



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 6.476/DF

RELATOR: MINISTRO ROBERTO BARROSO

REQUERENTE: PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO – PSB

ADVOGADOS: RAFAEL DE ALENCAR ARARIPE CARNEIRO E OUTROS

INTERESSADO: PRESIDENTE DA REPÚBLICA

PARECER AJCONST/PGR Nº 309980/2020

CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DECRETO 9.546/2018. TESTE DE APTIDÃO FÍSICA EM CONCURSOS PÚBLICOS FEDERAIS. PREVISÃO DE ADAPTAÇÃO PARA CANDIDATOS COM DEFICIÊNCIA. SUPRESSÃO. IMPOSIÇÃO DE IGUALDADE DE CRITÉRIOS AVALIATIVOS ENTRE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E DEMAIS CANDIDATOS. OFENSA AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE E À RESERVA DE VAGAS EM CONCURSOS PÚBLICOS PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO E PELA IMPROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS.

1. Não cabe ação direta de inconstitucionalidade contra ato de natureza regulamentar, que encontre fundamento em norma infraconstitucional, uma vez que eventual ofensa à Constituição Federal, caso existente, dar-se-ia de maneira reflexa ou indireta. Precedentes.

2. Não afrontam o princípio da igualdade ou a garantia de reserva de vagas em concursos públicos para pessoas com deficiência a possibilidade de submissão destas a critérios avaliativos nos testes de



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

aptidão física de concursos públicos iguais aos demais candidatos e a possibilidade de realização das provas sem adaptações às suas necessidades especiais distintas das tecnologias assistivas que já utilizem, por serem medidas estritamente necessárias à avaliação de capacidade mínima exigida pela natureza e pelas atribuições de determinadas funções públicas.

Parecer pelo não conhecimento da ação direta ou, caso conhecida, pelo indeferimento da medida cautelar. Ao final, pugna pela improcedência do pedido.

Excelentíssimo Senhor Ministro Roberto Barroso,

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, proposta pelo Partido Socialista Brasileiro – PSB contra o Decreto 9.546, de 30.10.2018, 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 da norma impugnada:

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



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

“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 a inconstitucionalidade do diploma, ao argumento de que, ao extrapolar e subverter a proteção conferida pela Lei 13.146/2015 às pessoas com deficiência, afrontaria os princípios da reserva legal e da legalidade (CF, arts. 5º, II; e 37, VIII, c/c art. 84, IV), o objetivo de promoção do bem de todos, sem quaisquer formas de discriminação, o princípio da igualdade, a proibição de critérios discriminatórios para a admissão de pessoas com deficiência e o dever imposto aos entes federativos de proteção da pessoa com deficiência (CF, arts. 3º, IV; 5º, *caput*; 7º, XXXI; 23,



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

II; e art. 27 da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, incorporada à Constituição nos termos do art. 5º, § 3º).

Assevera revestir-se o ato questionado de caráter normativo primário, *“por criar e extinguir direitos subjetivos, de forma manifestamente autônoma, genérica e abstrata, concebendo embaraços à acessibilidade de pessoas portadoras de deficiência aos cargos e empregos públicos no âmbito da Administração Pública federal direta e indireta”*, de forma a autorizar o controle pela via da ação direta de inconstitucionalidade.

Alega que o ato suprimiu disposições contidas no Decreto 9.508/2018 que determinavam que os editais de concursos públicos na esfera federal prescrevessem adaptações nos testes de aptidão física com o objetivo de viabilizar a participação da pessoa com deficiência em igualdade de condições com os demais candidatos; alterações que, por restringirem direitos, somente poderiam ter sido veiculadas por meio de lei em sentido estrito.

Defende que o efeito prático da medida seria o de esvaziar a reserva das vagas oferecidas para o provimento dos cargos públicos para pessoas com deficiência prevista no art. 37, VIII, da Constituição Federal.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

Argumenta que a exigência de igual desempenho entre candidatos com ou sem deficiência em provas físicas, realizadas sem qualquer adaptação, seria medida manifestamente discriminatória, contrária à promoção da igualdade de oportunidades e da inclusão social das pessoas com deficiência, preconizadas na Constituição Federal e na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Requeru a concessão de medida cautelar para suspender os efeitos do Decreto 9.546/2018.

Pleiteou, no mérito, o reconhecimento da inconstitucionalidade da norma impugnada ou, 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”*.

Adotou-se o rito do art. 10 da Lei 9.868/1999.

