

Concurso público - Candidata portadora de deficiência auditiva - Aprovação - Exigência de perda auditiva bilateral para caracterização da deficiência - Negativa de posse - Receio de dano irreparável - Perda da vaga - Tutela antecipada concedida - Manutenção

Ementa: Agravo de instrumento. Administrativo. Tutela antecipada. Concurso público. Candidata portadora de deficiência auditiva unilateral total. Negativa de posse por não caracterização da deficiência auditiva bilateral. Negativa indevida. Desnecessidade da bilateralidade para caracterização da deficiência autorizadora da disputa pela vaga destinada a portador de necessidade especial. Precedentes do STJ. Recurso não provido.

- Conforme entendimento jurisprudencial dominante, a surdez total unilateral é suficiente para caracterizar a deficiência auditiva autorizadora da disputa pela vaga destinada a portador de necessidade especial em concurso público.

- Comprovada a deficiência auditiva por diversos laudos médicos, um deles emitido inclusive por órgão da

Administração Pública, bem como pela incontroversa inclusão da candidata na lista dos deficientes de outro concurso público, e correndo risco essa candidata de perder a vaga para ingresso no serviço público, preterida pela convocação do próximo candidato na ordem de classificação, ficando, assim, privada de fonte de recursos de inequívoca natureza alimentar, capaz de propiciar-lhe a digna sobrevivência, tem-se por presentes os requisitos exibidos para o deferimento da tutela antecipada.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0024.11.114595-9/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: Fhemig - Fundação Hospitalar do Estado de Minas Gerais - Agravada: Andréa Nascimento Costa - Relator: DES. PEIXOTO HENRIQUES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Belizário de Lacerda, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 25 de outubro de 2011. - *Peixoto Henriques* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. PEIXOTO HENRIQUES - Por via de agravo de instrumento, insurge-se a Fundação Hospitalar do Estado de Minas Gerais contra decisão que, prolatada em “ação ordinária”, ajuizada em seu desfavor por Andréa Nascimento Costa, deferiu a antecipação da tutela para determinar que se providencie a posse e o exercício da autora por conta de sua aprovação em 3º lugar no concurso para provimento do cargo de Técnico de Enfermagem, certame redigido pelo Edital Fhemig nº 01/09.

Em linhas gerais, após breve “sinopse dos fatos” e defesa “da necessidade de recebimento do agravo na forma de instrumento”, sustentou a agravante: que há necessidade de realização de prova pericial para apuração da deficiência auditiva, visto que “não concorda com a argumentação da autora/agravada, haja vista que, após realização de exame médico, constatou-se que a deficiência auditiva da autora é apenas leve, o que não possibilita a participação no concurso como PNE”; que o “deferimento da liminar ocorreu apenas com a juntada de laudos unilaterais por parte da agravada, o que não pode ser mantido, pois que não foi feito o necessário contraditório”; que “a autora não estava apta a concorrer para as vagas de PNE”; que a agravada foi considerada inapta para concorrer à vaga como portadora de necessidades especiais; “que a agravada nem sequer contestou a declaração de inaptidão perante a agravante, haja vista que o edital traz a oportunidade de interposição de

recurso de tal decisão”; que a deficiência auditiva para disputar a vaga destinada ao PNE está prevista no inciso II do Decreto nº 3.298/99; que o relatório médico juntado comprova que a lesão auditiva da agravada é leve; que o cargo disputado pela agravada “não possui nenhum abalo pela falta de audição leve”, razão pela qual “o mais correto era a autora participar do concurso em igualdade de condições com os demais candidatos”; que “o simples fato de a agravada ser servidora estatutária do Hospital Municipal Odilon Behrens não lhe dá o direito de ser servidora da Fhemig”, até porque a Fhemig tem autonomia para avaliar o grau de deficiência da autora; que “agiu nos estritos termos do edital”; e, por fim, que se faz necessária a concessão do efeito suspensivo.

Além do provimento, requereu o efeito suspensivo.

Bem instruído o recurso.

Desnecessário o preparo (art. 511, § 1º, CPC).

Indeferido o efeito suspensivo.

Dispensadas maiores informações do d. Juiz *a quo*.

Sem a oitiva da PGJ/MG (Rec. Conj. PGJ/CGMP nº 03/07).

Contraminuta ofertada, com documentos.

É o relato do necessário.

Conheço do recurso, presentes os requisitos de admissibilidade.

A improcedência do recurso, entretanto, afigura-se inevitável.

