



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
1ª Câmara de Direito Público

Registro: 2025.0000330351

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1004095-70.2023.8.26.0157, da Comarca de Cubatão, em que é apelante MUNICÍPIO DE CUBATÃO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V. U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MAGALHÃES COELHO (Presidente) E LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ.

São Paulo, 2 de abril de 2025.

VICENTE DE ABREU AMADEI

Relator

Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 28.785

APELAÇÃO Nº 1004095-70.2023.8.26.0157

APELANTE: Município de Cubatão.

APELADO: Ministério Público do Estado de São Paulo.

INTERESSADA: Câmara Municipal de Cubatão.

APELAÇÃO – Ação Civil Pública – Concurso público para seleção de cargos para a Câmara Municipal de Cubatão – Declaração de inconstitucionalidade do art. 1º, § 2º, da Lei Municipal nº 3.801/2016 e, por arrastamento, a redação dada à Lei Municipal nº 3.061/2006, que estabelece que a reserva de vaga somente será aplicada quando corresponder a um número inteiro, sem possibilidade de arredondamento – Matéria já enfrentada pelo C. STF, pelo plenário – Desnecessidade de arguição de incidente de inconstitucionalidade, ante a teoria dos motivos determinantes – Ausência de ofensa à cláusula de reserva de plenário – Supremo Tribunal Federal que vem reconhecendo que o arredondamento do percentual do número das vagas reservadas para pessoa com deficiência não atingir um número inteiro deve ocorrer o arredondamento para o primeiro número inteiro subsequente – Decreto nº 9.508/2018, que regulamenta o art. 34, § 2º e 3º, e o art. 35 do Estatuto da Pessoa com deficiência, que assim também estabelece: se o quantitativo do percentual das vagas reservadas a pessoa com deficiência resultar em número fracionado, este será aumentado para o primeiro número inteiro subsequente - Sentença de procedência da demanda mantida - RECURSO DESPROVIDO.

Trata-se de apelação (fls. 112/122) interposta pelo **Município de Cubatão**, em ação civil pública ajuizada pelo **Ministério Público do Estado de São Paulo** em face do recorrente e da **Câmara Municipal de Cubatão** contra a r. sentença (fls. 103/106) que julgou procedente a demanda, confirmando a liminar para: “a) *ANULAR PARCIALMENTE o Edital nº 01/23, da Câmara Municipal de Cubatão, incluindo os procedimentos que dele derivarem, no que diz respeito às regras de reserva de vagas (aplicadas em todas as vagas oferecidas, no concurso público, e não apenas no edital de abertura), para as Pessoas com Deficiência, EXCLUSIVAMENTE para o cargo de Especialista Legislativo – Área Administração Pública – (08 vagas), determinando, a readequação dos percentuais de reserva (entre 5% e 20%), assegurando que a 5ª*

vaga seja atribuída a lista especial – pessoas com deficiência e, não a lista geral), sob pena de multa diária no valor de R\$ 500,00, até o limite de R\$ 50.000,00; b) ANULAR PARCIALMENTE o Edital n.º 01/23, da Câmara Municipal de Cubatão, incluindo os procedimentos que dele derivarem, no que diz respeito às regras de reserva de vagas, para as Pessoas com Deficiência, para os demais cargos abertos, caso sejam chamados mais candidatos do que as vagas inicialmente ofertadas no certame (05, no mínimo), enquanto vigorar a validade do concurso; c) DECLARAR incidentalmente a inconstitucionalidade do artigo 1º, § 2º, da Lei Municipal n.º 3.801/2012, e, por arrasto, do artigo 1º, § 2º, com sua redação atual, dada pela lei, anteriormente citada, da Lei Municipal n.º 3.061/2006, através do controle difuso de constitucionalidade, com efeito 'ex tunc'." Deixou de condenar a parte requerida a arcar com o pagamento dos honorários advocatícios.

A apelante pretende o provimento do recurso para a reforma da r. sentença, para afastar a declaração de inconstitucionalidade do artigo 1º, § 2º da Lei Municipal n.º 3.801/2016 e, por arrastamento, a redação que lhe deu a Lei Municipal n.º 3.061/2006, por aplicação equivocada da legislação federal como sendo de abrangência nacional, não podendo, portanto, prevalecer a declaração de inconstitucionalidade.

Processado o apelo, não foi contrariado (fls. 502), e os autos subiram a este E. Tribunal de Justiça, por prevenção ao AI n.º 2243777-17.2023.8.26.0000.

A Douta Procuradoria manifestou-se no sentido de negar provimento ao recurso de apelação (fls. 510/511).

É o relatório, em acréscimo ao da r. decisão recorrida.

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade do recurso voluntário.

