

O ARTIGO 37, VIII, DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA NAS DECISÕES DA SUPREMA CORTE: MÁXIMA EFETIVIDADE E VEDAÇÃO DE RETROCESSO

ARTICLE 37, VIII, OF THE BRAZILIAN
CONSTITUTION IN THE DECISIONS OF THE
SUPREME COURT: MAXIMUM EFFECTIVENESS AND
PROHIBITION OF RETROGRESSION

EL ARTÍCULO 37, VIII, DE LA CONSTITUCIÓN
BRASILEÑA EN LAS DECISIONES DE LA SUPREMA
CORTE: MÁXIMA EFECTIVIDAD Y PROHIBICIÓN DE
RETROCESO

SUMÁRIO:

1. Introdução; 2. A inclusão laboral da pessoa com deficiência e a reserva de vagas em concursos públicos; 3. Amostra da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal; 4. Análise de julgados; 4.1 Recurso extraordinário 227.299-1/MG: eficácia constitucional no plenário; 4.2 Mandado de segurança 25.074/DF: a base de cálculo; 4.3 Mandado de segurança 26.310-5/DF: pleno em reexame com resistência; 4.4 Recurso extraordinário 408.727/SE: a consolidação; 4.5 Mandado de segurança 30.861/DF: a sintetização; 4.6 Mandado de segurança 31.715/DF: uma explicação criteriosa e didática; 4.7 Mandado de segurança 31.695/DF: uma completa absorção; 4.8 Recurso ordinário em mandado de segurança 27.710/DF: o plenário de novo; 5. Organização e discussão de teses jurídicas; 6. Jurisdição em retrocesso: sobre fins e princípios, ferramentas e aplicações; 7. Conclusão; Referências.

Como citar este artigo:

SILVA, Diego,
BREGA FILHO,
Vladimir: O Artigo 37,
VIII, da Constituição
Federal Brasileira
nas decisões da
Suprema Corte:
máxima efetividade e
vedação de retrocesso.
Argumenta Journal
Law, Jacarezinho –
PR, Brasil, n. 29, 2018,
p. 181-223.

Data da submissão:

11/10/2018

Data da aprovação:

10/12/2018

1. Universidade
Estadual do Norte do
Paraná - UENP – Brasil

2. Universidade
Estadual do Norte do
Paraná - UENP – Brasil

RESUMO:

Objetiva identificar ofensa ao princípio de vedação de retrocesso na política de reserva de vagas em concursos públicos às pessoas com deficiência na jurisprudência da Suprema Corte. Após delimitar e organizar amostra quantitativa e qualitativa da jurisprudência acerca do artigo 37, VIII da Constituição de 1988, analisa as teses levantadas ao longo dos principais julgados, passando à investigação de eventuais retrocessos na sua efetivação. Conclui que, apesar de avanços significativos, a mudança de entendimento a partir do Mandado de Segurança 26.310-5/DF vem negando plena eficácia ao dispositivo constitucional, sem, contudo, configurar ofensa jurisdicional ao princípio de vedação de retrocesso.

ABSTRACT:

This paper aims at identifying an offense against the principle of prohibition of retrogression in the policy of reserving vacancies for persons with disabilities in public tenders in the jurisprudence of the Supreme Court. After delimiting and organizing a quantitative and qualitative sample of the jurisprudence of the Supreme Court on article 37, VIII of the 1988 Constitution, it analyzes the theses raised along the main judgments, going on to investigate possible setbacks in its implementation. It concludes that, despite significant advances, the change of understanding stemming from the judgment of Writ of Mandamus 26.310-5/DF has denied full effectiveness to the constitutional device, without, however, configuring a jurisdictional offense against the principle of prohibition of retrogression.

RESUMEN:

Se pretende identificar ofensa al principio de prohibición de retroceso en la política de reserva de plazas en concursos públicos a las personas con discapacidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema. Después de delimitar y organizar una muestra cuantitativa y cualitativa de la jurisprudencia acerca del artículo 37, VIII de la Constitución de 1988, analiza las tesis levantadas a lo largo de los principales juzgados, pasando a la investigación de eventuales retrocesos en su efectivación. Concluye que, a pesar de avances significativos, el cambio de entendimiento a partir del Mandado de Seguridad 26.310-5/DF viene negando plena eficacia al dis-

positivo constitucional, sin, no obstante, configurar ofensa jurisdiccional al principio de prohibición de retroceso.

PALAVRAS-CHAVE:

Pessoa com deficiência; concurso público; retrocesso; jurisprudência; Suprema Corte.

KEYWORDS:

Person with disabilities; public tender; retrogression; jurisprudence; Supreme Court.

PALABRAS CLAVE:

Personas com discapacidad; concurso público; retroceso; jurisprudencia; Corte Suprema.

1. INTRODUÇÃO

O denominado princípio da vedação de retrocesso tem ganhado cada vez maior repercussão na comunidade jurídica, podendo-se considerar tal fenômeno, em boa parte, como resultado do progressivo aprofundamento global da crise (e da crítica) sobre o *Welfare State* – independentemente do seu tipo ou grau de implantação.

Embora a revisão de políticas públicas de cunho social securitário tenha ganhado contornos no noticiário nacional como efeito da crise econômica de 2008, na Europa, – cujos principais exemplos são Portugal, Itália, Grécia e Espanha (‘PIGS’) –, antes mesmo do novo liberalismo político-econômico despontar questionava-se a revisão dessas políticas, muitas das quais, são conquistas sociais de longa data vinculadas ao advento de direitos fundamentais de segunda geração. Hoje, esta discussão toma de modo contundente o Brasil, mediante trâmites de reformas trabalhista e previdenciária, e os Estados Unidos da América, num desmonte do sistema de saúde que, surpreendentemente, vinha no sentido oposto através do ‘Obamacaré’.

Em se tratando, pois, de direitos fundamentais cuja densificação normativa chega às vias de petrificação no corpo do texto constitucional (caso do Brasil), natural que juristas busquem em outros países o recurso

jurídico do propalado princípio da vedação de retrocesso social, se não para reafirmar a força normativa da Constituição, garantir que conquistas na sua efetivação não venham a sofrer interferência, seja por via legal-regulamentar ou mesmo hermenêutica, – hipótese a que este se dedica.

Com efeito, não se pode afastar a possibilidade de que as cortes revisem sua interpretação acerca dos direitos implicando em consequência na redução do seu sentido ou extensão. Com isso, não só se torna factível falar em retrocesso como também de caso de aplicação do princípio da vedação de retrocesso em face de decisões emanadas pelas cortes de justiça – o que deflagra vários questionamentos.

Neste delineado universo de possibilidades, o presente estudo dedica-se a identificar, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), a ofensa ao princípio de vedação de retrocesso precisamente no que diz tange à eficácia da política de reserva de vagas em concursos públicos às pessoas com deficiência (PcD), prevista no inciso VIII do art. 37 da Constituição da República de 1988 (CR/88).

Para tanto, após delimitar e organizar amostra quantitativa e qualitativa da jurisprudência da Suprema Corte acerca do referido dispositivo, analisa criticamente as teses levantadas ao longo da evolução histórica dos julgados selecionados, passando-se, na sequência, à investigação dos eventuais retrocessos. Uma pesquisa tal obviamente não poderia deixar de fazer considerações sobre o princípio que adota como vetor de análise tampouco sobre a própria política pública em debate, razão pela qual são feitas breves incursões.

Uma tal investigação não só se justifica pelos indícios preliminares de que referido fenômeno jurídico tenha ocorrido na jurisprudência do STF como também pelo fato de constituir as cotas tanto um marco do reconhecimento de um direito ao trabalho (típico da chamada segunda dimensão de direitos fundamentais) e de um direito à inclusão social (próprio da terceira dimensão de direitos), valendo-se para tanto da expressa e oficial adoção pelo Estado de uma política pública de discriminação positiva, – aspecto este que o elevou inclusive a parâmetro da admissibilidade constitucional de tantas outras políticas públicas desse jaez.

Espera-se, assim, ao final do estudo, confirmar a hipótese lançada, a de que o STF incidiu em ofensa ao princípio da vedação de retrocesso no que se refere ao art. 37, VIII, da CR/88, como também construído

pesquisa científica apta a referir novos estudos numa seara jurídica que, suspeita-se, tende a ser cada vez mais demandada em terras tupiniquins.

2. A INCLUSÃO LABORAL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E A RESERVA DE VAGAS EM CONCURSOS PÚBLICOS

Estudos das Nações Unidas (2007, *online*) e do Banco Mundial (2012, *online*) estimam que cerca de 20% das pessoas mais pobres do mundo têm algum tipo de deficiência e que cerca de 80% delas vivem abaixo da linha da pobreza em países em desenvolvimento. Em países em desenvolvimento, 80% a 90% das pessoas com deficiência em idade de trabalho estão desempregadas e, mesmo em países desenvolvidos, a taxa de desemprego entre eles é pelo menos o dobro dos trabalhadores sem deficiência (ONU, 2007, *online*). No Brasil, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística estimou que em 2010, 23,9% da população tinham pelo menos uma deficiência (IBGE, 2012, *passim*); ao passo que 30% deles sobreviviam com menos de um salário mínimo (ONU, 2017a, *online*). Todos esses dados apontam para a estreita relação entre deficiência, privação de direitos, miséria e exclusão.

Quando se investiga acerca daqueles que não têm vez nem voz no campo social e político, ou seja, os margina(is)lizados (à margem do Estado e da lei, e daí também falar-se em fora-da-lei, e não contra-a-lei), pode-se identificar dois grupos: minorias e grupos vulneráveis. Embora nos grupos vulneráveis uma dada característica distintiva implique efeitos em relações específicas e delimitadas de hipossuficiência em dado aspecto objetivo da vida social, – não se é, *e.g.*, idoso, criança, jovem, consumidor, empregado em tempo integral e por toda a vida e nem sempre isso é um fator relevante de discriminação (negativa) na sociedade –, o mesmo não se pode dizer de, por exemplo, negros, mulheres, homossexuais, grupos étnicos e religiosos, casos em que o estigma aferido a dado tempo e lugar em uma certa sociedade é integral e generalizado, pois dizem respeito ao seu ser (e não a um estar), levando a um círculo vicioso de exclusão, vulnerabilidade e violação de direitos.

É esse fator subjetivo, intrínseco a sua condição humana, que torna um grupo populacional, identificado pelo estigma criado pelas normas sociais em torno da sua diferença, em uma minoria. E é a consciência dessa diferença e da inexorabilidade em relação a sua existência que faz

surgirem em minorias mais politizadas, ante sua latente vulnerabilidade social, ações de autoafirmação, ditas ações afirmativas.

Nesse contexto, a principal referência histórica existente são os embates em prol dos direitos civis dos negros nos Estados Unidos. Após muitos confrontos, pressionado, Lyndon Johnson, sucessor de Kennedy na presidência, oficializou as ações inclusivas, ou ações afirmativas, fazendo o seguinte discurso ao conferir aos negros o direito de votar e ser votado:

(...). Mas liberdade não é suficiente. Você não apaga as cicatrizes de séculos dizendo: Agora você está livre para ir aonde quiser, fazer o que desejar e escolher os líderes que preferir.

Você não pega uma pessoa que, durante anos, foi arrastada por grillhões e libertá-la, trazê-la até a linha de partida de uma competição e depois dizer: “você está livre para competir com todos os outros”, e ainda assim acreditar que está sendo completamente justo.

Desta forma, não basta apenas abrir os portões da oportunidade. Todos os nossos cidadãos devem ter a habilidade para atravessar esses portões.

