

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.817.901 - RS (2019/0156575-5)

RELATORA : MINISTRA REGINA HELENA COSTA
RECORRENTE : ELIZA ECHEVENGUA PEREIRA DA SILVEIRA
ADVOGADOS : LUCIANA INES RAMBO - RS052887
RUBENS SOARES VELLINHO - RS025323
RECORRENTE : INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E
TECNOLOGIA SUL-RIO-GRANDENSE -RS
RECORRIDO : OS MESMOS
RECORRIDO : HELENICE SILVA DE SOUZA
ADVOGADO : ANDRÉIA DE FÁTIMA CLARO MARRINHAS E
OUTRO(S) - RS057660

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de Recursos Especiais interpostos por **ELIZA ECHEVENGUA PEREIRA DA SILVEIRA** e pelo **INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E TECNOLOGIA SUL-RIO-GRANDENSE-RS**, contra acórdão prolatado, por unanimidade, pela 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no julgamento de Apelação, assim ementado (fls. 670/671e):

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. RESERVA DE VAGAS A CANDIDATOS PNE. BASE DE CÁLCULO DO PERCENTUAL. SISTEMÁTICA A SER OBSERVADA NA HIPÓTESE DE UMA ÚNICA VAGA OFERTADA. PRIMAZIA DA IGUALDADE DE CONDIÇÕES. PRETERIÇÃO DO MELHOR COLOCADO NA LISTA DE AMPLA CONCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. CONCESSÃO DA SEGURANÇA.

1. A reserva de percentual de cargos e de empregos públicos para pessoas portadoras de necessidades especiais prevista no inciso VIII do art. 37 da Constituição Federal tem seu fundamento na proteção da dignidade da pessoa humana e concorre à construção de uma sociedade livre, em constante luta para a redução das desigualdades sociais e para a promoção do bem de todos, sem qualquer tipo de preconceito ou de discriminação.

2. O percentual a ser reservado das vagas ofertadas em concurso público tem sua fixação amparada pelos limites previstos na legislação infraconstitucional, sendo o teto regido pelo art. 5º, §2º, da Lei 8.112/90, no importe de 20%, e o piso o percentual de 5%, nos termos do §1º do art. 37 do Decreto 3.289/99.

3. Hipótese em que a reserva de vagas deu-se sobre a totalidade das vagas ofertadas pelo edital de regência, não havendo distinção quanto aos cargos e suas respectivas localidade, e, ainda, a nomeação dos

Superior Tribunal de Justiça

candidatos melhores classificados na lista PNE em cargo para o qual havia uma única vaga ocorreu com prioridade em face daqueles melhores classificados na lista de ampla concorrência.

4. Havendo apenas uma vaga, a disputa rege-se pela igualdade de condições, e a convocação de deficiente físico que logrou classificação inferior à da impetrante, fere o direito líquido e certo desta.

5. Uma vez que a impetrante foi classificada em primeiro lugar dentre os concorrentes ao cargo para a mesma região e mesma área, é de se reconhecer seu direito à nomeação no cargo público, dada a tese firmada pelo STF em repercussão geral (RE 837.311), ressaltando-se eventual não preenchimento de outro requisito legal previsto para tanto.

Opostos embargos de declaração pelo **INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E TECNOLOGIA SULRIOGRANDENSE**, foram rejeitados (fls. 706/710e).

Com amparo no art. 105, III, *a*, da Constituição da República, o **INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E TECNOLOGIA SULRIOGRANDENSE - IF SULRIOGRANDENSE** aponta ofensa aos dispositivos a seguir relacionados, alegando-se, em síntese, que:

- I. Art. 1.022 do Código de Processo Civil – o acórdão recorrido não se manifestou acerca dos artigos suscitados como violados; e
- II. Art. 5º, § 2º, da Lei n.º 8.112/1990, c.c. o art. 37, § 1º, do Decreto n. 3.298/1999 - equivocadamente, o "acórdão determina que a base de cálculo da fração seja o total de vagas ofertadas para cada cargo, recusando assim a consideração da totalidade do número de vagas ofertadas no concurso" (fl. 757e).

Com amparo no art. 105, III, *a*, da Constituição da República, **ELIZA ECHEVENGUA PEREIRA DA SILVEIRA** aponta ofensa aos arts. 5º, § 2º, da Lei n. 8.112/1990 e 37, *caput*, e §§ 1º e 2º, do Decreto n. 3.298/1999, alegando-se, em síntese, que "a reserva de vagas destinada às pessoas portadoras de necessidades especiais deve observar o total das vagas ofertadas" (fl.724e) e "segundo consta do acórdão recorrido, a correta base de cálculo a ser observada para se fazer incidir o percentual definido pela autoridade administrativa deve ser a totalidade das vagas ofertadas para um determinado cargo e não, como identificado na hipótese dos autos, sobre a totalidade das vagas ofertadas para mais de um cargo" (fl. 725e).

Superior Tribunal de Justiça

Com contrarrazões (fls. 825/827e; e 829/831e), ambos os recursos foram admitidos (fls. 873/875e; e 835 e 836e).

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 893/895e.

Feito breve relato, decidido.

Por primeiro, consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, *in casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

Nos termos do art. 932, IV, do Código de Processo Civil de 2015, combinado com os arts. 34, XVIII, *b*, e 255, II, ambos do Regimento Interno desta Corte, o Relator está autorizado, por meio de decisão monocrática, a negar provimento a recurso ou a pedido contrário à tese fixada em julgamento de recurso repetitivo ou de repercussão geral (arts. 1.036 a 1.041), a entendimento firmado em incidente de assunção de competência (art. 947), à súmula do Supremo Tribunal Federal ou desta Corte ou, ainda, à jurisprudência dominante acerca do tema, consoante Enunciado da Súmula n. 568/STJ:

O Relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema.

