



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 6476

Requerente: Partido Socialista Brasileiro

Requerido: Presidente da República

Relator: Ministro ROBERTO BARROSO

Estatuto da Pessoa com Deficiência. Decreto nº 9.546/2018, que exclui “a previsão de adaptação das provas físicas para candidatos com deficiência e estabelece que os critérios de aprovação dessas provas poderão seguir os mesmos critérios aplicados aos demais candidatos”. Preliminar. Ofensa meramente indireta à Constituição da República. Ausência de cumprimento do ônus de impugnação das normas a serem repristinadas. Mérito. O objetivo das alterações questionadas foi resguardar a seleção de cargos de natureza operacional, que exijam atributos físicos específicos, nos quais o pleno desempenho de atividades físicas é fundamental tanto para a segurança pessoal do servidor público quanto para o exercício das atribuições do cargo. Conferir tratamento distinto a candidatos que desempenhariam idênticas atribuições, nesse caso, além de não atender aos ditames da isonomia, iria de encontro à supremacia do interesse público. Não se extrai, da Lei nº 13.146/2015, qualquer impeditivo à especificação, em sede regulamentar, dos critérios a serem observados nos editais de concursos públicos no que tange às provas físicas. A norma regulamentar atacada positiva opção efetuada pelo Poder Executivo dentro do campo técnico e discricionário que lhe foi reservado por lei, em observância a razões de interesse público. Ausência dos requisitos do fumus boni iuris e do periculum in mora. Manifestação pelo não conhecimento da ação direta e, quanto ao pedido de medida cautelar, pelo seu indeferimento.

Egrégio Supremo Tribunal Federal,

O Advogado-Geral da União, tendo em vista o disposto no artigo 103, § 3º, da Constituição da República, bem como na Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, vem, respeitosamente, manifestar-se quanto à presente ação direta de inconstitucionalidade.

I – DA AÇÃO DIRETA

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, proposta pelo Partido Socialista Brasileiro – PSB, tendo por objeto o Decreto nº 9.546, de 30 de outubro de 2018, que “*altera o Decreto nº 9.508, de 24 de setembro de 2018, para excluir a previsão de adaptação das provas físicas para candidatos com deficiência e estabelecer que os critérios de aprovação dessas provas poderão seguir os mesmos critérios aplicados aos demais candidatos*”. Eis o teor do diploma impugnado:

Art. 1º O Decreto nº 9.508, de 24 de setembro de 2018, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 3º

III - a previsão de adaptação das provas escritas e práticas, inclusive durante o curso de formação, se houver, e do estágio probatório ou do período de experiência, estipuladas as condições de realização de cada evento e respeitados os impedimentos ou as limitações do candidato com deficiência;

IV - a exigência de apresentação pelo candidato com deficiência, no ato da inscrição, de comprovação da condição de deficiência nos termos do disposto no § 1º do art. 2º da Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015, sem prejuízo da adoção de critérios adicionais previstos em edital;

V - a sistemática de convocação dos candidatos classificados, respeitado o disposto nos § 1º e § 2º do art. 1º; e

VI - a previsão da possibilidade de uso, nas provas físicas, de tecnologias assistivas que o candidato com deficiência já utilize, sem a necessidade de adaptações adicionais, inclusive durante o curso de formação, se houver, e no estágio probatório ou no período de experiência.” (NR)

“Art. 4º

§ 4º Os critérios de aprovação nas provas físicas para os candidatos com deficiência, inclusive durante o curso de formação, se houver, e no estágio probatório ou no período de experiência, poderão ser os mesmos critérios aplicados aos demais candidatos, conforme previsto no edital.” (NR)

Art. 2º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

O requerente sustenta que o decreto combatido violaria os princípios

da reserva legal e da legalidade (artigos 5º, inciso II; e 37, inciso VIII, combinado com o artigo 84, inciso IV, da Carta Republicana¹). Isso porque seu teor extrapolaria o conteúdo normativo da Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência).

Alega, ainda, que as disposições sob investiva vulnerariam o princípio da igualdade, a proteção da pessoa com deficiência, a proibição de critérios discriminatórios para a admissão de pessoas com deficiência e o objetivo republicano de promover o bem de todos, sem preconceitos ou formas de discriminação. Invoca, para tanto, os artigos 3º, inciso IV; 5º, *caput*; 23, inciso II; e 7º, inciso XXXI, combinado com o artigo 27 da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência².

¹ **Constituição Federal:**

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;”

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

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

“Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;”

² *“Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:*

(...)

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)”

“Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

(...)