Foram solicitadas informações ao Presidente da República, que, em resposta (peças 14 e 15), suscitou preliminares de inaplicabilidade da técnica de interpretação conforme, dada a univocidade da norma veiculada no



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

Decreto 9.508/2018, modificado pelo ato ora questionado; bem como de não cabimento de ação direta de inconstitucionalidade em face do ato impugnado, que teria caráter normativo secundário.

No mérito, defendeu a legitimidade do diploma, argumentando que o ato não afastaria de forma absoluta a adaptação de provas físicas para candidatos com deficiência, mas possibilitaria, em situações excepcionais, devidamente justificadas e fundamentadas no interesse público, a realização de prova física por pessoas com deficiência mediante o emprego apenas das tecnologias assistivas que o candidato já utilize, sem necessidade de modificações adicionais, bem como a submissão de todos os candidatos aos mesmos critérios de avaliação.

Explica que a medida objetiva viabilizar a avaliação de um nível mínimo de aptidão física, necessário nas seleções para 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.

Pleiteia o indeferimento da medida cautelar, dado o não preenchimento dos requisitos para sua concessão.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

A Advocacia-Geral da União manifestou-se pelo não conhecimento da ação, considerada alegação de ofensa meramente reflexa à Constituição e a falta de impugnação de normas a serem repristinadas, e pela improcedência dos pedidos cautelares (peça 17).

Eis, em síntese, o relatório.

Observa-se, inicialmente, que a ação se dirige contra o inteiro teor do Decreto 9.546/2018, que introduziu alterações no Decreto 9.508/2018, que, por sua vez, regulamenta o disposto nos arts. 34, §§ 2º e 3º, e 35 da Lei 13.146/2015 – Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência).

Da leitura do ato normativo questionado, verifica-se que tem por objetivo regulamentar as disposições contidas na Lei 13.146/2015 que tratam da inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho, mais especificamente no que tange à garantia de igualdade de oportunidades, à vedação de discriminação nos concursos e processos seletivos para ingresso nos serviços públicos e à determinação de que políticas públicas de trabalho e emprego promovam condições de acesso e de permanência da pessoa com deficiência no campo de trabalho.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

Portanto, não se observa ofensa direta à Constituição, por se caracterizar o Decreto 9.546/2018 como ato normativo regulamentar cujo fundamento de validade direto são atos normativos infraconstitucionais e infralegais, constatação que denota conflito de legalidade e desautoriza o controle concentrado de constitucionalidade nos termos pleiteados.

Ante tal panorama, há de prevalecer a firme orientação do Supremo Tribunal Federal de não se prestar a ação direta a exame de norma de caráter secundário, que possa implicar, eventualmente, ofensa indireta ou reflexa à Constituição Federal:

*INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Portaria nº 796/2000, do Ministro de Estado da Justiça. Ato de caráter regulamentar. Diversões e espetáculos públicos. Regulamentação do disposto no art. 74 da Lei federal nº 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Ato normativo não autônomo ou secundário. Inadmissibilidade da ação. Inexistência de ofensa constitucional direta. Eventual excesso que se resolve no campo da legalidade. Processo extinto, sem julgamento de mérito. Agravo improvido. Votos vencidos. Precedentes, em especial a ADI nº 392, que teve por objeto a Portaria nº 773, revogada pela Portaria nº 796. Não se admite ação direta de inconstitucionalidade que tenha por objeto ato normativo não autônomo ou secundário, que regulamenta disposições de lei.
(ADI-AgR 2.398/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 92, de 31.8.2007.)*

*Ação direta de inconstitucionalidade. Resolução n. 08/2004 editada pelo Corregedor-Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Ilegalidade. Não cabimento da ação direta. Não é cabível a ação direta quando o ato normativo atacado encontra fundamento em texto infraconstitucional.
(ADI 3.376/RJ, Rel. Min. Eros Grau, DJ de 23.6.2006.)*



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

Ação direta de inconstitucionalidade: descabimento: caso de inconstitucionalidade reflexa. Portaria nº 001-GP1, de 16.1.2004, do Presidente do Tribunal de Justiça de Sergipe, que determina que o pagamento por via bancária dos emolumentos correspondentes aos serviços notariais e de registro – obtidos através do sistema informatizado daquele Tribunal – somente pode ser feito nas agências do Banco do Estado de Sergipe S/A – BANESE. Caso em que a portaria questionada, editada com o propósito de regulamentar o exercício de atividade fiscalizatória prevista em leis federais (L. 8.935/94; L. 10.169/2000) e estadual (L. est. 4.485/2001), retira destas normas seu fundamento de validade e não diretamente da Constituição. Tem-se inconstitucionalidade reflexa – a cuja verificação não se presta a ação direta – quando o vício de ilegitimidade irrogado a um ato normativo é o desrespeito à Lei Fundamental por haver violado norma infraconstitucional interposta, a cuja observância estaria vinculado pela Constituição.