Este é o próximo e o mais profundo estágio da batalha pelos direitos civis. Nós não procuramos apenas a liberdade, mas oportunidade. Nós não procuramos apenas igualdade legal, mas a habilidade humana, não apenas a igualdade como um direito e uma teoria, mas igualdade como um fato e igualdade como um resultado. (...). (JOHNSON, 1966, online)

Hoje, sabe-se que ações afirmativas não significam apenas a fixação de cotas – quer voluntárias, quer pela imposição do Estado –, correspondendo sim a toda ação que tenha por fundamento a afirmação de uma diferença em relação ao padrão de normalidade de dada sociedade e a defesa do direito a essa diferença, com as consequentes considerações e medidas, negativas ou positivas, em prol da igualdade de tratamento e de oportunidades.

Aranha (2003) destaca as severas limitações que a exclusão impõe a essa minoria ao observar o trabalho como instância elementar à formação da identidade pessoal e social dos indivíduos e à conquista da sua consciência de dignidade e cidadania:

O aspecto fundamental aqui ressaltado, é que é no contexto das relações sociais do trabalho que o homem atua na realidade, modi-

fica-a, transforma-se e constrói sua identidade pessoal e social.

Numa sociedade em que as relações de produção são organizadas de tal forma, que o homem se apropria do processo de criação, ele é valorizado, cresce em autonomia, em consciência da cidadania, enfim, humaniza-se cada vez mais.

Por outro lado, em uma sociedade em que as relações de produção são organizadas de forma a utilizar-se mecanicamente do fazer do homem, e não do seu pensar e ativa participação, instala-se um processo de coisificação, no qual o homem desenvolve o sentimento de menor valia, de impotência, de membro social de segunda categoria.

Tem-se, portanto, o trabalho, a atividade desenvolvida no contexto de relações sociais de produção, determinante essencial da formação da identidade pessoal e social do indivíduo, bem como de sua autoestima e consciência de dignidade.

Ao refletir sobre essas questões, tendo como foco da análise o processo histórico da relação das sociedades com as pessoas com deficiência, o estado permanente de segregação e de exclusão a que estas foram submetidas tem determinado limites claros para seu desenvolvimento e praticamente impossibilitado a construção de uma identidade positiva, de consciência crítica e do exercício da cidadania. (ARANHA, 2003, p. 8)

Bem por isso, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPCD), de 13/12/06 (ONU, 2007, *online*) – a primeira aprovada consoante o rito do §3º do art. 5º da CR/88 (BRASIL, 2008b, *online*), passando a ter status material e análogo-formal de emenda constitucional (PIOVESAN, 2009, p. 52), com a promulgação (ARAUJO, 2009, p. 732-733) do Decreto nº 6.949, de 25/08/09 (BRASIL, 2009b, *online*) – previu em seu art. 27, entre outras medidas quanto ao trabalho e emprego dessa minoria, a contratação de pessoas com deficiência no setor público (alínea 'g').

Antes disso, porém, a Constituição, com vistas ao direito fundamental à inclusão social, um dos seus objetivos (CR/88, art. 3º, III), já dispunha, entre outros mecanismos de ação afirmativa, acerca da reserva de vagas em concursos públicos:

Art. 37. A administração pública direta, indireta ou funda-

cional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte: (redação original) (...)

VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão; (BRASIL, 1988, *online*)

A indeterminação quanto ao ‘percentual’ é reflexo da indecisão verificada na constituinte, especificamente na Subcomissão de dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias em que foi debatida (BRASIL, 2008a, *online*), que termina por deixá-lo a cargo do legislador ordinário. O processo legislativo iniciou-se com a Lei nº 7.853/89, com regulamentação pelo Dec. nº 3.298/99:

Art. 37. Fica assegurado à pessoa portadora de deficiência o direito de se inscrever em concurso público, em igualdade de condições com os demais candidatos, para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que é portador.

§1º O candidato portador de deficiência, em razão da necessária igualdade de condições, concorrerá a todas as vagas, sendo reservado no mínimo o percentual de cinco por cento em face da classificação obtida.

§2º Caso a aplicação do percentual de que trata o parágrafo anterior resulte em número fracionado, este deverá ser elevado até o primeiro número inteiro subsequente. (BRASIL, 1999, *online*)

Ademais, insta consignar que a Lei nº 8.112/90 já determinava o seguinte:

Art. 5º São requisitos básicos para investidura em cargo público: (...)

§2º Às pessoas portadoras de deficiência é assegurado o direito de se inscrever em concurso público para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras; para tais pessoas serão reservadas até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso. (BRASIL, 1990 a, *online*)

Nestes termos, portanto, ficam lançadas brevemente as bases históricas, axioteleológicas e legislativas sobre as quais se estabelece a presente investigação.

3. AMOSTRA DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Com o objetivo de aferir quantitativa e qualitativamente a jurisprudência do STF acerca do art. 37, VIII, da CR/88, a, depois, denunciar a ampliação ou restrição quanto ao sentido, alcance e eficácia da norma ali inscrita, deve-se, antes, definir metodologicamente a forma com que a amostra jurisprudencial é colhida, identificada e classificada. Só então, organizadas criteriosamente as decisões, torna-se possível proceder a uma análise crítica e científica sob o enfoque do princípio da vedação de retrocesso, – no que a perspectiva funcional-sistemática que rege as ações afirmativas, acima abordada, exerce papel fundamental.

A este respeito, sabendo-se que a diversidade e sucessão de nomenclaturas designativas da minoria composta pelas pessoas com deficiência é um relevante complicador, - inválidos, deficientes, excepcionais, pessoa deficiente, pessoas portadoras de deficiência, pessoa com necessidades especiais, portadores de necessidades especiais etc.-, bem como sua associação à expressões como ‘concurso’, ‘reserva de vagas’ e ‘cotas’ poderia resultar em julgados sem pertinência, entendeu-se a pesquisa por indexação legislativa como critério idôneo e mais objetivo.

Na tela de pesquisa de jurisprudência do sítio virtual do STF (BRASIL, 2018, online), na área de ‘pesquisa por campo específico’, em legislação, uma vez inserida a indicação de inciso VIII, de artigo 37 e escolhida a Constituição Federal de 1988 (CF-1988) no campo ‘legislação’, o sistema retornou, a 29/01/2018, em relação a todos os tipos de decisão disponíveis para busca (Acórdãos, repercussões gerais, súmulas vinculantes, súmulas, decisões monocráticas, decisões da presidência, informativos e questões de ordem) 1 repercussão geral, 89 acórdãos, 25 decisões da presidência e 798 decisões monocráticas.

Logo, percebe-se que a expressão de busca empregado pelo sistema da Suprema Corte (“(CF-1988 MESMO ART-00037 ADJ40 INC-00008)”) não permitiu a pesquisa acerca do inc. VIII do art. 37 da CR/88, mas, sim, julgados em que tenha havido a indexação legislativa de ‘um

inciso VIII qualquer’, de ‘um artigo 37 qualquer’ e de qualquer dispositivo da ‘Constituição Federal de 1988’ –criando dificuldades.

Com a conferência da indexação legislativa desses julgados, obteve-se 24 acórdãos, 3 decisões da presidência e 164 decisões monocráticas indexados especificamente em relação ao inc. VIII do art.37 da CR/88. Com uma leitura superficial destes, porém, constatou-se que alguns na verdade versavam sobre os inc. XIII ou VII. Eliminando-se os julgados dos indexados equivocadamente, obtém-se uma relação de 20 acórdãos, 2 decisões da presidência e 126 decisões monocráticas.

Superada essa longa etapa e avançando para o conteúdo das decisões, percebe-se que o dispositivo constitucional estudado, por vezes, integra as razões de decisão ou, por outras, é mencionada de passagem de modo enumerativo, exemplificativo ou, mesmo, equivocadamente na redação do relatório ou do voto, – quando não em trecho citado do acórdão recorrido.

Em vários constatou-se a presença do art. 37, VIII da CR/88 apenas em relatório em referência aos dispositivos cuja violação havia sido suscitada, não sendo possível precisar da análise da decisão proferida sob que circunstâncias teria ocorrido sua invocação, – até porque, em vários desses, entendeu-se pelo não conhecimento ou indeferimento sumário do recurso. Em outros julgados, a menção serviu de exemplo para demonstrar adesão constitucional às ações afirmativas (*e.g.* cotas estudantis, benefícios tributários, benefícios assistenciais etc.).

Decisões houve em que o dispositivo foi citado como referência à distinção feita pela constituição entre cargos públicos e empregos públicos. Noutras tantas, a indexação deu-se por mera enumeração de princípios constitucionais contemplados no caput e incisos do art.37. Por fim, em alguns casos, não sendo possível precisar o art. 37, VIII da CR/88 como integrante do cerne da decisão, verificou-se aparente equívoco na indexação uma vez debatidas outras matérias contempladas no art.37.

Como resultado dessa breve análise do conteúdo das decisões, restaram selecionados 11 acórdãos¹, 2 decisões da presidência² e 76 decisões monocráticas³. Desses, porém, em poucos houve discussão do mérito, culminando com o provimento ou desprovimento da ação ou recurso. Adicionalmente, a pesquisa das decisões referenciadas pelos julgados obtidos revelou a existência de decisões que, embora versando sobre o

mérito do dispositivo ora pesquisado, não teve sua indexação no site da suprema corte (por exemplo, MS 31.715 e MS 30.861).

Portanto, foram com esses critérios e condições que se delimitou, organizou e recolheu a amostra jurisprudencial que é objeto de análise nos tópicos que se seguem.

4. ANÁLISE DE JULGADOS

Não obstante as dificuldades relatadas no tópico anterior, foi possível selecionar um conjunto de julgados que, além de evidenciar uma certa unidade referencial, indicam o desenvolvimento do processo de revisão de entendimento do STF sobre a aplicação do art.37, VIII, da CR/88, partindo de decisão plenária da Corte em 2000 e encerrando-se, 15 anos depois, com outra decisão em sentido um tanto diverso pelo Pleno, - cuja composição, comparada à de 2000, foi renovada em 9 ministros, mantidos apenas Celso de Mello e Marco Aurélio.

4.1 Recurso extraordinário 227.299-1/MG: eficácia constitucional no plenário

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais negou ao recorrente com deficiência uma das 8 vagas de advogado da Câmara Municipal de Divinópolis/MG uma vez que a Lei Complementar Municipal nº 09/92, em relação ao art.37, VIII da CR/88, fixava a reserva de vagas em 5%, resultando no valor de 0,4. Segundo o recorrente, tal índice deveria ser arredondado em respeito ao ditame constitucional. Com parecer favorável da Procuradoria Geral da República (PGR), o relator, Min. Ilmar Galvão, destacando o mínimo de 5% e a ordem do Dec. nº 3.298/99 de elevação de eventual resultado fracionado para o primeiro número inteiro subsequente, dispôs:

De ter-se, em face da obrigatoriedade da reserva de vagas para portadores de deficiências, que a fração, a exemplo do disposto no Decreto nº 3.298/99, seja elevada ao primeiro número inteiro subsequente, no caso 01 (um), como medida necessária a emprestar-se eficácia ao texto constitucional, que, caso contrário, sofreria ofensa. (BRASIL, 2000, online)

O ministro destacou ainda, que é “o número total de cargos e empregos o dado a ser considerado quando da abertura de concursos públicos, para a reserva de vagas a deficientes físicos” (BRASIL, 2000, *online*), o que

sugere que, independente da diversidade e natureza de cargos e empregos ofertados em concurso, o percentual deve ser aplicado sobre sua totalidade.

Julgado em 14/06/00 pelo Plenário do STF, então, composto pelos ministros Ilmar Galvão, Carlos Velloso, Néri da Silveira, Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Sepúlveda Pertence, Maurício Corrêa, Celso de Mello e Marco Aurélio (além dos ausentes, Moreira Alves e Nelson Jobim) deu provimento unânime segundo o relator.

