

Ação Civil Pública

Delisa Olívia Vieiralves Ferreira

(Promotora de Justiça)

Liani Mônica Guedes de Freitas Rodrigues

(Promotora de Justiça)

A democracia moderna repele a fraternidade no que pode lembrar a caridade. Rejeita a noção de dever, substituindo-a pela noção de direito. Se os homens são irmãos, devem ser iguais; se não o são, o mais fraco tem direito de ser protegido. A experiência demonstra que a liberdade não basta para assegurar a igualdade, pois os mais fortes depressa se tornam opressores. Cabe neste caso ao Estado intervir para proteger os fracos. O dever que cada particular não cumpre em relação ao próximo, e a que, em todo caso, a lei não pode obrigá-lo, pertence ao Estado cumpri-lo em nome de todos, e quando passa a ser um dever do Estado, torna-se um direito para quem se beneficia dele. (Ripert)

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAZONAS,

através da 59.^a Promotoria de Justiça Especializada na Proteção e Defesa dos Direitos Constitucionais do Cidadão, com fundamento no Artigo 129, II e III da Constituição da República c/c o Art. 1.º, IV, da Lei 7.347/85 (com redação introduzida pela Lei n.º 8078/90) e Art. 3.º, da Lei 7.853/89, vem propor a presente *Ação Civil Pública Consistente em Obrigação de Fazer com Pedido de Liminar de Tutela Antecipada* em face do Estado do Amazonas, pelos fatos e fundamentos a seguir expostos:

1. Do objeto da ação

A presente Ação Civil Pública tem por objeto determinar que o Estado do Amazonas, que realizou Concurso Público, em 10 e 11 de março do corrente, para provimento de 886 vagas na Secretaria de Estado

de Segurança Pública, para os cargos de delegado de polícia, comissário de polícia, escrivão de polícia, investigador de polícia e perito criminal, a aplicação do percentual de 2% de reserva de vagas previstas em lei, destinadas às pessoas portadoras de deficiência física, para cada cargo, atendida a ordem de classificação entre os deficientes que tiverem sido aprovados no referido concurso, conforme estabelecem o § 2.º do Art. 108 da Constituição Estadual e Art. 3.º, da Lei Estadual n.º 031, de 9 de março de 1989.

2. Da legitimidade do Ministério Público

Conforme preleciona o eminente magistrado Luís Mário Galbetti, Proc. 330/90, 12.ª Vara Cível, Capital, ao citar o des. Luís Antônio de Andrade, RT/out. 89, sobre a viabilidade da ação civil pública quando indeterminável a pluralidade de interessados:

“Elemento que se reputa essencial, portanto, à configuração do conceito é o fato de tais interesses terem por titular uma pluralidade indeterminada e praticamente indeterminável de pessoas, no tocante às quais os interesses se manifestam, não em virtude da presença de uma relação jurídica de que participem, ou de relações jurídicas paralelas ou convergentes, em que estejam engajados, mas de dados contingentes e variáveis, como os que surgem em função da necessidade de proteger a fauna e a flora, a salubridade de um rio que abasteça determinada cidade, ou da atmosfera, os monumentos históricos, e assim sucessivamente.”

A questão da legitimidade do Ministério Público para esse tipo de ação já se impôs face ao que dispõe a Constituição Federal de 1988 quanto à outorga à instituição de poderes para a defesa de quaisquer interesses coletivos e difusos (art. 129, III), protegíveis através de ações coletivas, estabelecendo-se, desde então, a inclusão de outros interesses não claramente especificados na lei sobre ação civil pública em sua redação original.

Não se pode confundir os conceitos de interesses difusos e coletivos, de modo que seja retirada a legitimidade do Ministério Público sustentada na presente ação. Certo é que o inc. IV do art. 1.º da Lei n.º 7.347/85, vetado no ato de sua promulgação, acabou por prevalecer, por força do art. 110 da Lei n.º 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor – CDC), que novamente o acrescentou ao texto original, ficando admitida a ação civil pública para reparação de danos causados a qualquer interesse difuso ou coletivo e, portanto, de qualquer natureza (Hugro Nigro Mazzilli. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. Ed. RT, 6.ª ed., p. 80-81).