(ADI 3.132/SE, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 9.6.2006.)

Na hipótese de superação da preliminar apontada, cinge-se a controvérsia em aferir a ocorrência de violação, pelo Decreto 9.546/2018, aos princípios da reserva legal e da legalidade, ao objetivo de promoção do bem de todos, sem quaisquer formas de discriminação, ao princípio da igualdade, à proibição de critérios discriminatórios para a admissão de pessoas com deficiência e ao dever imposto aos entes federativos de proteção da pessoa com deficiência.

Isso em decorrência da submissão de pessoas com deficiência a critérios avaliativos nos testes de aptidão física de concursos públicos iguais aos demais candidatos e da possibilidade de realização das provas por



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

aqueles sem adaptações às suas necessidades especiais que não as tecnologias assistivas de que já façam uso.

A Constituição Federal consagrou uma miríade de valores e previsões destinados à proteção jurídica da pessoa com deficiência, visando a conferir-lhe tratamento isonômico não somente sob uma perspectiva assistencialista, mas também pelo fomento de ações afirmativas na tentativa de promover a emancipação real dessas pessoas.

Luiz Alberto David Araújo leciona a esse respeito:

Na realidade, o patrimônio jurídico das pessoas portadoras de deficiência se resume no cumprimento do direito à igualdade, quer apenas cuidando de resguardar a obediência à isonomia de todos diante do texto legal, evitando discriminações, quer colocando as pessoas portadoras de deficiência em situação privilegiada em relação aos demais cidadãos, benefícios perfeitamente justificados e explicados pela própria dificuldade de integração natural desse grupo de pessoas.¹

Nesse contexto, a garantia de igualdade de oportunidades, da ampla acessibilidade aos cargos públicos e, principalmente, a reserva de vagas para pessoas com deficiência preconizadas nos art. 37, I e VIII, da Constituição Federal e em diversos dispositivos da Convenção Internacional

¹ ARAUJO, Luiz Alberto David. *Proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência*. 4. ed. Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 2011. p. 80.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CIDPD) – incorporada no Brasil com *status* de norma constitucional² – representam o fundamento de ação afirmativa direcionada à inserção dessas pessoas, submetidas historicamente a discriminação, no mercado de trabalho, mediante compensações (sistema de cotas).

Em relação à reserva de vagas para pessoas com deficiência, o ordenamento detalha e garante a igualdade material daqueles que concorrem com a ampla concorrência. A esse respeito, confira-se o que dispõe a Lei 13.146/2015:

2 *“Artigo 3 - Princípios gerais*

Os princípios da presente Convenção são: (...)

e) A igualdade de oportunidades; (...)

Artigo 5 - Igualdade e não discriminação (...)

3. A fim de promover a igualdade e eliminar a discriminação, os Estados-Partes adotarão todas as medidas apropriadas para garantir a adaptação razoável seja oferecida. (...)

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; (...)

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; (...)

g) Empregar pessoas com deficiência no setor público; (...).”



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Art. 4º Toda pessoa com deficiência tem direito à igualdade de oportunidades com as demais pessoas e não sofrerá nenhuma espécie de discriminação.

§ 1º Considera-se discriminação em razão da deficiência toda forma de distinção, restrição ou exclusão, por ação ou omissão, que tenha o propósito ou o efeito de prejudicar, impedir ou anular o reconhecimento ou o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais de pessoa com deficiência, incluindo a recusa de adaptações razoáveis e de fornecimento de tecnologias assistivas.

(...)

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.

§ 1º As pessoas jurídicas de direito público, privado ou de qualquer natureza são obrigadas a garantir ambientes de trabalho acessíveis e inclusivos.

§ 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.

§ 4º A pessoa com deficiência tem direito à participação e ao acesso a cursos, treinamentos, educação continuada, planos de carreira, promoções, bonificações e incentivos profissionais oferecidos pelo empregador, em igualdade de oportunidades com os demais empregados.