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;”

A propósito, afirma que “ao excluir do ordenamento jurídico a exigência de que os editais de concursos públicos na esfera federal prescrevam adaptações nas provas físicas para os candidatos portadores de deficiência e critérios isonômicos de avaliação, o Decreto n. 9.546/2018 ostenta caráter manifestamente discriminatório, que prejudica em larga medida a inclusão social das pessoas com deficiência”. Mais adiante, acrescenta que “exigir que um candidato portador de deficiência física obtenha, em uma prova física realizada

“Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;”

Decreto nº 6.949/2009, que promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007:

“Artigo 27

Trabalho e emprego

1. Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência ao trabalho, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. Esse direito abrange o direito à oportunidade de se manter com um trabalho de sua livre escolha ou aceitação no mercado laboral, em ambiente de trabalho que seja aberto, inclusivo e acessível a pessoas com deficiência. Os Estados Partes salvaguardarão e promoverão a realização do direito ao trabalho, inclusive daqueles que tiverem adquirido uma deficiência no emprego, adotando medidas apropriadas, incluídas na legislação, com o fim de, entre outros:

a) Proibir a discriminação baseada na deficiência com respeito a todas as questões relacionadas com as formas de emprego, inclusive condições de recrutamento, contratação e admissão, permanência no emprego, ascensão profissional e condições seguras e salubres de trabalho;

b) Proteger os direitos das pessoas com deficiência, em condições de igualdade com as demais pessoas, às condições justas e favoráveis de trabalho, incluindo iguais oportunidades e igual remuneração por trabalho de igual valor, condições seguras e salubres de trabalho, além de reparação de injustiças e proteção contra o assédio no trabalho;

c) Assegurar que as pessoas com deficiência possam exercer seus direitos trabalhistas e sindicais, em condições de igualdade com as demais pessoas;

d) Possibilitar às pessoas com deficiência o acesso efetivo a programas de orientação técnica e profissional e a serviços de colocação no trabalho e de treinamento profissional e continuado;

e) Promover oportunidades de emprego e ascensão profissional para pessoas com deficiência no mercado de trabalho, bem como assistência na procura, obtenção e manutenção do emprego e no retorno ao emprego;

f) Promover oportunidades de trabalho autônomo, empreendedorismo, desenvolvimento de cooperativas e estabelecimento de negócio próprio;

g) Empregar pessoas com deficiência no setor público;

h) Promover o emprego de pessoas com deficiência no setor privado, mediante políticas e medidas apropriadas, que poderão incluir programas de ação afirmativa, incentivos e outras medidas;

i) Assegurar que adaptações razoáveis sejam feitas para pessoas com deficiência no local de trabalho;

j) Promover a aquisição de experiência de trabalho por pessoas com deficiência no mercado aberto de trabalho;

k) Promover reabilitação profissional, manutenção do emprego e programas de retorno ao trabalho para pessoas com deficiência.

2. Os Estados Partes assegurarão que as pessoas com deficiência não serão mantidas em escravidão ou servidão e que serão protegidas, em igualdade de condições com as demais pessoas, contra o trabalho forçado ou compulsório.”

sem qualquer adaptação, o mesmo desempenho de um candidato sem deficiência retira desses candidatos qualquer esperança de aprovação no certame, alijando-os do ingresso nas carreiras da Administração Pública” (fl. 11 da petição inicial).

Com esteio em tais argumentos, aqui sumariamente expostos, postula, em sede de medida cautelar, a suspensão imediata dos efeitos do decreto atacado. No mérito, requer (fl. 16 da petição inicial):

b) No mérito, seja julgada procedente a presente ação direta para, ratificando a liminar, declarar a inconstitucionalidade integral do Decreto n. 9.546/2018;

c) Subsidiariamente, seja conferida interpretação conforme às alterações promovidas pelo Decreto n. 9.546/2018 no Decreto n. 9.508/2018, declarando-se inconstitucional qualquer leitura do ato impugnado que permita a previsão editalícia de critérios e métodos avaliativos idênticos a candidatos portadores e não portadores de deficiência que cause qualquer prejuízo, direto ou indireto, aos candidatos portadores de deficiência.

O processo foi despachado pelo Ministro Relator ROBERTO BARROSO, que, nos termos do rito previsto pelo artigo 10 da Lei nº 9.868/1999, solicitou informações ao Presidente da República, bem como determinou a oitiva do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República.

Em atendimento à solicitação, o Presidente da República suscitou, preliminarmente, o não conhecimento da ação direta de inconstitucionalidade, dada a natureza secundária do ato atacado. Alegou, igualmente, a inaplicabilidade da técnica de interpretação conforme à Constituição na presente hipótese, tendo em vista o sentido unívoco da norma questionada.

Quanto ao mérito, esclareceu que o objetivo do decreto é *“resguardar a seleção de cargos de natureza operacional, como as carreiras policiais, em que o desempenho de atividades físicas são fundamentais para a segurança pessoal do servidor público e para o pleno exercício das suas*

atribuições” (fl. 08 das informações presidenciais).

Ressaltou que a adaptação da prova física, na presente hipótese, pode acarretar danos tanto para o servidor quanto para a sociedade, e acrescentou que as decisões administrativas devem se submeter ao primado da supremacia do interesse público.

Por fim, demonstrou que o decreto sob investiva prevê a possibilidade de uso, nas provas físicas, de tecnologias assistivas que o candidato com deficiência já utilize, sem a necessidade de adaptações adicionais, inclusive durante o curso de formação, se houver, e no estágio probatório ou no período de experiência (fl. 09 das informações prestadas).

Concluiu, pois, pela inviabilidade da presente ação direta e pela improcedência dos pedidos formulados pelo requerente.

Na sequência, vieram os autos para manifestação do Advogado-Geral da União.

II – PRELIMINARES

II.1 – Da ausência de ofensa direta à Constituição Federal

Note-se, primeiramente, que a argumentação apresentada pelo autor não caracteriza a ocorrência de afronta imediata ao texto constitucional, o que inviabiliza o prosseguimento da ação direta.