3. Interesses individuais homogêneos

O art. 127 da Constituição Federal legitima o Ministério Público a utilizar-se dos instrumentos necessários ao cumprimento das incumbências do poder-dever de promover a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Segundo o professor Teori Albino Zavascki,

“isto inclui, por certo sua habilitação para manejar também os instrumentos processuais, se preciso for, de modo a que suas atribuições sejam exauridas às últimas conseqüências. Com efeito, seria inimaginável supor-se que o dever de defesa – imposto ao Ministério Público pelo Constituinte – fosse limitado a providências extrajudiciais. Em outras palavras: o art. 127 da Carta Magna é também norma de legitimação” (R. I. ns Legisl. Brasília, 30, n.º 117, jan./março, 1993).

Por outro lado, o inciso IX do art. 129 da Constituição Federal ao explicitar as funções institucionais do Ministério Público, possibilita-lhe “exercer outras funções que lhe forem conferidas desde que compatíveis com a sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial a entidades públicas”.

Ademais, a Lei Complementar 75/95, em seu art. 6.º, XII, dispõe que: “compete ao Ministério Público da União propor ação civil coletiva para defesa de interesses individuais homogêneos.”

A própria jurisprudência já consolidou entendimento nesse sentido, conforme decisão do STJ, na qual considera que o Ministério Público tem legitimidade para defender interesse individual homogêneo de grupos de alunos, *verbis*: “O MP tem legitimidade para defesa de direitos individuais homogêneos de grupos de alunos, conforme autorizado pela CF 129, III e IX, 127, *caput*, CDC, art. 81, par. Un. 3 e art. 82, I” (STJ, Resp. 38176-2-MG, Rel. Min. Rui Rosado de Aguiar).

4. Do cabimento da ação civil pública

Conforme restou demonstrado, cabe ao Ministério Público relevante missão institucional na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses indisponíveis da sociedade, como se depreende da leitura de seu art. 129:

“SÃO FUNÇÕES INSTITUCIONAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO:

I – OMISSIS...;

II – OMISSIS...;

III – *Promover o Inquérito Civil e a Ação Civil Pública, para proteção do patrimônio público e Social do Meio Ambiente e de Outros Interesses Difusos e coletivos* (grifos nossos)”.

O texto da Constituição Estadual em seu art. 88, III, estabelece que cabe ao Ministério Público, além das funções institucionais previstas no art. 129 da C.F., receber petições, reclamações, representações ou queixas por desrespeito aos direitos assegurados na Constituição da República e nesta Constituição, inclusive no que pertine à prestação de contas da municipalidade.

Em consonância com a Constituição Federal, quando estabelece normas gerais de proteção às pessoas portadoras de deficiência, a Constituição do Estado definiu as mesmas normas, no art. 248, visando a

integração dessas pessoas, garantido-lhes o direito a emprego com salário e critérios de admissão não diferenciados; atendimento educacional especializado, preferencialmente na rede regular de ensino, respeitada a homogeneidade das classes especiais, a partir do nível pré-escolar; integração à vida comunitária através de programas de habitação e reabilitação; prestação de serviços especializados nos diversos tipos de deficiência, na rede de saúde pública; adequação dos currículos de educação de educação física e do acesso e uso dos centros esportivos; o livre acesso a logradouros e prédios de uso público e aos transportes coletivos, mediante disposições normativas estabelecidas na Lei Orgânica dos Municípios.

De igual teor, dispõe a Constituição Estadual, em seu art. 108, em consonância com a Lei Maior, que:

Art. 108. A Administração Pública terá sua atividade exercida:

I – omissis;

II – omissis;

§ 1.º – omissis;

§ 2.º – A lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá critérios de sua admissão.

Com efeito, foi promulgada em 9 de março de 1989, a Lei Estadual n.º 031/89, que dispõe sobre medidas de integração das pessoas portadoras de deficiências no mercado de trabalho e dá outras providências, estabelecendo em seu art. 3.º que: *Os órgãos da Administração Pública, Direta e Indireta, ficam obrigados a manter em seus quadros de pessoal, o mínimo de 2% (dois por cento) de pessoas portadoras de deficiência física.*

E ainda, com a edição da Lei n.º 7.853 de 24 de outubro de 1989, que dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência – CORDE, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes e dá outras providências. Tal lei esta-

belece normas gerais que asseguram o pleno exercício dos direitos individuais e sociais daquelas pessoas, determinando também que, na aplicação da referida lei, deverão ser considerados os valores básicos da igualdade de tratamento e oportunidade, da justiça social, do respeito à dignidade da pessoa humana, do bem-estar, e outros, indicados na Constituição ou justificados pelos princípios gerais de direito.