4.2 Mandado de segurança 25.074/DF: a base de cálculo

Neste *writ*, os impetrantes se insurgem contra a reserva de 1 das 2 vagas para Procurador do Ministério Público junto do Tribunal de Contas da União ao argumento de que extrapolado o limite de 20% previsto no §2º do art. 5º da Lei 8.112/90.

Apreciando a cautelar, o relator, Min. Cezar Peluso, em decisão de 18/10/04, negou liminar aduzindo, inclusive, as seguintes considerações sobre a base de cálculo do percentual de vagas reservadas, após citada ementa do RE 227.299-1/MG:

E, posto que neste juízo provisório, tenho que acertou [esta Corte], porque, a desconsiderar o número dos cargos e empregos para efeito de reserva, a pessoas portadoras de deficiência, de vagas em cargos e empregos públicos, teríamos algumas consequências práticas absurdas, das quais a mais visível seria a de, ao final de vários concursos, com uma ou duas vagas em cada um, acabarem sendo todas, ou quase todas, do quadro funcional, preenchidas por aqueles aos quais a Constituição pretendeu apenas garantir ocupem parte (percentual) do número dos cargos ou empregos de cada órgão, por conta e em rol da condição pessoal de portadores de deficiência.

A limitação do número de vagas em relação ao número dos cargos ou dos empregos públicos, em cada unidade administrativa, é o único critério que, sem prejudicar o acesso dos demais cidadãos com base nos requisitos ordinários, concretiza a reserva de percentual para uma especial categoria de pessoas. Em palavras menos congestionadas, o que assegura a Constituição é que os portadores de deficiência têm direito de ocupar determinado número de cargos e de empregos

públicos, considerados em cada quadro funcional, segundo a percentagem que lhes reserve a lei, o que só pode apurar-se no confronto do total dos cargos e dos empregos, e não, é óbvio, perante o número aleatório das vagas que se ponham em cada concurso.

Daí ser conforme à Constituição a interpretação dada pela Corte àquele conjunto de normas subalternas. De modo que, aplicada ao caso, em que foi garantida ao litisconsorte passivo uma (1) vaga dentro do quadro de sete (7) cargos de Procurador, não enxergo nítida ofensa a direito líquido e certo dos ora impetrantes. (BRASIL, 2004, *online*)

No mérito, o novo relator, Min. Gilmar Mendes, a 28/08/12, negou seguimento uma vez ausente prova pré-constituída de que os impetrantes preenchiam os requisitos para sua nomeação. O agravo regimental oposto não foi conhecido por intempestivo, negada, também, irregularidade na publicação da decisão recorrida.

4.3 Mandado de segurança 26.310-5/DF: pleno em reexame com resistência

Em concurso serviços notariais e de registro do Distrito Federal não houve reserva de vagas, vindo o impetrante, quer com base nas 4 vagas ofertadas, quer nas 2 vacantes, pleitear o arredondamento para 1 vaga. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) negou o pedido “tendo em conta o número de vagas ofertado, o que acabaria por viabilizar o preenchimento da metade das existentes” (BRASIL, 2007, *online*) enquanto que a PGR emitiu parecer assim ementado:

Mandado de segurança. Decisão do Conselho Nacional de Justiça que concluiu pela desnecessidade de reserva, aos portadores de deficiência, de uma das duas vagas de tabelião oferecidas no TJDF. Aplicação do percentual legal que importaria, no caso concreto, distorção da política pública de inclusão social. Desigualdade em prejuízo da grande maioria dos concorrentes e desrespeito ao limite máximo de reserva de vagas. (BRASIL, 2007, *online*)

Em seu voto, o relator, Min. Marco Aurélio, parte de que a decisão do RE 227.299-1/MG, no qual votou, merece reexame. O que fez nestes termos:

Ora, considerado o total de vagas no caso -duas- não se tem aplicada a percentagem mínima de cinco ou a máxima de vinte por cento, como definir vaga reservada a teor do aludido inciso VIII. Entender-se que um décimo de vaga ou mesmo quatro décimos, resultantes da aplicação de cinco ou vinte por cento, respectivamente, sobre duas vagas, dão ensejo à reserva de uma delas implica verdadeira igualização, olvidando-se que a regra é a não-distinção entre candidatos, sendo exceção a participação restrita, consideradas vagas reservadas. Essa conclusão levaria os candidatos em geral a concorrerem a uma das vagas e os deficientes, à outra, majorando-se os percentuais mínimo, de cinco por cento, e máximo, de vinte por cento, para cinquenta por cento. O enfoque não é harmônico com o princípio da razoabilidade.

Há que se conferir ao texto constitucional interpretação a preservar a premissa de que a regra geral é o tratamento igualitário, consubstanciando exceção a separação de vagas para um certo segmento. A eficácia do que versado no artigo 37, inciso VIII, da Constituição Federal pressupõe campo propício a ter-se, com a incidência do percentual concernente à reserva para portadores de deficiência sobre cargos e empregos públicos previstos em lei, resultado a desaguar em certo número de vagas, e isso não ocorre quando existentes apenas duas. Daí concluir pela improcedência do inconformismo retratado na inicial, razão pela qual indefiro a ordem. (BRASIL, 2007, *online*)

O Min. Menezes Direito, aderindo ao precedente do qual não participou (pois ingressou na vaga do Min. Sepúlveda), divergiu do relator, ressaltando que “a disciplina constitucional é mandatória, determina que nos concursos públicos deve reservar-se vaga específica para os deficientes”. “No máximo de vinte por cento” - entrevi a Min. Ellen Gracie. Ao que replicou o Min. Menezes Direito: “Se tem dois, três, quatro, cinco, seis, sete não importa, tem de ser reservada”. Com a palavra novamente, a Min. Ellen Gracie ponderou: “São serventias raras, que vão vagando ao longo do tempo. Por exemplo, os cartórios. Vamos esperar que haja vaga de vinte cartórios para poder, então, abrir o edital”? (BRASIL, 2007, *online*)

Ao argumento de que a Constituição é textual, não se podendo extrair um número arbitrário de vagas, o Min. Peluso acompanhou o relator, ressaltando que a norma deixa de ser exceção para atender situações par-

ticularíssimas, a que só a lei caberia regular. Após, o Min. Lewandowski citou trecho da decisão monocrática proferida pelo Min. Peluso em apreciação de cautelar no MS 25.074/DF e completou:

Quer dizer, é preciso examinar esse percentual que fixa a lei de acordo com o total de cargos existentes na administração numa determinada categoria, porque senão, realmente, se abirmos a cada concurso vagas para os deficientes, de repente esse número previsto na lei acaba sendo ultrapassado. (BRASIL, 2007, *online*)

Ao final, por maioria, vencidos Menezes Direito e Carmen Lúcia, ausentes Carlos Britto, Joaquim Barbosa e Eros Grau, decidiu o STF nos termos do voto do relator, Min. Marco Aurélio, no que acompanhado por Celso de Mello, Gilmar Mendes, Cezar Peluso e Ricardo Lewandowski. A decisão é datada de 20/09/07.

4.4 Recurso extraordinário 408.727/SE: a consolidação

Distribuído a 10/10/03, em despacho monocrático de 30/07/09, o Min. Cezar Peluso, relator, informou que o recorrente se insurgiu contra a aplicação do art. 4º da Lei Estadual nº 3.549/94, que preceitua que “o percentual reservado aos deficientes, quando não atingir quociente inteiro, será tido por inexistente”, alegando que a Constituição “garante a participação de deficientes físicos em concurso público por meio da reserva de vagas determinadas, independentemente do percentual aplicado”. Em decisão, sustentou que o Plenário fixou no julgamento do MS 26.310/DF que a reserva “deve ser mitigada nas situações em que a aplicação dos critérios legais para a reserva resulte em percentuais superiores aos estabelecidos na própria lei, sob pena de violação ao art. 37, III, da Constituição Federal” (BRASIL, 2009c, *online*). Após citar trecho da decisão cautelar do MS 25.074/DF, também de sua relatoria, conclui que, aberto o certame para 3 vagas, o percentual de 20% resultaria na fração de 0,6, não permitindo arredondamento para cima, à luz da jurisprudência do STF.

Negado, assim, seguimento ao recurso extraordinário, foi oposto agravo regimental que, na 2ª Turma, passou a ser relatado pelo Min. Gilmar Mendes, cujo voto conclui que o MS 26.310/DF, invocado pela decisão agravada, amoldava-se ao caso e era de entendimento dominante. Em 14/09/10, a decisão foi unânime, votando Ellen Gracie, Ayres Britto e

Joaquim Barbosa - ausente o Min. Celso de Mello.

Opostos embargos de declaração, estes foram rejeitados pelo novo relator, Min. Lewandowski, com multa do art.538, parágrafo único, do CPC, cuja ausência de prova de recolhimento no preparo levou à inadmissão dos embargos de divergência.

4.5 Mandado de segurança 30.861/DF: a sintetização

Distribuído a 31/08/11, relata o Min. Gilmar Mendes que a autora, 1ª colocada nas vagas reservadas para Técnico de Saúde do Ministério Público da União (MPU) no Distrito Federal, não foi nomeada em 2 vagas abertas nem nas 3 outras de cadastro de reserva, violando a lei conforme argumento deduzido nos seguintes termos:

(...) considerando que 5% de 5 dá 0,25 vaga e arredondando essa fração até o primeiro número inteiro o resultado é 1 vaga ou 20% do total (050).

Ressalte-se que essa 1 vaga corresponde exatamente ao limite legal, que é de 20% (pois 20% de 5, é 1), ou seja, a quinta vaga é do deficiente físico, o que acontece no caso da impetrante. (BRASIL, 2012b, *online*)

Sustentou a impetrada que o critério usado (1 a cada 10) a favorecia já que, “se fosse observado apenas o percentual legalmente previsto (5% ou 1 a cada 20), a primeira vaga destinada aos portadores de deficiência somente ocorreria ao se chamar o 20º classificado” (BRASIL, 2012b, *online*).

Após citar a legislação de regência, o relator fundamentou sinteticamente:

Com efeito, caso se entendesse que todas as frações deveriam ser arredondadas para o primeiro número inteiro subsequente, a cada vaga disponibilizada à ampla concorrência, outra deveria ser reservada aos portadores de deficiência, o que violaria frontalmente o tratamento igualitário que deve ser dispensado, como regra, a todos os concursos públicos.

Por outro lado, a regra do arredondamento não pode ser ignorada.

Desse modo, o Supremo Tribunal Federal, buscando garantir razoabilidade à aplicação do disposto no Decreto 3.298/99, entendeu que o referido diploma legal deve ser interpretado em conjunto com a Lei 8.112/90. Assim, as frações, mencionadas no art. 37, § 2º, do Decreto 3.298/99, deverão ser

arredondadas para o primeiro número subsequente, desde que respeitado limite máximo de 20% das vagas oferecidas no certame (art.5º, §2º, da Lei 8.112/90). (BRASIL, 2012b, *online*)

Por fim, após citar a ementa do MS 26.310, votou pelo atendimento da pretensão da impetrante em voto condutor de acórdão unânime da 2ª Turma, proferido em data de 22/05/12, cujo trânsito em julgado ocorreu em 21/06/12.

4.6 Mandado de segurança 31.715/DF: uma explicação criteriosa e didática

Distribuído a 12/11/12, a Min. Rosa Weber negou liminar ao *writ* em que se alegava que, para provimento de 1 vaga e cadastro de reserva no cargo de Arquitetura/Perito do MPU, nomeados 10 candidatos, dos quais 8 efetivamente tomaram posse, não houve nomeação de candidato com deficiência, desatendendo a legislação e o precedente do MS 30.861/DF.