Trata-se de ação civil pública com objeto na anulação, parcial ou total, do Edital n.º 01/2023 da Câmara Municipal de Cubatão no que diz respeito às regras de reserva de vagas para pessoas com deficiência, em

destaque para o cargo de Especialista Legislativo — área Administração Pública e para os demais cargos abertos, casos sejam chamados mais candidatos classificados, enquanto vigorar a validade do concurso, bem como a declaração de inconstitucionalidade, “*incidenter tantum*”, do art. 1º, § 2º, da Lei Municipal nº 3.801/2012, e, por arrastamento, do art. 1º, § 2º, da Lei Municipal nº 3.061/2006, através do controle difuso de constitucionalidade, com efeito “*ex tunc*”.

A reserva de vagas em concurso público aponta para a razão social de empossar pessoas portadoras de necessidades especiais, como modelo de gestão social dos servidores públicos, tendente à inclusão delas, não só no mercado de trabalho, mas, também, no serviço público ativo.

A legislação prevê, assim, a reserva de vagas no âmbito do concurso público, estabelecendo um percentual mínimo que deve ser ocupado por pessoas portadoras de necessidades especiais.

A irresignação recursal está circunscrita a declaração de inconstitucionalidade do art. 1º, § 2º da Lei Municipal nº 3.801/2016 e, por arrastamento, a redação dada à Lei Municipal nº 3.061/2006, que estabelece que a reserva de vaga somente será aplicada quando a aplicação corresponder a um número inteiro, sem possibilidade de arredondamento.

In casu, a Lei Municipal em tela, que trata sobre a reserva de vagas às pessoas portadoras de deficiência, quando da ocorrência de concurso público, na administração direta e indireta do município, dispõe em seu art. 1º, § 2º, que “*para efeito de reserva de vaga [...] a determinação será sempre atendida quando a aplicação do percentual atingir um número inteiro sem possibilidade de arredondamento*”.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou, por seu plenário, no sentido de que quando o resultado do percentual do número das vagas reservadas para pessoa com deficiência não atingir um número inteiro o arredondamento deve ser feito para o primeiro número inteiro subsequente. Veja-se como exemplo os julgados do Pleno e de ambas as Turmas do Pretório

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
1ª Câmara de Direito Público

Excelso:

*“Recurso ordinário em mandado de segurança. Concurso público. Portadores de necessidades especiais. Isonomia. Proporcionalidade e alternância na distribuição das vagas. Inexistência de violação dos princípios do contraditório, da ampla defesa ou do devido processo legal. Preclusão do direito de contra-arrazoar o recurso ordinário. Lista de classificação. Conformação aos ditames da Constituição. Competência da Administração. Assunção de outro cargo público. Perda superveniente do objeto. Não ocorrência. Agravo regimental não provido. 1. Inviável falar-se em violação dos princípios do devido processo legal, do contraditório ou da ampla defesa, por ausência de intimação para contra-arrazoar o recurso ordinário, pois, embora devidamente intimada de todos os subseqüentes atos processuais, a União só apresentou sua irresignação quando da prolação da decisão monocrática em sentido contrário a sua pretensão. Preclusão configurada. 2. 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. 3. O Supremo Tribunal Federal, buscando garantir razoabilidade à aplicação do disposto no Decreto 3.298/99, entendeu que o referido diploma legal deve ser interpretado em conjunto com a Lei 8.112/90. Assim, as frações, mencionadas no art. 37, § 2º, do Decreto 3.298/99, deverão ser arredondadas para o primeiro número subseqüente, desde que respeitado o limite máximo de 20% das vagas oferecidas no certame. Precedentes: MS nº 30.861/DF, Relator o Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe de 8/6/12; MS nº 31.715/DF, Relatora a Ministra Rosa Weber, decisão monocrática, DJe de 4/9/14. 4. Agravo regimental não provido.” (RMS 27710, rel. **Dias Toffoli**, Tribunal Pleno, julgado em 28/0.5/2015);*

*“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 subseqüente. 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, rel. **Min. Gilmar Mendes**, Tribunal Pleno, j. 06/02/2013) (g.n.);*

*“Mandado de segurança. 2. Direito administrativo. 3. Concurso público. MPU. Candidata portadora de deficiência. Cargo de Técnico de Saúde/Consultório Dentário. 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 subseqüente. Observância do limite máximo de 20% das vagas oferecidas. 5. Segurança concedida” (MS 30861, rel. **Min. Gilmar Mendes**, Segunda Turma, j. 22/05/2012) (g.n.);*

*“Agravo regimental no recurso extraordinário. Concurso público. Reserva de vagas para portadores de deficiência. Arredondamento do coeficiente fracionário para o primeiro número inteiro subseqüente. 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, rel. **Min. Dias Toffoli**, Primeira Turma j. 28/02/2012) (g.n.).*

Outrossim, quanto ao tema, anote-se que, pela regra do *full bench* ou a cláusula de reserva de plenário, apenas pelo voto da maioria absoluta dos membros, ou do respectivo órgão especial, o tribunal pode declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público (art. 97 da CF-88). Logo, órgão fracionário de tribunal não pode declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afastando sua incidência, no todo ou em parte (Súmula Vinculante 10).