Por primeiro analiso o Recurso Especial interposto pelo **INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E TECNOLOGIA SULRIOGRANDENSE - IF SULRIOGRANDENSE**.

Não se pode conhecer da apontada violação ao art. 1.022 do Código de Processo Civil, uma vez que o recurso se cinge a alegações genéricas e, por isso, não demonstra, com transparência e precisão, qual seria o ponto omissis, contraditório ou obscuro do acórdão recorrido, bem como a sua importância para o deslinde da controvérsia, o que atrai o óbice da Súmula 284 do Supremo Tribunal Federal, aplicável, por analogia, no âmbito desta Corte.

Nesse sentido:

RECURSO FUNDADO NO NOVO CPC/2015. TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ALEGADA VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO CPC/15. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA

284/STF. ALEGAÇÃO DE INFRINGÊNCIA À SÚMULA. IMPOSSIBILIDADE. EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO FISCAL. CANCELAMENTO DA CDA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. POSSIBILIDADE.

1. É deficiente a fundamentação do recurso especial em que a alegação de ofensa ao art. 1022 do CPC se faz de forma genérica, sem a demonstração exata dos pontos pelos quais o acórdão se fez omissa, contraditório ou obscuro. Aplica-se, na hipótese, o óbice da Súmula 284 do STF.

2. No que se refere à alegação de infringência à Súmula, esta Corte firmou entendimento de que enunciado ou súmula de tribunal não equivale a dispositivo de lei federal, restando desatendido o requisito do art. 105, III, a, da CF.

3. A jurisprudência desta Corte é uníssona no sentido de que, sobrevindo extinção da execução fiscal em razão do cancelamento da certidão de dívida ativa após a citação válida do executado, a Fazenda Pública deve responder pelos honorários advocatícios, em homenagem ao princípio da causalidade. Precedentes: AgRg no AREsp 791.465/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/08/2016, DJe 31/08/2016; REsp 1648213/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/03/2017, DJe 20/04/2017.

4. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no AREsp 1.134.984/MG, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/02/2018, DJe 06/03/2018 – destaques meus).

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. DANO MORAL FIXADO EM R\$ 10.000,00. EXORBITÂNCIA NÃO CONFIGURADA. RAZÕES RECURSAIS DISSOCIADAS DO JULGADO COMBATIDO. AUSÊNCIA DE OMISSÃO NO JULGADO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DE ATALIBA ALVARENGA REJEITADOS.

1. Verifica-se, no caso, a dissociação das razões dos Embargos em relação ao julgado combatido, sendo certo que este não fixou juros moratórios e correção monetária à condenação. Incide, no ponto, portanto, o óbice da Súmula 284/STF.

2. Os Embargos de Declaração destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade, eliminar contradição ou corrigir erro material existente no julgado.

3. No caso em apreço, não se constata a presença de qualquer vício a macular o acórdão embargado que, de forma clara e fundamentada, consignou que a revisão do valor fixado a título de danos morais somente é possível quando exorbitante ou irrisória a importância arbitrada, em violação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o que não se observa no presente caso.

4. Assim, não havendo a presença de quaisquer dos vícios elencados no

art. 1.022 do CPC/2015; a discordância da parte quanto ao conteúdo da decisão não autoriza o pedido de declaração, que tem pressupostos específicos, e não podem ser ampliados.

5. Embargos de Declaração de ATALIBA ALVARENGA rejeitados.

(EDcl no AgInt no AREsp 335.714/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28/11/2017, DJe 05/12/2017 – destaques meus).

PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. DEFICIÊNCIA NA ALEGAÇÃO DE CONTRARIEDADE AO ART. 1.022 DO CPC/2015. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 284/STF. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. REENQUADRAMENTO. PRESCRIÇÃO DE FUNDO DE DIREITO. CARACTERIZAÇÃO.

1. É deficiente a fundamentação do recurso especial em que a alegada ofensa ao art. 1.022 do CPC/2015 se faz sem a demonstração objetiva dos pontos omitidos pelo acórdão recorrido, individualizando o erro, a obscuridade, a contradição ou a omissão supostamente ocorridos, bem como sua relevância para a solução da controvérsia apresentada nos autos. Incidência da Súmula 284/STF.

2. É cediço que o enquadramento ou o reenquadramento de servidor público é ato único de efeitos concretos, o qual não reflete uma relação de trato sucessivo. Nesses casos, a pretensão envolve o reconhecimento de uma nova situação jurídica fundamental, e não os simples consectários de uma posição jurídica já definida. A prescrição, portanto, atinge o próprio fundo de direito, sendo inaplicável o disposto na Súmula 85/STJ. Precedentes.

3. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, não provido. (REsp 1.712.328/MG, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/04/2018, DJe 09/04/2018 – destaques meus).

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO NCPC. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER POR PARTE DO ESTADO. FIXAÇÃO DE MULTA DIÁRIA. ART. 461 DO CPC. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ. ASTREINTES. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO.

1. Não prospera a alegada violação do art. 1.022 do novo Código de Processo Civil, uma vez que deficiente sua fundamentação. Com efeito, a recorrente limitou-se a alegar, genericamente, ofensa ao referido dispositivo legal, sem explicitar os pontos em que teria sido contraditório, obscuro ou omissos o acórdão recorrido.