A agravada, conforme os relatórios médicos acostados aos presentes autos (f. 22/25-TJ), é portadora de deficiência auditiva total no ouvido direito e parcial leve no ouvido esquerdo - perda média de 40 dB, conforme laudo de f. 25-TJ, classificação CID H90.5.

Em 2009, a agravada prestou concurso público para admissão ao cargo de Técnica de Enfermagem da Fundação Hospitalar do Estado de Minas Gerais - Fhemig, Edital nº 01/2009, concorrendo a uma das vagas destinadas aos deficientes físicos. Foi aprovada em 3º lugar. Embora nomeada, teve sua posse negada em 08.10.2010 por ter sido considerada pelo Serviço do Setor de Medicina do Trabalho - GSST/Fhemig inapta ao trabalho “por não preencher critérios constantes no Decreto 3.298/99” (f. 14-TJ). Segundo a agravante, a agravada foi considerada portadora de deficiência auditiva leve, “o que não possibilita a participação no concurso como PNE” (f. 04-TJ).

Inconformada, a agravada ajuizou ação ordinária com pedido de deferimento de tutela antecipada contra a Fhemig, objetivando sua posse no cargo para o qual foi aprovada no concurso.

O d. Juiz *a quo* concedeu a tutela requerida por considerar presentes, na espécie, os requisitos autorizadores do art. 273 do CPC, alicerçado em jurisprudência e dispositivos legais, tendo argumentado que, de acordo com o Decreto nº 3.298/99, “é considerada deficiência a perda ou anormalidade de uma estrutura ou função fisiológica que gere incapacidade para o desempenho de

atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano” e que, “portanto, ninguém ousaria dizer que a perda total da audição de um ouvido é algo normal, e mais, quando somada à perda leve da audição de outro ouvido, aí temos, com certeza, algo bem mais grave” (f. 78-TJ).

É contra tal antecipação de tutela que se recorre.

Sobre a concessão da antecipação de tutela, dispõe o Código de Processo Civil em seu art. 273:

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

Assim, para que se antecipem os efeitos da tutela, deve-se verificar a presença, concomitante, da prova inequívoca que sustente a verossimilhança da alegação e a existência de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Além disso, é necessário que não haja perigo da irreversibilidade do provimento antecipatório postulado (art. 273, § 2º, CPC).

Nesse sentido, esta 7ª Câmara Cível do TJMG já vaticinou:

A antecipação da tutela é medida excepcionalíssima e somente deverá ser deferida quando presentes os pressupostos autorizadores inseridos no CPC, art. 273: a existência de prova inequívoca das alegações contidas no pedido, fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou abuso de direito, além da ausência de risco da irreversibilidade do deferimento antecipado (AI nº 1.0273.09.006531-2/001 - 7ª Câmara Cível do TJMG - Rel. Des. Wander Marotta - DJ de 30.10.2009).

Ao exame dos autos, constato que os argumentos empregados para suporte ao pedido de provimento do recurso com a respectiva reforma da decisão que concedeu a tutela, afiguram-se, ao menos no juízo perfunctório próprio a este pleito, insuscetíveis de assegurar à agravante o deferimento do provimento reclamado.

Como é de conhecimento geral, a reserva de vagas aos portadores de necessidades especiais em concursos públicos é prescrita pelo art. 37, VIII, da Constituição Federal e regulamentada pela Lei nº 7.853/89; e esta, pelos Decretos nºs 3.298/99 e 5.296/04.

Assim dispõe o Decreto nº 3.298/99:

Art. 4º É considerada pessoa portadora de deficiência a que se enquadra nas seguintes categorias:

[...]

II - deficiência auditiva - perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500HZ, 1.000HZ, 2.000Hz e 3.000Hz [...].

Existe nos autos “Relatório Médico” firmado por otorrinolaringologista do Ipsemg, órgão sabidamente público, dando conta de que a agravada foi submetida a audiometria em 16.09.2010, tendo sido então constatado que a mesma é portadora de “anacusia à direita (perda total da audição); perda neurossensorial leve à esquerda (média 40 dB)” (f. 25-TJ).

Com efeito, ainda que em juízo sumário, tem-se que a agravada fez comprovação satisfatória de que é portadora de deficiência auditiva total no ouvido direito, superior, portanto, atende ao critério estabelecido no supracitado artigo, e de deficiência auditiva leve no ouvido esquerdo (40 db, 1 dB abaixo do critério estabelecido), como indicam os laudos de f. 22/25-TJ.

