

Concurso público - Deficiente físico - Surdez unilateral - Art. 5º, § 1º, b, do Decreto Federal nº 5.296/2004 - Deficiência comprovada - Vagas para portadores de necessidades especiais - Concorrência - Possibilidade - Mandado de segurança - Concessão da ordem

Mandado de segurança. Concurso público. Concorrência às vagas de portadores de necessidades especiais. Surdez unilateral. Acima da média legal. Art. 5º, §1º, b, do Decreto Federal nº 5.296, de 2004. Deficiência comprovada. Entendimento jurisprudencial. Abrandamento do rigorismo da lei. Integração social do portador de deficiência. Segurança concedida. Apelação à qual se dá provimento.

- A jurisprudência atual, atenta às dificuldades dos portadores de necessidades especiais, tem sensibilizado para considerar portador de deficiência aquele que possui surdez unilateral, desde que a perda global seja considerada superior a quarenta e um decibéis.

- A concessão de segurança, para que o candidato com surdez unilateral concorra em processo seletivo na condição de portador de necessidades especiais configura cumprimento do direito à proteção e integração social das pessoas com deficiência.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.12.119306-4/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Giovana Maria Meira Ruas - Apelada: Superintendência de Limpeza Urbana de Belo Horizonte - Autoridade coatora: Superintendente de Limpeza Urbana de Belo Horizonte - Relator: DES. MARCELO RODRIGUES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, à unanimidade, em dar provimento ao recurso.

Belo Horizonte, 6 de agosto de 2013. - *Marcelo Rodrigues* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MARCELO RODRIGUES - Cuida-se de recurso de apelação interposto por Giovana Maria Meira Ruas em face da sentença de f. 178/183-TJ que, nos autos do mandado de segurança impetrado contra ato do Superintendente de Limpeza Urbana de Belo Horizonte, denegou a segurança e deixou de condenar a impetrante no pagamento das custas, em razão de estar amparada pelo benefício da justiça gratuita.

Em suas razões recursais de f. 188/199-TJ, Giovana Maria Meira Ruas requer, preambularmente, o recebimento da apelação no duplo efeito. Aduz o seu direito líquido e certo de ser nomeada para o cargo ao qual concorreu, considerando a sua condição de deficiente física. Impugna as considerações do julgador acerca da inexistência de limitação para o exercício da atividade de advocacia, ressaltando que o entendimento diverge da jurisprudência atual, além de revelar falta de sensibilidade com as dificuldades sofridas pelos portadores de necessidades especiais.

Reafirma que a surdez, ainda que unilateral, é evidente e a prejudica em diversas atividades. Requer a reforma da sentença para que lhe seja concedida a segurança a fim de ter seu nome incluído como aprovada, em 1º lugar, entre os portadores de necessidades especiais. Pugna pelo provimento do apelo.

Sem preparo recursal, porquanto beneficiária da justiça gratuita.

Ausentes contrarrazões.

Aberta vista à douta Procuradoria-Geral de Justiça, esta se manifestou às f. 112/116-TJ pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Inicialmente, quanto aos efeitos em que a apelação é recebida, especificamente a pretensão de atribuição de duplo efeito, impunha-se à apelante a interposição de recurso próprio contra a decisão de f. 202-TJ. Então, a respeito da tutela antecipada recursal, nada mais há que ser decidido diante da preclusão.

Superado esse ponto, colhe-se dos autos que a apelante se inscreveu em concurso público para provimento de cargo de advogado da Superintendência de Limpeza Urbana (SLU) da Prefeitura de Belo Horizonte, edital nº 001/2011.

Em razão de ser portadora de Disacusia Neurosensorial Profunda no ouvido esquerdo, requereu sua inscrição como candidata portadora de necessidades especiais. Contudo, teve sua inscrição indeferida sob o argumento de não se enquadrar no conceito de deficiente físico, disposto no art. 5º, § 1º, b, do Decreto Federal nº 5.296, de 2004.

Diante desses fatos, a autora impetrou mandado de segurança, a fim de ver garantido seu direito líquido e certo à concorrência dentro das vagas destinadas aos portadores de necessidades especiais. A segurança foi denegada na primeira instância. Em face dessa sentença é que se insurge a impetrante.

Pois bem.

Validamente, o mandado de segurança é o instrumento hábil a proteger o direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus*, lesado ou ameaçado de lesão pela autoridade coatora. O direito líquido e certo é aquele que possa ser comprovado de plano, ou seja, independe de dilação probatória no juízo, haja vista que tal procedimento é incompatível com o rito do mandado de segurança.