2. A jurisprudência desta Corte firmou-se no mesmo sentido da tese esposada pelo Tribunal de origem, segundo a qual é possível ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, fixar multa diária cominatória - astreintes -, ainda que contra a Fazenda Pública, em caso de

Superior Tribunal de Justiça

descumprimento de obrigação de fazer.

3. *Relativamente ao art. 461 do CPC, a jurisprudência desta Corte pacificou o entendimento de que a apreciação dos critérios previstos na fixação de astreintes implica o reexame de matéria fático-probatória, o que encontra óbice na Súmula 7 desta Corte. Excepcionam-se apenas as hipóteses de valor irrisório ou exorbitante, o que não se configura neste caso. Precedentes.*

4. *Quanto à interposição pela alínea "c", este tribunal tem entendimento no sentido de que a incidência da Súmula 7 desta Corte impede o exame de dissídio jurisprudencial, uma vez que falta identidade entre os paradigmas apresentados e os fundamentos do acórdão, tendo em vista a situação fática do caso concreto, com base na qual a Corte de origem deu solução à causa.*

5. *Não se pode conhecer do recurso pela alínea "c" do permissivo constitucional, quando o recorrente não realiza o necessário cotejo analítico, bem como não apresenta, adequadamente, o dissídio jurisprudencial. Apesar da transcrição de ementa, não foram demonstradas as circunstâncias identificadoras da divergência entre o caso confrontado e o aresto paradigma.*

Agravo interno improvido.

(AgInt no AREsp 885.840/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/08/2016, DJe 23/08/2016 – destaques meus).

De fato, tanto o **INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E TECNOLOGIA SULRIOGRANDENSE - IF SULRIOGRANDENSE**, quanto a Recorrente **ELIZA ECHEVENGUA PEREIRA DA SILVEIRA**, alegam violação aos arts. 5º, § 2º, da Lei n. 8.112/1990 e 37, *caput*, e §§ 1º e 2º, do Decreto n. 3.298/1999, demonstrando inconformismo com a disposição de vagas destinadas a portadores de necessidades especiais para o concurso que é objeto do caso em tela.

Ao prolatar o acórdão recorrido o tribunal de origem manifestou-se nos seguintes termos (fl. 674/681e):

O caso dos autos remete à análise da existência de direito líquido e certo da impetrante, a qual defende que, por ter sido classificada em primeiro lugar na lista de ampla concorrência ao cargo de auxiliar de biblioteca, área 01, teria direito subjetivo à nomeação na localidade correspondente àquela área, para a qual foi prevista somente uma vaga, apontando que a violação a seu direito foi caracterizada pela nomeação, para aquele cargo vago, da candidata classificada em primeiro lugar na lista de PNE, mas em pior colocação na lista de ampla concorrência.

Trata-se, portanto, de discussão acerca da reserva de vagas aos

Superior Tribunal de Justiça

portadores de necessidades especiais em concursos públicos, medida que, é sabido, possui previsão constitucional e amolda-se às denominadas políticas afirmativas, que vão ao encontro dos fundamentos e dos objetivos registrados na Lei Maior.

De fato, não há dúvidas que a reserva de percentual de cargos e de empregos públicos para pessoas portadoras de necessidades especiais prevista no inciso VIII do art. 37 da Constituição Federal tem seu fundamento na proteção da dignidade da pessoa humana e concorre à construção de uma sociedade livre, em constante luta para a redução das desigualdades sociais e para a promoção do bem de todos, sem qualquer tipo de preconceito ou de discriminação.

Há nisso, contudo, uma importante particularidade na medida em que a previsão constitucional refere-se à reserva de vagas dentre todos os cargos criados no órgão público correspondente. Assim, como primeira premissa a se considerar, deve-se atentar ao fato de que a legislação infraconstitucional aplicável ao caso refere-se somente à reserva de vagas no âmbito do concurso público, ou seja, limita-se o percentual às vagas ofertadas naquele determinado certame. O jurista Palhares Moreira Reis assim sintetiza:

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.

Tal peculiaridade tem importância quando se avalia a oferta de uma única vaga para provimento mediante concurso público, pois, nesse caso, a fim de atender ao comando constitucional, a administração deverá "antes aferir se já detém em seus quadros um número significativo de servidores com deficiência, de forma que a reserva comandada constitucionalmente já esteja cumprida. Não tendo servidores ou empregados com deficiência em parâmetros razoáveis (lembre-se que ainda não dispomos de lei indicando a reserva real de cargos e empregos públicos em cada órgão), poderá destinar esta única vaga para a reserva à pessoa com deficiência, atendendo ao comando constitucional (37, I, II e VIII) e à lei n. 7.853/89 que determina aos órgãos e entidades da administração pública direta e indireta dispensarem tratamento prioritário e adequado às pessoas com deficiência (parágrafo único, Art. 2º)".

Deve-se também atentar que se trata de medida excepcional e, por tal natureza, o Pleno do Supremo Tribunal Federal já externou entendimento de que deverá ser restritivamente interpretada, o que significa dizer que não poderá, sua aplicação, implicar majoração dos limites mínimos e máximos previstos.

Superior Tribunal de Justiça

Os limites referidos são aqueles dispostos na legislação infraconstitucional, sendo o teto regido pelo art. 5º, §2º, da Lei 8.112/90, correspondendo a 20% das vagas oferecidas no concurso, e o piso o percentual de 5%, nos termos do §1º do art. 37 do Decreto 3.289/99, que regulamenta Lei 7.853/89, diploma que dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de necessidades especiais e sobre a integração social delas.

