

Mandado de segurança. Portador de necessidades especiais. Aprovação em concurso público. Direito líquido e certo violado, uma vez que se não tem condições de exercer todas as funções do cargo, pode exercer algumas ou todas com adaptação. Parecer pela concessão da segurança.

Proc. No. 2009.002.007152-4

4ª. VARA CÍVEL DE NITERÓI

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO

MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. PORTADOR DE NECESSIDADES ESPECIAIS. NEGATIVA DE POSSE. LAUDO MÉDICO INDICATIVO DE QUE O CANDIDATO NÃO TERIA CONDIÇÕES DE EXERCER TODAS AS ATRIBUIÇÕES INERENTES AO CARGO. POSSIBILIDADE, ENTRETANTO, DO EXERCÍCIO DE ALGUMAS DAS FUNÇÕES, OU MESMO TODAS ELAS, EM CONDIÇÕES ESPECIAIS. FATOS DEMONSTRADOS DE PLANO, HAVENDO, POIS, DIREITO LÍQUIDO E CERTO. ATO ILEGAL DA AUTORIDADE CARACTERIZADO POR CONTRARIAR A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (ARTIGOS 5º., I, 7º, XXXI E 37, VIII) E À LEI FEDERAL (ARTIGOS 1º. E 2º. DA LEI 7.853/89). DISPOSITIVOS DESDE JÁ PRÉ-QUESTINADOS. PARECER PELA CONCESSÃO DA SEGURANÇA.

MM. Dra. Juíza,

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por AUGUSTO EMILIO COSTA DE OLIVEIRA contra ato apontado como ilegal praticado pelo SECRETÁRIO MUNICIPAL DE ADMINISTRAÇÃO DE NITERÓI.

Alega, em síntese, que é portador de necessidades especiais, tendo sido aprovado e nomeado para o cargo de auxiliar de serviços gerais do Município de Niterói, após a realização de concurso público, tendo o cargo para o qual foi aprovado e nomeado, segundo o anexo II do edital do concurso (fls. 39), as atribuições de "executar atividades de entrega de correspondência administrativa, zeladoria e conservação do mobiliário e patrimônio". Entretanto, foi-

lhe negada a posse no cargo, tendo em vista a realização de exame médico, que concluiu: "como o exame foi para a vaga de auxiliar de serviços gerais, onde o candidato necessita manusear produtos químicos de limpeza, deambular, subir e descer escadas, lidar com lixo, em meu entender, não apresenta condições de bem exercer esta atividade, além de risco constante de acidente e conseqüente contaminação do membro inferior esquerdo portador de insuficiência vascular, com seqüelas permanentes, segundo laudo médico especializado." (fls. 42)

A liminar requerida foi indeferida, tendo a douta magistrada entendido que seria necessária a oitiva da Administração Pública, a fim de que se evitasse prejuízo à mesma (fls. 82).

A autoridade impetrada prestou informações, ocasião em que aduziu, em resumo, não ser cabível o Mandado de Segurança, considerando a necessidade de dilação probatória para questionamento do laudo médico através de perícia; que a administração não praticou ato ilegal, uma vez que seguiu o edital, tendo prestigiado o ato médico que concluiu pela incompatibilidade do impetrante exercer as atividades inerentes ao cargo para o qual foi aprovado no concurso (fls. 95/106).

O MUNICÍPIO DE NITERÓI também apresentou manifestação, afirmando inexistir ato ilegal, já que respaldado em parecer médico; inexistir direito líquido e certo, porque a pretensão do impetrante é incompatível com a legislação municipal; haver insuficiência de provas e necessidade de dilação probatória; e não ser o impetrante apto ao exercício das funções para as quais foi nomeado (fls. 114/131).

Vieram os autos para a manifestação do MINISTÉRIO PÚBLICO.

É O BREVE RELATÓRIO.