E, no caso, exatamente em relação à sua condição de deficiente auditiva, comprovada nos autos pelo atestado médico de f. 23-TJ e laudos audiométricos de f. 24 e 25-TJ, é que a apelante busca a concessão de segurança para garantir a sua participação no concurso como portadora de necessidades especiais.

Ora, o laudo audiométrico, juntado com a inicial, revela que a capacidade auditiva do lado esquerdo é somente acima de 100 dB (decibéis). Ocorre que o art. 5º, § 1º, b, do Decreto Federal nº 5.296, de 2004, prescreve que:

Art. 5º Os órgãos da administração pública direta, indireta e fundacional, as empresas prestadoras de serviços públicos e as instituições financeiras deverão dispensar atendimento prioritário às pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida.

§ 1º Considera-se, para os efeitos deste Decreto:

I - pessoa portadora de deficiência, além daquelas previstas na Lei nº 10.690, de 16 de junho de 2003, a que possui limitação ou incapacidade para o desempenho de atividade e se enquadra nas seguintes categorias:

[...]

b) 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; [...].

Diante da letra da lei, ou seja, ausência de perda auditiva bilateral, é que foi denegada a segurança à impetrante.

Entretanto, a jurisprudência atual, atenta às dificuldades dos portadores de necessidades especiais, notadamente o ingresso no mercado de trabalho, tem sensibilizado para considerar portador de deficiência aquele que possui surdez unilateral, desde que a perda global seja considerada superior a 41 decibéis. E, com

isso, tem garantido a essas pessoas a participação em processos seletivos na condição de portador de necessidades especiais.

Nesse sentido:

Administrativo. Servidor público. Concurso público. Posse de deficiente auditivo unilateral. Possibilidade.

- Hipótese em que o Tribunal de origem, embora reconheça a surdez unilateral, julgou improcedente o *mandamus*, considerando que a impetrante não se enquadra no conceito de deficiente físico preconizado pelo art. 4º do Decreto 3.298/1999, com redação dada pelo Decreto 5.296/2004 (vigente ao tempo do edital).

- A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que, no concurso público, é assegurada a reserva de vagas destinadas aos portadores de necessidades especiais acometidos de perda auditiva, seja ela unilateral ou bilateral.

- Reexaminando os documentos anexos à exordial, depreende-se que, segundo o laudo médico emitido, a candidata tem malformação congênita (deficiência física) na orelha e perda auditiva no ouvido direito, o que caracteriza a certeza e a liquidez do direito ora vindicado, na espécie.

- Agravo Regimental não provido.

(STJ - Segunda Turma, AgRg no RMS 34.436/PE, Relator Ministro Herman Benjamin, julgado em 03.05.2012, DJe de 22.05.2012.)

Recurso ordinário em mandado de segurança. Candidato portador de deficiência auditiva. Reserva de vaga negada pela administração devido à comprovação de deficiência auditiva unilateral. Matéria de direito. Possibilidade de impetração do writ. Aplicação errônea da resolução nº 17/2003 do Conade. Lei nº 7.853/89. Decretos nº 3.298/99 e nº 5.296/2004. Direito líquido e certo. Recurso provido.

1. A matéria de que tratam os autos, qual seja, saber se a surdez unilateral vem a caracterizar deficiência física ou não, é matéria de direito, que não exige dilação probatória, podendo, por conseguinte, ser objeto de mandado de segurança.

2. A reserva de vagas aos portadores de necessidades especiais, em concursos públicos, é prescrita pelo art. 37, VIII, CR/88, regulamentado pela Lei nº 7.853/89, e esta, pelos Decretos nº 3.298/99 e nº 5.296/2004.

3. Os exames periciais realizados pela Administração demonstraram que o Recorrente possui, no ouvido esquerdo, deficiência auditiva superior à média fixada pelo art. 4º, I, do Decreto nº 3.298/99, com a redação dada pelo Decreto nº 5.296/2004.

Desnecessidade de a deficiência auditiva ser bilateral, podendo ser, segundo as disposições normativas, apenas, parcial.

4. Inaplicabilidade da Resolução nº 17/2003 do Conade, por ser norma de natureza infralegal e de hierarquia inferior à Lei nº 7.853/89, bem como aos Decretos nº 3.298/99 e nº 5.296/2004.