Estabelecidas essas linhas iniciais, volta-se ao caso concreto.

O edital de regência do concurso (E1 - EDITAL6) ofertava ao todo quatorze vagas a serem preenchidas entre oito cargos distintos, os quais guardavam distinção específica quanto à escolaridade exigida para a posse, sendo, por exemplo, a mínima para o cargo de auxiliar de biblioteca o ensino fundamental completo e, para o cargo de técnico em assuntos educacionais, por outro lado, curso superior em pedagogia ou licenciaturas.

As vagas existentes, por seu turno, foram distribuídas conforme as três regiões apontadas no item 2.2 do documento, quais sejam Região 01 - Jaguarão; Região 02 - Lajeado e Venâncio Aires; Região 03 - Charqueadas, Gravataí, Novo Hamburgo, Sapiranga e Sapucaia do Sul.

Enquanto se previu, para o cargo de auxiliar de biblioteca, uma vaga reservada aos candidatos negros na forma da Lei 12.990/14 (item 2.4), aos candidatos portadores de necessidades especiais foi prevista, do total das vagas ofertadas, a reserva de duas vagas a tais candidatos, independentemente da área ou região (item 2.3). O item 4.1.1, ao tratar da reserva de vagas aos candidatos PNE, assim dispôs:

4.1.1 Os dois primeiros classificados na lista geral de todos os inscritos como PNE, independentemente de área/região, serão convocados a ocupar vaga no cargo para o qual se inscreveram em decorrência da reserva de vaga de que trata o item 4.1, exceto o caso previsto no item 4.1.2. (destacou-se)

O título 10, que tratava sobre a classificação, previa no item 10.1 que a classificação final seria divulgada em listas separadas por área, sendo uma lista de ampla concorrência e outras duas, também por área, contendo os candidatos classificados que optaram pela reserva de vagas. O item 10.1.1, ainda, quanto aos candidatos PNE, disciplinou que seria divulgada uma listagem única com todos os candidatos, independentemente da área escolhida.

A impetrante inscreveu-se para o cargo de auxiliar de biblioteca destinado à Região 01 e à Área 01, para a qual o edital previa uma única vaga (item 3.1).

O resultado final publicado (E1 - OUT12 - p.1) para aquela área apontou como primeira colocada a litisconsorte, Eliza, candidata inscrita também para a reserva de vagas PNE, a qual obteve 80 pontos. Em segundo lugar figurou a impetrante, que somente constava na concorrência ampla, com a nota final correspondente a 97,5 pontos.

Assim, foi publicada no Diário Oficial da União de 28/03/2017 (E1 -

Superior Tribunal de Justiça

PORT8), a Portaria nº 747, de 24 de março de 2017, pela qual o Reitor do IF- SUL nomeava a candidata Eliza para exercer o cargo de auxiliar de biblioteca.

A apelante insurge-se em face desse ato, uma vez que entende ter sido ferido seu direito subjetivo à nomeação, eis que obteve a melhor nota dentre todos os concorrentes para aquele cargo naquela área, de modo que, por haver uma única vaga ofertada, essa deveria ser ocupada pelo candidato que obteve o melhor desempenho na avaliação.

A autoridade coatora prestou informações aduzindo que a sistemática adotada observou os termos firmados com o Ministério Público Federal, motivo pelo qual apurou o número de vagas destinadas aos candidatos PNE fazendo incidir o percentual de 15% sobre o total de vagas ofertadas (14), não importando qual o cargo - o que resultou em duas vagas -, e, assim, procedendo à nomeação, de acordo com a área em que se inscreveram, dos dois primeiros colocados na lista PNE.

Entretanto, vislumbra-se que a sistemática adotada, além de ir de encontro ao conteúdo do Termo de Ajustamento de Conduta, não se afigura como a medida mais razoável a tornar efetiva a política afirmativa de promoção social, do que se conclui pela ilegalidade do ato de nomeação da litisconsorte em franca preterição à impetrante, situação que, consoante o entendimento firmado pela Corte Suprema em repercussão geral, fere direito subjetivo à nomeação porque, na situação dos autos, a recorrente foi aprovada dentro do número de vagas no cargo e na área para a qual se inscreveu e, por não ter sido nomeada, houve violação também à necessidade de observância da ordem de classificação.

Para justificar a ilegalidade apontada, observa-se, inicialmente, as disposições contidas na Cláusula Primeira do Compromisso de Ajustamento de Conduta firmado entre o órgão público e o Ministério Público Federal (E14 - OUT5), a partir da qual a autoridade coatora justificou o ato combatido:

CLÁUSULA PRIMEIRA – O COMPROMISSÁRIO adotará todas as medidas cabíveis para que, doravante, em seus concursos públicos, tanto para provimento de cargos técnico-administrativos quanto para provimento de cargos das carreiras do magistério, garanta-se a reserva, a portadores de deficiência, nos termos do Decreto 3.298/99, de no mínimo 5% (cinco por cento) e no máximo 20% (vinte por cento) de todas as vagas inicialmente previstas no edital, bem como das que vierem a surgir no prazo de validade do certame, sem estabelecer distinções quanto à área, especialidade ou unidade de lotação, e que intente prover os cargos reservados até que não haja mais candidato aprovado na lista única para portadores de necessidade especial; e, bem assim, que, no caso de aplicação do percentual eleito resultado em número fracionado, eleve-se este até o primeiro número inteiro

Superior Tribunal de Justiça

subsequente, desde que tal majoração não implique na transposição do mencionado limite máximo; grifou-se

Os destaques consignados na cláusula acima transcrita estabelecem, com propriedade, as diretrizes que deveriam ser observadas pela autoridade coatora mas que, como se viu, foram violadas.

