



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
GABINETE DO GOVERNADOR

**PARECER Nº 13.521-PP**

**CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO  
PORTADOR DE DEFICIÊNCIA. RESERVA  
DE VAGAS. ORDEM DE NOMEAÇÃO.**

**A Constituição Federal determina a reserva  
de vagas para pessoas portadoras de  
deficiência, mas não estabelece direito de  
preferência à nomeação.**

O Sr. Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Administrativos encaminha, para exame e parecer, expediente em que CLETO PAULO GREGORI, por intermédio de procurador constituído, requer sua nomeação para o cargo de motorista do Quadro de Pessoal da Procuradoria-Geral do Estado.

O interessado informa que é deficiente físico, tendo logrado aprovação no concurso público para o cargo de motorista realizado no ano de 2002, figurando em primeiro lugar dentre os candidatos inscritos na condição de portadores de deficiência.

Notícia que o Diário Oficial do Estado de 20 de junho de 2002 veiculou a nomeação dos quatro primeiros classificados para o cargo de motorista, todos da lista dos não portadores de deficiência, o que feriria sua expectativa de assumir o cargo, porquanto entende que sempre que ocorrer a nomeação de um não deficiente faz-se necessária a nomeação de um candidato portador de deficiência, sob pena de discriminação.

Invoca em seu favor o disposto no artigo 7º, XXXI, da Constituição Federal, o Decreto 3.298/99, as Leis 8.213/91 e 10.228/94 e decisão emanada da 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Evoca, também, hipótese análoga que teria ocorrido no Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento em que a nomeação do primeiro classificado da lista dos portadores de deficiência deu-se ao mesmo tempo que a nomeação do



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

primeiro classificado dos não deficientes, embora sua classificação tivesse sido inferior a dos demais candidatos não portadores de deficiência.

Requer, por fim, que o Estado do Rio Grande do Sul emita parecer técnico e jurídico sobre a matéria e, admitindo ter agido com discriminação e injustiça, nomeie o interessado para o cargo de motorista, ainda que, para tanto, necessário exonerar os candidatos nomeados na 2<sup>a</sup>, 3<sup>a</sup> e 4<sup>a</sup> classificação, em respeito ao direito legal de preferência de admissão em concurso público dos candidatos portadores de deficiência.

Anexa ao requerimento as listas finais de classificação do concurso público, os atos de nomeação para provimento de diversos cargos, dentre eles as quatro nomeações para o cargo de motorista, e documentos sobre a situação ocorrida no Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento.

Por determinação do Coordenador da Procuradoria de Pessoal, o Departamento de Administração desta Procuradoria-Geral do Estado junta ao expediente o Boletim Informativo do Concurso, contendo o Edital nº 01/2002, e cópia da Lei 10.228/94, vindo o expediente, então, para apreciação.

É o relatório.

De início, convém registrar que a Lei nº 11.684, de 06 de novembro de 2001, que reorganizou o Quadro de Pessoal da Procuradoria-Geral do Estado, criando e extinguindo cargos e redefinindo atribuições, ampliou de 3(três) para 12(doze) os cargos de motorista.

Depois, mediante o Edital nº 01/2002, foram abertas inscrições ao concurso público para preenchimento de diversos cargos do Quadro de Pessoal da Procuradoria-Geral do Estado, com oferta de 11(onze) vagas para o cargo de motorista, das quais 1(uma) destinada ao provimento por portadores de deficiência.

Tal reserva de vaga para candidatos portadores de deficiência se assentou na Lei nº 10.228/94 que, regulamentando o artigo 19, inciso V, da Constituição Estadual, dispõe em seu artigo 3º:

“Art. 3º – Os concursos para provimento de cargo público destinarão, na forma do parágrafo único do artigo 1º, no mínimo 10% (dez por cento) das vagas para as pessoas portadoras de deficiência.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

§ 1º – Não ocorrendo a aprovação de candidatos portadores de deficiência em número suficiente para ocupar os cargos previstos em reserva de mercado, estes serão preenchidos pelos demais aprovados.

§ 2º – Caso o número de vagas oferecidas impossibilite a obtenção do percentual de 10% (dez por cento) previsto no “caput”, no mínimo uma delas será destinada ao concurso de deficientes.”

Realizado o certame e homologado o resultado final pelo Edital nº 10/2002 (D.O.E. de 20/06/2002), obtiveram classificação para o cargo de motorista 328 (trezentos e vinte e oito) candidatos dentre os não portadores de deficiência, enquanto apenas o interessado logrou classificação entre os candidatos inscritos na condição de portadores de deficiência.

Em 04 de julho de 2002 foi veiculado no Diário Oficial do Estado ato governamental de nomeação de diversos candidatos para os diferentes cargos do Quadro de Pessoal da Procuradoria-Geral do Estado, incluindo a nomeação dos primeiros quatro classificados ao cargo de motorista, todos da lista dos candidatos não portadores de deficiência.