Inicialmente, é preciso consignar que são fatos certos e incontroversos, demonstrados de plano, que o impetrante é pessoa portadora de necessidades especiais (fls. 40/47), tendo sido aprovado e nomeado para o cargo de auxiliar de serviços gerais (fls. 18), sendo impedido de tomar posse porque, segundo a Administração, não teria condições de bem exercer as atividades ("como o exame foi para a vaga de auxiliar de serviços gerais, onde o candidato necessita manusear produtos químicos de limpeza, deambular, subir e descer escadas, lidar com lixo, em meu entender, não apresenta condições de bem exercer esta atividade, além de risco constante de acidente e conseqüente contaminação do membro inferior esquerdo portador de insuficiência vascular, com seqüelas permanentes, segundo laudo médico especializado.") (fls. 42).

Registre-se que a decisão denegatória da posse, tomada pela autoridade impetrada, teve como fundamento o laudo médico já citado (fls. 42). Portanto, incorporou, como razão de decidir a conclusão do laudo médico.

As considerações acima demonstram que está presente condição específica da ação de Mandado de Segurança, qual seja, a existência de direito líquido e certo, como exigido pela Carta Federal (art. 5º, LXIX).

Em que pese a diversidade de conceituações acerca do tema, nunca é demais reproduzir as palavras do Ministro Costa Manso, em julgamento do Supremo Tribunal Federal, no Mandado de Segurança no. 333, que resume quase que a totalidade dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais:

“O direito subjetivo, o direito da parte, é constituído por uma relação entre a lei e o fato. A lei, porém, é sempre certa e incontestável. A ninguém é lícito ignorá-la, e com o silêncio, a obscuridade, a indecisão dela não se exime o juiz de sentenciar ou despachar... O fato é que o peticionário deve tornar certo e incontestável, para obter mandado de segurança.” (Apud Celso Agrícola Barbi, *do Mandado de Segurança*, 6ª edição, RJ, 1993, páginas 57/58)

A respeito do tema “direito líquido e certo” expõe com didática o professor Helcio Alves de Assumpção:

“Para que seja admissível o mandado de segurança, o que é imprescindível é que o suposto direito e a suposta ilegalidade, que o impetrante, na inicial, meramente alega, decorram de fatos que, no processo, se mostrem certos; a efetiva existência do direito subjetivo e da ilegalidade constituem pressupostos de procedência do pedido, a cujo exame só é lícito chegar se estiverem satisfeitos todos os requisitos de admissibilidade do writ.”¹

Nesse diapasão, devem ser afastadas as preliminares de inexistência de direito líquido e certo, por necessidade de dilação probatória.

NO MÉRITO, entende este órgão ministerial que a pretensão do impetrante merece ser acolhida. Senão vejamos.

O impetrante é portador de necessidades especiais, tendo feito o concurso público nessa condição, sido aprovado para o cargo de auxiliar de serviços gerais. O referido cargo tem como atribuições “executar atividades de entrega de correspondência administrativa, zeladoria e conservação do mobiliário e patrimônio” (v. o anexo II do edital do concurso às fls. 39).

Foi negada ao impetrante a posse e exercício no cargo porque **algumas de suas funções** (algumas e não todas!) seriam, segundo laudo médico, incompatíveis com a limitação do impetrante (“manusear produtos químicos de limpeza, deambular, subir e descer escadas, lidar com lixo”).

1. ASSUMPÇÃO, Helcio Alves de. *Mandado de Segurança: A Comprovação dos Fatos Como Pressuposto Específico de Admissibilidade do Writ*, Revista de Direito do Ministério Público, Rio de Janeiro, RJ, (2), 1995, páginas 33/43

Ora Excelência, mas e as demais funções que podem ser exercidas no cargo?

É certo que o impetrante não pode exercer todas as funções inerentes ao cargo, exatamente porque portador de necessidade especial, contudo não se pode dizer que não possa exercer, de modo especial, as mesmas atividades ou exercer, plenamente, algumas das atividades.

O cidadão portador de necessidades especiais dificilmente poderá exercer **todas** as funções inerentes aos mais diversos cargos públicos. Se assim não fosse não seria possível, por exemplo, que um deficiente visual, exercesse funções públicas como de oficial de justiça, defensor público, promotor de justiça, juiz de direito... isto para citar algumas das carreiras jurídicas. E sabe-se, por ser público e notório, que em todas estas carreiras há deficientes visuais e outros deficientes a ocuparem cargos (recentemente os meios de comunicação noticiaram a posse de um desembargador cego em Tribunal de Justiça do Sul do País!).