Diversamente do sustentado na petição inicial, o diploma sob investiva detém natureza meramente secundária ou regulamentar. Com efeito, depreende-se dos próprios termos do Decreto nº 9.508/2008, posteriormente alterado pelo Decreto 9.546/2008, que sua edição tem por escopo regulamentar,

nos termos do artigo 84, inciso IV, da Carta Magna, os artigos 34, §§ 2º e 3º, e 35 do mencionado estatuto³.

A respeito do tema, essa Suprema Corte entende ser inadmissível o ajuizamento de processo de controle abstrato de constitucionalidade para questionar a validade de normas de caráter secundário. Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes:

AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DECRETO Nº 41.149/2008 DO GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. NATUREZA REGULAMENTAR. ATO SECUNDÁRIO. CONTROLE DE LEGALIDADE. PRETENSÃO INCOMPATÍVEL COM A VIA DA AÇÃO DIRETA. 1. Decisão denegatória de seguimento de ação direta de inconstitucionalidade por manifesto descabimento. **2. Vocacionada ao controle da constitucionalidade das leis e atos normativos, a ação direta de inconstitucionalidade não constitui meio idôneo para impugnar a validade de ato regulamentar e secundário em face de legislação infraconstitucional. Precedentes. Agravo regimental conhecido e não provido.**

(ADI nº 4127 AgR, Relatora: Ministra ROSA WEBER, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 16/10/2014, Publicação em 05/11/2014; grifou-se);

AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. **PETIÇÃO INICIAL INDEFERIDA.** ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO § 4º DO ART. 6º-A DO DECRETO N. 4.376/2002: **NORMA DE CARÁTER SECUNDÁRIO** QUE SE PRESTA A REGULAMENTAR O DISPOSTO NA LEI N. 9.883/1999.

³“Art. 34. A pessoa com deficiência tem direito ao trabalho de sua livre escolha e aceitação, em ambiente acessível e inclusivo, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

(...)

§ 2º A pessoa com deficiência tem direito, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, a condições justas e favoráveis de trabalho, incluindo igual remuneração por trabalho de igual valor.

§ 3º É vedada restrição ao trabalho da pessoa com deficiência e qualquer discriminação em razão de sua condição, inclusive nas etapas de recrutamento, seleção, contratação, admissão, exames admissional e periódico, permanência no emprego, ascensão profissional e reabilitação profissional, bem como exigência de aptidão plena.

(...)

Art. 35. É finalidade primordial das políticas públicas de trabalho e emprego promover e garantir condições de acesso e de permanência da pessoa com deficiência no campo de trabalho.

Parágrafo único. Os programas de estímulo ao empreendedorismo e ao trabalho autônomo, incluídos o cooperativismo e o associativismo, devem prever a participação da pessoa com deficiência e a disponibilização de linhas de crédito, quando necessárias.”

1. Os atos regulamentares, cujo conteúdo ultrapasse o que na lei regulamentada se contém, podem estar eivados de ilegalidade. Precedentes.

2. Agravo regimental ao qual se nega provimento.

(ADI nº 4176 AgR, Relatora: Ministra CÁRMEN LÚCIA, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 20/06/2012, Publicação em 01/08/2012; grifou-se);

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. DISPOSITIVOS DO DECRETO PRESIDENCIAL 5.597, DE 28 DE NOVEMBRO DE 2005, QUE REGULAMENTA O ACESSO DE CONSUMIDORES LIVRES ÀS REDES DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. ILEGITIMIDADE ATIVA DA ASSOCIAÇÃO ARGÜENTE. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE. AUSÊNCIA DE POTENCIALIDADE LESIVA. **OFENSA REFLEXA À CONSTITUIÇÃO.** AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. I - A composição híbrida da ABRADÉE, devido à heterogeneidade na participação social macula a legitimidade da argüente para agir em sede de controle abstrato de constitucionalidade. II - Não é parte legítima para a proposição de argüição de descumprimento de preceito fundamental a associação que congrega mero segmento do ramo das entidades das empresas prestadoras de energia elétrica. Precedentes. III - Inexistência de controvérsia constitucional relevante. IV - **A jurisprudência desta Suprema Corte, não reconhece a possibilidade de controle concentrado de atos que consubstanciam mera ofensa reflexa à Constituição, tais como o ato regulamentar consubstanciado no Decreto presidencial ora impugnado.** V - O ajuizamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental rege-se pelo princípio da subsidiariedade, previsto no art. 4º, § 1º, da Lei 9.882/99, a significar que a admissibilidade desta ação constitucional pressupõe a inexistência de qualquer outro meio juridicamente idôneo apto a sanar, com efetividade real, o estado de lesividade do ato impugnado. VI - Agravo regimental improvido.