5. Recurso ordinário provido.

(STJ - Sexta Turma, RMS 20.865/ES, Relator Ministro Paulo Medina, julgado em 03.08.2006, DJ de 30.10.2006, p. 418.)

E, para o caso em apreço, não haveria mesmo que ser diferente do entendimento jurisprudencial encampado pelo STJ, haja vista que a perda da apelante em relação à audição esquerda já é muito superior ao mínimo de 41 dB. Pelos laudos audiométricos de f. 24/25-TJ, verifica-se perda auditiva da ordem de 100 dB, razão suficiente para

considerar a impetrante como portadora de deficiência física e fazer jus à concorrência no certame como portadora de necessidades especiais.

Não se mostra razoável exigir que a deficiência que acomete o candidato seja de nível tão elevado que o incapacite para o exercício da profissão. Sobre o assunto, oportunos os comentários de Fabrício Motta:

[...] para efeito de reserva de vagas não se pode exigir que a deficiência seja tão acentuada que implique plena impossibilidade de exercer funções na Administração, fato gerador, inclusive, de aposentadoria para os servidores públicos (MOTTA, Fabrício. *Concurso público e constituição*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2005, p. 192).

No mesmo sentido, transcrevo a ementa do julgado de relatoria do Desembargador Federal da 1ª Região, João Batista Gomes Moreira:

Administrativo. Concurso público para agente fiscal do Tesouro Nacional. Candidato com visão monocular. Inclusão no benefício de reserva de vaga. Distinção entre deficiência e invalidez.

1. Deficiência, para efeito de reserva de vagas em concurso público, é a situação intermediária entre a plena capacidade e a invalidez.

2. A visão monocular cria barreiras físicas e psicológicas na disputa de oportunidades no mercado de trabalho, situação esta que o benefício de reserva de vagas tem por objetivo compensar (AMS 1998.01.00.061913-2/DF, DJ de 16.11.2001, p.161).

Então, considerando a perda auditiva da apelante, ainda que unilateral, mas superior a 41 dB, não vejo como denegar a segurança impetrada. A concessão de segurança, para que a candidata com surdez unilateral concorra em processo seletivo na condição de portador de necessidades especiais, configura cumprimento do direito à proteção e integração social das pessoas com deficiência. Aí reside a ilegalidade do ato administrativo impugnado que não observou os referidos direitos.

Reforça o direito da recorrente o fato de que, em outros concursos, inclusive realizados pela mesma Fundação de Desenvolvimento e Pesquisa (Fundep), foi deferida sua inscrição como deficiente físico (f. 29/34 e 170/171-TJ). Não se mostra razoável o indeferimento, pelo administrador público, da inscrição em um certame como deficiente e o deferimento em outro, realizado pela mesma fundação.

Por fim, quanto à conclusão do Ministério Público, em seu parecer de f. 160/167-TJ, de perda do objeto da lide pela homologação do concurso em 21.06.2012, friso que a jurisprudência do STJ é firme no sentido de que homologação do resultado final do concurso não conduz à perda do objeto quando o remédio constitucional busca aferir suposta ilegalidade praticada em alguma das etapas do concurso.

Nesse sentido:

Administrativo. Agravo regimental no recurso ordinário em mandado de segurança. Concurso público. Perda de objeto do writ. Inocorrência. Fase de investigação social. Exclusão do candidato unicamente em razão da existência de registro policial. Ausência de trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Ofensa ao princípio da presunção de inocência.

1. O Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que a homologação do resultado final de concurso público não enseja a perda de objeto de writ que discute as suas fases anteriores.

2. Não se mostra admissível a exclusão de candidato, mesmo na fase de investigação social, se inexistir condenação transitada em julgado, sendo certo que o princípio constitucional da presunção de inocência não incide exclusivamente na esfera penal, mas, também, na administrativa.

3. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ - Quinta Turma, AgRg no RMS 29.627/AC, Relator Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), julgado em 26.06.2012, DJe de 09.08.2012.)

Diante de todo o exposto, dou provimento ao recurso para reformar a sentença e conceder a segurança impetrada. Determino à autoridade coatora a inclusão do nome da impetrante na lista de aprovados no concurso público SLU/PBH - Edital 001/2011, entre os portadores de necessidades especiais, obedecida a ordem de classificação de acordo com a pontuação obtida.

Sem custas recursais.

DES. RAIMUNDO MESSIAS JÚNIOR - De acordo com o Relator.

DES. CAETANO LEVI LOPES - De acordo com o Relator.

Súmula - DAR PROVIMENTO AO RECURSO.