada a obedecer face ao princípio da legalidade a que está atrelado nos termos do que estabelece o caput do art. 37 da Constituição Federal.

Dessa forma, em hipótese alguma pode o Judiciário efetuar o controle sobre a situação de portadores de deficiência, efetuada pela Funasa, segundo os parâmetros definidos pelo edital do certame, e

RE 917802 / AL

substituindo a mesma, como pretende a parte recorrida, considerá-las apta a ocupar vaga, burlando a ordem de classificação e nomeação dos candidatos. Pois essa decisão é uma questão de mérito que deve ser tomada apenas pela Administração Pública, sob a tutela do poder discricionário que goza, e não pelo Poder Judiciário”.

Apreciada a matéria trazida na espécie, **DECIDO**.

3. Razão jurídica não assiste à Recorrente.

O Desembargador Relator afirmou:

“A Discricionariedade de certos atos, como se sabe, concedida pela norma positiva aos administradores públicos, não deve ser utilizada de forma, arbitrária, sem limites, nem controle. As condutas estabelecidas pela norma dão ao Administrador uma ‘margem de manobra’, desde que contida nos parâmetros da lei. É certo que não cabe ao Poder Judiciário determinar qual o percentual de vagas destinadas aos deficientes físicos no concurso, desde que houvesse a previsão concreta para tal percentagem no Edital dentro da margem legalmente estabelecida, entre 5% e 20%. Contudo, na omissão do Administrador em prevê-la, concretamente, ao cargo de Agente Administrativo na cidade de Maceió/AL, cabe perfeitamente ao juiz corrigir tal ilicitude, posto que é exatamente aí que se encontra a importância da atividade judiciária quando da invalidação de atos administrativos viciados ou utilizados com abuso de poder. A reserva de uma vaga para portadores de necessidades especiais, dentre as seis oferecidas, para o cargo de Agente Administrativo no município de Maceió-AL, implica em um percentual de 16,66%, estando, portanto dentro dos parâmetros legalmente previstos para a situação, já que este valor está acima do mínimo e abaixo do máximo.

O Colendo Supremo Tribunal Federal, em recente manifestação jurisprudencial quanto à garantia constitucional de reserva de vagas em concurso público para as pessoas portadores de deficiência, posicionou-se no sentido de que tal reserva deve ocorrer nos limites da legalidade e na medida da viabilidade fática de sua implementação,

RE 917802 / AL

devendo ser consideradas as vagas existentes no certame. Afasta-se, contudo, a possibilidade de majoração, através de arredondamento dos percentuais mínimos de máximo legalmente previstos.

Nessa seara, de acordo com entendimento do Pretório Excelso esposado no aresto supra e seguindo-se os ditames legais, quando o cálculo resultante da aplicação do percentual mínimo da reserva de vagas para pessoas portadoras de deficiência, em relação ao número de vagas oferecidas para o cargo, for um número fracionário, deverá ser arredondado para o próximo número inteiro, desde que não exceda o limite máximo de 20% (vinte por cento), estabelecido pela Lei n. 8.112/90. Há violação ao dispositivo legal quando o Edital se omite em prever vagas, mas não há quando o percentual é de 16,66%, posto que este índice encontra-se dentro da margem estabelecida pela lei 8.112/90.

O argumento, por sua vez, feito pela Fundação Cesgranrio, em fl. 608, de que o edital convocatório não pode ter suas regras alteradas, nem mudanças relativas ao quadro de vagas, não tem consistência. É claro que eventuais ilegalidades e omissões merecem reparo, não sendo coerente ignorar abusos originariamente estabelecidos como regra no certame. Por mais que o concurso preveja o percentual de vagas para deficientes físicos, não houve previsão para o cargo de Agente Administrativo em Maceió-AL, devendo haver a devida integração de regra que amalgame tal lacuna”.

Este Supremo Tribunal assentou que a reserva de vagas para portadores de necessidades especiais há de se dar nos limites da lei, afastada a possibilidade de, mediante arredondamento, majorarem-se as percentagens mínima e máxima previstas:

“Recurso ordinário em mandado de segurança. Concurso público. Portadores de necessidades especiais. Isonomia. Proporcionalidade e alternância na distribuição das vagas. Inexistência de violação dos princípios do contraditório, da ampla defesa ou do devido processo legal. Preclusão do direito de contrarrazoar o recurso ordinário. Lista de classificação. Conformação aos ditames da Constituição. Competência da Administração. Assunção

RE 917802 / AL

de outro cargo público. Perda superveniente do objeto. Não ocorrência. Agravo regimental não provido. 1. Inviável falar-se em violação dos princípios do devido processo legal, do contraditório ou da ampla defesa, por ausência de intimação para contra-arrazoar o recurso ordinário, pois, embora devidamente intimada de todos os subsequentes atos processuais, a União só apresentou sua irresignação quando da prolação da decisão monocrática em sentido contrário a sua pretensão. Preclusão configurada. 2. Não se mostra justo, ou, no mínimo, razoável, que o candidato portador de deficiência física, na maioria das vezes limitado pela sua deficiência, esteja em aparente desvantagem em relação aos demais candidatos, devendo a ele ser garantida a observância do princípio da isonomia /igualdade. 3. O Supremo Tribunal Federal, buscando garantir razoabilidade à aplicação do disposto no Decreto 3.298/99, entendeu que o referido diploma legal deve ser interpretado em conjunto com a Lei 8.112/90. Assim, as frações, mencionadas no art. 37, § 2º, do Decreto 3.298/99, deverão ser arredondadas para o primeiro número subsequente, desde que respeitado o limite máximo de 20% das vagas oferecidas no certame. Precedentes: MS nº 30.861/DF, Relator o Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe de 8/6/12; MS nº 31.715/DF, Relatora a Ministra Rosa Weber, decisão monocrática, DJe de 4/9/14. 4. Agravo regimental não provido” (RMS n. 27.710-AgR, Relator o Ministro Dias Toffoli, Plenário, DJe 1.7.2015).