Assim, de acordo com a citada lei, cabe ao Poder Público e seus órgãos, no âmbito de sua competência e finalidade, dar tratamento prioritário aos direitos básicos do portador de deficiência, como a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a previdência social, o amparo à infância e à maternidade, e de outros decorrentes da Constituição e das leis, viabilizando medidas que assegurem tais direitos.

E o direito do qual tratamos nesta ação civil, é o direito ao trabalho, que está inserido na referida lei, em seu art. 2.º, III, d, quando obriga o Poder Público à adoção de legislação específica que discipline a reserva de mercado de trabalho, em favor de pessoas portadoras de deficiência, nas entidades da Administração Pública e do setor privado, e que regulamente a organização de oficinas e congêneres integradas ao mercado de trabalho e a situação, nelas, daquelas pessoas.

Disciplinou, ainda, a Lei n.º 7.853/89, a atuação compulsória do Ministério Público, legitimando-o nas ações civis públicas destinadas à proteção de interesses coletivos e difusos das pessoas portadoras de deficiência, através de seus arts. 3.º, 4.º, 5.º, 6.º e 7.º, “caput” *in verbis*:

“Art. 3.º. As ações civis públicas destinadas à proteção de interesses coletivos ou difusos das pessoas portadoras de deficiência poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela União, Estados, Municípios e Distrito Federal; por associação constituída há mais de 1 (um) ano, nos termos da lei civil, autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista que inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção das pessoas portadoras de deficiência.

Art. 4.º. A sentença terá eficácia de coisa julgada oponível erga omnes, exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

Art. 5.º. O Ministério Público intervirá obrigatoriamente nas ações públicas, coletivas ou individuais, em que se discutam interesses relacionados à deficiência das pessoas.

Art. 6.º. O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, não inferior a 10 (dez) dias úteis.

Art. 7.º. Aplicam-se à ação civil pública prevista nesta lei, no que couber, os dispositivos da Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985”.

Assim, demonstrada está inequivocadamente, a legitimidade do Ministério Público para a proteção dos interesses da coletividade e difusidade através da propositura da Ação Civil Pública, com fundamento infraconstitucional no art. 1.º, IV, da Lei n.º 7347/85 e art. 3.º da lei 7.853/89.

5. Dos fatos

O Estado do Amazonas, através de Decreto Governamental, publicado no Diário Oficial do Estado do Amazonas, em 10 de janeiro do corrente ano, aprovou a realização pela Secretaria de Estado de Administração e Planejamento, de Concurso Público para provimento de cargos de Delegado de Polícia de 4.ª Classe, Comissário de Polícia, Escrivão de Polícia de 5.ª Classe, Investigador de Polícia de 5.ª Classe e Perito Criminal de 5.ª Classe, do Quadro de Pessoal da Polícia Civil, da Secretaria de Estado de Segurança Pública, criados pela Lei n.º 2.634, de 9 de janeiro de 2001.

O Edital do referido concurso fora publicado no mesmo dia, com as especificações das vagas e dos respectivos cargos, conforme tabela abaixo:

Nível	Cargo	Vaga
Superior	Delegado de Polícia	35
	Comissário de Polícia	173
	Perito Criminal	17
Médio	Escrivão de Polícia	209
	Investigador de Polícia	452
Total geral das vagas gerais		886

Consta do referido Edital que:

Às pessoas portadoras de deficiência física é assegurado o direito de se inscreverem no presente concurso público para os cargos cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras. Neste caso, deverão comparecer à Secretaria de Estado da Administração, Coordenação e Planejamento, no máximo no dia seguinte à sua inscrição, para encaminhamento à junta Médico-Pericial do Estado, que considerará o candidato, em cada caso, apto ou não para o exercício do cargo a que deseja concorrer, do que dependerá a confirmação de sua inscrição (item IV. 4).