Registre-se, que seria diferente se o portador de necessidades especiais não tivesse condição de exercer **nenhuma** das funções inerentes ao cargo. Mas, salta aos olhos, que definitivamente não é o caso!

É proveitoso trazer à colação a vetusta, mas não obsoleta, Oração aos Moços, de Rui Barbosa, que, em síntese, afirma que seria extrema injustiça tratar igual os desiguais. Justiça não é tratar igual os desiguais, mas tratar de forma desigual aqueles que são desiguais. Exatamente a hipótese que se apresenta.

Tal concepção, na verdade, não é nenhum favor da Administração para com o impetrante, mas seu dever, considerando toda a legislação que ampara o direito ao trabalho das pessoas portadoras de necessidades especiais.

A Constituição Federal determina que a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá critérios de sua admissão, proibindo qualquer discriminação (art. 7º. XXXI e 37, VIII, da Constituição Federal). Além do que, diversos outros artigos procuram garantir à pessoa portadora de deficiência os direitos básicos ao exercício da cidadania, corolário da própria idéia de igualdade - art. 5º, I - (v. artigos 23, II, 24, XIV, 203, IV e V, 208, III, 227, § 2º e 244).

A Lei Federal 7.853/89, por sua vez, estabelece normas gerais que asseguram o **pleno exercício dos direitos individuais e sociais** das pessoas portadoras de deficiências e sua efetiva integração social, determinando que na aplicação e interpretação da referida lei, deverão ser considerados os **valores básicos da igualdade de tratamento e oportunidade, da justiça social, do respeito à dignidade da pessoa humana** (art. 1º. e par. 1º.).

O mesmo diploma legal dispõe que ao Poder Público e seus órgãos cabe assegurar às pessoas portadoras de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos à educação, à saúde, ao **trabalho** etc. (art. 2º.)

Além do que, deve a Administração Pública viabilizar medidas para o surgimento e manutenção de empregos (art. 2º, III, b).

Data vênia, ao negar a posse e exercício do impetrante no cargo ao qual foi aprovado em concurso público, onde pode exercer com as adaptações devidas as funções inerentes ao mesmo, está o impetrado agindo ilegalmente e ferindo direito líquido e certo.

Como já afirmado, toda a legislação que garante os direitos aos portadores de necessidades especiais, que deve ser interpretada sistematicamente, obriga o Administrador a agir de forma inclusiva, de modo a facilitar o acesso do deficiente ao trabalho, o que é perfeitamente possível *in casu*.

Neste mesmo sentido, *mutatis mutandi*, tem se posicionado os tribunais:

“AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. INOVAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CONCURSO PÚBLICO. DEFICIENTE VISUAL. VISÃO MONOCULAR. EXCLUSÃO DO BENEFÍCIO DA RESERVA DE VAGA. ILEGALIDADE.

I- É inviável, em agravo regimental, a discussão de questões não enfrentadas na decisão agravada. Tais questões poderão, todavia, ser suscitadas nas informações e apreciadas quando do julgamento final do mandamus.

II- A e. Quinta Turma, no RMS nº 19.291-PA, já decidiu que ‘a deficiência visual, definida no art. 4º, III, do Decreto nº 3298/99, não implica exclusão do benefício da reserva de vaga para candidato com visão monocular’.

Agravo regimental desprovido.”

(AgRg no. MS 13.311/DF, Agravo Regimental no Mandado de Segurança 2008.00012075-8. Min. Felix Fischer (1109). Terceira Seção. DJe 05/08/2008)

“Candidato aprovado em concurso público para o cargo de auxiliar de serviços gerais, entre as vagas destinadas a portadores de deficiência física impetrou mandado de segurança buscando o reconhecimento do direito à nomeação e posse no referido cargo. Alegou o seguinte: (I) foi considerado inapto no exame médico para admissão realizado por junta médica de inspeção e saúde; e (II) preencheu todos os requisitos para a investidura do cargo, previstos no item 4 do edital, tendo sido, anteriormente, reconhecido como portador de necessidades especiais pela própria impetrada, a Secretaria de Educação e Qualidade de ensino do Amazonas. O Tribunal de Justiça concedeu a segurança em acórdão assim ementado:

“Mandado de segurança - Concurso público - Deficiente visual - Cargo de auxiliar de serviços gerais - Compatibilidade - Segurança concedida. - Constatada a não observância da regra editalícia, consistente na necessidade de avaliação do candidato por equipe multiprofissional, há que ser reconhecida a violação do direito líquido e certo do impetrante.