(ADPF nº 93 AgR Relator: Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Relator para o Acórdão: Ministro CEZAR PELUSO, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 20/05/2009, Publicação em 07/08/2009; grifou-se);

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 15.010, DO ESTADO DE GOIÁS, DE 18 DE NOVEMBRO DE 2004. DECRETO ESTADUAL N. 6.042, DE 3 DE DEZEMBRO DE 2004. INSTRUÇÃO NORMATIVA N. 01/04 - GSF/GPTJ, DE 14 DE DEZEMBRO DE 2004. SISTEMA DE CONTA ÚNICA DE DEPÓSITOS JUDICIAIS E EXTRAJUDICIAIS. PROJETO DE LEI DEFLAGRADO PELO CHEFE DO PODER EXECUTIVO ESTADUAL. VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NO ARTIGO 61, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. INCONSTITUCIONALIDADE

FORMAL. MATÉRIA QUE DEMANDARIA INICIATIVA DO PODER JUDICIÁRIO. TESOUREO ESTADUAL DEFINIDO COMO ADMINISTRADOR DA CONTA DE DEPÓSITOS JUDICIAIS. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NO ARTIGO 2º DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. INDEPENDÊNCIA E HARMONIA ENTRE OS PODERES. 1. Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida no tocante ao decreto estadual n. 6.042 e à Instrução Normativa n. 01/04, ambos do Estado de Goiás. **Não cabimento de ação direta para impugnar atos regulamentares.** Precedentes. (...). (ADI nº 3458, Relator: Ministro EROS GRAU, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 21/02/2008, Publicação em 16/05/2008; grifou-se).

Desse modo, não merece conhecimento a presente ação direta.

II.II – Do descumprimento do ônus de impugnação das normas a serem repristinadas

Além de claramente incompatível com os limites de cognição pertinentes ao controle abstrato de constitucionalidade por ação direta, os pedidos formulados pelo arguente não atenderam ao ônus processual de impugnar toda a cadeia normativa envolvida.

Isso porque não houve pedido de inconstitucionalidade em face dos incisos IV e V do Decreto nº 9.508/2018, cuja redação é praticamente idêntica àquela que veio a ser estipulada pelo Decreto nº 9.546/2018, como se vê abaixo:

Decreto nº 9.508/2018

Art. 3º Para os fins do disposto neste Decreto, os editais dos concursos públicos e dos processos seletivos de que trata a Lei nº 8.745, de 1993, indicarão:

(...)

IV - a exigência de apresentação pelo candidato com deficiência, no ato da inscrição, de comprovação da condição de deficiência nos termos do disposto no § 1º do art. 2º da Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015, sem prejuízo da adoção de critérios adicionais previstos em edital; e

V - a sistemática de convocação dos candidatos classificados, respeitado o disposto nos § 1º e § 2º do art. 1º.

Decreto nº 9.546/2018

Art. 3º (...)

IV - a exigência de apresentação pelo candidato com deficiência, no ato da inscrição, de comprovação da condição de deficiência nos termos do disposto no § 1º do art. 2º da Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015, sem prejuízo da adoção de critérios adicionais previstos em edital;

V - a sistemática de convocação dos candidatos classificados, respeitado o disposto nos § 1º e § 2º do art. 1º; e

Segundo a jurisprudência consolidada nesse Supremo Tribunal Federal, os legitimados a instaurar os processos de controle concentrado possuem o dever de impugnar de modo suficiente as normas jurídicas que serão repristinadas em caso de acolhimento do pedido, sempre que elas tenham teor substancialmente semelhante ao das normas questionadas nos autos.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

CONSTITUCIONAL. ART. 46, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL À FIXAÇÃO DE ISONOMIA REMUNERATÓRIA ENTRE INTEGRANTES DA BRIGADA MILITAR, DO CORPO DE BOMBEIRO MILITAR E DA POLÍCIA CIVIL. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 37, XIII, E 61, § 1º, II, “A”, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INCONSTITUCIONALIDADES FORMAL E MATERIAL. PROCEDÊNCIA. **1. A jurisprudência desta CORTE aponta para a necessidade de que a Ação Direta questione todas as normas que integram o conjunto normativo apontado como inconstitucional, tendo em conta o efeito repristinatório verificado na declaração de inconstitucionalidade. A ausência de impugnação de toda a cadeia normativa, ressalvados os diplomas normativos anteriores à Constituição Federal de 1988, enseja o não conhecimento da ação ajuizada.** Houve o oportuno aditamento da inicial, de modo a impugnar também a redação originária do § 5º do art. 46 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul. Ação Direta de Inconstitucionalidade conhecida. Precedentes desta CORTE. **2. Inconstitucionalidade material:** Ao estabelecer uma indevida vinculação remuneratória entre diferentes carreiras de servidores públicos estaduais, o § 5º do art. 46 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, tanto na sua redação originária, quanto na redação dada pela Emenda Constitucional Estadual 67/2014, desborda da disciplina normativa constante do art. 37, XIII, da Constituição Federal, em sua composição original e também após a modificação redacional

decorrente da Emenda Constitucional 19/1998. 3. Inconstitucionalidade formal: A edição, por parte dos legislativos estaduais, de normas constitucionais que disponham sobre política remuneratória de servidores públicos do Poder Executivo implica afronta ao art. 61, § 1º, II, “a”, da Constituição Federal, norma de reprodução obrigatória em sede estadual e que não pode ser afastada nem mesmo no exercício do Poder Constituinte Decorrente. Precedentes desta CORTE. 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente.