§ 5º É garantida aos trabalhadores com deficiência acessibilidade em cursos de formação e de capacitação.

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.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

O diploma põe em prática a célebre noção de igualdade legada por Rui Barbosa:

“A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade fragrante, e não igualdade real.”³

Para regulamentar o particular aspecto do acesso das pessoas com deficiência a cargos e empregos públicos, foi editado o Decreto 9.508/2018, que versa sobre a *“reserva às pessoas com deficiência percentual de cargos e de empregos públicos ofertados em concursos públicos e em processos seletivos no âmbito da Administração Pública federal direta e indireta”*.

Tal decreto minudencia diversos aspectos a serem observados nos concursos e processos seletivos da Administração Pública federal direta e indireta e, acerca das condições do certame, estabelece que o candidato com deficiência participará do concurso em igualdade de condições:

Art. 2º Ressalvadas as disposições previstas em regulamento, a pessoa com deficiência participará de concurso público ou de processo seletivo de que trata a Lei nº 8.745, de 1993, em igualdade de condições com os demais candidatos no que diz respeito:

- I – ao conteúdo das provas;*
- II – à avaliação e aos critérios de aprovação;*
- III – ao horário e ao local de aplicação das provas; e*

3 BARBOSA, Ruy. **Oração aos moços**. Casa de Rui Barbosa, 1956.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

IV – à nota mínima exigida para os demais candidatos.

Como se verifica, há previsão, **como regra**, de igualdade de condições entre os candidatos, inclusive no tocante à avaliação, bem como da possibilidade de adoção de adaptações razoáveis na realização das provas por candidatos com deficiência.

A edição do Decreto 9.546/2018, que promoveu alterações no Decreto 9.508/2018, não modificou esse cenário, mas apenas especificou a imposição, antes genérica, de adoção de adaptações nas provas físicas, com a possibilidade de a Administração Pública, em determinadas áreas, atividades e funções, exigir de todos os candidatos um desempenho físico mínimo padrão, necessário para o exercício do cargo almejado.

De acordo com a Presidência da República, a mudança teve por objetivo

(...) 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.

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,



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

o que vai ao encontro do princípio da igualdade, exigência basilar em todo os concursos públicos.

Importante dizer que o Decreto hostilizado não excluiu genericamente a adaptação de provas físicas para candidatos com deficiência. O que a norma prevê é que, em alguns concursos públicos, quando devidamente justificado pela natureza das atribuições, a avaliação física seja a mesma da realizada para os demais candidatos, porém sempre resguardando o uso pelos candidatos com deficiência da tecnologia assistiva de que necessitem. Tal determinação visa resguardar a seleção para cargos nos quais se exijam atributos físicos específicos como, por exemplo, as carreiras policiais. (peça 14).

A norma há de ser interpretada harmonicamente com os compromissos assumidos pelo Estado, nacional e internacionalmente, na promoção da igualdade no acesso ao trabalho, sendo necessário que qualquer restrição de acesso a direito fundamental esteja devidamente fundamentada em interesse público prevalecente. É ônus da Administração fazê-lo, sob pena de revelar-se inconstitucional a restrição.

Há de se proceder, portanto, à análise quanto à harmonização principiológica por meio da razoabilidade, da proporcionalidade e da legitimidade da restrição imposta ao direito das pessoas com deficiência à adoção de adaptações nos testes de aptidão física e de critérios diferenciados de avaliação em concursos públicos.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

O princípio da razoabilidade é um mandamento utilizado para aferir se os atos do Poder Público estão em equilíbrio com o valor fundamental da justiça.

Esse princípio tem uma outra faceta, que é a da proporcionalidade, e da qual se extraem os seguintes requisitos: a adequação, que exige a adoção de medidas eficazes pelo Poder Público; a necessidade ou exigibilidade, em que se avalia o meio menos gravoso para se atingir o fim visado e a proporcionalidade em sentido estrito, que é o sopesamento entre o ônus imposto e o benefício trazido, em compatibilidade com o meio menos lesivo ao cidadão, de forma a justificar a interferência estatal.

Daí é que os princípios da dignidade, da isonomia e do amplo acesso aos cargos públicos, considerando suas vertentes de direito ao trabalho e à não discriminação, hão de ser analisados sob a ótica da razoabilidade e proporcionalidade.