Contudo: “*Dispensa a submissão ao plenário, ou ao órgão especial, da arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do STF sobre a questão*” (RE 433.101 AgR, rel. **Min. Sepúlveda Pertence**, j. 6-12-2005. No mesmo sentido: AR 2.105 AgR-segundo, rel. **Min. Ricardo Lewandowski**, j. 19-9-2013), como, aliás, também prescreve o 949, parágrafo único, do novo CPC, e já prescrevia o art. 481 parágrafo único, do CPC-73 (na redação que lhe lei a Lei 9.756/98).

E, se, pelo órgão fracionado de tribunal, houver “*aplicação de jurisprudência firmada pelo Pleno ou por ambas as Turmas desta Corte*”, ainda que não haja “*necessária identidade absoluta para aplicação dos precedentes dos quais resultem a declaração de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade*”, não há ofensa à reserva de plenário (STF, AI 607.616 AgR, rel. **Min. Joaquim Barbosa**, j. 31-8-2010. E, no mesmo sentido: **RE 578.582 AgR**, rel. **Min. Dias Toffoli**, j. 27-11-2012; RE 361.829 ED, rel. **Min. Ellen Gracie**, j. 2-3-2010).

Nessa avaliação, portanto, o que importa para a dispensa da regra *full bench* é a identidade de teses sobre as quais já houve pronunciamento pelo Pleno e pelas duas Turmas do STF (“*As teses eram as mesmas, e os mesmos os diplomas controvertidos*”, afirmou o **Min. Aliomar Baleeiro** no RE 65.134/SP, j. 22.04.1969), considerando, aliás, com maior propriedade, o que hoje se tem afirmado por “*teoria dos fundamentos ou motivos determinantes*” (RE 501838 AgR, rel. **Min. Joaquim Barbosa**, j. 22/05/2012; Rcl 4.692, rel. **Min. Cezar Peluso**, ref. na Ap nº 629.834-5-0, TJSP, rel. **Des. Ricardo Dip**, j. 26.01.2009).

Assim, é pela correlação de matéria, de tese jurídica, de fundamentos ou motivos determinantes que se pode dispensar a reserva de

plenário, ante pretérito julgado do tribunal pleno que já se pronunciou sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade, em modo igual ou equivalente.

Por isso, “*cabe estender a teoria dos motivos determinantes das decisões da Justiça constitucional, para nutrir a interpretação da regra do parágrafo único, art. 481, Cód.Pr.Civ., e de consonância com sólida orientação da Suprema Corte Federal: p.ex., Rcl 2.263 (Ministro Gilmar Mendes), Rcl 3.291 (Ministro Cezar Peluso), Rcl 4.692 (Ministro Cezar Peluso), Rcl 4.387 (Ministro Celso de Mello), Ag 685.025 (Ministra Cármen Lúcia), Rcl 5.470 (Ministro Gilmar Mendes)*” (TJSP, Ap nº 629.834-5-0, rel. **Des. Ricardo Dip**, j. 26.01.2009).

E esse é o caso.

É o que basta, então, para a solução deste feito, sem necessidade de remessa dos autos ao Órgão Especial.

De fato, aplicando o entendimento acima esposado, a conclusão é a de que, respeitado o entendimento contrário, a r. sentença está correta, pois a demanda era mesmo procedente e o recurso da municipalidade não vinga.

Nesses termos, a alegação de aplicação equivocada de Lei Federal se encontra superada, não só diante do citado entendimento do STF e do já exposto acerca da reserva do plenário, mas, também, do que dispõe o art. 1º, § 3º, do Decreto nº 9.508/2018, que regulamenta o art. 34, § 2º e § 3º, e o art. 35 da Lei nº 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência):

Art. 1º. Fica assegurado à pessoa com deficiência o direito de se inscrever, no âmbito da administração pública federal direta e indireta e em igualdade de oportunidade com os demais candidatos, nas seguintes seleções:

(...) § 1º Ficam reservadas às pessoas com deficiência, no mínimo, cinco por cento das vagas oferecidas para o provimento de cargos efetivos e para a contratação por tempo determinado para atender necessidade temporária de excepcional interesse público, no âmbito da administração pública federal direta e indireta.