A base de cálculo a ser observada para se fazer incidir o percentual definido pela autoridade administrativa deve ser a totalidade das vagas ofertadas para um determinado cargo e não, como identificado na hipótese dos autos, sobre a totalidade das vagas ofertadas para mais de um cargo. É nesse sentido que a expressão "sem estabelecer distinções quanto à área, especialidade ou unidade de lotação" concorre, pois a cada oportunidade específica de ingresso no serviço público deve ser observado o acesso aos portadores de necessidades especiais.

A medida adotada pela autoridade coatora, sob o pretexto de não discriminar, evidenciou-se em nítida contrariedade à intenção da lei. Não se desconhece que a atuação administrativa engloba decisões das mais complexas ante a necessidade de que sejam contemporizados os mais diversos direitos afetados por cada ato administrativo. Trata-se, contudo, de responsabilidade ínsita à função pública que exerce e, em razão disso, inafastável.

No caso dos autos, as informações apresentadas pela autoridade coatora não contemplam justificativa apta a dar amparo legal ao ato, isto porque, como visto, as disposições normativas de regência do certame não esclareciam para qual cargo as duas vagas previstas no item 2.3 se destinavam. Aliás, a própria redação daquele item e a ausência de quadro específico prevendo tais vagas no edital do concurso já eram passíveis de questionamento uma vez que tornavam obscura a participação dos candidatos PNE que possuíam habilitação e, por isso, legítimo interesse, a concorrer para os demais cargos.

Nesse sentido, a alocação das duas vagas reservadas no Edital, ocorrida somente após a homologação do concurso, e destinadas somente para o cargo de auxiliar de biblioteca - para o qual se exigia a menor escolaridade dentre as exigidas para os demais cargos - afigura-se medida contrária à finalidade da reserva de vagas porque evidencia a discriminação que se quer evitar.

Com efeito, assim agindo, concretiza-se um agir malévolo da administração, pois direcionou as vagas reservadas contabilizadas sobre o número total para todos os cargos somente ao cargo que exigia menor escolaridade, adotando postura seletiva imprópria e contrária, em última análise, à moralidade administrativa. Assim agindo, portanto, frustrou a expectativa de exercício do direito a indivíduos portadores de necessidades especiais com formação adequada para o exercício, por exemplo, do cargo de técnico em eletrônica ou de bibliotecário, ambos com vagas ofertadas no Edital mas que, a toda evidência, foram excepcionados da reserva de vagas.

Quanto à base de cálculo, o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou que deverá ela corresponder à "quantidade total de vagas oferecidas aos

Superior Tribunal de Justiça

candidatos, para cada cargo público, definido em função da especialidade", sendo que "especificidades da estrutura do concurso, que não versem sobre o total de vagas oferecidas para cada área de atuação, especialidade ou cargo público, não influem no cálculo da reserva".

É certo, por outro lado, que o §2º do art. 37 do Decreto 3.298/99 comporta disposição no sentido de que, "caso a aplicação do percentual (...) resulte em número fracionado, este deverá ser elevado até o primeiro número inteiro subsequente", ao que a Corte Suprema 8 também possui precedente que ratifica a necessidade de reserva de vagas ainda que o percentual legalmente previsto seja inferior a um.

Entretanto, a aplicação do percentual e seu arredondamento para se atingir o primeiro número inteiro não podem superar o limite máximo de reserva de vagas de 20% previsto na Lei 8.112/90:

Não se mostra justo, ou, no mínimo, razoável, que o candidato portador de deficiência física, na maioria das vezes limitado pela sua deficiência, esteja em aparente desvantagem em relação aos demais candidatos, devendo a ele ser garantida a observância do princípio da isonomia/igualdade. O STF, buscando garantir razoabilidade à aplicação do disposto no Decreto 3.298/1999, entendeu que o referido diploma legal deve ser interpretado em conjunto com a Lei 8.112/1990. Assim, as frações mencionadas no art. 37, § 2º, do Decreto 3.298/1999 deverão ser arredondadas para o primeiro número subsequente, desde que respeitado o limite máximo de 20% das vagas oferecidas no certame.

[RMS 27.710 AgR, rel. min. Dias Toffoli, j. 28-5-2015, P, DJE de 1º-7-2015.] No mesmo sentido:

1. Agravo regimental em mandado de segurança. 2. Direito administrativo. Concurso público. 3. Candidato portador de deficiência. Cargo de analista judiciário do STF. 4. Reserva de vagas. Limites estabelecidos no Decreto 3.298/99 e na Lei 8.112/90. Percentual mínimo de 5% das vagas. Número fracionado. Arredondamento para primeiro número inteiro subsequente. Observância do limite máximo de 20% das vagas oferecidas. O cálculo deve ser realizado levando-se em consideração o número total de vagas. 5. Inexistência de ato abusivo ou ilegal. Ausência de violação a direito líquido e certo. 6. Agravo regimental a que se nega provimento.

(MS 31628 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 06/02/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-162 DIVULG 19-08-2013 PUBLIC 20-08-2013)

Nessa perspectiva, com a nomeação do candidato melhor classificado na lista PNE, violou-se a lei na medida em que havia somente uma vaga ofertada para o cargo de auxiliar de biblioteca na região 01, área 01.