A autoridade coatora sustentou que “a legislação pátria silenciou sobre o momento em que se deveria implementar a nomeação (...), estabelecendo tão somente os limites, mínimo e máximo, do percentual de vagas” (BRASIL, 2014b, *online*). Aduziu que a nomeação obedecia a seguinte ordem: 10ª, 30ª, 50ª, 70ª e assim por diante; em favorecimento desses candidatos uma vez que, se fosse atendido estritamente os 5% fixados em edital – a que, acrescenta, a autora aderiu no ato de inscrição –, só seria chamado a partir do 20º provimento.

Como *custos legis*, o MPF, citando o art. 27 da CDPcD da ONU, ressaltou que “esses preceitos, compreendidos sob os influxos da tônica constitucional da igualdade, devem ser harmonizados e aplicados de forma a assegurar a maior efetividade possível à política de inclusão social encampada pelo Estado” (BRASIL, 2014b, *online*). Destacou que, desde 2013, o MPU estabeleceu que o 1º classificado com deficiência era nomeado para a 5ª vaga aberta, e os demais para as 11ª, 21ª, 31ª vagas e assim sucessivamente, – critério que atendia a legislação e os valores constitucionais, sendo devida a concessão da ordem à semelhança do MS 30.861/DF.

Fundamentando a apreciação do mérito, em 01/09/2014, a Min. Rosa Weber votou de modo criterioso, concluindo pela necessidade de apreciação casuística:

Esses quatro aspectos, – piso, teto, arredondamento e pre-

visão editalícia quanto ao cadastro de reserva –, não de ser obrigatoriamente atendidos para que se tenha por efetivado o direito constitucional de inclusão profissional dos portadores de deficiência no mercado de trabalho, na esfera governamental. E a observância há de se fazer de forma conjunta, vale dizer, obrigatório o atendimento simultâneo dos quatro aspectos a cada nomeação, sob pena de se ter por negada, ou concretizada de modo insuficiente, a previsão constitucional. (BRASIL, 2014b, online)

Avançando de modo didático, evidencia a aplicação da interpretação consolidada pelo STF, com hipóteses de concurso de 1 até 5 vagas – neste último caso, quando a regra de arredondamento passa a atender conjuntamente ao máximo de 20%. Mas a ministra propõe seguir adiante com a casuística:

Dentro do que estipula o concurso em análise, portanto, na sexta vaga surgida, verifica-se que 5% é 0,3 vaga, o que, arredondada para o primeiro número inteiro, dá 1, o que equivale a aproximadamente 16,66 % de seis vagas. Como já houve o preenchimento de uma vaga pela lista especial, na nomeação da quinta posição, não há qualquer desrespeito à garantia constitucional (nos termos em que esta se encontra explicitada na legislação ordinária) e ao edital, com a nomeação de mais um candidato da lista geral.

O mesmo ocorrerá quanto à sétima (aproximadamente 14,28 % do total), oitava (12,5%), nona (aproximadamente 11,11 %), décima (10%), décima primeira (aproximadamente 9,09%), décima segunda (aproximadamente 8,33 %), décima terceira (aproximadamente 7,69 %), décima quarta (aproximadamente 7,14%), décima quinta (aproximadamente 6,66 %), décima sexta (6,25%), décima sétima (aproximadamente 5,88%), décima oitava (aproximadamente 5,55%) décima nona (aproximadamente 5,26 %) e vigésima vagas (5%), quando se atinge o piso previsto no art. 37, § 1º, do Decreto 3.298/99. Nessas situações, a quinta nomeação a partir da lista especial justifica plenamente a nomeação de aprovados da lista geral.

Na vigésima primeira vaga, porém, tem-se que 5% delas representa 1,05 vaga. Aplicando-se a regra do arredondamento, ter-se-ão duas vagas previstas para a lista de deficientes físicos, que representam cerca de 9,52% de vinte e uma vagas.

Portanto, esta vaga também deve ser ocupada pelo segundo colocado na lista especial.

A grande diferença prática entre os resultados apresentados e o sistema de contagem proposto pela autoridade coatora decorre, aparentemente, do fato de que esta procede ao arredondamento para o primeiro número inteiro subsequente apenas das frações de vagas que, na divisão do número destas por 5%, resultam em valor superior a 0,5. A tal conclusão se chega não apenas pela sequência numérica adotada vagas de nº 10, 30, 50, 70 etc. como pela tabela juntada (...). (BRASIL, 2014b, *online*)

Prossigui destacando que, ao arredondar para cima apenas das frações de vagas que, na divisão do número destas por 5%, resultavam em valor superior a 0,5, a impetrada estabelecia um teto de 10% das vagas, não de 20%, contrariando a legislação. Disso, acrescentando as considerações do *custos legis*, citações do MS 30.861/DF, do MS 26.310/DF e do ED-RR-1440-47.2005.5.04.0025, DEJT, este por si relatado quando então ministra do TST, a Min. Rosa Weber concedeu ordem, vindo o feito transitar em julgado a 25/09/14.

4.7 Mandado de segurança 31.695/DF: uma completa absorção

Apreciando pedido cautelar do mandamus impetrado a 09/08/11, o relator, Min. Celso de Mello, em decisão de 06/11/12, pautado pela fundamentação do MS 30.861/DF, deferiu a medida para suspender, em relação ao autor, o lapso da validade de concurso público do MPU, reservando-se-lhe vaga de Técnico Administrativo. É que, aprovado em primeiro no cadastro de reservas, foram nomeados 8 candidatos sem deficiência para as 3 vagas iniciais e mais 5 que surgiram. Alegou ter direito à 5ª vaga. Pela impetrada sustentou-se tal como no MS 31.715/DF.

Em 19/08/14, o relator proveu a ação, restando prejudicado, em consequência, o exame do recurso de agravo interposto face a cautelar. No mérito, sustentou pelo arredondamento, observados o percentual mínimo e máximo fixado em legislação:

Não foi por outro motivo que esta Suprema Corte, na esteira do entendimento acima exposto, ao apreciar controvérsia similar à versada nestes autos (MS 30.861/DF, Rel. Min. GILMAR MENDES – RE 227.299/MG, Rel. Min. ILMAR

GALVÃO), firmou orientação que reconhece, a candidato portador de deficiência física, no âmbito de processo seletivo de servidor por concurso público, o direito à reserva de vagas, ainda que o percentual estabelecido em lei seja inferior a um número inteiro, procedendo-se, nesses casos, o arredondamento da fração para unidade aritmética imediatamente superior: (...). (BRASIL, 2014a, *online*)

Uma vez oposto Agravo Regimental por inobservância da legislação de regência, em parecer datado de 15/12/2014, o MPF sustentou como no MS 31.715/DF, aduzindo, após, que a jurisprudência do STF é pela impossibilidade de, mediante arredondamento, majorarem-se as percentagens mínima e máxima legais. Por fim, citou o RE 408.727 AgR e o MS 26.310.

Na decisão do agravo, o relator acrescentou aos argumentos cautelares trechos do voto da relatora na decisão do MS 31.715/DF. Com isso, por unanimidade, a 2ª Turma, a 03/02/15, negou provimento ao agravo. Ademais, rejeitados os embargos de declaração interpostos pela União, o trânsito se deu em 02/06/15.

4.8 Recurso ordinário em mandado de segurança 27.710/DF: o plenário de novo

Uma vez distribuído, a 06/11/08, ao Min. Menezes Direito, com o falecimento deste, menos de um ano depois, o ministro Dias Toffoli, nomeado em sua substituição, concedeu a segurança em decisão, datada de 20/03/15, a fim de que os impetrantes, aprovados na condição de candidatos com deficiência, figurassem nas pleiteadas posições de classificação em lista geral. É que o Superior Tribunal de Justiça garantiu aos impetrantes, 3º e 4º lugares na lista específica para 14 das 272 vagas de Procurador Federal de 2ª Categoria, que figurassem na lista final de aprovados entre as 272 primeiras colocações – 269ª e 270ª – atendendo à nota final obtida, mas sem se descuidar da reserva constitucional de vagas. Isso porque, mantidas as 607ª e 608ª posições, como antes dispôs a autoridade coatora, e atendida essa ordem para fins de nomeação, a garantia constitucional de reserva de vagas restaria fadada à absoluta ineficácia. Insatisfeitos, os impetrantes recorreram à Suprema Corte.

Na decisão monocrática, além de ressaltar a observância do princípio da isonomia e a previsão editalícia de nomeação observada a proporcionalidade e alternância entre as vagas de ampla concorrência e as

reservadas a pessoas com deficiência, o aderiu aos termos da decisão proferida no MS 31.715/DF, de modo que “o 1º lugar da lista dos candidatos portadores de deficiência seria chamado na 5ª posição, o 2º classificado seria chamado na 21ª, o 3º colocado na 41ª vaga, o 4º na 61ª vaga, o 5º na 81ª vaga e assim sucessivamente” (BRASIL, 2015, *online*). Após, também citou trecho do MS 30.861/DF, relatado pelo Min. Gilmar Mendes.

O agravo regimental oposto pela ré foi levado a plenário e improvido por unanimidade em 28/05/15. Superadas as preliminares, sustentou-se que a decisão agravada era conforme a pacífica jurisprudência do STF e, inexistindo novos argumentos aptos a modificá-la, repisou-se seus fundamentos aos quais, além do MS 31.715/DF e do MS 30.861/DF, adicionou-se o MS 31.695/DF. Presentes os Min. Lewandowski, Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki e Roberto Barroso.

5. ORGANIZAÇÃO E DISCUSSÃO DE TESES JURÍDICAS

Como foi possível observar, a aplicação do art.37, VIII, da CR/88 provocou uma série de questionamentos: limites percentuais mínimo e máximo, a harmonização deles entre si, a base de cálculo deste percentual, a oportunidade para nomeação, cadastro de reserva etc.

No RE 227.299-1/MG, o vencedor voto do Min. Ilmar Galvão tratou de dois pontos: (i) a regra de arredondamento do Dec. nº 3.298/99, a dar eficácia ao texto constitucional; (ii) a base de cálculo do percentual, a considerar a totalidade de cargos e empregos. E acerca deste último que o Min. Peluso, no MS 25.074/DF, diante da reserva de 1 de 2 vagas, não viu ofensa ao art. 5º da Lei nº 8.112/90, posto que o percentual incidiria no total de cargos e empregos do quadro funcional de cada órgão.

Já no julgamento plenário do MS 26.310-5/DF, o Min. Menezes Direito, em defesa da tese trazida pelo RE 227.299-1/MG, apega-se ao primeiro argumento: dar eficácia à disciplina constitucional mandatória: “Se em dois, três, quatro, cinco, seis, sete não importa, tem de ser reservada” (BRASIL, 2007, *online*). Voto vencido (acompanhado por Cármen Lúcia), a revisão do entendimento do STF se deu nos termos do voto do Min. Marco Aurélio, que (atente-se), adotando como base de cálculo o número de vagas ofertadas (2) em concurso de serviço notarial do Distrito Federal, entendeu que a regra de arredondamento elevaria a reserva a 50% (1 de 2), extrapolan-

do o limite de 20% do art. 5º da Lei nº 8.112/90 ($0,2 \times 2 = 0,4$): “O enfoque não é harmônico com o princípio da razoabilidade” (BRASIL, 2007, *online*) – defendeu. Ainda neste caso, o Min. Lewandowski tomou por referência o voto do Min. Peluso no MS 25.074/DF, extraindo conclusão que só não se mostraria diametralmente oposta ao precedente citado se no Distrito Federal houvesse, no máximo (providas e vacantes) o total de 4 serviços notariais.