§ 2º Ficam reservadas às pessoas com deficiência os percentuais de cargos de que trata o art. 93 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, às empresas públicas e às sociedades de economia mista.

§ 3º Na hipótese de o quantitativo a que se referem os § 1º e § 2º resultar em número fracionado, este será aumentado para o primeiro número inteiro subsequente.

Por outro lado, não se pode ignorar que a regulamentação local não pode alterar os limites mínimos e máximos previstos em lei, observando-se

que enquanto o art. 1º, § 1º, do Decreto nº 9.508/2018 prevê o patamar mínimo de 5%, o art. 5º, § 2º, da Lei nº 8.112/1990, dispõe que, para as pessoas com deficiência, “*serão reservadas até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso*”.

A dúvida surge no caso de aplicado o percentual resulte em número fracionado. Nesta hipótese o art. 1º, § 3º, do Decreto nº 9.508/2018 estabelece que o percentual deverá ser elevado até o primeiro número inteiro subsequente, observando-se que neste arredondamento não se pode superar o limite máximo de reserva de vagas de 20% do previsto na Lei nº 8.112/1990.

Neste sentido é a jurisprudência do STJ, já citada, no agravo de instrumento: AgInt nos EDcl no RMS n. 66.980/MS, rel. **Min. Herman Benjamin**, j. 21/2/2022; RMS n. 51.078/RO, rel. **Min. Herman Benjamin**, j. 23/8/2016; AgRg no REsp n. 1.137.619/RJ, rel. **Min. Regina Helena Costa**, j. 12/11/2013; AgRg no REsp n. 1.353.071/CE, rel. **Min. Mauro Campbell Marques**, j. 12/3/2013; RMS n. 36.359/PR, rel. **Min. Mauro Campbell Marques**, j. 27/11/2012.

Nesse passo, a r. sentença de lavra do MM. Juiz Gustavo Henrichs Favero fica ratificada e confirmada, inclusive para os propósitos do art. 252 do Regimento Interno desta E. Corte. Confirmam-se as boas razões que autorizaram a procedência da demanda:

“A controvérsia versa sobre o arredondamento da reserva de vagas para pessoas com deficiência em concurso público realizado pela Câmara Municipal de Cubatão (Concurso Público nº 01/2023).

Inicialmente, cabe ressaltar que a edição da nova Lei nº 4.293, de 20.12.2023, que passou a disciplinar o tema de acordo com a legislação federal e com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, no que tange ao arredondamento da reserva de vagas aos candidatos portadores de deficiência, não ocasiona a perda do objeto da demanda, uma vez que, além das questões atinentes a reabertura do prazo de inscrição, em sua totalidade, do pedido de anulação parcial ou total do edital do concurso, incluindo os procedimentos que dele derivarem, no que diz respeito às regras de reserva de vagas, assim como para os demais cargos abertos, caso sejam chamados mais candidatos classificados, enquanto vigorar a validade do concurso; a suspensão do concurso foi realizada somente durante o curso do processo, com o deferimento da tutela de urgência, exigindo, portanto, um pronunciamento definitivo de mérito em relação à controvérsia instalada. Portanto, não se deve falar em perda do objeto.

A Constituição Federal, em seu art. 37, inciso VIII assegura aos portadores

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
1ª Câmara de Direito Público

de deficiência física a reserva de percentual dos cargos e empregos públicos, em observância ao princípio da isonomia. Trata-se de norma constitucional de eficácia limitada, que depende da edição de norma infraconstitucional a fim de que possa produzir regularmente seus efeitos.

Sobre a questão, a Lei Federal nº 8.112 /90, estabeleceu que serão reservadas até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso, às pessoas portadoras de deficiência. O Decreto nº 3.298/99, que regulamentou a Lei nº 7.853/98, no que tange às políticas de apoio e proteção as pessoas com deficiência, assegura o patamar mínimo é de 5% das vagas, restando garantido o arredondamento até o primeiro número inteiro subsequente caso a aplicação do critério resulte em número fracionado. Não haverá arredondamento somente quando o número inteiro a que se chegar por esse método extrapole o máximo de 20% (vinte por cento), estabelecido na Lei nº 8.112/1990.

Igualmente, a Lei nº 9.508/18, prevê o mínimo de 5% das vagas a tais pessoas (art. 1º, §1º), bem como o aumento para o primeiro número inteiro subsequente quando resultar em número fracionado (art.1º,§3).

(...)

Não é por outra razão que, a partir do momento em que a matéria passou a ser disciplinada por lei, surgiu a necessidade de nos certames públicos serem adotadas três listas: 1ª) ampla concorrência; 2ª) negros, pardos e indígenas; e 3ª) pessoas com deficiência. Os negros, pardos, indígenas e pessoas com deficiência só integrarão listas finais destacadas caso, antes da classificação final do concurso, não componham a lista da ampla concorrência.