Superior Tribunal de Justiça

Entende-se que a política afirmativa que fomenta a inclusão das pessoas portadoras de necessidades especiais lhes garante privilégios limitados à finalidade daquela política, não subvertendo a finalidade de outros institutos, tais como o concurso público, instrumento que é utilizado pela administração para selecionar aqueles melhores qualificados para o exercício do cargo, é, portanto, reflexo do princípio da eficiência selecionar os candidatos sob tal viés, daí o porquê de ser necessário ter em consideração a observância da igualdade de condições aos candidatos, assim como o princípio da competitividade.

Não se está, com isso, excluindo ou minorando o direito previsto às pessoas portadoras de necessidades especiais. Ao revés, dado que o fato de ser possível - e necessário - que tais pessoas também figurem na classificação pertinente à ampla concorrência é medida que não implica discriminação, mas reconhecimento à sua dignidade e à sua capacidade, de modo que a reserva de vaga, nesse contexto, vem a equilibrar eventuais mazelas que tais pessoas possam ter sofrido durante seu desenvolvimento individual e que, por tal razão, possam também vir a afetar a igualdade de condições a ser observada no concurso público. Há, portanto, que se fazer a devida ponderação entre tais valores que, antes de colidentes, são, em verdade, complementares.

Nessa perspectiva, a existência de uma única vaga atrai o direito à nomeação daquele que for melhor colocado na ampla concorrência, salvo se, consoante o destaque dado à observação da Procuradora do Trabalho Maria Aparecida Gugel acima referida, ser premente a necessidade de que aquela vaga, diante da conformidade ao comando constitucional, seja provida por PNE, para o que se faria necessária ampla justificativa da autoridade coatora, pois, reitera-se, tratando-se de medida excepcional, sua aplicação há de ser restrita.

(...)

A título de ilustração, sobre situação idêntica a dos autos, a Ministra Rosa Weber, em decisão monocrática que é adotada como paradigma para a correta compreensão do direito à reserva de vagas, foi precisa ao referir não ser suficiente que o percentual dado à reserva seja observado somente quando de "uma primeira nomeação em bloco se, a partir daí, não respeitada a preferência também para as vagas preenchidas pelo cadastro de reserva; também insuficiente que reservada uma vaga, em cada vinte, se, diante da expiração da validade do concurso, a ordem de nomeações vier a impedir a efetividade da previsão constitucional; e igualmente de nada resolve o arredondamento, para o primeiro número inteiro subsequente à divisão do número de vagas pelo coeficiente de reserva, se aprioristicamente definida a posição das nomeações, antes que se saiba quanto candidatos serão chamados durante o prazo de validade do certame".

Assim, discorreu com precisão quanto ao raciocínio a ser observado para que haja o devido respeito aos direitos que se encontram em situação de aparente conflito, devendo ser observado que na situação analisada pela Ministra a reserva de vagas correspondia a 5%, veja-se:

Ocorre que, havendo uma única vaga original no concurso,

Superior Tribunal de Justiça

5% dela é 0,05 vaga. O art. 37, § 2º, do Decreto 3.298/99 obriga o arredondamento dessa fração para o primeiro número inteiro subsequente, o que dá 1. Mas 1 é 100% de uma vaga disponível; portanto, não há vagas para deficientes, dado o teto de 20% das vagas previsto no art. 5º, § 2º, da Lei 8.112/90.

Suponhamos, porém, que surja uma segunda vaga, como de fato ocorreu.

Ora, é evidente que essa segunda vaga não pode ter seu cálculo realizado de forma independente, apenas porque, no aspecto temporal, há solução de continuidade entre as nomeações; trata-se do mesmo edital, mesmo concurso e da mesma lista de aprovados. Tal interpretação resta vedada por absurda, na medida em que ela redundaria na eterna repetição da contagem realizada acima, e da qual jamais resultaria a nomeação de um portador de deficiência, ainda que nomeados centenas de aprovados.

Portanto, considerando-se agora duas vagas no concurso, 5% é 0,1 vaga, que, arredondada para o primeiro número inteiro, dá 1. Mas 1 é 50% de duas vagas; portanto, ainda não há vagas para deficientes, dado o teto de 20%.

Surge uma terceira vaga. Agora, 5% é 0,15 vaga, que, arredondada para o primeiro número inteiro, dá 1. Mas 1 é aproximadamente 33,33 % de três vagas; portanto, não há vagas para deficientes, dado o teto de 20%.

Com a quarta vaga, 5% é 0,2 vaga, que, arredondada para o primeiro número inteiro, dá 1. Mas 1 é 25% de quatro vagas; portanto, ainda não há vagas para deficientes, dado o teto de 20%.

Na quinta vaga, tem-se que 5% é 0,25 vaga, que, arredondada para o primeiro número inteiro, dá 1. Ora, 1 é, justamente, 20% de cinco vagas;

portanto, todas as regras legais se encontram, aqui, simultaneamente atendidas. A quinta vaga deve ser atribuída à lista especial, não à lista geral, porque atendidas todas as condições.

(...)

Aplicando-se o mesmo raciocínio ao caso em tela, 15% da única vaga ofertada para o cargo de auxiliar de biblioteca, região 01, área 01, representa 0,15% da vaga, mas acaba por atingir 100% da vaga disponível, violando, portanto, a legislação de regência. A nomeação de candidato PNE dar-se-ia somente quando do surgimento da quinta vaga, pois, em tal hipótese, não haveria superação do teto de 20%, coadunando-se, ainda, com o comando legal que preconiza a necessidade de arredondamento para o número interior imediatamente posterior.