No caso, verifica-se ser legítima a exigência de que o candidato, mesmo o que concorre às vagas reservadas, demonstre um desempenho mínimo nos testes de aptidão física, considerando que o deficiente tem direito de acesso aos cargos públicos, **desde que a deficiência não se revele incompatível com as atribuições do cargo postulado.**



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

A aferição da aptidão física para o trabalho há de ter relação com a função a ser exercida e ser avaliada caso a caso. Há de ser facultado, portanto, à Administração Pública, promover a seleção de candidatos mediante a aplicação de um teste padrão nas hipóteses em que o desempenho físico seja determinante para aferição da compatibilidade entre o estado de deficiência e o conteúdo ocupacional ou funcional do cargo público disputado.

O exame pelo olhar da lógica e da racionalidade para realizar o discrimem é adotado por Celso Antônio Bandeira de Mello, que assinala:

Tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação e o fundamento racional abstratamente existente é, in concreto, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer: se guarda ou não harmonia com eles.⁴

Para que o tratamento desigual conferido pelo Estado esteja em plena consonância com a Constituição, o elemento discriminador erigido como causa da diferença há de estar predisposto ao alcance de uma finalidade albergada pela Constituição. Isso é, o critério de diferenciação merece ter como escopo a proteção mais efetiva dos direitos fundamentais consagrados.

⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 21.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

Essa também é a posição de J. J. Gomes Canotilho:

“Deve notar-se que as medidas jurídico-materiais de aferição da igualdade ou desigualdade devem encontrar-se, em primeiro lugar, nas normas e princípios da Constituição, exigindo-se aos grupos em comparação relevância jurídico-constitucional”⁵

A discriminação, portanto, assume caráter ilícito quando lastreada em critérios injustificados, injustos, frutos de preconceitos, de opiniões preestabelecidas e prejulgamentos negativos, com a finalidade de estigmatizar pessoas ou coletividades mediante o uso de estereótipos.

Não se pode, contudo, generalizar, afirmando-se que toda discriminação é ilícita e dissociada dos ideais de igualdade, pois, em muitas situações, determinar uma diferença torna-se inevitável para a realização da própria cláusula igualitária e, por via indireta, da própria dignidade humana.⁶

Como ponto de apoio metódico, para identificar quando há tratamento justo de igualdade ou desigualdade, Canotilho sugere os seguintes questionamentos:

“(1) Quais situações de facto que são objecto de comparação, pois se o princípio da igualdade é, por definição, um princípio relacional, e a norma jurídica comporta sempre um âmbito ou sector real ou fáctico, então importa sempre determinar quais os candidatos (objectos, pessoas situações) que se consideram iguais ou desiguais; (2) Quais os critérios ou medidas materiais com base nos quais avaliamos se

5 CANOTILHO, J.J Gomes. *Op. cit.*, p. 1.296.

6 SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. *Op. cit.*



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

determinados pressupostos de facto devem ser tratados de forma essencialmente igual ou essencialmente desigual?”⁷

Assim, a desequiparação aleatória é estranha à Constituição Federal, mas, quanto à restrição ao direito à adaptação nas provas de aptidão física e por consequência ao acesso a cargos públicos, há de se observar as peculiaridades de cada carreira, para não se inverter o comando lógico da igualdade.

É assim que a norma aqui questionada, em relação a alguns cargos específicos, revela-se meio adequado ao fim visado, qual seja, a continuidade e a eficiência na prestação de serviços públicos essenciais, como os de segurança pública.

Isso porque, por sua própria natureza, as atribuições desempenhadas por profissionais da carreira policial, por exemplo, envolvem abordagem de criminosos, manuseio de armas de fogo, bem como realização de defesa pessoal e de outros, o que naturalmente demanda condições físicas peculiares, as quais constituem requisitos imprescindíveis para que seja assegurado o exercício das funções inerentes ao cargo, com vistas à segurança tanto do próprio policial como de terceiros.

7 CANOTILHO, J.J.Gomes. *Op. Cit.*, p. 1.295.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

De maneira que a aferição dos mencionados predicados, por promover, mediante critérios objetivos e racionais, discrimen que guarda estrita pertinência lógica com o objetivo perseguido pela diferenciação, não se revela arbitrária, mas se mostra razoável, necessária e compatível com o princípio da igualdade.

Não se observa, tampouco, da norma impugnada, a imposição de ônus excessivo e desnecessário aos direitos individuais das pessoas com deficiência, que seguirão aptas a acessar as mais diversas posições na Administração Pública, inclusive algumas das carreiras policiais, desde que comprovada a conformidade entre sua condição física e o exercício das atribuições do cargo.