Não se olvide, ainda, o disposto no art.5º, §2º, da Lei n..8112/90, que é enfático ao estabelecer os requisitos básicos para investidura em cargo público.

(...)

Percebe-se, então, que o art. 5º, § 2º, da Lei 8.112/90 estipula o teto de até 20% das vagas a portadores de deficiência, enquanto que o art. 37, § 1º, do Decreto 3.298/99, determina o piso de 5%. O parágrafo 2º desse mesmo dispositivo impõe, ainda, o arredondamento, para cima, até o primeiro número inteiro subsequente, da fração resultante da divisão do número de vagas pelo percentual mínimo previsto.

No âmbito do Município de Cubatão, a matéria foi tratada pela Municipal nº 3.061/2006, a qual sofreu alterações por meio da Lei Municipal nº 3.801/2012, e dispõe em seu artigo 1º, que:

Art. 1º Fica assegurado à pessoa portadora de deficiência o direito de se inscrever em concurso público, em igualdade de condições com os demais candidatos, para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que é portador.

*§1º O provimento de cargos nos órgãos e entidades da Administração Direta e Indireta, obedecendo o princípio do concurso público de provas ou de provas e títulos, assegurará ao candidato portador de deficiência, em razão da necessária igualdade de condições, a concorrência a todas as vagas, **sendo reservado o percentual de cinco por cento em face da classificação obtida.** (Redação dada pela Lei Municipal nº 3.801, de 2016)§2º Para efeito de reserva, será aplicado o percentual consignado em lei, e **a disposição será sempre atendida quando a aplicação do percentual atingir um número inteiro sem possibilidade de arredondamento.** (Redação dada pela Lei Municipal nº 3.801, de 2016) – destacou-se.*

Nota-se que a legislação municipal previa a reserva de cinco por cento das vagas aos candidatos com deficiência física. No entanto, a redação do § 2º acima transcrito deixa claro que a reserva de vaga somente será aplicada quando a aplicação do percentual corresponder a um número inteiro, vedado o arredondamento, em relação às vagas existentes ou às que vierem a surgir.

Segundo consta no edital, o Concurso Público nº 01/2023, lançado pela

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
1ª Câmara de Direito Público

Câmara Municipal de Cubatão, destina-se ao provimento de cargo de Especialista Legislativo – Área Administração Pública e outros cargos.

Nessa toada, prevê o item 5.1.1, do edital, a reserva de um percentual mínimo de 5% (cinco por cento) das vagas existentes para os candidatos portadores de deficiência. Estabelece, ainda, o item 5.1.2, que será aplicado o percentual quando a aplicação do percentual atingir um número inteiro, sem possibilidade de arredondamento (fls.37).

É bem sabido que as regras do edital do concurso público devem ser interpretadas à luz das normas constitucionais e infraconstitucionais que dispõem sobre o tema, com o objetivo primordial de possibilitar, ao mesmo tempo, a inclusão da pessoa com necessidade especiais e a concorrência destas em igualdade de condições com os demais, na medida de suas desigualdades, mas nunca de forma a conferir a esse ou aquele candidato, da lista geral ou da lista especial, quaisquer privilégio.

Desse modo, considerando o número de vagas oferecidas para o cargo em debate - Especialista Legislativo - Área Administrativo Pública (08), **aplicando-se o percentual mínimo de 5%, o resultado é 0,4**. Todavia, a Câmara Municipal de Cubatão, **não promoveu o arredondamento do cálculo do percentual de reserva de vaga para o inteiro subsequente 1 (um)**, o que, na prática, implicou na não disponibilização de vagas para pessoas com deficiência.

Ao analisar a questão da reserva de vagas em concurso público, o C. Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento no sentido de que a **reserva de vagas para portadores de deficiência se impõe ainda que a aplicação do percentual de vagas reservadas aos deficientes resulte em fração inferior, hipótese em que deve haver o arredondamento, a fim de garantir a eficácia do art. 37, VIII, da CF, bem como assegurar a isonomia de tratamento aos deficientes**, desde que respeitado o limite máximo de 20% das vagas oferecidas no certame, limite máximo estabelecido pela lei Federal.

(...)

De acordo com o art. 24, XIV, da CF, compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre a proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência. O art.30, inciso II, da CF, por sua vez, dita que compete aos Municípios suplementar a legislação federal e a estadual, no que couber.

Da leitura conjugada dos dispositivos constitucionais, conclui-se **que o Município detém competência para legislar** sobre a matéria vertente **apenas de forma suplementar**, isto é, naquilo em que a legislação federal ou estadual for omissa.