Destarte, conclui-se que o ato combatido pela impetrante violou, de fato, a literal disposição da Lei 8.112/90, que limita as vagas ofertadas a

Superior Tribunal de Justiça

candidatos PNE a 20%, bem como não foi dotado de justificativa apta a conduzir à superação daquele limite legal em face do comando constitucional que, como visto, se destina à reserva de vagas no âmbito dos cargos públicos criados, de modo que, caracterizada a ilegalidade do mesmo, deve ser declarada sua nulidade.

Outrossim, uma vez que a impetrante foi classificada em primeiro lugar dentre os concorrentes ao cargo para a mesma região e mesma área, é de se reconhecer seu direito à nomeação no cargo público, dada a tese firmada pelo STF em repercussão geral, ressaltando-se eventual não-preenchimento de outro requisito legal previsto para tanto.

Dessa forma, dá-se provimento ao recurso de apelação da impetrante para declarar a ilegalidade da Portaria nº 747, de 24 de março de 2017, de lavra do Reitor do IF-SUL, bem como para conceder a segurança a fim de ordenar que a autoridade impetrada promova a nomeação da apelante no cargo de auxiliar de biblioteca, Campus Jaguarão, devendo ser observados os demais requisitos legais para a respectiva investidura.

Não se tratando de hipótese de tutela antecedente prevista no art. 303 do CPC tal como requerido pelo impetrante em seu recurso, indefire-se o pedido.

No caso, verifico que o acórdão recorrido adotou entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, e consolidado nesta Corte, segundo o qual a reserva de vagas para os portadores de necessidades especiais deve ater-se aos limites fixados em lei, tendo em vista a viabilidade das vagas ofertadas, não sendo possível o arredondamento que extrapole o limite de 20%, conforme a ementa a seguir:

Agravo regimental no recurso extraordinário. Concurso público. Reserva de vagas para portadores de deficiência. Arredondamento do coeficiente fracionário para o primeiro número inteiro subsequente. Impossibilidade. Precedentes. 1. A jurisprudência desta Corte fixou entendimento no sentido de que a reserva de vagas para portadores de deficiência deve ater-se aos limites da lei, na medida da viabilidade das vagas oferecidas, não sendo possível seu arredondamento no caso de majoração das porcentagens mínima e máxima previstas. 2. Agravo regimental não provido.

(RE 440988 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 28/02/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-065 DIVULG 29-03-2012 PUBLIC 30-03-2012)

Ainda nessa linha:

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. RESERVA DE VAGAS A PORTADORES DE DEFICIÊNCIA. LIMITES MÍNIMO E MÁXIMO FIXADOS, RESPECTIVAMENTE, EM 5 E 20%, PELO DECRETO 3.298/1999 E PELA LEI 8.112/1990. ENTENDIMENTO DA SUPREMA

CORTE QUE INDICA A IMPRESCINDIBILIDADE DE PREVALÊNCIA DO LIMITE MÁXIMO DE 20% QUANDO O TOTAL DE VAGAS NÃO PERMITE A OFERTA DE AO MENOS 1 POSTO DE TRABALHO SEM QUE EXTRAPOLE O REFERIDO PERCENTUAL, COMO NO CASO DOS AUTOS.

POSIÇÃO À QUAL SE ADERE, DEVENDO, NO ENTANTO, SER OBSERVADA A PROPORÇÃO LEGAL SE SURGIDAS VAGAS SUFICIENTES AO LONGO DO PERÍODO DE VALIDADE DO CERTAME. RECURSO ESPECIAL DA UFRGS PROVIDO.

1. Discute-se nos autos o atendimento à regra de reserva de vagas de concurso público para os portadores de deficiência física, de modo a garantir, na hipótese, a oferta de 1 vaga, do total de 2, para pessoas com essa característica. A parte ré, ora recorrente, assevera que o pleito extrapola o comando legal que exige o máximo de 20% das vagas reservadas, defendendo que o número a ser disponibilizado aos deficientes é em relação ao total de vagas ofertadas no concurso, não para cada cargo.

2. A necessidade de preservação de vagas dirigidas aos candidatos portadores de necessidades especiais adveio com o art. 37, VIII da CF/1988, segundo o qual a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão.

3. Com fundamento nessa norma, o Decreto 3.298/1999, em seu art. 37, §§ 1o. e 2o, assegurou à pessoa portadora de deficiência a reserva de percentual mínimo de 5% das vagas oferecidas, elevado até o primeiro número inteiro subsequente quando resultar em valor fracionado.

4. Por sua vez, o art. 5º, § 2o. da Lei 8.112/1990 determina que 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.

5. Por certo os percentuais acima referidos se referem às vagas em cada cargo, sob pena de permitir situações extremas de oferta de vagas a portadores de necessidades especiais somente para os cargos de menor expressão, deturpando a função da referida política pública de inserção do detentor de deficiência no mercado de trabalho.

Precedente do STF: RMS 25.666/DF, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, DJe 3.12.2009.

6. A aplicação dos valores mínimos e máximos referidos no Decreto 3.298/1999 e na Lei 8.112/1990 não geram maiores problemas quando relacionados a concursos com número de vagas mais elevado. Por exemplo, para um cargo com 20 vagas, o mínimo seria de 1 posto de trabalho destinado aos portadores de necessidades especiais, e o máximo de 4 vagas. Seria, desse modo, mantida para a livre concorrência o total de 16 vagas.