E precisamente aí reside a inconformidade do interessado, que sustenta que deveria ter sido nomeado naquela oportunidade, em 2º lugar, ao fundamento de que sempre que ocorrer nomeação de um candidato não portador de deficiência, deverá ocorrer a nomeação de um portador de deficiência.

Contudo, embora seja certo que a Constituição Federal, além de proibir a “discriminação negativa” dos portadores de deficiência, conferiu-lhes “discriminação positiva” como modo de compensar a deficiência e, assim, criar condições de igualdade material com as demais pessoas (art. 7º, XXXI; art. 24, XIV; art. 203, V; art. 227, § 2º; art. 244), também é verdadeiro que o texto constitucional não estabelece direito de preferência em favor dos portadores de deficiência, isto é, não determina que o candidato portador de deficiência deva ser nomeado em primeiro lugar. Com efeito, veja-se o teor do inciso VIII do artigo 37 da Carta Magna:

“Art. 37 –

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

A norma limita-se, pois, a determinar que a lei reserve vagas para os portadores de deficiência, tendo por escopo sua proteção contra possíveis



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

discriminações que possam sofrer em razão de suas limitações, procurando garantir a equação da igualdade de todos perante a lei. Todavia, essa “discriminação positiva”, que busca viabilizar a inserção dos portadores de deficiência no mercado de trabalho, não pode ser interpretada de modo a resultar na concessão de benefícios exagerados aos mesmos, porque isso ensejaria discriminação “às avessas”, fazendo letra morta os desígnios paritários da Constituição da República.

O artigo 19, V, da Constituição Estadual, por sua vez, apenas repete a previsão do texto federal, enquanto o artigo 3º da Lei 10.228/94 fixa em 10% (dez por cento) o percentual de vagas reservadas aos candidatos portadores de deficiência, sem, porém, determinar que estes devam ser nomeados com preferência sobre os não deficientes.

De conseguinte, em face da reserva legal de 10% das vagas aos candidatos portadores de deficiência, tem-se que dentre cada 10 (dez) candidatos convocados, deverá ser convocado 1 (um) da lista dos portadores de deficiência, ainda que sua classificação seja inferior ao último da lista dos não-deficientes. Todavia, ainda que figurando em lista distinta, se o candidato portador de deficiência ostentar classificação superior a de algum dos candidatos não portadores de deficiência, deverá ser nomeado com observância desta classificação, posto que a reserva de vagas não pode resultar em discriminação negativa.

E esse entendimento já restou sufragado pela Segunda Seção do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que, modificando a decisão da 3ª Turma invocada pelo interessado em seu requerimento, decidiu, à unanimidade, no julgamento dos embargos infringentes:

“CONCURSO PÚBLICO. DEFICIENTE FÍSICO. RESERVA DE VAGAS. CR/88, ART. 37, INC.VIII. LEI Nº 7.853/89, ART. 2º, INC. III, AL. “D”. DEC. Nº. 3.298/99, ART. 35.

Ausente a auto-aplicabilidade tanto do dispositivo constitucional como do legal, à época da publicação do edital do concurso, este pode, discricionariamente, dispor sobre a reserva de mercado de trabalho assegurada aos deficientes físicos.

**A prioridade assegurada pela Constituição e pela lei não deve ir ao ponto de pressupor a convocação do deficiente melhor posicionado em sua classe com preterição de todos os não-deficientes ou, por outras palavras, a chamada, em primeira convocação, de um deficiente, para somente depois dela ser procedida a chamada de todos e quaisquer não-deficientes,**



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

**devendo cingir-se à reserva de mercado na medida do percentual adotado.”** (grifei) (Embargos Infringentes em AC nº 1998.04.01.075840-1/SC, Relator Desembargador Federal Valdemar Capeletti, julgado em 13/06/2001)

E da fundamentação do acórdão impõe-se destacar o seguinte excerto:

“(...)Relativamente à ordem de convocação dos candidatos aprovados, impõe-se o registro inicial de que devem ser organizadas duas listas de classificação, uma para os não-deficientes e outra para os deficientes físicos. Tomando-se em consideração o critério da prioridade, deve ser reconhecido o direito de o deficiente físico, mesmo classificado abaixo do último dos não-deficientes, de ser chamado para completar a quota assegurada, ainda que essa convocação implique em preterição de não-deficientes melhor classificados. Essa, a meu ver, a prioridade correspondente à discriminação positiva contida na Lei Maior. Todavia, essa prioridade não deve ir ao ponto de pressupor a convocação do deficiente melhor posicionado em sua classe com preterição de todos os não deficientes ou, por outras palavras, a chamada, em primeira convocação, de um deficiente, para somente depois dela ser procedida a chamada de todos e quaisquer não-deficientes. Admitida esta segunda prioridade, seria forçoso reconhecer que a Constituição, além da reserva percentual, estaria concedendo aos deficientes físicos mais um direito, qual seja, o de prelação absoluta. Com vista ao caso vertente, reservado o percentual de 5% das vagas aos candidatos portadores de deficiência e, até o momento, convocados tão-somente dez candidatos, nenhum daqueles teria direito a qualquer dessas vagas, mas tão-somente a uma hipotética convocação para o implemento da vigésima vaga.”