A estipulação no bojo do Decreto nº 3.289/1999, de arredondamento, para cima, até o primeiro número inteiro subsequente, da fração resultante da divisão do número de vagas pelo percentual mínimo previsto, embora revogado pelo Decreto Federal nº 9.508/2018, já vigente no momento da publicação do edital tratado na lide, prevendo igualmente a reserva de mínimo de cinco por cento das vagas oferecidas às pessoas com deficiência para o provimento de cargos efetivos (art. 1º, §2º), bem como o aumento para o primeiro número inteiro subsequente quando resultar em número fracionado (art. 1º, §3º), **revoga quaisquer disposição em contrário contidas em legislações outras, inclusive no âmbito estadual ou municipal**, sobrepondo-se o decreto em comento a outras disposições por tratar-se de norma de caráter nacional cujo deve de respeito irradia em qualquer plano da Federação.

Nesse diapasão, afigura-se a existência de irregularidade no preenchimento das vagas reservadas no Edital, em flagrante descompasso com as normas que instituem a política afirmativa para os portadores de deficiência física, no tocante ao não arredondamento do número de vagas destinadas aos deficientes para o número inteiro subsequente em caso de número fracionado, na medida em que o arredondamento decorrente da aplicação do percentual mínimo se consubstancia

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
1ª Câmara de Direito Público

em norma de caráter geral e objetiva, não se justificando a adoção de diferente critério em âmbito estadual ou municipal,

Assim, a vedação editalícia - a despeito da disponibilização de vagas às pessoas com deficiência - não se justifica sequer pela invocação do princípio da vinculação edital, uma vez que o edital se submete à lei - sobretudo à normatividade constitucional - e não pode contraria-la quando há imposição legislativa acerca da reserva de vagas. Ao assim fazer, o Edital negou direito claramente previsto em lei, devendo ser mantida a mesma proteção mínima igualitária em todo o território nacional.

*Diante do panorama normativo, podemos dizer que, dentro da política nacional de integração do deficiente físico, consagrada na Constituição Federal, um mínimo de 5% e um máximo de 20% de vagas em concursos públicos devem ser reservados aos deficientes físicos, **sendo necessária, caso a aplicação resulte em número de vaga fracionado, que o referido número seja elevado até o 1º seguinte.***

*Com efeito, o Edital do certame disponibilizou 08 (oito) vagas de 'Especialista Legislativo - Área Administração Pública'. E, como asseverado supra, aplicando-se o percentual de 5% previsto na legislação municipal (fls.148), sobre as 08 vagas, o resultado é 0,4, **devendo ser arredondado para o inteiro subsequente 1 (um),** que é inferior a 20% das 08 vagas, equivalente a 1,6, **a fim de que se tenha por efetivado o direito constitucional de inclusão profissional dos portadores de deficiência no mercado de trabalho,** na esfera governamental.*

Portanto, o Edital do Concurso Público nº 01/2023, ao não prevê a reserva de ao menos uma vaga para os portadores de deficiência concorrerem ao cargo de Especialista Legislativo - Área Administrativa, deixou de garantir-lhes o direito de inscrição, concorrência e participação no certame com os demais candidatos, obstando o acesso de tais pessoas ao certame, sendo de rigor a anulação parcial do certame.

Assim, de rigor a anulação parcial do Edital nº 01/2023, para o fim de assegurar a 5ª vaga às pessoas com deficiência, que vierem a concorrer, para o cargo de Especialista Legislativo - Área Administrativa Pública (08 vagas), desde que, obviamente, obtida a nota mínima exigida, disposta no edital do concurso. E a previsão editalícia, obriga o respeito a tais determinações inclusive em relação as vagas que vierem a ser criadas durante o prazo de validade do concurso, questão do maior relevo em face da formação de cadastro de reserva.

Aludida regra também deve ser aplicada aos demais cargos, no que diz respeito a reserva de vagas as pessoas com deficiência, caso sejam convocados mais candidatos do que as vagas inicialmente ofertadas no Edital do Concurso sob enfoque (05, no mínimo), enquanto vigorar a validade do concurso (Capítulo I, item 1.1.1. - fls.30).

Por consequência lógica, a declaração de inconstitucionalidade, incidenter tantum, que o D. Ministério Público pretende, por intermédio de controle difuso de constitucionalidade, com efeito ex tunc, é medido de rigor. Isso porque a norma federal foi objetiva e exaustiva ao dispor sobre a elevação ao primeiro número subsequente, independentemente da fração resultante da aplicação do percentual reservado aos deficientes.