(ADI 5260, Relator: ALEXANDRE DE MORAES; Órgão julgador: Tribunal Pleno; Julgamento em 11/10/2018; Publicação em 29-10-2018); grifou-se

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. RESOLUÇÃO Nº 98/89 QUE APROVOU CONVÊNIO NA FORMA DA LC 24/75, EM QUE AUTORIZA ESTADOS E O DISTRITO FEDERAL A CONCEDERAM 'A ISENÇÃO DO ICMS EM OPERAÇÕES COM ÁGUA NATURAL CANALIZADA, NAS HIPÓTESES PREVISTAS NA LEGISLAÇÃO ESTADUAL'. EDIÇÃO DO CONVÊNIO 77/95, DO MINISTÉRIO DA FAZENDA, QUE AUTORIZA RIO DE JANEIRO E RIO GRANDE DO SUL A REVOGAREM A ISENÇÃO DO ICMS PARA A ÁGUA CANALIZADA. RESOLUÇÃO Nº 2.679/96, QUE LEVA A EFEITO O CONVÊNIO 77/95. REQUERIDA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DOS DOIS ÚLTIMOS ATOS NORMATIVOS, SOB A ALEGAÇÃO DE: 1)ERRÔNEA CLASSIFICAÇÃO DE ÁGUA CANALIZADA COMO MERCADORIA; 2)LEGITIMIDADE DOS ESTADOS E DISTRITO FEDERAL PARA FIRMAR CONVÊNIOS QUE TRATEM DE ISENÇÃO DE ICMS, NA FALTA DE LEI COMPLEMENTAR. NECESSÁRIA A COMPREENSÃO DA EXTENSÃO DA HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DO ICMS - ART. 155, II, CF, PARA IDENTIFICAR O QUE CONSTITUI OU NÃO FATO GERADOR DO ICMS. JURISPRUDÊNCIA DESTA TRIBUNAL QUE ENTENDE NÃO SER A ÁGUA CANALIZADA MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO PELO ICMS, POR TRATAR-SE DE SERVIÇO PÚBLICO. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, SE A SUSPENSÃO DA NORMA IMPUGNADA FIZER RESSURGIR NORMA ANTERIOR TAMBÉM INCONSTITUCIONAL, ESTAS DEVERÃO SER IMPUGNADAS NA INICIAL. O QUE NÃO SUCEDEU. SE DECIDIR ESTE TRIBUNAL PELA INCONSTITUCIONALIDADE DO CONVÊNIO 77/95, HAVERÁ A REPRISTINAÇÃO DO CONVÊNIO ANTERIOR - Nº 98/89. AÇÃO NÃO CONHECIDA.

(ADI 2224, Relator: NÉRI DA SILVEIRA; Relator(a) p/ Acórdão: NELSON JOBIM; Órgão julgador: Tribunal Pleno; Julgamento em 30/05/2001, Publicação em 13-06-2003; grifou-se)

Trata-se de uma perspectiva do interesse de agir aplicada aos processos objetivos. Na medida em que estes buscam tutelar a coerência formal e material do ordenamento, não tem sentido que as ações declaratórias de inconstitucionalidade permitam a subsistência de normas que possuam os mesmos vícios de constitucionalidade daquelas sob censura.

Dessa forma, na medida em que o requerente não formulou pedidos específicos direcionados do artigo 3º, incisos IV e V, do Decreto nº 9.508/2018, cujo conteúdo é substancialmente idêntico à redação que lhes foi atribuída pelo Decreto nº 9.546/2018, a ação não pode ser conhecida quanto a esses dispositivos.

III – DOS PRESSUPOSTOS NECESSÁRIOS AO DEFERIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR

III.1 – Da ausência de fumus boni iuris

Conforme relatado, o partido requerente postula a declaração de inconstitucionalidade do Decreto nº 9.546/2018, em razão de suposta afronta aos princípios da reserva legal e da legalidade (artigos 5º, inciso II; e 37, inciso VIII, combinado com o artigo 84, inciso IV, da Constituição Republicana); ao princípio da igualdade (artigo 5º, *caput*, da Lei Maior); à proteção da pessoa com deficiência (artigo 23, inciso II, da Carta de 1988); à proibição de critérios discriminatórios para a admissão de pessoas com deficiência (artigo 7º, inciso XXXI, do Texto Constitucional, combinado com o artigo 27 da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência); e ao objetivo republicano de promover o bem de todos, sem preconceitos ou formas de discriminação (artigo 3º, inciso IV, da Carta).

Todavia, a argumentação apresentada na petição inicial não procede.

O diploma atacado promoveu alterações no Decreto nº 9.508/2018, que, regulamentando o disposto no artigo 34, §§ 2º e 3º, da Lei nº 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), reserva às pessoas com deficiência percentual de cargos e de empregos públicos ofertados em concursos públicos e processos seletivos no âmbito da administração pública federal direta e indireta.

Nesse contexto, o inciso III do artigo 3º do Decreto nº 9.508/2018 foi modificado para retirar a previsão de adaptação de provas físicas nos editais de concursos públicos, mantendo apenas a exigência de que os editais indiquem a previsão de adaptação de provas escritas e práticas.