Além disso, consta dos autos declaração da Gerência de Gestão de Pessoas e do Trabalho do Hospital Municipal Odilon Behrens esclarecendo que a autora/agravada foi aprovada no certame do Edital nº 001/2008 do referido nosocômio para a função de Técnico de Enfermagem e que foi “classificada em 20º lugar do quadro de Portadores de Necessidades Especiais” (f. 97-TJ).

Ora, nesse contexto, têm-se elementos idôneos, oriundos da própria Administração Pública, a comprovar a verossimilhança das alegações da agravada, o que só confirma a correição da decisão que deferiu a tutela antecipada requerida.

Quanto à exigência de perda bilateral, parcial ou total da capacidade auditiva para caracterização de deficiência auditiva para fins de preenchimento de vagas destinadas aos portadores de necessidades especiais em concursos públicos, conforme disposto no Decreto nº 3.298/99, nossos tribunais vêm entendendo que não há necessidade de que essa deficiência seja bilateral, sendo suficiente para caracterizar a dita deficiência a comprovação da surdez unilateral.

Nesse sentido, como já lembrado, quer na decisão fustigada, quer na contraminuta, confira-se: ROMS nº 20.865/ES, 6ª Turma/STJ, Rel. Min. Paulo Medina, DJ de 30.10.2006.

Aplicável também ao caso, por analogia, aresto que trata da visão monocular, objeto inclusive da Súmula nº 377/STJ:

Administrativo. Concurso público. Portador de visão monocular. Direito a concorrer às vagas destinadas aos portadores de deficiência física. Recurso ordinário provido. - 1. O art. 4º, III, do Decreto 3.298/99, que define as hipóteses de deficiência visual, deve ser interpretado em consonância com o art. 3º do mesmo diploma legal, de modo a não excluir os portadores de visão monocular da disputa às vagas destinadas aos portadores de deficiência física. Precedentes. - 2. Recurso ordinário provido (RMS nº 19.257/DF - 5ª Turma do STJ - Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima - DJ de 30.10.2006).

Não é demais acrescentar aqui o voto da eminente Des.ª Teresa Cristina da Cunha Peixoto, que, votando como Vogal no julgamento do MS nº 1.0000.08.484297-0/000,

4º Grupo de Câmaras Cíveis/TJMG, também lembrado nos presentes autos, assim assentou:

[...] não se mostra razoável que o indivíduo com surdez bilateral moderada - limitação parcial em ambos os ouvidos - seja considerado deficiente físico, e à impetrante, com surdez unilateral profunda, isto é, perda auditiva total do ouvido esquerdo, não lhe seja permitido ocupar cargo após aprovação em concurso público e nomeação, como deficiente física.

Assim, sendo patente que a perda auditiva total no ouvido esquerdo da autora gera limitações ao desempenho das funções a serem exercidas, acompanho o voto proferido pela em. Relatora para determinar que a impetrante seja considerada deficiente física para o ingresso em cargo público, em observância aos princípios da isonomia, razoabilidade e da proporcionalidade.

O perigo de dano grave ou de difícil reparação também se encontra aqui comprovado, pois o indeferimento da antecipação de tutela causaria à agravada a perda da vaga no certame realizado, preterida diante da convocação do próximo candidato na ordem de classificação, e, assim, ficaria privada de fonte de recursos de inequívoca natureza alimentar, capaz de propiciar-lhe a digna sobrevivência.

Irrefutável, pois, a periclitação.

Presentes, a meu pensar, os requisitos para ratificar a antecipação de tutela atacada; como já decidido:

Agravo de instrumento. Ação ordinária. Concurso público. Vaga destinada aos deficientes públicos. Portador de perda auditiva unilateral. Candidato eliminado. Decreto 3.298/99. Antecipação da tutela. Presença dos requisitos do art. 273 do CPC. - A ‘antecipação dos efeitos da tutela’ afigura-se medida devida quando presentes os requisitos aludidos pelo art. 273 do CPC (AI nº 1.0024.10.204541-6/001 - 3ª Câmara Cível do TJMG - Rel. Des. Silas Vieira - DJ de 08.04.2011).

Isso posto, decido não prover o agravo de instrumento, mantendo inalterada a decisão atacada.

Custas recursais, *ex lege* (art. 10, I, LE nº 14.939/03). É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES OLIVEIRA FIRMO e WASHINGTON FERREIRA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.