Em igual situação, incidiu o Min. Peluso no RE 408.727/SE, que, referenciando seu despacho no MS 25.074/DF, para o percentual de 20%, tomou por base as 3 vagas ofertadas em concurso para auditor do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe, – para o qual não presta informação do total de cargos em quadro funcional –, negando o arredondamento da fração ($0,2 \times 3 = 0,6$). Ou seja, em ambos, ao argumento de confirmar entendimento do MS 25.074/DF, acabou-se por contrariá-lo.

Assim, uma vez totalmente esvaziado da sua substância, o argumento da base de cálculo, no julgamento do MS 30.861/DF, o Min. Gilmar Mendes sintetiza o novo paradigma sob a seguinte fórmula: “as frações, mencionadas no art. 37, § 2º, do Dec. 3.298/99, deverão ser arredondadas para o primeiro número subsequente, desde que respeitado limite máximo de 20% das vagas oferecidas no certame (art. 5º, § 2º, da Lei 8.112/90)” (BRASIL, 2012b, *online*).

De se destacar que este (MS 30.861/DF) e os dois julgados seguintes (MS 31.715/DF e MS 31.695/DF) contam não só com o acréscimo do fator ‘cadastro de reserva’ como também com a tese do MPU, impetrado, segundo a qual, (i) tendo a legislação silenciado quanto ao momento de nomeação dos candidatos com deficiência e (ii) havendo de se observar os limites mínimo e máximo de percentual de vagas legalmente reservadas, a nomeação de um candidato com vaga reservada assim que atingida ou superada a fração de 0,5 obedeceria a regra de arredondamento, sendo inclusive critério mais benéfico do que na proporção de 5%. Veja-se:

Vagas	%	Reserva
1	* $0,05 = 0,05$	0
2	* $0,05 = 0,1$	0
3	* $0,05 = 0,15$	0
4	* $0,05 = 0,2$	0
5	* $0,05 = 0,25$	0

6	* 0,05 = 0,3	0
7	* 0,05 = 0,35	0
8	* 0,05 = 0,4	0
9	* 0,05 = 0,45	0
10	* 0,05 = 0,5	1
11	* 0,05 = 0,55	1
12	* 0,05 = 0,6	1
13	* 0,05 = 0,65	1
14	* 0,05 = 0,7	1
15	* 0,05 = 0,75	1
16	* 0,05 = 0,8	1
17	* 0,05 = 0,85	1
18	* 0,05 = 0,9	1
19	* 0,05 = 0,95	1
20	* 0,05 = 1,0	1
21	* 0,05 = 1,05	1
30	* 0,05 = 1,5	2
50	* 0,05 = 2,5	3
70	* 0,05 = 3,5	4
90	* 0,05 = 4,5	5
110	* 0,05 = 5,5	6

Tabela 1: Tese do Ministério Público da União para reserva de 5% das vagas (teto de 20% e piso de 5%)

O enfrentamento metódico da questão ficou a cargo da Min. Rosa Weber, que, no MS 31.715/DF, aderindo à fórmula sintética do MS 30.861/DF e, supostamente, ao reexame do MS 26.310/DF, descortinou o aspecto inócuo por trás da lógica implicada no método proposto pela impetrada, revelando que o atendimento conjunto de piso, teto, arredondamento e cadastro de reserva só se opera quando admitido que, no intervalo entre 5% e 20%, o número fracionado decorrente da aplicação do percentual de 5% sobre o número de vagas seja elevado até o primeiro número inteiro seguinte:

Vagas	%	Reserva
1	1/1 = 100	Acima de 20%
2	1/2 = 50	Acima de 20%
3	1/3 = 33,33	Acima de 20%
4	1/4 = 25	Acima de 20%
5	1/5 = 20	1
6	1/6 = 16,66	1
7	1/7 = 14,28	1
8	1/8 = 12,50	1
9	1/9 = 11,11	1
10	1/10 = 10	1
11	1/11 = 9,09	1
12	1/12 = 8,33	1
13	1/13 = 7,69	1
14	1/14 = 7,14	1
15	1/15 = 6,66	1
16	1/16 = 6,25	1
17	1/17 = 5,88	1
18	1/18 = 5,55	1
19	1/19 = 5,26	1
20	1/20 = 5	1
21	1/21 = 4,76	Abaixo de 5%
21	2/21 = 9,52	2
40	2/40 = 5,00	2
41	2/41 = 4,87	Abaixo de 5%
41	3/41 = 7,31	3
61	3/61 = 4,91	Abaixo de 5%
61	4/61 = 6,55	4
81	4/81 = 4,93	Abaixo de 5%
81	5/81 = 6,17	5
101	5/101 = 4,95	Abaixo de 5%
101	6/101 = 5,94	6

Tabela 2: Tese de Rosa Weber para reserva de 5% das vagas (teto de 20% e piso de 5%)

Como se vê, é remota a possibilidade de que a incidência de 5% ou 20% (seja sobre as vagas abertas em edital ou o total do quadro funcional) resulte em número inteiro. A solução encontrada foi, desde logo, estipular uma regra de arredondamento das frações, – no caso, para o primeiro número inteiro subsequente (e não o antecedente). E veja-se: não apenas à fração igual ou superior a 0,5, mas qualquer fração, – ponto de divergência no MS 26.310-5/DF em que negado arredondamento à fração de 0,4. O fato é que, com a criteriosa e didática explanação da ministra Rosa Weber, se mostrou possível (e desejável), desde logo, estabelecer um padrão muito claro de convocação alternando entre as listas de candidatos com reserva de vaga e a lista de candidatos pela ampla concorrência independente da base de cálculo que se venha a adotar, – situação demandada pela previsão editalícia de cadastro de reserva.

Nesta linha de desenvolvimento, o MS 31.695/DF também se mostrou de grande importância uma vez que, nas decisões em seu trâmite proferidas, encontra-se em sede de fundamentação a menção a todos os julgados acima citados (com exceção do MS 25.074/DF), levando a supor a configuração de um conjunto harmônico, – o que, como visto, não é exato.

Se o reexame plenário do RE 227.299/MG pelo MS 26.310/DF contou com dois votos divergentes, o julgamento do RMS 27.710/DF, levado ao Pleno pelo relator Min. Dias Toffoli, – ironicamente substituto de Menezes Direito, voto vencido no MS 26.310/DF –, recebeu votação unânime, tendo por referência a fórmula sintética de Gilmar Mendes no MS 30.861/DF, a explicação criteriosa e didática de Rosa Weber no MS 31.715/DF e a pretensão conglobante de Celso de Mello no MS 31.695/DF. A mensagem: a divergência ficou no passado.

As conclusões deste estudo, porém, não devem se limitar à constatação de que as teses do RE 227.299/MG foram superadas e como tal processo se operou formalmente na jurisprudência do STF, sendo imperioso confrontar suas razões.

De início, dar o total de cargos e empregos públicos do quadro funcional ao tempo do edital de concurso por base de cálculo dos percentuais legais, ainda que dado por ideal, levaria à situação em que, e.g., um órgão com 10.000 cargos providos e vagos restaria obrigado a preencher 525 deles com pessoas com deficiência antes de abrir edital para uma única vaga

para pessoas sem essa condição, sob pena de violar a CR/88. Agora, imagine-se isso para todas as funções de todos os quadros funcionais de todos os entes da administração direta e indireta das três esferas da federação de todo o país. Com exceção de determinada interpretação, a princípios como o de eficiência (CR/88, art.37), não parece haver vedação quanto a este posicionamento. Porém, a norma impossível de se cumprir ou impossível de se violar é destituída de um mínimo de eficácia, pressuposto de qualquer norma jurídica. Se uma tal exigência, ainda hoje, se mostra irreal, cogite-se ao tempo em que promulgada a CR/88.

Já o argumento aduzido pelos ministros Peluso e Lewandowski nos MS nºs 26.310-5/DF e 25.074/DF de que, ao final de vários concursos, com uma ou duas vagas em cada um, acabariam sendo todas ou quase todas as vagas do quadro funcional preenchidas por pessoas com deficiência evidentemente não se sustentou. Além do anotado óbice à interpretação acima, se ao final de vários concursos um número relevante de cargos e empregos públicos viesse a ser preenchido por membros dessa minoria (o que não aconteceu), isso só viria a retratar um retumbante sucesso da política pública de inclusão, – implicando, inclusive, a possibilidade de sua revisão, conforme é da sua natureza. Esse ponto, aliás, é o que mais se destaca na análise das razões de decidir nos citados julgados: a desatenção à natureza deste tipo de política pública, pautada pela discriminação positiva e, portanto, deliberadamente voltada à criteriosa ruptura do princípio de igualdade formal em prol de uma igualdade substancial. Com exceção do voto da ministra Rosa Weber no MS 31.715/DF, no que se fez acompanhar ali pela manifestação da PRG como *custus legis*, não se observou das ações selecionadas qualquer fundamentação que conferisse a mesma ênfase ao art. 37, VIII da CR/88 como a dispensada nos julgados em que tal dispositivo tomado como referencial constitucional de ações afirmativas.

A propósito, entre outros, o Min. Fachin, na ADI 5.357/DF, sobre a obrigação de todas as escolas do sistema educacional em receber alunos com deficiência, registrou que “igualdade não se esgota com a previsão normativa de acesso igualitário” (BRASIL, 2016, *online*).

Na ADPF 186/DF (cotas raciais universitárias), o Min. Lewandowski, depois de citar a ementa do RMS 26.071, sobre o art.37, VIII da CR/88 – “a reparação ou compensação dos fatores de desigualdade factual com medidas de superioridade jurídica constitui política de ação afirmativa que se

inscreve nos quadros da sociedade fraterna que se lê desde o preâmbulo da Constituição” –, aderiu ao argumento de que as ações afirmativas “não configuram meras concessões do Estado, mas consubstanciam deveres que se extraem dos princípios constitucionais” (BRASIL, 2012a, *online*). Na mesma ação, o Min. Marco Aurélio votou:

(...). A cláusula “segundo a capacidade de cada um” somente pode fazer referência à igualdade plena, considerada a vida pregressa e as oportunidades que a sociedade ofereceu às pessoas. A meritocracia sem “igualdade de pontos de partida” é apenas uma forma velada de aristocracia. (BRASIL, 2012a, *online*)

A Min. Cármen Lúcia, na ADI 2.649/DF, sobre passe livre no sistema de transporte coletivo interestadual às pessoas com deficiência, seguiu na mesma linha:

O princípio constitucional da solidariedade tem, pois, no sistema brasileiro, expressão inegável e efeitos definidos, a obrigar não apenas o Estado, mas toda a sociedade. Já não se pensa ou age segundo o ditame de ‘a cada um o que é seu’, mas ‘a cada um segundo a sua necessidade’. E a responsabilidade pela produção destes efeitos sociais não é exclusiva do Estado, senão que de toda a sociedade (...). (BRASIL, 2008c, *online*)

Há, ainda, várias menções na ADC 41/DF, sobre as cotas para negros em concursos.

O contraste em relação aos fundamentos das decisões aqui investigadas, em que o próprio art. 37, VIII da CR/88 é objeto de afetação constitucional, é no mínimo perturbadora, – especialmente no parecer do PGR no MS 26.310/DF, em que se fala de “desigualdade em prejuízo da grande maioria” (BRASIL, 2007, *online*). No voto do Min. Marco Aurélio alega-se a necessidade de “preservar a premissa de que a regra geral é o tratamento igualitário”, sendo que a garantia constitucional “pressupõe” a possibilidade de se obter um número certo de vagas, e que isso não ocorre quando existentes, *e.g.*, apenas duas (BRASIL, 2007, *online*).