O artigo não deixa lacunas aptas a autorizar a atividade normativa supletiva do Município, revelando-se inconstitucional o artigo 1º, §2º, da Lei Municipal nº 3.801/2016, e, por arrasto, do artigo 1º, §2º, com sua redação atual, dada pela lei, anteriormente citada, da Lei Municipal n.º 3.061/2006.

A inconstitucionalidade do §2º, do artigo 1º, da lei supramencionada não é meramente formal, porquanto não advém apenas de usurpação da competência legislativa. Com feito, ao vedar o arredondamento para o primeiro número inteiro subsequente, a Municipalidade diminuiu a proteção ao portador de deficiência e, com isso, ofendeu, a um só tempo, os princípios da dignidade da pessoa humana, da isonomia, e da não discriminação aos portadores de necessidades especiais

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
1ª Câmara de Direito Público

(art. 1º, inciso III, art. 5º e art. 7º, inciso XXXI, todos da CF).

Confere-se, pois, certa autonomia aos entes federados para a fixação de critérios próprios. No entanto, sempre, é bom repetir, respeitando aqueles limites mínimo e máximo e arredondamento resultantes da legislação federal, para que se tenha por efetivado o direito constitucional de inclusão profissional dos portadores de deficiência no mercado de trabalho, na esfera governamental.

Por isso, embora se possa dizer que a fixação desse percentual mínimo e máximo, em legislação municipal, não extrapola a competência constitucional legislativa do município, o certo é que não se pode, a tal título, desrespeitar o direito ao arredondamento.

Aliás, nem poderia ser de outra forma. **Admitir-se o não arredondamento até o primeiro número inteiro subsequente caso a aplicação do critério resulte em número fracionado**, como o faz a legislação do município no artigo 1º, §2º, da Lei nº 3.801/2016, e, por arrasto, no artigo 1º, §2º, com sua redação atual, dada pela lei, anteriormente citada, da Lei n.º 3.061/2006, seria tirar toda eficácia do comando constitucional, reduzindo a letra morta o preceito protetivo da norma.

A observância há de se fazer de forma conjunta, vale dizer, obrigatório o atendimento simultâneo dos quatro aspectos a cada nomeação (PISO, TETO, ARREDONDAMENTO e PREVISÃO EDITÁLCIA), sob pena de se ter negada ou concretizada de modo insuficiente a previsão constitucional.

Não promover o arredondamento até o primeiro número inteiro subsequente, caso a aplicação do critério resulte em número fracionado, é a mesma coisa que não reservar nada, até porque nem sempre o número de cargos em concurso é elevado. Nesse particular, não se pode deixar de reconhecer a inconstitucionalidade da legislação municipal, ao não permitir o arredondamento.

Frise-se, em arremate, que o concurso público, como conjunto de atos administrativos intermediários ou preparatórios, está sujeito ao controle da legalidade, pelo Poder Judiciário”.

Outrossim, essa questão já havia sido gestada quando do julgamento do Agravo de Instrumento destes autos, que, por oportuno, reavivo como causa de julgar:

“O regramento federal sobre o assunto está previsto na Lei 8.112/90 e no Decreto 9.508/2018. Os parâmetros federais para reserva de vagas para pessoas com deficiência são de mínimo de 5% das vagas (art. 1, § 1º, do Decreto 9.508/2018) e máximo de 20% das vagas (Lei 8.112/90). No Decreto também está previsto que “na hipótese de o quantitativo a que se referem os § 1º e § 2º resultar em número fracionado, este será aumentado para o primeiro número inteiro subsequente”.

Ou seja, na legislação federal, há previsão de arredondamento, enquanto na legislação do ente municipal em tela, não há. O E. STF, por sua vez, bem esclareceu os limites de tal reserva de vagas, em decisão monocrática que vale a transcrição, pelo seu teor pedagógico:

Percebe-se que (i) o art. 5º, § 2º, da Lei 8.112/90 estipula o teto de até 20% das vagas a portadores de deficiência, enquanto que (ii) o art. 37, § 1º, do Decreto 3.298/99, determina o piso de 5%. O parágrafo 2º desse mesmo dispositivo impõe, ainda, (iii) o arredondamento, para cima, até o primeiro número inteiro subsequente, da fração resultante da divisão do número de vagas pelo percentual mínimo previsto; e a previsão editalícia, contida no item 3.1, antes transcrita, (iv) obriga o respeito a tais determinações inclusive em relação às vagas “que vierem a ser criadas durante o prazo de validade do concurso”, questão do maior relevo em face da formação de cadastro de reserva. Esses quatro aspectos – piso, teto, arredondamento e previsão editalícia quanto