Impende salientar que, sendo tal exigência dirigida indistintamente a todos os candidatos inscritos no concurso público e definida pelo atendimento de critérios mínimos, é certo que eventual insuficiência de desempenho em teste físico irá afetar mesmo pessoas que não apresentem qualquer deficiência, bastando que, por razões estruturais, fisiológicas, até circunstanciais, não disponham de condicionamento físico apto a atender ao mínimo exigido. A prevalência do interesse público, nesses casos, é suficiente para justificar o sacrifício imposto ao direito de acesso ao cargo público.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

A esse respeito cabe trazer, por relevante, 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.⁸ (Grifos acrescidos.)

A relativização do direito de adaptação nas provas de aptidão física, quando legitimada pela necessidade de avaliação de capacidade

⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 877-878.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

mínima, exigida, por sua vez, pela natureza e pelas atribuições de determinadas funções públicas, não caracteriza discriminação ao trabalho ou ao acesso da pessoa com deficiência aos cargos públicos em razão de sua condição.

Primeiro porque foi estabelecida com o propósito de preservar o exercício de funções de relevante interesse público e não com fito de excluir a participação de pessoas com deficiência em concurso público - inclusive mediante reserva de vagas.

Segundo porque não é fruto de preconceitos ou se presta a finalidade estigmatizadora, mas viabiliza a seleção de candidatos dotados dos requisitos imprescindíveis ao desempenho de atividades específicas.

Também não se cogita de exigência de aptidão plena, tal como vedado pelo art. 34, § 3º, da Lei 13.146/2015, pois será garantida a nomeação para cargo ou emprego público à pessoa com deficiência que, com o emprego de tecnologias assistivas de que já faça uso em seu cotidiano, ostentar o condicionamento físico mínimo exigido em edital.

Quanto ao tema, revelam-se pertinentes as considerações tecidas pela Ministra Cármen Lúcia no julgamento do Recurso Extraordinário 676.335/MG, em que foi instada a esclarecer acerca da compatibilização da garantia do direito



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

de acesso aos cargos públicos titularizados por pessoas com deficiência, nos termos constitucionalmente estabelecidos, em vista das atribuições inerentes aos cargos de carreira policial e da relevância dos serviços de segurança pública:

(...)

A presunção de que nenhuma das atribuições inerentes aos cargos de natureza policial pode ser desempenhada por pessoas portadoras de uma ou outra necessidade especial é incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro, marcadamente assecuratório de direitos fundamentais voltados para a concretização da dignidade da pessoa humana.

A igualdade, a liberdade e a solidariedade passam, necessariamente, pela tutela de instrumentos jurídicos que permitam o acesso de todos, devidamente habilitados, aos cargos públicos, nos termos postos na Constituição.

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 pretense 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.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

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.

(...)

À luz do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, a depender do cargo e das previsões legais, deverão ser asseguradas condições para que os candidatos portadores de necessidades especiais possam participar das provas e das etapas sugeridas no certame.

Assim, as provas, as disciplinas (teóricas e práticas) e o curso de formação deverão guardar pertinência com o cargo para o qual o candidato concorre e a igualdade de oportunidade dos concorrentes, garantindo-se aos que reclamem necessidades especiais sejam-lhes assegurado reserva de vaga, desde que a ela possam aceder pelo atendimento de condições de exercício do cargo posto em concurso, de modo a impedir prejuízos na consecução dos fins buscados pela



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

Administração ao convocar concurso público para provimento de cargos na Polícia Federal. (Grifos acrescidos.)

O que se extrai do excerto é que a previsão de que os candidatos com deficiência participem de determinados concursos públicos em igualdade de condições com os demais persegue fim constitucionalmente adequado, restringindo o direito de adaptação das provas físicas apenas na medida necessária ao atendimento do interesse público e de forma a garantir o acesso de pessoas com deficiência aos cargos públicos cujo desempenho não fique comprometido por limitações dos candidatos.

Assim, acaso conhecida a ação direta, demonstrada a inexistência de plausibilidade do direito arguido, não se têm por atendidos os requisitos necessários para concessão da medida cautelar pleiteada na exordial da demanda.

Em face do exposto, opina o PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA pelo não conhecimento da ação direta ou, caso conhecida, pelo indeferimento da medida cautelar. Ao final, pugna pela improcedência do pedido.

Brasília, data da assinatura digital.

Augusto Aras
Procurador-Geral da República
Assinado digitalmente

ARB