Da espartana redação do dispositivo constitucional desnecessário recorrer a princípios de razoabilidade ou proporcionalidade ou, mesmo, efetivamente empregar técnicas de ponderação de princípios, para se concluir que, por mais “raros”, ou, até mesmo, únicos, os cargos ou empregos públicos a serem preenchidos mediante concurso, invariavelmente, um

percentual há de ser reservado. Qualquer polêmica que se estabeleça deve remanescer no plano infraconstitucional e, por consequência, incapaz negar eficácia à norma constitucional. Esse parece ser o entendimento que Menezes Direito e Ilmar Galvão representaram, respectivamente, por ocasião do julgamento do MS 26.310/DF e do RE 227.299-1/MG.

Nesta condição originária, a primeira pergunta que se faz é: qual porcentagem? O dado que se obtém cronologicamente na legislação é curioso: o §2º do art. 5º da Lei nº 8.112, que estabelece o teto de 20% de vagas reservadas, foi publicado em 12/12/90, enquanto que o Dec. nº 3.298, que traz o mínimo de 5% em seu art.37, §2º, somente compôs a ordem jurídica em 21/12/99 – mais de 9 anos depois. Isso foi motivo dos Mandados de Injunção nº 153-7/DF (BRASIL, 1990b, online) e nº 195-2/DF (BRASIL, 1990 c, *online*).

Mas, qual a razão da legislação federal ter estabelecido percentuais mínimos e máximos? Por que não um percentual fixo, – sem prejuízo da indispensável regra de arredondamento? Os registros acerca da tramitação dos respectivos projetos de lei não fornecem pistas sobre essa opção, mas a distância cronológica entre ambas e a interposição de mandados de injunção sugerem que a fixação de um percentual mínimo veio, indiretamente, em razão da prévia existência de um percentual máximo.

Lógico que, a fim de efetivar-se a garantia constitucional, o estabelecimento de um percentual fixo equivale a um percentual mínimo. A diferença entre as opções legislativas, em tese, se justificaria pela invariabilidade de um e pela possibilidade de variação a maior no outro. Porém, já havia uma opção feita: a legislação estabelecia um percentual máximo. Disso, salvo a possibilidade de derrogação pela via legislativa competente, restava ao Dec. nº 3.298/99 apenas fixar o percentual mínimo.

Como se vê o estabelecimento de um percentual mínimo é plenamente justificável, mas a fixação de um percentual máximo? Uma primeira digressão aponta para o fim de impedir concursos públicos exclusivos a pessoas com deficiência. Este, aliás, configuraria mais uma razão para afastar a base de cálculo sobre o total de cargos e empregos públicos dos quadros funcionais. Não fosse por esta hipótese, haveria alguma outra situação constitucional que permitisse concurso exclusivo? Parece que não.

O questionamento seguinte recai sobre a razão do percentual de 20%. Não havendo pistas, cogita-se que o legislador tenha considerado a

parcela da população brasileira com deficiência, na provável concepção de que os quadros funcionais dos entes públicos deveriam representar percentualmente a diversidade de seu povo.

Considerando, assim, superada a controvérsia entre a opção por um percentual fixo e a opção pela estipulação de percentuais mínimos e máximos, torna-se necessário observar que ambos não estão imunes ao problema desde o princípio delineado nos julgados em estudo: a indispensabilidade de uma regra de arredondamento (de preferência, expressa na legislação).

Tal regra pode apontar tanto para o número inteiro seguinte (opção do legislador federal no §2º do art. 37 do Dec. nº 3.298/99) quanto para o número inteiro anterior (*e.g.* opção do legislador de Sergipe na Lei Estadual nº 3.549/94). Em adotado percentual fixo (*e.g.* art.93 da Lei nº 8.213/91), a questão se desdobra em duas frentes: (i') percentual fixo com arredondamento de fração para cima; (ii') percentual fixo com arredondamento de fração para baixo. Já adotados percentuais mínimo e máximo, a questão logicamente se desdobra em quatro: (i) percentual máximo com arredondamento de fração para cima; (ii) percentual máximo com arredondamento de fração para baixo; (iii) percentual mínimo com arredondamento de fração para cima; (iv) percentual mínimo com arredondamento de fração para baixo.

Se no percentual fixo as duas hipóteses (i' e ii') excluem-se mutuamente, em adotados percentuais mínimos e máximos é factível, em relação ao arredondamento, o surgimento de conflito quando se adota uma regra de arredondamento do percentual mínimo para cima e uma regra de arredondamento do percentual máximo para baixo. É o que se extrai da tabela abaixo:

Total de vagas	Reserva de 20%	Fração arredondada para cima	Resultado sobre o total de vagas (%)	Fração arredondada para baixo	Resultado sobre o total de vagas (%)	Reserva de 5%	Fração arredondada para cima	Resultado sobre o total de vagas (%)	Fração arredondada para baixo	Resultado sobre o total de vagas (%)
1	0,2	1	100	0	0	0,05	1	100	0	0
2	0,4	1	50	0	0	0,1	1	50	0	0
3	0,6	1	33,33	0	0	0,15	1	33,33	0	0
4	0,8	1	25	0	0	0,2	1	25	0	0
5	1	1	20	1	20	0,25	1	20	0	0
6	1,2	2	33,33	1	16,66	0,3	1	16,66	0	0
7	1,4	2	28,57	1	14,28	0,35	1	14,28	0	0
8	1,6	2	25	1	12,50	0,4	1	12,50	0	0
9	1,8	2	22,22	1	11,11	0,45	1	11,11	0	0
10	2	2	20	2	20	0,5	1	10	0	0
11	2,2	3	27,27	2	18,18	0,55	1	9,09	0	0
12	2,4	3	25	2	16,66	0,6	1	8,33	0	0
13	2,6	3	23,07	2	15,38	0,65	1	7,69	0	0
14	2,8	3	21,42	2	14,28	0,7	1	7,14	0	0
15	3	3	20	3	20	0,75	1	6,66	0	0
16	3,2	4	25	3	18,75	0,8	1	6,25	0	0
17	3,4	4	23,52	3	17,64	0,85	1	5,88	0	0
18	3,6	4	22,22	3	16,66	0,9	1	5,55	0	0
19	3,8	4	21,05	3	15,78	0,95	1	5,26	0	0
20	4,0	4	20	4	20	1	1	5	1	5
21	4,2	5	23,80	4	19,04	1,05	2	9,52	1	4,76
22	4,4	5	22,72	4	18,18	1,1	2	9,09	1	4,54

Tabela 3. Conflito entre regras de arredondamento de fração

Na legislação brasileira, determinou-se literalmente o arredondamento de fração de vaga ao primeiro número inteiro subsequente em relação à “aplicação do percentual de que trata o parágrafo anterior” (BRASIL, 1999, *online*). Ou seja, há uma regra de arredondamento definida apenas para o percentual fixado em edital, que, no mínimo, é de 5%. Assim, como se observou dos julgados, é possível que o arredondamento para cima exceda o percentual máximo. Para estes casos, no julgamento do MS 30.861/DF, o STF fixou que a regra de arredondamento do percentual mínimo não excepcionava a regra de percentual máximo. Algo compreensível, uma vez que a regra de arredondamento está inserida em decreto regulamentador ao passo que o teto é estipulado diretamente por uma lei ordinária.

Ocorre que o percentual mínimo se encontra albergado na Constituição, e o percentual máximo, não. Em outros termos: quando a CR/88 determina que “a lei reservará percentual” (BRASIL, 1988, *online*), pode-se dizer que 0% é um percentual tanto quanto 100%. O problema é que 0% (em negrito na tabela 3) não efetiva a garantia constitucional, e 100%, sim. Ora, uma norma de lei ordinária que impede que a Constituição produza seus efeitos não merece guarida.

Quando tal situação se configura no caso concreto, a Constituição reclama (e merece) a proteção do seu intérprete-guardião. Como sustentou Ilmar Galvão no RE 227.299-1/MG, ação “necessária a emprestar-se eficácia ao texto constitucional, que, caso contrário, sofreria ofensa” (BRASIL, 2000, *online*); Também no Plenário do STF, Menezes Direto, voto vencido no RMS 26.310-5/DF: “a disciplina constitucional é mandatória, determina que nos concursos públicos deve reservar-se vaga específica para os deficientes”; Ou seja: “Se tem dois, três, quatro, cinco, seis, sete não importa, tem de ser reservada” (BRASIL, 2007, *online*).

Finalmente, em 2015, por ocasião do julgamento plenário do RMS 27.710/DF, não houve mais quem, no Pretório Excelso, contra o argumento do princípio da razoabilidade, defendesse a eficácia da expressa garantia constitucional.

Ante o exposto, é possível concluir que, a atual jurisprudência do STF, muito embora tenha se sofisticado, nega a plena eficácia à garantia constitucional insculpida no art.37, VIII, da CR/88, especificamente nos concursos com menos de 5 vagas.

Seria possível, porém, afirmar que tal situação, à luz dos julgamentos progressos, configura uma violação do princípio de vedação de retrocesso no âmbito judicial? Esse se mostra o último desafio da presente investigação.

6. JURISDIÇÃO EM RETROCESSO: SOBRE FINS E PRINCÍPIOS, FERRAMENTAS E APLICAÇÕES

Antes qualquer conclusão acerca da ocorrência de violação ao princípio da vedação de retrocesso, cumpre, ainda que muito brevemente, dar-lhe alguns contornos conceituais. Nesse ponto, a Constituição portuguesa teria previsto expressamente a proibição de retrocesso no art.18.3:

3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais. (PORTUGAL, 1976, *online*)

Sem mencionar o referido dispositivo, o Conselheiro Vital Moreira, no acórdão 39/1984 do Tribunal Constitucional português, fez as seguintes considerações:

Se a Constituição impõe ao Estado a realização de uma determinada tarefa – a criação de uma certa instituição, uma determinada alteração na ordem jurídica –, então, quando ela seja levada a cabo, o resultado passa a ter a protecção directa da Constituição. O Estado não pode voltar atrás, não pode descumprir o que cumpriu, não pode tornar a colocar-se na situação de devedor. [...].

Quer isto dizer que a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas a realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixa de consistir apenas) numa obrigação positiva, para se transformar (ou passar a também a ser) numa obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a atuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social. (PORTUGAL, 1984, *online*)

Sustenta-se que isso não significa condenar a ordem jurídica à “rigidificação” (CANOTILHO, 2004, *passim*), tornando inquestionáveis e imutáveis os instrumentos legais escolhidos pelo legislador à efetivação

dos direitos (forma/meio), mas, sim, estender a proteção constitucional a uma dada situação normativa configurada (substância/resultado), que, em atenção à ‘proteção à segurança’ que se deposita no Estado, não hão de ser eliminadas sem alternativas e compensações aptas a atender ao ‘dever estatal de proteção’ (NOVAIS, 2010, p. 86) de modo suficiente. A propósito:

Concretamente, o princípio da ‘proibição o retrocesso social’ determina, de um lado, que, uma vez consagradas legalmente as ‘prestações sociais’, o legislador não poderá depois eliminá-las sem alternativas ou compensações. Uma vez dimanada pelo Estado a legislação concretizadora do direito fundamental social, que se apresenta face a esse direito como uma ‘lei de proteção’, a acção do Estado, que se consubstanciava num ‘dever de legislar’, transforma-se num dever mais abrangente: o de não eliminar ou revogar essa lei. (QUEIROZ, 2006, p. 116)

Assim, uma vez que tal não se presta de contrapeso, a balancear suposta colisão com outros princípios, mas de freio, a afastar modificações na ordem jurídica que impliquem retrocesso, a denominação de ‘princípio’ vincula-se muito mais à ideia de fundamento, do que elemento a compor o método de ponderação em caso de colisão. Com efeito, o que se extrai da sua aplicação não é a graduação do (vedado) retrocesso, mas se há ou não um. Nesse aspecto, insta consignar que a vedação, além de criteriosa, não há de ser absoluta, mas relativa, devendo-se reconhecer que limites fáticos e epistêmicos não raro se impõem de modo imperativo e inescusável. Com efeito, assim como não é plausível ao Estado ordenar a multiplicação de recursos naturais escassos, o recurso ao direito à saúde não é suficiente para que o Estado determine a obtenção da cura para doenças como o câncer.