“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 n. 26.310/DF, Relator o Ministro Marco Aurélio, Plenário, DJe 31.10.2007).

O julgado recorrido harmoniza-se com essa orientação

RE 917802 / AL

jurisprudencial.

4. Compete ao Poder Judiciário exercer o controle de legalidade de ato administrativo, não se permitindo prevaleçam ilegalidade ou abuso de poder no exercício das atribuições administrativas do Poder Público:

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. POSSIBILIDADE DE CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS ABUSIVOS E ILEGAIS. DESIGNAÇÃO DE SERVIDOR PARA EXERCÍCIO DE CARGO DIVERSO DAQUELE DE QUE É TITULAR. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO. EXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 279 DO STF. AGRAVO IMPROVIDO. I Esta Corte possui entendimento no sentido de que o exame pelo Poder Judiciário do ato administrativo tido por ilegal ou abusivo não viola o princípio da separação dos poderes. Precedentes. II (...). III - (...). IV - Agravo regimental improvido” (RE n. 559.114-AgR, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJe 14.4.2011).

“Agravo regimental no recurso extraordinário. Processo administrativo disciplinar. Legislação infraconstitucional. Ofensa reflexa. Reexame de provas. Impossibilidade. Controle judicial. Ato administrativo ilegal. Possibilidade. Precedentes. 1. (...). 3. O controle pelo Poder Judiciário de ato administrativo eivado de ilegalidade ou abusividade não viola o princípio da separação dos poderes, podendo-se aferir a razoabilidade e a proporcionalidade da sanção aplicável à conduta do servidor 4. Agravo regimental não provido” (RE n. 634.900-AgR, Relator o Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe de 22.5.2013).

“ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 557 DO CPC. APLICABILIDADE. ALEGADA OFENSA AO ART. 2º DA CF.

RE 917802 / AL

ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO. ILEGALIDADE. CONTROLE JUDICIAL. POSSIBILIDADE. APRECIÇÃO DE FATOS E PROVAS. SÚMULA STF 279. 1. (...). 2. A apreciação pelo Poder Judiciário do ato administrativo discricionário tido por ilegal e abusivo não ofende o Princípio da Separação dos Poderes. Precedentes. 3. (...). 4. Agravo regimental improvido” (AI n. 777.502-AgR, Relatora a Ministra Ellen Gracie, Segunda Turma, DJe 25.10.2010).

5. A apreciação do pleito recursal demandaria o reexame da matéria fático-probatória e de cláusulas de edital, procedimento inviável em recurso extraordinário, nos termos das Súmulas ns. 279 e 454 deste Supremo Tribunal Federal:

“CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONCURSO PÚBLICO. RESERVA DE VAGA PARA DEFICIENTE. ART. 37, VIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. A reserva de vagas em concurso público destinadas aos portadores de deficiência é garantia da norma do art. 37, VIII, da Constituição Federal. 2. Analisar a alegada ofensa à norma constitucional para alterar a conclusão do Tribunal de origem demandaria o reexame dos fatos e das provas da causa, inviável em sede extraordinária. Súmula STF 279. 3. Agravo regimental improvido” (AI n. 777.391-AgR, Relatora a Ministra Ellen Gracie, Segunda Turma, DJe 7.5.2010).

“Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Prequestionamento. Ausência. Direito Administrativo. Concurso público. Portador de deficiência. Convocação de candidatos. Preenchimento de requisitos. Reexame de fatos e provas e de cláusulas editalícias. Impossibilidade. Precedentes. 1. (...). 2. Inadmissível, em recurso extraordinário, a análise da legislação infraconstitucional, o reexame dos fatos e das provas dos autos e a interpretação das cláusulas editalícias. Incidência das Súmulas nºs 279 e 454/STF 3. Agravo regimental não provido” (ARE n. 879.937-AgR, Relator o Ministro Dias Toffoli, Segunda Turma, DJe 17.8.2015).

RE 917802 / AL

“Embargos de declaração no recurso extraordinário com agravo. Conversão dos embargos declaratórios em agravo regimental. Direito administrativo. Concurso público. Reserva de vagas para pessoas com deficiência. Surdez unilateral. Deficiência auditiva. Não caracterização. Princípios da legalidade, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Ofensa reflexa. Fatos e provas. Reexame. Legislação infraconstitucional. Análise. Impossibilidade. Precedentes. 1. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental. 2. A afronta aos princípios da legalidade, do devido processo legal, da ampla defesa ou do contraditório, dos limites da coisa julgada ou da prestação jurisdicional, quando depende, para ser reconhecida como tal, da análise de normas infraconstitucionais, configura apenas ofensa indireta ou reflexa à Constituição Federal. 3. Esse entendimento foi reafirmado no julgamento do ARE nº 748.371/MT, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 1º/8/13, sob o rito da repercussão geral. 4. Inviável, em recurso extraordinário, o reexame dos fatos e das provas dos autos e a análise da legislação infraconstitucional de regência. Incidência das Súmulas nºs 279 e 636/STF. 5. Agravo regimental não provido” (ARE n. 889.316-ED, Relator o Ministro Dias Toffoli, Segunda Turma, DJe 21.8.2015).

Nada há a prover quanto às alegações da Recorrente.

6. Pelo exposto, **nego seguimento ao recurso extraordinário** (*caput* do art. 557 do Código de Processo Civil e § 1º do art. 21 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).

Publique-se.

Brasília, 9 de outubro de 2015.

Ministra **CÁRMEN LÚCIA**
Relatora