7. O problema surge para os cargos de menor oferta de vagas, em que a ausência de vagas a PNE's deixaria de observar o percentual do Decreto

Superior Tribunal de Justiça

3.298/1999, e a sua previsão causaria o transbordamento do máximo de 20% estabelecido na Lei 8.112/1990. A título ilustrativo, seria o que ocorreria na hipótese de um concurso com 3 vagas; a reserva de uma delas, por si só, representaria aproximadamente 33% do total.

8. O tema já foi objeto de debate no Plenário do Supremo Tribunal Federal, na ocasião do julgamento do MS 26.310-5/DF, de relatoria do eminente Ministro MARCO AURÉLIO DE MELLO. Na oportunidade, a Suprema Corte fez prevalecer a necessidade de prestigiar o tratamento igualitário como regra, acima da política pública, quando esta extrapolar o limite máximo do art. 5º, § 2º, da Lei 8.112/1990.

9. Enfrentando hipóteses de concursos cujo edital oferecia apenas 1 vaga para o cargo intentado, esta Corte Superior de Justiça seguiu o posicionamento do STF, afastando a reserva do único posto de trabalho disponível para a concorrência. Citem-se precedentes: RMS 38.595/MG, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 12.11.2013; MS 8.417/DF, Rel. Min. PAULO MEDINA, DJ 14.6.2004.

10. A oferta de apenas 2 vagas indica que a reserva de uma delas, de fato, acarretará a desproporção combatida pela jurisprudência dos Tribunais Superiores, sendo certo, porém, que o eventual surgimento de vagas no período de validade do certame, em quantitativo que permita a observância do limite previsto na Lei 8.112/1990, deve garantir a nomeação do candidato PNE's primeiro colocado.

11. Recurso Especial da UFRGS provido, para reconhecer a legalidade da não nomeação do autor, enquanto não surgidas vagas suficientes a garantir que sua posse deixará de ofender o percentual máximo de 20% aos candidatos portadores de deficiência.

(REsp 1483800/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/11/2018, DJe 06/12/2018)

AGRAVO REGIMENTAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO PORTADOR DE NECESSIDADES ESPECIAIS. RESERVA DE VAGAS. LIMITES ESTABELECIDOS NO ART. 37, §§1º E 2º, DO DECRETO 3.298/99 E NO ART. 5º, §2º, DA LEI 8.112/90. PERCENTUAL MÍNIMO DE 5% DAS VAGAS. NÚMERO FRACIONADO. ARREDONDAMENTO PARA O PRIMEIRO NÚMERO INTEIRO SUBSEQUENTE. OBSERVÂNCIA DO LIMITE MÁXIMO DE 20% DAS VAGAS OFERECIDAS.

1. A partir da análise do art. 37, §§ 1º e 2º, do Decreto 3298/99 e do art. 5º, §2º, da Lei nº 8112/90, conclui-se que deverá ser reservado, no mínimo, 5% das vagas ofertadas em concurso público aos portadores de necessidades especiais e, caso a aplicação do referido percentual resulte em número fracionado, este deverá ser elevado até o primeiro número inteiro subsequente, desde que respeitado o limite máximo de 20% das vagas ofertadas.

2. Ressalta-se que, caso se entendesse que todas as frações deveriam ser arredondadas "para cima", a cada vaga disponibilizada à ampla concorrência, outra deveria ser reservada aos portadores de

necessidades especiais, o que afrontaria o princípio da igualdade, norteador de todos os concursos públicos.

3. Nesse sentido, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, buscando garantir a regra do arredondamento, decidiu que 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).

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1353071/CE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/03/2013, DJe 18/03/2013)

PROCESSUAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. VAGAS RESERVADAS A PORTADORES DE NECESSIDADES ESPECIAIS. ARREDONDAMENTO. POSSIBILIDADE DESDE QUE OBSERVADO O LIMITE DE 20% DAS VAGAS OFERTADAS.

1. Os portadores de necessidades especiais têm direito a, no mínimo, 5% das vagas ofertadas em concurso público; caso a aplicação do referido percentual resulte em número fracionado, este deverá ser elevado até o primeiro número inteiro subsequente, desde que respeitado o limite máximo de 20% das vagas ofertadas.

2. Oferecidas 5 (cinco) vagas de ampla concorrência durante o prazo de validade do concurso, como é o caso dos autos, o arredondamento da fração para o primeiro número subsequente, a fim de atender a pretensão do segundo colocado como portador de necessidades especiais à nomeação, desrespeita o limite legal e constitucional máximo de 20% das vagas oferecidas no certame.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1137619/RJ, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, QUINTA TURMA, julgado em 12/11/2013, DJe 19/11/2013)

Posto isso, com fundamento nos arts. 932, III e IV, do Código de Processo Civil de 2015 e 34, XVIII, *a* e *b*, e 255, I e II, do RISTJ, **CONHEÇO EM PARTE** do Recurso Especial do **INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E TECNOLOGIA SULRIOGRANDENSE - IF SULRIOGRANDENSE**, e nessa extensão, **NEGO-LHE PROVIMENTO**; e com fundamento nos arts. 932, IV, do Código de Processo Civil de 2015 e 34, XVIII, *b*, e 255, II, ambos do RISTJ, **NEGO PROVIMENTO** ao Recurso Especial interposto por **ELIZA ECHEVENGUA PEREIRA DA SILVEIRA**.

Superior Tribunal de Justiça

Brasília (DF), 03 de outubro de 2019.

MINISTRA REGINA HELENA COSTA

Relatora