Na presente pesquisa, mais importante do que encontrar e sistematizar exceções à vedação que se impõe seria questionar o que configuraria (ou não) retrocesso. Contrapô-lo de imediato à noção de progresso, porém, somente teria o condão de denunciar que qualquer perspectiva subjetiva que se adote está fadada à superficialidade e, assim, evidenciar a dificuldade, sobretudo metodológica, que envolve uma proposta de solução a uma tal questão.

Uma vez assim limitada aos contornos do estudo e obrigada a uma

opção metodológica, em não devendo a investigação restringir-se ao reconhecimento e aplicação da máxima efetividade das disposições constitucionais, é de se admitir que a securitização de uma proteção suficiente deve restar vinculada à garantia de realização das funções a que se destina uma política pública de inclusão das pessoas com deficiência nos quadros funcionais do Estado.

Pois bem. Recorde-se que, tal qual o art. 93 da LBPS para a iniciativa privada, a instituição de regra de discriminação positiva do art. 37, VIII da CR/88 destina-se a concretizar a inclusão laboral das pessoas com deficiência, instrumentalizando, assim, o objetivo fundamental de inclusão social (art. 3º, III, CR/88) para essa minoria. Ora, a inclusão social é demanda que só se justifica num contexto de exclusão social. Em não havendo mais exclusão pautada pelo estigma da deficiência, o tratamento formalmente desigual pela norma irá redundar em um tratamento substancialmente desigual. Uma marca das políticas públicas de ação afirmativa, inclusas as de discriminação positiva, é sua pretensão de transitoriedade.

Como se pode entrever, a eliminação do estigma da deficiência não ocorrerá apenas por meio da inclusão laboral da pessoa com deficiência, compondo, em verdade, um conjunto mais amplo de políticas públicas de inclusão dessa minoria.

Se o cotidiano da sociedade e dos tribunais demonstra a dificuldade que tal minoria tem na efetivação de seus direitos mesmo quando constitucionalmente garantidos, resulta que a matéria merecia, – como de fato recebeu –, tutela não menos do que constitucional. Porém, dada sua essencial transitoriedade, melhor seria versada no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Diga-se mais: justamente por constituir exceção transitória ao princípio geral de isonomia que não se pode admitir que a extinção dessa política pública configure por si retrocesso, – ao menos não quando feito pelos motivos certos: converteu-se em mecanismo inútil ao seu propósito ou simplesmente desnecessário, assim como seu fim.

Disso, a pergunta que se impõe é: a reserva de vagas em concursos públicos é medida útil e necessária a que cargos e empregos públicos sejam preenchidos por membros da minoria composta pelas pessoas com deficiência?

Ao contrário do que alguns votos nas decisões acima indicaram, a reserva de vaga está longe de significar qualquer garantia de aprovação, inclusive por que tal minoria tem um grau de escolaridade e condições econômicas inferiores à média da população, sendo raros aqueles que alcançam a nota mínima ou o grau de instrução exigidos em concursos públicos ou pelo mercado de trabalho em geral. Se essa tarefa não é simples à população em geral, imagine-se às suas parcelas mais excluídas. Invertendo o raciocínio, a afirmação ganha ainda mais força, pois, afastada a reserva, as probabilidades de aprovação são reduzidas drasticamente. Portanto, é a minoria, e não a maioria, a necessitada da tutela em prol de mais igualdade substancial.

Com isso, seja pelo disposto na CDPcD, com força de emenda constitucional, seja pelo cotidiano da sociedade e do mercado de trabalho, seja pelo seu baixo índice de aprovação em concursos públicos, – por vezes inferior às vagas reservadas –, tem-se evidente que é medida útil e necessária. Insuficiente em si, mas sim. Nessa perspectiva, qualquer interpretação que não vise à máxima eficácia da garantia constitucional ou qualquer medida legislativa que preveja a extinção ou mitigação dessa política pública sem que seja oferecida outra mais eficaz ou, no mínimo, equivalente, configurará uma violação ao princípio da vedação de retrocesso.

Existe, porém, um último argumento a ser esclarecido e que foi levado a efeito no MS 26.310-5/DF: “a regra é a feitura de concurso público, concorrendo os candidatos em igualdade de situação – inciso II do art.37 da Carta da República” (BRASIL, 2017, *online*). Imagine-se que um candidato com deficiência e que não tenha se inscrito para as vagas reservadas obtenha a primeira posição geral em concurso público. Possuindo ele plenas condições de desempenhar as funções dos cargos para o qual aprovado, com ou sem apoios (BRASIL, 2013, *online*), deverá ele ser excluído do certame por não ter se inscrito especificamente para as vagas reservadas ou deverá ele ser convocado só quando atingido o percentual legal estudado? Ora, se esse candidato com deficiência superou por si só todas as barreiras que o impediam de conviver (e concorrer) em igualdade de condições com os demais membros da sociedade, por qual razão haveria de se aplicar a regra de discriminação positiva para, ao contrário dos seus propósitos, impedir, mitigar ou obstacular sua inclusão? Mais: por qual razão isso haveria de refletir sobre o primeiro candidato eventualmente

aprovado entre aqueles com vagas reservadas, impedindo ou retardando sua convocação, – este, sim, carecedor da atenção do constituinte?

Suponha-se, agora, que esse mesmo candidato, inobstante declarado pessoa com deficiência no momento da inscrição, venha a obter a 2ª pontuação geral em concurso público para 100 vagas. O fato de ter se inscrito para vaga reservada (inclusive) retira o mérito que fora reconhecido no exemplo acima? Parece que não.

Mais uma pergunta se impõe: a lista geral de candidatos e a lista de candidatos com deficiência são estanques? Diga-se: os candidatos com deficiência somente concorrem pelas vagas reservadas e os candidatos pela lista geral concorrem apenas pelas vagas que não estejam reservadas? Não se encontra nenhuma determinação legal neste sentido, tanto que, – em nome da economicidade e eficiência –, se não houver aprovados entre os candidatos com deficiência, as vagas outrora reservadas são preenchidas normalmente pelos demais candidatos.

Em assim sendo, por qual razão a hipótese contrária (materialmente ainda bastante distante) haveria de ser diferente? Diga-se: um concurso com pessoas com deficiência aprovadas dentro do número de vagas a elas reservadas (*e.g.* i: 2 aprovados de 2 vagas reservadas; *e.g.* ii: 2 aprovados de 2 vagas reservadas), porém com um número de candidatos pela lista geral menor do que o necessário para implicar, proporcionalmente, a convocação de todos aqueles (*e.g.* i: 1 aprovado de 20 vagas; *e.g.* ii: 5 aprovados de 20 vagas).

A propósito, veja-se que os arts. 41 e 42 do Dec. nº 3.298/99, determinam que as pessoas com deficiência participam em igualdade de condições quanto a conteúdo, horário e local das provas, avaliação, nota mínima e critérios de aprovação, gerando-se duas listas: uma com a pontuação de todos os candidatos – e para que não reste dúvida, a lei é expressa “inclusive a dos portadores de deficiência” (BRASIL, 1999, *online*) – e uma só com a pontuação destes.

Vê-se que, os incisos II e VIII do art. 37 da CR/88 não conflitam. Justamente por isso, o primeiro exemplo acima é de todo impertinente em razão de ter evidentemente excluído da lista geral os candidatos com vagas reservadas enquanto que o segundo é factível, implicado a necessária convocação de todos os candidatos aprovados dentro do número de vagas ofertadas em edital, com ou sem deficiência.

Poderia levantar-se a sua não submissão à nota de corte (BRASIL, 2009a, *online*) ou que, com a reserva de vaga, não teria sido selecionado o melhor candidato, violando, talvez, o próprio princípio da eficiência, – ponto este geralmente oposto às cotas universitárias. Sem razão. A Administração não pretende selecionar o ‘melhor’ candidato, – este é um critério de preferência, de classificação, pautado pela atribuição de certa pontuação. Basta que o candidato alcance os requisitos mínimos exigidos para que seja considerado apto, suficiente, a atender às necessidades da Administração. Note-se: é possível que o candidato melhor pontuado não tenha atingido pontuação ou requisitos mínimos, daí a melhor pontuação não servir por si como critério de admissão, – o de desempenho mínimo, sim. Com isso, em termos de desempenho, atendido o mínimo exigido, não há que se lhe obstar a nomeação.

Dito isso, insta observar que o princípio de vedação de retrocesso em regra é manejado em face de um tratamento legislativo em razão de outro que anteriormente lhe era dado. Ou seja, trabalha-se no contexto de opções legislativas que, *prima facie*, mostram-se igualmente válidas. Assim, trazer sua aplicação para o âmbito jurisdicional exige, antes de tudo, em admitir a possibilidade de coexistirem mais de uma resposta correta à pretensão deduzida em juízo - sendo que por ‘correta’ deve-se pressupor juridicamente válida, inclusive constitucionalmente.

Não parece ser esse o caso da presente pesquisa. Isso porque, conforme revelado, a interpretação atualmente conferida nega plena (ou máxima) eficácia à garantia constitucional em debate. Observe-se que mesmo a alegação de suposta colisão com o princípio da igualdade acabar-se-ia reflexamente a ferir de morte as bases da discriminação positiva como instrumento constitucional do princípio fundamental da inclusão social – do qual, viu-se, o art.37, VIII, da CR/88 é uma das principais e mais contundentes manifestações. Por fim, uma vez ressalvada sua imprecisão topográfica, a opção legislativa pela reserva de vaga em *todos* os concursos públicos foi feita pelo próprio constituinte originário, não sendo possível extrair de qualquer exercício de contextualização social, histórico, material, elementos que minimamente autorizem o intérprete constitucional a concluir que a eficácia normativa da política pública de discriminação inclusiva tenha se exaurido ou se inutilizado funcionalmente.

7. CONCLUSÃO

O presente estudo dedicou-se a identificar na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a ofensa ao princípio de vedação de retrocesso precisamente no que diz respeito à eficácia da política de reserva de vagas em concursos públicos às pessoas com deficiência, prevista no inciso VIII do art. 37 da CR/88.

Neste intuito, após apontar o contexto fático bem como os valores e fins que animam as políticas públicas de discriminação positiva no âmbito das ações afirmativas, norteadas pelo objetivo fundamental de inclusão social (art.3º, III da CR/88), definiu-se o tratamento legal, além do próprio art. 37, VIII da CR/88, tanto no art. 5º, §2º da Lei nº 8.112/91 como na Lei nº 7.853/99, cujo art. 2º, III, d, restou regulamentado pelo art. 37, §2º, do Dec. nº 3.298/99. Igualmente, o art. 27 da CDPcD, recebido com força de emenda constitucional, compôs legislativamente a matéria.

Uma vez estabelecida a indexação legislativa como critério para colheita de amostra jurisprudencial no sítio virtual do STF, ao final de sucessivas e metódicas seleções de ordem formal e material, foi possível encontrar um conjunto de oito ações/recursos, que, além de evidenciar uma certa unidade referencial, permitiam uma percepção coesa do processo de revisão de entendimento do STF sobre a aplicação do art.37, VIII, da CR/88.

Em análise individualizada e, posteriormente, conjunta dos referidos julgados, além da extração das teses e divergências estabelecidas, foi possível definir os pontos sensíveis da temática e como a abordagem jurisprudencial foi se modificando até se estabelecer, mais recentemente, junto ao plenário do STF, por via do RMS 27.710/DF, de modo bastante diverso do que anteriormente versado no RE 227.299-1/MG.