E em idêntico sentido a decisão da 3ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, no julgamento da Apelação Cível nº 20000110667000, assim ementada:

**“ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. CONCURSO PÚBLICO. DEFICIENTE FÍSICO. NOMEAÇÃO. PERCENTUAL DE VAGAS ASSEGURADO. EXPECTATIVA DE DIREITO.**

1 – Ao candidato portador de deficiência não é assegurado direito de ser nomeado em primeiro lugar, mas sim, o direito a percentual reservado de vagas (art. 37, VIII, CF).



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

2 – A aprovação em concurso público não assegura a nomeação do candidato, havendo tão-somente expectativa de direito por parte deste, porquanto à administração é reservado o direito de nomear a quantidade que lhe aprouver, no momento em que for mais conveniente e possível. (Relator Desembargador VASQUEZ CRUXÊN, DJU de 16/10/2002)

E o voto do Relator bem esclarece o posicionamento adotado:

“(…) Conquanto o autor tenha sido aprovado em 1º lugar dentre os candidatos portadores de deficiência, não o foi na classificação geral, ou seja, possuía apenas expectativa de direito de ser nomeado para uma das três vagas, conforme sua posição em relação aos outros dois, uma vez que a Lei Distrital nº 160/91, que regulamenta o art. 37, inc. VIII da Constituição Federal, não prevê que o candidato deficiente seja nomeado para provimento da primeira vaga. Como bem delineado pelo Parecer Ministerial, se ao candidato portador de deficiência fosse assegurado o direito de ser nomeado em primeiro lugar, não haveria falar em percentual reservado, mas sim em direito de preferência, o que, evidentemente, não atende o fim colimado pela aludida Lei.”

E para que não parem dúvidas, convém dizer que tanto a Lei Federal 8.213/91 quanto o Decreto Federal 3.298/99 não são aplicáveis na espécie porque o Estado detém competência para regulamentar, no âmbito da administração estadual, a norma do artigo 37, VIII, da CF/88 e, ademais, estabelecem reserva de vagas em percentual inferior ao determinado pela legislação estadual.

Por fim, registre-se que a hipótese ocorrida no Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento é totalmente distinta da ora em exame, porque sendo apenas 2(duas) as vagas disponibilizadas no certame, uma restou reservada ao candidato portador de deficiência, em atenção ao disposto no artigo 37, § 2º do Decreto Federal 3.298/99, incidente na espécie por tratar-se de órgão integrante da administração pública federal.

Assim, na hipótese vertente, considerando serem 11 (onze) as vagas oferecidas no concurso, com reserva de 1(uma) para portador de deficiência, e tendo sido convocados até o momento apenas 4(quatro) candidatos, sem que o interessado ostente classificação final superior a de nenhum destes,



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

não há que se cogitar de preterição, tendo o requerente apenas expectativa de direito à convocação para a décima vaga, durante o prazo de validade do concurso.

Ante o exposto, o parecer é pelo indeferimento do pedido.

Porto Alegre, 07 de janeiro de 2003.

**ADRIANA MARIA NEUMANN,**

**PROCURADORA DO ESTADO.**

**Processo nº 036574-1000/02-8**



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

**Processo nº 0036574-10.00/02-8**

**Acolho as conclusões do Parecer nº 13.521, da Procuradoria de Pessoal, de autoria da Procuradora do Estado Doutora ADRIANA MARIA NEUMANN.**

**Restitua-se o expediente ao Gabinete do Excelentíssimo Governador do Estado.**

**Em 07 de fevereiro de 2003.**

**Helena Maria Silva Coelho,  
Procuradora-Geral do Estado.**



**Estado do Rio Grande do Sul  
Gabinete do Governador**

**Expediente nº 36574-10.00/02.8**

**Aprovo** o Parecer nº 13521, da Procuradoria-Geral do Estado e, em consequência **indefiro** o pedido formulado por CLETO PAULO GREGORI, constante do Expediente nº 036574-10.00/02.8.

Restitua-se à Procuradoria-Geral do Estado para anotações de praxe e providências.

Em 17 de março de 2003.

**GERMANO ANTÔNIO RIGOTTO,**  
Governador do Estado.