Por outro lado, foi acrescido ao mesmo dispositivo o inciso VI, que passou a exigir que os editais de concursos públicos indiquem a previsão da possibilidade de uso, nas provas físicas, de tecnologias assistivas que o candidato com deficiência já utilize, sem a necessidade de adaptações adicionais, inclusive durante o curso de formação, se houver, e no estágio probatório ou no período de experiência.⁴

Ademais, foi incluído o § 4º ao artigo 4º do decreto ora sob exame, com a previsão de que os critérios de aprovação nas provas físicas para os candidatos com deficiência, inclusive durante o curso de formação, se houver, e no estágio probatório ou no período de experiência, poderão ser os mesmos critérios aplicados aos demais candidatos, conforme previsto no edital.

Conforme ressaltado nas informações presidenciais, o objetivo de tais alterações foi resguardar a seleção de cargos de natureza operacional, que exijam atributos físicos específicos. É o caso, por exemplo, das carreiras policiais, em que o pleno desempenho de atividades físicas é fundamental tanto para a

⁴ As modificações realizadas nos incisos IV e V do artigo 3º do Decreto nº 9.508/2018 foram meramente formais, a fim de adaptar a redação para abranger mais um inciso no corpo do artigo.

segurança pessoal do servidor público quanto para o exercício das atribuições do cargo. Com efeito, as seleções para cargos de tal natureza objetivam recrutar servidores com especial capacidade de atuar em situações limítrofes e perigosas que lhes exijam destreza, precisão de movimentos e pleno domínio de todos os sentidos, além das funções mentais e motoras.

A esse respeito, transcreva-se o seguinte excerto da citada manifestação (fl. 09):

30. A ideia por detrás da alteração normativa é que os critérios de seleção aos cargos que exijam a avaliação física para os candidatos sejam definidos de tal forma que garantam a todos, deficientes ou não, a mesma aptidão para o exercício das suas atribuições. Ou seja, se um nível mínimo de aptidão física é imprescindível para o exercício das atribuições do cargo, os critérios de aprovação devem ser absolutamente os mesmos para todos os candidatos, o que vai ao encontro do princípio da igualdade, exigência basilar em todo os concursos públicos.

O decreto vergastado, portanto, contém previsões normativas capazes de assegurar que, em determinados certames, em razão da natureza das atribuições do cargo em disputa, a avaliação física seja a mesma para todos os candidatos – ressaltando-se, todavia, a possibilidade de uso, pelos candidatos portadores de deficiência, de tecnologias assistivas que já utilizem –, de modo a garantir que o desempenho do cargo não seja comprometido por eventual limitação de seu ocupante, quer seja ele portador de deficiência ou não.

Vale transcrever, pela similitude com a discussão posta no presente feito, os seguintes excertos de decisão proferida pela Ministra CÁRMEN LÚCIA no Recurso Extraordinário nº 676335⁵. Veja-se:

5. O que se põe para esclarecimento, no presente agravo da União, é tão somente o modo pelo qual se garantiria o direito de acesso aos cargos

⁵ RE nº 676335, Relatora: Ministra Cármen Lúcia, Decisão Monocrática proferida em 26/02/2013, Publicação em 25/04/2013.

públicos titularizado pelas pessoas portadoras de necessidades especiais, nos termos constitucionalmente estabelecidos, e **a compatibilidade de eventuais condições especiais dos candidatos com as funções a serem exercidas pelos que vierem a ser aprovados para provimento dos cargos oferecidos em concursos públicos promovidos, nesse caso, pela Polícia Federal. Como é óbvio, há de se levar em conta, necessariamente, as atribuições inerentes aos cargos postos em disputa, a relevância dos serviços prestados por essa instituição à sociedade brasileira e a possibilidade do desempenho das funções pelo nomeado.**

6. De se enfatizar, pois, que a reserva de vagas determinada pelo inc. VIII do art. 37 da Constituição da República tem tripla função:

a) garantir “a reparação ou compensação dos fatores de desigualdade factual com medidas de superioridade jurídica, [verdadeira] política de ação afirmativa que se inscreve nos quadros da sociedade fraterna que se lê desde o preâmbulo da Constituição de 1988”, como destacado pelo Ministro Ayres Britto no julgamento do RMS 26.071 (DJ 1º.2.2008);

b) viabilizar o exercício do direito titularizado por todos os cidadãos de acesso aos cargos públicos, permitindo, a um só tempo, que pessoas com necessidades especiais participem do mundo do trabalho e, de forma digna, possam manter-se e ser mantenedoras daqueles que delas dependem; e,

c) **possibilitar a Administração Pública preencher os cargos com pessoas qualificadas e capacitadas para o exercício das atribuições inerentes aos cargos, observando-se, por óbvio, a sua natureza e as suas finalidades.**

(...)

Também não é possível – e fere frontalmente a Constituição da República – admitir-se, abstrata e aprioristicamente, que qualquer tipo de deficiência impede o exercício das funções inerentes aos cargos postos em concurso.

Mas também é certo que os cargos oferecidos pelos concursos ora promovidos pela Polícia Federal não podem ser desempenhados por portadores de limitação física ou psicológica que não disponham das condições necessárias ao pleno desempenho das funções para as quais concorrem.

A depender da natureza e da intensidade da limitação apresentada pelo pretenso candidato, poderá haver prejuízo/comprometimento das atividades a serem desempenhadas, próprias do cargo, o que impede possa ele ser admitido ou aprovado na seleção pública.