- Segurança concedida.”

Os embargos de declaração opostos foram, parcialmente recebidos para se sanar omissão quanto à parte dispositiva. Daí este recurso especial, em que o Estado do Amazonas alega violação do art. 535, II, do Cód. de Pr. Civil. Sustenta omissão no julgado, sob o argumento de que o Tribunal não teria se pronunciado sobre as seguintes questões: (I) indispensabilidade da citação dos litisconsortes passivos necessários; e (II) “ausência de análise da arguição de falta de liquidez e certeza do direito invocado”. Aduz, ainda, infringência ao art. 18 da Lei nº 1.533/51, sustentando que, “mesmo não tendo sido objeto de prequestionamento em embargos declaratórios – em se tratando a decadência uma matéria de ordem pública, nos termos dos arts. 210 e 211 do CC/2002, há que se considerar que à parte permite-se alegá-la ‘a qualquer tempo e grau de jurisdição’, mesmo em sede desta instância especial.”

O Ministério Público Federal opinou pelo não-provimento do recurso.

Conquanto tenha sido admitido na origem, o recurso não merece prosperar. Não me deparo com a alegada afronta ao art. 535, II, do Cód. de Pr. Civil, porque, de um lado, não havia omissão a ser suprida; de outro, foram pertinentes e válidos os fundamentos que serviram de amparo ao acórdão para chegar àquela conclusão. Veja-se que à questão referente à liquidez e certeza do direito invocado, bem como à relativa à formação do litisconsórcio, aduzidas nos embargos de declaração, já havia o Tribunal de origem dado resposta. É o que se percebe pela leitura destes trechos do voto condutor do julgado: “Inicialmente quanto ao argumento do embargante de omissão por não enfrentamento da alegação de ausência de liquidez e certeza do direito, tem-se que esta deve ser rechaçada, pois, ao longo do voto condutor do decisum embargado vê-se que a matéria foi enfrentada, principalmente considerando o cotejo do caso concreto com as normas constitucionais e infraconstitucionais regentes da matéria. Não obstante a autoridade impetrada não tenha se manifestado acerca da necessidade de formação litisconsorcial, entendo não merecer acolhida, nesta parte, o presente recurso, não em razão desta alegação no momento processual oportuno (já que se trata de matéria de ordem pública), mas em razão de que, a impugnação do ato administrativo cingiu-se à determinada fase do concurso, tendo sido argüida irregularidade na condução do certame no tocante a não observância de regra editalícia, que previa a realização de perícia por equipe de profissionais multidisciplinar, não sendo fator que, naquela fase, pudesse atingir direito de terceiro.”

Tal o contexto, claro está que o colegiado pronunciou-se a respeito dos pontos sobre os quais deveria, não se podendo a ele atribuir o defeito de omissão só porque dispôs contra a pretensão do recorrente.

A questão referente à decadência, ao contrário, não foi objeto de debate e decisão pelo colegiado, carecendo o recurso do necessário prequestionamento (Súmulas 282 e 356/STF). Ainda que a questão seja de ordem pública, competiria ao recorrente provocar o debate específico de tal matéria em sede de embargos de declaração, sob pena de transmutação do recurso especial em meio ordinário de impugnação. Nesse sentido, transcrevo o seguinte julgado:

“Processual Civil. Agravo regimental no recurso especial. Mandado de segurança. Decadência. Matéria de ordem pública. Prequestionamento. Necessidade. Súmula n.º 211 do STJ. Agravo regimental desprovido.