Na seqüência, estabelece, ainda, o Edital que: *os candidatos deverão declarar, no ato de inscrição, se forem portadores de deficiência física, especificando-a (item IV. 5).*

A despeito de prever o Edital algumas regras específicas aos candidatos portadores de deficiência física, (itens IV. 4 e IV. 5), foi omissivo no que se refere à reserva de vagas a esses candidatos, o que se confirma com a publicação no Diário Oficial do Estado, do resultado dos aprovados e classificados no concurso, onde se constata que candidatos portadores de deficiência embora *aprovados* não receberam o tratamento isonômico atribuído em lei, pois seus nomes figuraram apenas na classificação geral.

Atendendo solicitação do Ministério Público, o senhor sub-secretário de Estado da Administração, Coordenação e Planejamentos, encaminhou a relação nominal de candidatos portadores de deficiência devidamente aprovados no concurso público para provimento de cargos da Polícia Civil.

Dos candidatos portadores de deficiência aprovados para o cargo de Escrivão, constantes da relação fornecida, dois deles, a saber, Aline de Mendonça Silva e Jean Kissinger Barbalho da Cunha foram classificados na lista geral, não se incluindo, portanto, na reserva legal em favor dos portadores de deficiência. Restaram (6) seis outros candidatos que, embora não classificados na lista geral, têm o direito subjetivo de serem incluídos na lista de reserva legal, para a disputa das (4) vagas.

Referente ao cargo de Investigador de Polícia, nenhum dos candidatos portadores de deficiência aprovado foi classificado na lista geral; porém, havendo 452 vagas para tal cargo, aplicando-se o percentual de reserva legal, deverão existir (9) nove vagas destinadas a esses candidatos, sendo certo que são apenas (6) seis os candidatos nessa condição, conforme informação prestada pelo ISAE.

Quanto ao cargo de delegado de polícia, também nenhum candidato portador de deficiência foi classificado na lista geral; contudo, aplicando-se o percentual de reserva legal, restará (1) uma vaga a ser disputada entre os (3) três candidatos portadores de deficiência devidamente aprovados, conforme listagem oficial.

A não aplicação da reserva legal trouxe aos candidatos portadores de deficiência prejuízos notáveis, quebrando o princípio constitucional da isonomia constante do artigo 5.º.

6. Do direito e sua auto-aplicação

A Constituição do Estado do Amazonas estabelece no § 2.º do seu artigo 108: “A Administração Pública terá sua atividade exercida:

§ 2.º A lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá critérios de sua admissão”.

Regulamentando a Constituição Estadual, promulgou-se a Lei n.º 31, de 09 de março de 1989, a qual estabeleceu no seu artigo 3.º, *verbis*: “Os órgãos da Administração Pública, Direta e Indireta, ficam obrigados a manter em seus quadros de pessoal, o mínimo de 2% (dois por cento) de pessoas portados de deficiência física”.

Destarte, fica evidente que o direito à reserva legal de vagas aos portadores de deficiência, para cargos públicos no Estado do Amazonas, já se encontra devidamente regulamentado. O que importa aos portadores de deficiência, é o que a legislação estabeleceu, ou seja, que um mínimo de 2% (dois por cento) das vagas devem ser destinadas aos portadores de deficiência física.

Ao estabelecer *um mínimo* de reserva, assegurou um direito que se torna subjetivo público. Menos que esse percentual estabelecido na lei não poderá ser adotado pela Administração Pública. Se há um mínimo, há uma imperatividade dirigida ao administrador, cuja inobservância fere princípios básicos da Constituição, a saber, o princípio da legalidade e da igualdade.

Não sobra ao administrador público nenhuma discricionariedade quanto aplicar ou não a reserva legal, permitindo-se tão somente, querendo, ampliar tais percentuais. O resíduo de legitimidade do administrador público – ou simplesmente discricionariedade – é sempre vinculado à finalidade pública.

Sabendo-se que compete ao Estado, consoante regra constitucional impositiva e conformadora, prevista nos artigos 1.º e 3.º, da CF – expressão da constituição material ou ideológica – garantir a todos a dignidade da pessoa, uma sociedade justa e erradicar as desigualdades sociais, não aplicar a reserva legal aos portadores de deficiência, é agir com desvio de finalidade.