Parece óbvio que o domínio dos sentidos, das funções motoras e intelectuais pelo candidato é fator que o habilita para o cumprimento das atribuições do cargo. Daí a possibilidade de os candidatos portadores de necessidades especiais, que os torne

incapacitados para as atividades policiais típicas dos cargos serem excluídos do concurso público.

As razões dessa exclusão deverão, todavia, estar pautados pelos princípios do concurso público, da legalidade, da igualdade e da impessoalidade, **visando, também, assegurar a eficácia da prestação do serviço público e o interesse social.**

À Administração Pública, pelos órgãos competentes para avaliar e resolver as questões do concurso, caberá avaliar, seguindo critérios objetivos previstos em lei e reproduzidos no edital do concurso, as limitações físicas ou psicológicas experimentadas pelos portadores de necessidades especiais que efetivamente comprometem o desempenho das atividades inerentes aos cargos a serem preenchidos.

Incompatibilidade haverá de ser afirmada a partir do cotejo objetivo e transparente entre as limitações/necessidades especiais dos candidatos e as atribuições de cada qual dos cargos oferecidos.

O que a Constituição da República determina é a possibilidade de se ter acesso aos cargos públicos, cujo desempenho não fique comprometido pela limitação do candidato. O que se busca é impedir a discriminação do portador de necessidade especial e a garantia de que, estando apto a desempenhar as funções inerentes ao cargo, não se lhe veda o acesso.

Mas também é certo que não se admite possa alguém, impossibilitado de exercer as funções do cargo, ser admitido ou aprovado em concurso em detrimento do interesse público. Fosse esse o caso se teria o interesse particular sobrepondo-se ao interesse público, o que não é admissível.

O cargo público – mais ainda em se cuidando daquele que compõe os quadros da Polícia Federal – não pode ser inutilizado ou mal desempenhada por limites do servidor público.

Compete à Administração Pública cuidar para que se garanta, em igualdade de condições, a quem queira concorrer aos cargos a plena condição de desempenhar as funções a eles inerentes. (Grifou-se).

Como se vê, as disposições contidas no Decreto nº 9.546/2018 não implicam vulneração à proteção da pessoa com deficiência nem configuram discriminação para a admissão, em cargos públicos, de indivíduos portadores de tal condição, tratando-se de medidas compatíveis com o Texto Constitucional.

Da mesma forma, o princípio da igualdade resta integralmente preservado na hipótese, tendo em conta que o diploma hostilizado trata

igualmente pessoas que estão em busca de desempenhar as mesmas funções públicas, para as quais a aptidão física é essencial. De fato, conferir tratamento distinto a candidatos que desempenhariam idênticas atribuições, nesse caso, além de não atender aos ditames da isonomia, iria de encontro à supremacia do interesse público.

A propósito, asseverou a Ministra CÁRMEN LÚCIA na decisão monocrática proferida no citado Recurso Extraordinário nº 676335:

9. Esclareço, ainda, como consta do requerimento da União, que **o concurso público tem como requisito fundamental a igualdade de condições entre os participantes, pelo que não seria admissível que se garantissem condições diferenciadas aos concorrentes, sob pena de se desobedecer ao princípio constitucional da isonomia.**

A demonstração da igual condição do concorrente, em termos de desempenho e possibilidade de cumprir as funções do cargo disputado, é próprio do concurso público, **não se distinguindo pela peculiar condição de um ou outro candidato.**

10. No caso em exame, como já afirmado na decisão agravada e confirmado no julgamento da Reclamação n. 14.145/DF, os concursos públicos para os cargos de escrivão de Polícia Federal, perito criminal federal, delegado de Polícia Federal e agente de Polícia Federal são válidos, devendo neles ser observada a norma constitucional que exige a reserva de vagas para **pessoas portadoras de necessidades especiais, que se submeterão ao evento seletivo em igualdade de condições aos demais concorrentes**, apenas na cota que lhes seja reservada.

Cumpra esclarecer, entretanto, como pleiteado pela União, que **a banca examinadora responsável, conforme anunciado acima, respeitando critérios objetivos, poderá declarar a inaptidão de candidatos inscritos e cujas necessidades especiais os impossibilite do exercício das atribuições inerentes ao cargo para qual estiver concorrendo.** (Grifou-se).

Por fim, também não se verifica mácula aos princípios da legalidade e da reserva legal, eis que nenhum comando do Estatuto da Pessoa com Deficiência foi extrapolado pelo decreto regulamentador atacado. De fato, não se extrai da Lei nº 13.146/2015 – que visa assegurar e promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com

deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania – qualquer impeditivo à especificação, em sede regulamentar, dos critérios a serem observados nos editais de concursos públicos no que tange às provas físicas.

O parágrafo 1º do artigo 4º do referido diploma legal estatui que se considera discriminação a recusa de **adaptações razoáveis**. Por sua vez, o artigo 3º, inciso VI, define adaptações razoáveis como “*adaptações, modificações e ajustes necessários e adequados que não acarretem ônus desproporcional e indevido, quando requeridos em cada caso, a fim de assegurar que a pessoa com deficiência possa gozar ou exercer, em igualdade de condições e oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos e liberdades fundamentais*”.