1. A matéria pertinente à decadência, suscitada no apelo especial, não restou debatida e decidida pelo Tribunal a quo, a despeito da oposição dos embargos declaratórios, carecendo, portanto, do indispensável prequestionamento.

2. Mesmo em se tratando de questão de ordem pública, é imprescindível o pronunciamento da Corte a quo, para que se viabilize o acesso à instância extraordinária. Precedentes.

3. Agravo regimental desprovido.” (AgRg no REsp-664.292, Ministra Laurita Vaz, DJ 28.11.05.)

À vista do art. 557, caput, do Cód. de Pr. Civil, nego seguimento ao recurso especial. Publique-se.” (Resp 806049. Ministro Nilson Naves, DJ 10/10/06)

“AÇÃO RESCISÓRIA - CONCURSO PÚBLICO - CANDIDATA COM VISÃO MONOCULAR - DEFICIÊNCIA VISUAL, CONSUBSTANCIADA EM CEGUEIRA DO OLHO ESQUERDO E SIGNIFICATIVA REDUÇÃO DO CAMPO VISUAL DO OLHO DIREITO - INSCRIÇÃO COMO CONCORRENTE A UMA DAS VAGAS DESTINADAS A PORTADORES DE NECESSIDADES ESPECIAIS - APROVAÇÃO NAS PROVAS, SENDO EXCLUÍDA DO CERTAME POR OCASIÃO DA AVALIAÇÃO MÉDICA, CUJO CORRESPONDENTE LAUDO CONSIGNOU QUE A ALUDIDA ENFERMIDADE NÃO A HABILITARIA A CONCORRER ÀS VAGAS DESTINADAS A DEFICIENTES - PEDIDO DE NOMEAÇÃO E POSSE JULGADO IMPROCEDENTE NA AÇÃO ORDINÁRIA AJUIZADA EM FACE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO VIOLAÇÃO À LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI PELA DOUTA SENTENÇA RESCINDENDA - AFRONTA AO DECRETO N.º 3298/1999, COM A REDAÇÃO QUE LHE FOI CONFERIDA PELO DECRETO N.º 5296/2004 - AUTORA QUE, À ÉPOCA DO PREFALADO EXAME MÉDICO, OSTENTAVA A CONDIÇÃO DE DEFICIENTE FÍSICA, NOS TERMOS DO DIPLOMA MENCIONADO - PRETENSÃO DEDUZIDA QUE MERECE

ACOLHIMENTO, PORQUANTO LÍCITA A INSCRIÇÃO DA DEMANDANTE COMO CANDIDATA A UMA DAS VAGAS ESPECIAIS - RESCISÃO DA DOUTA SENTENÇA OBJURGADA QUE IMPORTA NA DETERMINAÇÃO AO RÉU DE PROCEDER À NOVA CONVOCAÇÃO DA AUTORA COM VISTAS À REALIZAÇÃO DE EXAME MÉDICO-ADMISSIONAL SUBSTITUTIVO DO QUE A ELIMINOU DO CERTAME - DETERMINAÇÃO, AINDA, PARA QUE O DEMANDADO LEVE A EFEITO O ATO DE NOMEAÇÃO DA DEMANDANTE, A SER EFETIVADO NO PRAZO DE 30 (TRINTA) DIAS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA DE R\$500,00 (QUINHENTOS REAIS), SEGUINDO-SE AO QUAL A POSSE DA AUTORA NO PRAZO LEGAL - PRECEDENTES. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.”

(Apelação no. 2007.006.00372, Primeira Câmara Cível, Des. Ernani Klausner, Ementário no. 5 - 15/01/2009)

Por derradeiro, deve o Ministério Público consignar que pré-questiona desde já, para efeito de eventuais recursos Extraordinário e Especial, a violação pela decisão da autoridade impetrada aos artigos 5º., I, 7º, XXXI e 37, VIII da Constituição Federal e os artigos 1º. e 2º. da Lei Federal 7.853/89.

ISTO POSTO, opina o MINISTÉRIO PÚBLICO pela concessão da ordem.

Niterói, 24 de setembro de 2009.

Cláudio Henrique da Cruz Viana

Promotor de Justiça