O fato de estabelecer a Lei Estadual n.º 31/89, no seu artigo 5.º que: *As admissões de que trata o artigo 3.º serão regulamentadas por ato do Governador do Estado* em nada altera o caráter de *auto-aplicabilidade* do artigo 3.º da citada lei, eis que, na exata medida em que a Lei assegura o direito constitucional de igualdade para acesso aos cargos públicos aos portadores de deficiência, faz incidir a regra exegética insculpida no artigo 5.º, § 1.º, da CF, assim redigida: *As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.*

Em julgamento de Recurso em Mandado de Segurança n.º 3.113/6 e Mandado de Segurança n.º 930002324-1, os ministros do Superior Tribunal de Justiça Pedro Acioli e Flaquer Scartezzini, cujo tema era exatamente a regulamentação de lei que reserva vagas aos portadores de deficiência física, assim se pronunciaram:

“É da tradição jurídica brasileira, desgraçadamente, o vexo de postergar a aplicação de normas constitucionais sob a alegação, algumas vezes manifestamente improcedentes, de ausência de regulamentação.

Evidentemente, em muitas hipóteses é de todo impossível a execução plena da norma constitucional sem a interposição de uma outra norma, entre o seu enunciado e a concreção a que visa (BASTOS, Celso Ribeiro e BRITO, CARLOS Ayres de. *Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 35).

Porém, quando presentes os elementos mínimos necessários à concretização da norma – ainda que parcimoniosos e até precários – o que se deve procurar, pondo de lado aquele vexo, é dar vida à Constituição” (*sem grifo no original*).

No acórdão proferido pelo ministro Pedro Acioli, este, citando J.J. Gomes Canotilho, assim se manifestou, ao fundamentar o princípio da efetividade e da concreção das normas legais em face dos direitos fundamentais previstos na Constituição: “No âmbito de tais direitos, ensina Canotilho que é de ser o princípio da máxima efetividade, vale dizer, em caso de dúvida, deve preferir-se a interpretação que lhe reconheça maior eficácia (Direito Constitucional. 4.^a ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1989, p. 163 e 475)’.

E em seu voto, favorável ao candidato portador de deficiência, manifestou o ministro Acioli:

“Logicamente, que não deve prevalecer, diante da garantia constitucional, é o alijamento do deficiente, por não ter logrado classificação, muito menos por recusar o *decisum* afrontado que tenha a norma constitucional sido regulamentada pelo dispositivo da lei ordinária, tão-só por considerar não ter ela definido critérios suficientes o que, *data venia*, não pode prevalecer, já que não pode ficar ao talante da digna Autoridade coatora o juízo sobre se a lei que foi editada para regulamentar a norma da Constituição, dependendo de apresentar ou não, os critérios que entenda suficiente para o citado fim, possa ou não ter condão de tornar aplicável o comando da Lei Maior que tinha a sua eficácia contida.”

No julgamento do caso relatado, citando o mestre Cretella Júnior, se posicionou:

“Se há cem vagas e a lei destinou o percentual de dez por cento aos portadores de deficiências, estes, desde logo, terão reservadas para eles, dez vagas. Nesse caso, aprovados cem candidatos, não deficientes, os dez deficientes aprovados passarão à frente dos dez últimos, sendo admitidos, caso a Administração resolva preencher todas as vagas.”

No caso em exame, na esteira do raciocínio exposto, para cada cargo deverá ser aplicado o percentual de dois por cento como reserva legal aos portadores de deficiência física, sendo certo, portanto, que os candidatos portadores de deficiência que foram aprovados mas não classificados na lista geral, consoante informação oficial, deverão ter assegurada sua classificação, na forma descrita acima.

Em manifestação proferida nos autos do processo administrativo n.º 08100-100097/98-11, do Conselho Superior do Ministério Público Federal, que trata da formação do Edital para inscrição de candidatos por-

tadores de deficiência ao concurso público para o Ministério Público Federal, o ilustre conselheiro procurador da República Wagner Gonçalves, se posicionou sobre tema:

“No que se refere ao número de vagas deferidas aos portadores de deficiência e à forma do seu preenchimento, cumpre assinalar que o direito dos portadores não pode ser interpretado para gerar desigualdades. Daí, concorrem eles a todas as vagas, sendo que 5% lhe são reservadas. Isso representa dizer que só irão preencher as vagas destinadas aos deficientes caso sua classificação não os habilite a ocupar qualquer vaga. Ou seja, se existem 30 vagas, duas serão destinadas aos portadores de deficiências. Eles só irão ocupar tais vagas se sua classificação não se der entre os primeiros 28 aprovados. Se eles tirarem notas correspondentes à 29.^a ou 30.^a classificação, terão tais vagas. Terão as mesmas vagas caso, aprovados juntamente com os demais, estejam em 31.^o, 32.^o lugar ou daí por diante, quando então, excluirão aqueles que passaram em 29.^o ou 30.^o e não são portadores de deficiência.”