Como visto, a adaptação em provas físicas de concursos públicos não seria razoável, eis que acarretaria ônus indevido à Administração Pública, além de comprometer a própria segurança e integridade física do indivíduo portador de deficiência. Assim, não há como se considerar que o decreto tenha contrariado os termos da lei, pois a norma regulamentar questionada positiva opção efetuada pelo Poder Executivo dentro do campo técnico e discricionário que lhe foi reservado por lei, em observância a razões de interesse público.

Diante dessas razões, constata-se, em sede de cognição sumária, a insubsistência do pedido de concessão de interpretação conforme às alterações promovidas pelo Decreto nº 9.546/2018 no Decreto nº 9.508/2018, bem como do pleito de declaração de sua inconstitucionalidade. Por conseguinte, não se vislumbra a presença de *fumus boni iuris*.

III.II – Da ausência de periculum in mora

Por fim, em relação ao *periculum in mora*, requisito de satisfação igualmente necessária à concessão da medida cautelar pleiteada, observa-se que

o autor não logrou demonstrar sua ocorrência no caso em exame.

Acerca desse pressuposto, o requerente limitou-se a aduzir o seguinte (fl. 15 da petição inicial):

O *periculum in mora*, por sua vez, está demonstrado ante a concreta possibilidade de que a Administração Federal elabore editais de concurso sem qualquer distinção de critérios avaliativos para candidatos portadores de deficiência. A manutenção dos efeitos da norma impugnada agrava, a cada dia, o risco de que indivíduos portadores de deficiência sejam **alijados da disputa por cargos públicos** na esfera federal, em patente violação aos dispositivos constitucionais trabalhados na presente ação direta.

Primeiramente, reitere-se que as pessoas portadoras de deficiência não estão impedidas de participar da disputa de nenhum cargo público, mas, tão-somente, de ter adaptações às provas físicas, sendo-lhes permitido, inclusive, o uso de tecnologias assistivas que já utilizem (artigo 3º, inciso VI, do Decreto nº 9.508/2018).

Isso fica ainda mais evidenciado diante da leitura do artigo 4º, § 4º, do Decreto nº 9.508/2018, que preceitua que “*os critérios de aprovação nas provas físicas para os candidatos com deficiência, inclusive durante o curso de formação, se houver, e no estágio probatório ou no período de experiência, poderão ser os mesmos critérios aplicados aos demais candidatos, conforme previsto no edital*”.

Assim, não precede a alegação de que os indivíduos portadores de deficiência estariam “*alijados da disputa por cargos públicos na esfera federal*”.

Por outro lado, a concessão da medida pleiteada implicaria, como visto, grave violação ao princípio da separação de Poderes, diante da invasão da esfera de competência reservada ao Chefe do Poder Executivo, o que evidencia a presença de *periculum in mora* inverso. Veja-se, nessa linha, o seguinte

precedente dessa Suprema Corte:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA CAUTELAR. DISPOSITIVO DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DA BAHIA QUE PREVE A CONVOCAÇÃO, PELA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA, DO GOVERNADOR DO ESTADO, PARA PRESTAR PESSOALMENTE INFORMAÇÕES SOBRE ASSUNTO DETERMINADO, IMPORTANDO EM CRIME DE RESPONSABILIDADE A AUSÊNCIA SEM JUSTIFICAÇÃO ADEQUADA. 'FUMUS BONI IURIS' QUE SE DEMONSTRA COM A AFRONTA AO PRINCÍPIO DE SEPARAÇÃO E HARMONIA DOS PODERES, CONSAGRADO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. **'PERICULUM IN MORA' EVIDENCIADO NO JUSTO RECEIO DO CONFLITO ENTRE PODERES, EM FACE DE INJUNÇÕES POLÍTICAS.** MEDIDA CAUTELAR CONCEDIDA.

(ADI nº 111 MC, Relator: Ministro CARLOS MADEIRA, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 25/10/1989, Publicação em 24/11/1989; grifou-se).

É válido ponderar, outrossim, que a existência do *periculum in mora* inverso também se revela diante da possibilidade de que candidatos portadores de deficiência realizem certames com provas físicas adaptadas e, uma vez aprovados, estejam colocando a si mesmos e à sociedade em risco, consoante pontuado nas informações presidenciais (fl. 09), eis que os comandos normativos questionados visam resguardar a seleção para cargos que exigem atributos físicos específicos, como, por exemplo, as carreiras policiais.

Evidencia-se, pois, a ausência de *periculum in mora* acerca da pretensão do requerente, o que impõe a denegação da medida cautelar postulada na petição inicial.

IV – CONCLUSÃO

Ante o exposto, o Advogado-Geral da União manifesta-se, preliminarmente, pelo não conhecimento da presente ação direta e, quanto ao pedido de medida cautelar veiculado pelo requerente, pelo seu indeferimento,

diante da ausência dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

São essas, Excelentíssimo Senhor Relator, as considerações que se tem a fazer em face do artigo 103, § 3º, da Constituição Federal.

Brasília, de agosto de 2020.

JOSÉ LEVI MELLO DO AMARAL JÚNIOR
Advogado-Geral da União

IZABEL VINCHON NOGUEIRA DE ANDRADE
Secretária-Geral de Contencioso

CAROLINA SAUSMIKAT BRUNO DE VASCONCELOS
Advogada da União