Nesse passo, conquanto se reconheça importantes aprofundamentos no trato da matéria, especialmente quanto à base de cálculo e sua metodologia, – no que é de destaque o a atuação da ministra Rosa Weber no MS 31.715/DF, – constatou-se que a atual jurisprudência da Suprema Corte termina por negar plena eficácia (normativa e social) à garantia constitucional insculpida no art.37, VIII, da Constituição, quando deixa de prever a obrigatoriedade de reserva de vaga a pessoas com deficiência em *todos* os concursos públicos, o que, à luz da atual legislação de regência, verificava-se naqueles com até 4 vagas, – situação em que o percentual máximo

de vagas (20% cf. art.5º, §2º da Lei nº 8.112/91) foi reconhecido como óbice à efetivação do percentual mínimo de vagas (5% cf. art. 37, § 2º, do Dec. nº 3.298/99) -, este, porém, em ao albergue da Constituição e aquele, portanto, merecendo interpretação conforme.

Por fim, conclui-se que, embora a atual jurisprudência do STF configure retrocesso em relação a específico posicionamento anteriormente estabelecido no RE 227.299-1/MG, tal situação não vem a configurar violação ao princípio de vedação de retrocesso, visto que - não obstante a natureza de tal política pública aponte para a necessidade da sua oportuna extinção, - não estão em debate alternativas jurídicas, *prima facie*, igualmente válidas no campo de atuação estatal em seu dever de proteção, mas, antes, violação à condição de máxima efetividade das normas constitucionais a que se encontra vinculado seu intérprete.

REFERÊNCIAS

ARANHA, Maria Salete Fábio. **Trabalho e emprego: instrumento de construção da identidade pessoal e social** – por Maria Salete Fábio Aranha. Série Coleção Estudos e Pesquisas na Área da Deficiência. v. 9. São Paulo: SORRI-BRASIL; Brasília: CORDE, 2003. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/corde/arquivos/pdf/Trabalho_e_Emprego.pdf>. Acesso em: 04 maio 2012.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NEME, Eliana Franco. Proteção das pessoas com deficiência. In: NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano (Coord.). **Manual de direitos difusos**. São Paulo: Editora Verbatim, 2009.

BRASIL. Congresso Nacional. **Anais da Assembleia Nacional Constituinte, 1987-1988**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2008a. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-asmbleia-nacional-constituente>. Acesso em: 01 mar. 2017.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Enunciado Administrativo nº 12**, de 29 jan. 2009a. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-admin?documento=77>>. Acesso: 1 mar. 2017.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 05 out. 1988. Brasília: Presidência da República, [s.d.]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01

mar. 2017.

_____. **Decreto n. 3.298**, 20 dez. 1999. Brasília: Presidência da República, [s.d.]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm>. Acesso em: 01 mar. 2017.

_____. **Decreto n. 6.949**, 25 ago. 2009b. Brasília: Presidência da República, [s.d.]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm>. Acesso em: 01 mar. 2017.

_____. **Decreto legislativo n. 186**, de 09 jul. 2008b. Brasília: Presidência da República, [s.d.]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/congresso/DLG/DLG-186-2008.htm>. Acesso em: 01 mar. 2017.

_____. **Lei n. 7.853**, 24 out. 1989. Brasília: Presidência da República, [s.d.]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7853.htm>. Acesso em: 01 mar. 2017.

_____. **Lei n. 8.112**, 11 dez. 1990a. Brasília: Presidência da República, [s.d.]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm>. Acesso em: 01 mar. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 29 jan. 2018.

_____. _____. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186/DF**. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Brasília: 26 abr. 2012a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2691269>>. Acesso em: 01 mar. 2017.

_____. _____. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.649/DF**. Rel. Min. Cármen Lúcia. Brasília: 08 maio 2008c. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2018332>>. Acesso em: 01 mar. 2017.

_____. _____. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.357/DF**. Rel. Min. Edson Fachin. Brasília: 09 jun. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4818214>>. Acesso em: 01 mar. 2017.

_____. _____. **Mandado de Injunção n. 153-7/DF**. Rel. Min. Paulo Brossard. Brasília: 14 mar. 1990b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/por->

tal/processo/ verProcessoAndamento.asp?incidente=1490546>. Acesso em: 01 mar. 2017.

_____. _____. **Mandado de Injunção n. 195-2/DF**. Rel. Min. Carlos Velloso. Brasília: 09 ago. 1990c. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/processo/ verProcessoAndamento.asp?incidente=1492942](http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1492942)>. Acesso em: 01 mar. 2017.

_____. _____. **Mandado de Segurança n. 25.074/DF**. Rel. Min. Cezar Peluso / Gilmar Mendes. Brasília: 18 out. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2246657>>. Acesso em: 01 mar. 2017.

_____. _____. **Mandado de Segurança n. 26.310-5/DF**. Rel. Min. Marco Aurélio. Brasília: 20 set. 2007. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/processo/ verProcessoAndamento.asp?incidente=2471173](http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2471173)>. Acesso em: 01 mar. 2017.

_____. _____. **Mandado de Segurança n. 30.861/DF**. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília: 22 maio 2012b. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/processo/ verProcessoAndamento.asp?incidente=4134222](http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4134222)>. Acesso em: 01 mar. 2017.

_____. _____. **Mandado de Segurança n. 31.695/DF**. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília: 19 ago. 2014a. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/processo/ verProcessoAndamento.asp?incidente=4326693](http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4326693)>. Acesso em: 01 mar. 2017.

_____. _____. **Mandado de Segurança n. 31.715/DF**. Rel. Min. Rosa Weber. Brasília: 01 set. 2014b. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/processo/ verProcessoAndamento.asp?incidente=4330871](http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4330871)>. Acesso em: 01 mar. 2017.

_____. _____. **Recurso Extraordinário n. 227.299-1/MG**. Rel. Min. Ilmar Galvão. Brasília: 14 jun. 2000. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/processo/ verProcessoAndamento.asp?incidente=1704846](http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1704846)>. Acesso em: 01 mar. 2017.

_____. _____. **Recurso Extraordinário n. 408.727/SE**. Rel. Min. Cezar Peluso / Gilmar Mendes / Ricardo Lewandowski. Brasília: 30 jul. 2009c. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2178179>>. Acesso em: 01 mar. 2017.

_____. _____. **Recurso Extraordinário n. 676.335/MG**. Rel. Min. Cár-

men Lúcia. Brasília: 26 fev. 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4211943>>. Acesso em: 01 mar. 2017.

_____. _____. **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 27.710/DF**. Rel. Min. Menezes Direito / Dias Toffoli. Brasília: 28 maio 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2646336>>. Acesso em: 01 mar. 2017.

CANOTILHO, J. J. Gomes. O direito ao ambiente como direito subjectivo. In: CANOTILHO, J. J. Gomes. **Estudos Sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2004, p.177-190.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. **Censo demográfico 2010**: características gerais da população, religião e pessoas com deficiência. Rio de Janeiro: IBGE, 2012. Disponível em: <http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/94/cd_2010_religiao_deficiencia.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2017.

JOHNSON, Lyndon B.. Commencement address at Howard University: ‘To fulfill these rights’, 4 jun. 1965 apud **PUBLIC papers of the presidents of the united states**. Lyndon B. Johnson, 1965, v. II, entry 301, pp. 635-640. Washington D.C./EUA: Government Printing Office, 1966, online. Disponível em: <<http://www.lbjlib.utexas.edu/johnson/archives.hom/speeches.hom/650604.asp>>. Acesso em: 09 set. 2016.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **Convention on the rights of persons with disabilities** – A/RES/61/106, 24 jan. 2007. Genebra/Suíça: ONU, [s.d.]. Disponível em: <<https://www.un.org/development/desa/disabilities/convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities.html>>. Acesso em: 01 mar. 2017.

_____. **Employment of persons with disabilities**, [s.d.]. Disponível em: <<http://www.un.org/disabilities/documents/toolaction/employmentfs.pdf>>. Acesso em 01 mar. 2017a.

_____. **Fact sheet on persons with disabilities**. Genebra/Suíça: ONU, [s.d.]. Disponível em: <<http://www.un.org/disabilities/documents/toolaction/pwdfs.pdf>>. Acesso em 01 mar. 2017b.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE – OMS; BANCO MUNDI-

AL – BM. **Relatório mundial sobre a deficiência** - completo. Lexicus Serviços Linguísticos. São Paulo: Governo do Estado de São Paulo: Secretaria dos Direitos da Pessoa com Deficiência – SEDPCD, 2012. Disponível em: <http://www.pessoacomdeficiencia.sp.gov.br/usr/share/documents/RELATORIO_MUNDIAL_COMPLETO.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2017.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**, 02 abr. 1976. Lisboa: Assembleia da República, [s.d]. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 01 mar. 2017.

_____. Tribunal Constitucional. **Acórdão n. 39/1984**. Processo n. 6/83. Rel. Conselheiro Vital Moreira. Lisboa: 1984. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840039.html>>. Acesso em: 01 mar. 2017.

QUEIROZ, Cristina. **O Princípio da Não Reversibilidade dos Direitos Fundamentais Sociais**: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial. Coimbra: Coimbra, 2006.

Notes

1São: MS 31.695 AgR, Rel. Min. Celso de Melo, 2ª Turma, DJ:03/02/15; RMS 32.732 AgR, Rel. Min. Celso de Melo, 2ª Turma, DJ:03/06/14; RE 606.728, Rel. Min. Carmen Lúcia, 1ª Turma, AgR, DJ:02/12/10; RE 408.727 AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, DJ:14/09/10; AI 777.391 AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJ:13/04/10; RMS 25.666, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, DJ:29/09/09; RMS 26.071, Rel. Min. Carlos Britto, 1ª Turma, DJ:13/11/07; MS 26.310, Rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, DJ:20/09/07; RE 227.299, Rel. Min. Ilmar Galvão, 1ª Turma, DJ:14/06/2000; MI 195 MC-AgR, Rel. Min. Carlos Veloso, Pleno, DJ:09/08/90; e MI 153 AgR, Rel. Min. Paulo Brossard, Pleno, DJ:14/03/90.

2São elas: SS 3.692, Pres. Gilmar Mendes, DJ:11/11/08; e Rcl 14.145 MC, Pres. Cármen Lúcia, DJ:09/07/12;

3Entre elas: RE 917.802, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ:09/10/15; RE 613.151, Rel. Min. Celso de Mello, DJ:03/08/15; RMS 27.710, Rel. Min. Dias Toffoli, DJ:20/03/15; ARE 829.638, Rel. Min. Dias Toffoli, DJ:21/10/14; MS 31695 MC-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJ:19/08/14; ARE 790.777, Rel. Min. Rosa Weber, DJ:18/02/14; AI 857.378, Rel. Min. Luiz Fux, DJ:30/10/13; ARE 735.077, Rel. Min. Dias Toffoli, DJ:03/09/13; RE 676.335, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ:26/02/13; RE 408.727 AgR-ED-EDv, Rel. Min. Lewandowski, DJ:07/02/13; MS 31.793 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ:20/12/12; Rcl 14.145, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ:28/11/12; MS 31.700 MC, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ:08/11/12; RE 676.335, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ:21/03/12; ARE 653.969, Rel. Min. Lewandowski, DJ:15/09/11; RE 599.995, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ:08/12/10; RE 606.728, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ:18/12/09; RE 408.727, Rel. Min. Cesar Peluso, DJ: 30/07/09; MS 25.074 MC, Rel. Min. Cesar Peluso, DJ:18/10/04; RMS 34.330, Rel. Min. Celso de Mello, DJ: 11/10/16.