Por tudo, se pode concluir que:

- a. O requisito de admissibilidade para acesso aos cargos da Polícia Civil, aos portadores de deficiência, era apenas ser considerado apto, na forma do Edital;
- b. Os candidatos portadores de deficiência aprovados e constantes da lista oficial, foram considerados pela Administração como aptos, uma vez que foram submetidos à perícia na Junta Médica Oficial, na forma do Edital do concurso público, portanto, atenderam ao requisito exigido;
- c. A Lei Estadual n.º 31/89 que regulamentou o artigo 108, § 2.º, da Constituição Estadual, fixou o percentual de 2% como reserva legal aos candidatos portadores de deficiência;
- d. Não há necessidade de nenhuma outra regulamentação para garantir os direitos dos candidatos portadores de deficiência

(Vide jurisprudências em anexo, do STJ), visto que o requisito de admissibilidade a que se poderia eventualmente questionar, à luz do disposto no art. 5.º, da Lei n.º 31/89, foi suprido pelo Edital – que é lei para o caso concreto –; assim, cumprido como foi o único requisito de admissibilidade – ser considerado apto – completou – se o comando legal, pois a previsão do percentual de reserva já consta da lei;

Apenas para corroborar com nossos argumentos, trazemos à colação algumas jurisprudências do STJ, sendo certo que existem dezenas de outras de igual teor nos ementários oficiais:

I. Ementa – Administrativo – Concurso Público – Vaga de Deficiente Físico – Obrigatoriedade – Deve-se reservar percentual das vagas destinadas a concurso público às pessoas portadoras de deficiência física, nos limites estabelecidos em lei – Recurso provido.⁹⁰

II. Ementa – Constitucional de Administrativo – Concurso Público – Vaga Destinada a Deficiente Físico. Constituição – ART. 37, VIII – Regulamentação – Lei N.º 8112/90, ART. 5.º, § 2.º.

- I. Sendo o artigo 37, VIII, da Constituição Federal, norma de eficácia contida, surgiu o artigo 5.º, § 2.º, do novel Estatuto dos Servidores Públicos Federais, a toda evidência, para regulamentar o citado dispositivo constitucional, a fim de proporcionar plenitude eficaz.
- II. Verifica-se, com toda facilidade, que o dispositivo de lei ordinária definiu os contornos do comando constitucional, assegurando o direito aos portadores de deficiência de se inscreverem em concurso público, ditando que os cargos providos tenham atribuições compatíveis com a deficiência de que são portadores e, finalmente, estabelecendo um percentual máximo de vagas a serem a eles reservadas.
- III. Dentro desses parâmetros, fica o administrador com plena liberdade para regular o acesso dos deficientes aprovados

90 Recurso em Mandado de Segurança. Relator ministro Flaquer Scartezzini. DOU 15.12.97.

no concurso para provimento de cargos públicos, não cabendo prevalecer, diante da garantia constitucional, alijamento do deficiente por não ter logrado classificação, muito menos por recusar o *decisum* afrontado que não tenha norma constitucional sido regulamentada pelo dispositivo da lei ordinária, tão-só por considerar não ter ela definido critérios suficientes (sem grifo no original).

- IV. Recurso provido com a concessão da segurança, a fim de que seja oferecida à recorrente vaga, dentro do percentual que for fixado para os deficientes, obedecida, entre os deficientes aprovados, a ordem de classificação, se for o caso⁹¹ (sem grifo no original).

Verifica-se que a omissão da Administração, ao longo desses anos, e a despeito de ter sido devidamente provocada, não pode ser acolhida agora como argumento de sua própria defesa para o não cumprimento da lei.