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
1ª Câmara de Direito Público

ao cadastro de reserva – hão de ser obrigatoriamente atendidos para que se tenha por efetivado o direito constitucional de inclusão profissional dos portadores de deficiência no mercado de trabalho, na esfera governamental. E a observância há de se fazer de forma conjunta, vale dizer, obrigatório o atendimento simultâneo dos quatro aspectos a cada nomeação, sob pena de se ter por negada, ou concretizada de modo insuficiente, a previsão constitucional. Assim, na presente hipótese, não basta, v.g., que observado o percentual de cinco por cento das vagas em 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 quantos candidatos serão chamados durante o prazo de validade do certame. Proponho, portanto, que se examine a específica situação que se põe no que tange ao cargo pleiteado pela impetrante. Conforme visto, prevista no edital uma vaga imediata, com formação de cadastro de reserva. A autoridade coatora entende hígida a interpretação segundo a qual cumpre assegurar aos portadores de deficiência as posições de números 10, 30, 50 e 70, e assim respectivamente. Fossem quinze as vagas disponibilizadas em chamada única, esgotando-se com isso a eficácia do concurso, não haveria maiores problemas práticos, levando-se em conta que, para este cargo, e assim como ocorre com a maioria deles, a antiguidade na carreira não é fator condicionante de situações jurídicas futuras. Quatorze nomeados seriam indicados pela lista geral, e um, pela lista especial. Nesta proporção, ter-se-ia, ainda que por via transversa, o correto cumprimento dos dispositivos legais. Ocorre que, havendo uma única vaga original no concurso, 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. Embora essa constatação seja suficiente para os limites da controvérsia, proponho seguirmos um pouco adiante com a explanação casuística, o que clareará perfeitamente as condições de aplicação das regras legais, dentro dos moldes decorrentes da legislação e da previsão editalícia o

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
1ª Câmara de Direito Público

*que não impede, evidentemente, que outros concursos disciplinem a questão de forma ainda mais favorável à inclusão dos portadores de deficiência. Dentro do que estipula o concurso em análise, portanto, na sexta vaga surgida, verifica-se que 5% é 0,3 vaga, o que, arredondada para o primeiro número inteiro, dá 1, o que equivale a aproximadamente 16,66 % de seis vagas. Como já houve o preenchimento de uma vaga pela lista especial, na nomeação da quinta posição, não há qualquer desrespeito à garantia constitucional (nos termos em que esta se encontra explicitada na legislação ordinária) e ao edital, com a nomeação de mais um candidato da lista geral. O mesmo ocorrerá quanto à sétima (aproximadamente 14,28 % do total), oitava (12,5%), nona (aproximadamente 11,11 %), décima (10%), décima primeira (aproximadamente 9,09%), décima segunda (aproximadamente 8,33 %), décima terceira (aproximadamente 7,69 %), décima quarta (aproximadamente 7,14%), décima quinta (aproximadamente 6,66 %), décima sexta (6,25%), décima sétima (aproximadamente 5,88%), décima oitava (aproximadamente 5,55%) e décima nona (aproximadamente 5,26 %) e vigésima vagas (5%), quando se atinge o piso previsto no art. 37, § 1º, do Decreto 3.298/99. Nessas situações, a quinta nomeação a partir da lista especial justifica plenamente a nomeação de aprovados da lista geral. Na vigésima primeira vaga, porém, tem-se que 5% delas representa 1,05 vaga. Aplicando-se a regra do arredondamento, ter-se-ão duas vagas previstas para a lista de deficientes físicos, que representam cerca de 9,52% de vinte e uma vagas. Portanto, esta vaga também deve ser ocupada pelo segundo colocado na lista especial' (Decisão monocrática no MS 31715, rel. **Min. Rosa Weber**, j. 1.9.2014)."*

Desta forma, verifica-se que, aplicando-se o teto de 20% das vagas, com a possibilidade de arredondamento, a partir da previsão de cinco vagas, uma delas deverá ser reservada para pessoas com deficiência.

A questão nuclear deste feito, porém, diz respeito a se notar uma tendência na jurisprudência das Cortes superiores a se aplicar tais parâmetros para se garantir o direito fundamental das pessoas com deficiência ao acesso aos cargos públicos".

Logo, é o caso de manter a r. sentença de procedência da demanda e negar provimento ao apelo da municipalidade.

Outrossim, em relação ao prequestionamento, basta que as questões tenham sido enfrentadas e solucionadas no v. acórdão, como ocorreu, pois “*desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais*” (STJ, EDCL. no RMS nº 18.205/SP, rel. **Min. Felix Fischer**, j. 18/04/2006), mas, mesmo assim, para que não se diga haver óbice recursal, dou por prequestionados todos os artigos de lei referidos em recurso.

Pelo exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao apelo.

VICENTE DE ABREU AMADEI
Relator