7. Do pedido

1. Da tutela antecipatória dos efeitos da sentença de mérito

1.1. Do dano de difícil reparação

No dia 04.07 do corrente, terá início a segunda fase do Concurso Público para qual se submeteram os candidatos portadores de deficiência, devidamente aprovados na primeira fase e não *classificados* na lista geral.

A eventual demora na tutela jurisdicional afetará o denominado *direito de fruição ou gozo*, uma vez que a segunda fase, também de caráter eliminatório, consistirá em um Curso de Formação na Escola de Polícia.

91 Recurso em Mandado de Segurança – Relator ministro Pedro Acioli. DJU, 02.03.95

1.2. Do abuso do direito de defesa

Consoante demonstração do agasalho da pretensão no ordenamento jurídico positivo, seja na Constituição Federal, Estadual e na Lei Ordinária, seja nas decisões jurisprudenciais que evidenciam o *fumus bono juris*, não sobraría ao réu senão uma defesa de caráter procrastinatório, na medida em que o direito subjetivo deduzido em juízo se acha provado de maneira pré-constituída, como verdadeiro direito líquido e certo.

Comentando a respeito do abuso de direito de defesa, Nelso Nery Junior, assim se manifestou:

“Em tese é admissível o pedido *liminar* fundado no inciso II, pois não despropositado o abuso do direito de defesa verificado fora do processo, quando há prova suficiente de que o réu fora, por exemplo, notificado várias vezes para cumprir a obrigação, tendo apresentado evasivas e respostas pedindo prazo para o adimplemento”.⁹²

Fazendo parte integrante da presente ação, juntamos cópias dos expedientes oriundos da 59.^a Promotoria de Justiça da Capital, na lavra da Promotora de Justiça Dr.^a Delisa Olívia Vieiralves Ferreira, que em 14 de junho de 1999 enviou ofício n.º 175/99, solicitando providências quanto à regulamentação da referida Lei n.º 31/89, reiterando-o em 30.07.99 através do ofício n.º 225/99. Em 14.08.2000, decorrente da provocação do Ministério Público, o secretário-executivo de Assuntos Técnicos e Legislativos, senhor Alcebíades de Leiros Cavalcante de Oliveira, comunicou à senhora Maryse Mendes Perez, secretária de Estado de Assistência Social, a respeito da necessidade de editar decreto regulamentador da referida Lei.

Por razões quaisquer que sejam, o réu, até a presente data, não obstante provocação feita pelo Ministério Público, que antevia a possibilidade de se argumentar a necessidade de regulamentação da Lei n.º 31/89, por força do seu artigo 5.º (embora, repetimos, seja tecnicamente despciendo, pela auto-aplicabilidade da Lei), não adotou providência re-

92 Código de Processo Civil Comentado. RT, 2001, comentários ao artigo 273, p. 735.

gulamentadora. A uma, porque reconhece sua desnecessidade; a duas, por pura omissão, que, no caso, não pode ser acolhida como argumento de sua própria defesa.

Assim, na esteira do comentário abalizado de Nelson Nery, configurou-se o abuso do direito de defesa extra-processo, não existindo qualquer outra possibilidade de defesa de mérito.

1.3. Da prova inequívoca

Convém salientar desde logo o que a doutrina entende por prova inequívoca, constante do *caput* de artigo 273, CPC.

Afasta-se de qualquer interpretação literal o correto entendimento, pois do contrário teríamos o paralogismo, visto que a exigir-se do autor uma prova inafastável, quando da resposta do réu, convencendo-se do contrário, a tal prova inequívoca deixaria de existir tendo já existido.

O correto entendimento deve ser exatamente aquele afirmado por Nelson Nery, o qual ensina que a prova inequívoca é a prova do “fato título do pedido” (causa de pedir)⁹³.

Sabendo-se que a *causa petendi* comporta dois elementos, um fático e um jurídico, uma causa próxima e uma remota, temos no caso em exame que a causa de pedir se funda na violação do direito subjetivo dos portadores de deficiência para acesso aos cargos públicos, assim como a não inclusão dos candidatos portadores de deficiência aprovados no concurso, na lista de classificados, e, portanto, não ter sido a eles assegurada a vaga legal.

Assim, *o fato título do pedido* – ou prova inequívoca-se acha fartamente demonstrado na presente ação, autorizando a tutela antecipatória dos efeitos da sentença de mérito.

1.4. Do cabimento da tutela antecipada contra a fazenda pública

Encontra agasalho nos tribunais a possibilidade de concessão de antecipação dos efeitos da sentença de mérito contra a Fazenda Pública.

Nessa esteira se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

93 Op cit., p. 732.

Processo Civil – Medida Cautelar – Recurso Especial Contra Acórdão em Agravo de Instrumento – Tutela Antecipada Contra a Fazenda Pública – Artigo 237, do CPC em Lei n.º 9.494/97 – Sentença Definitiva Prolatada – Plausibilidade do Bom Direito e Perigo da Demora Preenchidos – Cautelar Procedente com Processamento Imediato do Recurso Especial.

Afora a exceção restritiva prevista na Lei n.º 9.494, de 10.09.97, é admissível a antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, circunstância que demonstra a presente *o fumus boni juris*.⁹⁴

O Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, em julgamento de agravo de instrumento, se posicionou:

Discricionariedade – Desde que preenchidos os requisitos do CPC 273, é dever imposto ao juiz a concessão da tutela antecipada, não havendo, portanto, discricionariedade.⁹⁵

No mesmo sentido, se posicionou o Supremo Tribunal Federal:

Fazenda Pública. Cabimento. É admissível tutela antecipada contra Fazenda Pública.⁹⁶

2. Do pedido específico

De todo o exposto, requer o Ministério Público:

- a. A tutela antecipatória dos efeitos da sentença de mérito, em caráter liminar;
- b. A obrigação de fazer, compelindo o réu a efetivar a classificação dos candidatos portadores de deficiência aprovados no referido concurso, assegurando o percentual legal para cada cargo, garantindo as respectivas vagas, incluindo-os no Curso de Formação da Escola de Polícia, que configura a segunda fase do concurso público, observando-se o quadro abaixo:

94 Medida Cautelar 1794/PE. Relator ministro Franciulli Netto, DJ 27.03.2000.

95 Juiz Rizzatto Nunes, v.u., 04.11.98.

96 ADC, 4, Tribunal Pleno, Ministro Sydney Sanches, dj 10.09.97.

Cargo de Delegado de Polícia

Candidatos portadores de deficiência aprovados e não classificados	Vagas	Reserva Legal (2%)
Adriana Carla da Silva Breve Herberte Campos de Araújo Luiz Alberto Dantas de Vasconcelos	35	(01) Vaga

Cargo de Delegado de Polícia

Candidatos portadores de deficiência aprovados e não classificados	Vagas	Reserva Legal (2%)
Aline de Mendonça Silva* Dirceu Jesus Obersteiner Fernando Costa Muniz Jean Kissinger Barbalho da Cunha* Márcio Neves Stefani Silvano Cesar Lorigo Barreto Vanderlei de Pinho Saldanha Vanessa Silveira da Silva	09	(04) Vagas

*Candidatos já classificados na lista geral que não serão incluídos na reserva legal de vagas.

Cargo de Investigador de Polícia

Candidatos portadores de deficiência aprovados e não classificados	Vagas	Reserva Legal (2%)
André Ivan Lopes de Oliveira Colette Dupré dos Santos Teles Elinaldo Viana Barreto Frank José Rodrigues Abraham Sebastião Brito Ramos Silvano Cesar Lorido Barreto	452	(09) Vagas

- c. Fixação de *astreinte* no valor diário de R\$ 1.000,00 (mil reais) a ser recolhido ao Fundo respectivo, na forma do artigo 13, da Lei n.º 7.347/85;
- d. A citação do réu na pessoa do Procurador-Geral do Estado, podendo ser encontrado na sede da Procuradoria, situada na Rua Emílio Moreira, n.º 1.308 – Praça 14 de Janeiro, nesta cidade, para responder a presente ação no prazo legal;
- e. Seja julgado procedente o pedido, por sentença de mérito, confirmando a tutela antecipatória concedida.

Dá-se à causa o valor de R\$ 1.000,00 (mil reais).
Manaus, 29 de junho de 2001.

**Delisa Olívia Vieiralves
Ferreira Rodrigues**
Promotora de Justiça

**Liani Mônica Guedes de
Freitas**
Promotora de Justiça