

## ADAPTAÇÃO RAZOÁVEL E CONCURSOS PÚBLICOS: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DA TEORIA DOS LIMITES AOS LIMITES

### REASONABLE ACCOMMODATION IN GOVERNMENT JOBS APPLICATIONS: AN ANALYSIS FROM THE PERSPECTIVE OF THE LIMIT OF LIMITS THEORY

Vitor Ribeiro Vieira<sup>1</sup>  
(PPGD-MPDS IESB)

128

Douglas Henrique Marin dos Santos<sup>2</sup>  
(PPGD-MPDS IESB)

#### Resumo

O presente artigo tem por objetivo uma análise das condições de acesso de pessoas com deficiência (PCD) a cargos da administração pública por intermédio de concursos públicos sob o prisma da proteção dos direitos e garantias fundamentais. Coloca-se em evidência a política afirmativa de reserva de vagas às PCDs e o princípio da não-discriminação por motivo de deficiência, com vistas a bem estabelecer um referencial para a verificação da regularidade de quaisquer eventuais restrições que possam ser impostas a estas duas normas de estatura constitucional. Tal referencial é construído a partir da teorização acerca da proteção dos direitos fundamentais frente às suas restrições tendo por base as seguintes categorias dogmáticas: âmbito de proteção, limites e limites aos limites (*Schranken-Schranken*) dos direitos fundamentais. Propõe-se, por derradeiro, que o controle dos limites a estes direitos seja concentrado na

<sup>1</sup> Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Direito Mestrado Profissional em Direitos Sociais e Processos Reivindicatórios pelo Centro Universitário IESB (PPGD-MPDS IESB). Especialista em Direito Administrativo pela Faculdade Internacional Signorelli (FISIG). Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Auditor federal de Controle Externo no Tribunal de Contas da União. ORCID: <https://orcid.org/0009-0000-8394-0636>. Contato [v.vieira@iesb.edu.br](mailto:v.vieira@iesb.edu.br). Lattes <http://lattes.cnpq.br/1262434373480261>

<sup>2</sup> Doutor em Ciências pela Universidade Federal de São Paulo (Unifesp). Mestre em Direito (Ciências jurídico-filosóficas) pela Universidade do Porto (UP-Portugal). Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Procurador Federal, com exercício na Subchefia de Assuntos Jurídicos da Presidência da República. Professor de Direito na graduação e do mestrado em Direito do Centro Universitário IESB. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2497-0784> Contato: [dhmsantos@gmail.com](mailto:dhmsantos@gmail.com) Lattes <http://lattes.cnpq.br/5475946672513033>

adaptação razoável, em face da sua especialidade, densificando o seu conceito para incorporar elementos adicionais oriundos da garantia da proteção do núcleo essencial e da proporcionalidade, a fim de obter maior transparência e praticidade no procedimento metodológico para a determinação dos limites aos limites ao seu exercício.

**Palavras-chave:** Pessoas com deficiência. Adaptação razoável. Concursos Públicos. Teoria dos limites aos limites.

## REASONABLE ACCOMMODATION IN GOVERNMENT JOBS APPLICATIONS: AN ANALYSIS FROM THE PERSPECTIVE OF THE LIMIT OF LIMITS THEORY

### Abstract

This paper provides an analysis of the access conditions for persons with disabilities (PWD) in applications to government jobs from the perspective of the fundamental rights and guarantees protection. The study highlights the affirmative policy of reserved vacancies for PWDs and the principle of non-discrimination based on disability in order to establish a benchmark for verifying the regularity of any possible restrictions that may be imposed on these two constitutional standards. The benchmark is built from the theorization about the fundamental rights protection based on the following dogmatic categories: scope of protection, limits, and limit of limits (*Schranken-Schranken*) of fundamental rights. Finally, given its specialty, it is proposed that the control of the limitation to these rights be concentrated on reasonable accommodation, densifying this concept to incorporate additional elements arising from the guarantee of the essential core protection and proportionality, therefore obtaining greater transparency and practicality in the methodological procedure for determining the limit of limits to their exercise.

**Keywords:** Persons with disabilities. Reasonable accommodation. Government jobs application. Limit of limits theory.

### 1. Introdução

Ao colocar em perspectiva as mudanças de compreensão e de relação da sociedade para com a deficiência ao longo dos anos, seja em uma escala cronológica macro, comparando-se o arcaico paradigma moral, em que a deficiência era vista como uma “retribuição divina por atos pecaminosos, como retribuição e preparação para o além, como um aviso para quem se desvia do caminho do devoto ou como um teste de fé de uma pessoa” (FLORIAN, 1982, p. 292 apud OLKIN, 1999, p. 25) com o hodierno modelo social, que enxerga a

própria sociedade como o principal agente responsável pela deficiência (RETIEF; LETŠOSA, 2018); quer seja em uma escala micro, pelo cotejo do viés assistencialista das políticas voltadas para o segmento em grande parte do século XX, que mantiveram as pessoas com deficiência isoladas nos espaços da família ou de instituições, com o viés de inclusão dessas pessoas propagado pelas ações sociais atuais (MAIOR, 2017); tem-se por inegável a evolução concretizada no que diz respeito à promoção e garantia dos direitos humanos e das liberdades fundamentais das pessoas com deficiência.

Em relação ao acesso ao trabalho para esse grupo minoritário – que, no entendimento de Izabel Maior, liderança do movimento das pessoas com deficiência (PCDs), é o eixo de “política afirmativa mais importante” (2017) a se colimar –, o progresso também é incontroverso. Merecem destaque as ações afirmativas de reserva de vagas (i.e. política de cotas) implementadas no início da década de 90, fundamentais para minimizar a discriminação e fomentar a autonomia e independência individuais dessas pessoas.

Reconhecer os avanços conquistados, no entanto, não implica fechar os olhos para os problemas que ainda persistem e clamam por superação. Segundo a “Cartilha do Censo 2010 – Pessoas com Deficiência”, aproximadamente 52% das pessoas em idade ativa registradas como com deficiência encontravam-se desocupadas, em contraste a uma taxa de 36% referente ao grupo das pessoas sem deficiência para a mesmo conjunto etário<sup>3</sup> (BRASIL, 2012). Tal discrepância indica um possível comportamento discriminatório, que por vezes decorre do hábito arraigado que leva a imaginar que uma pessoa com determinada

---

<sup>3</sup> A idade limite mínima para definir as pessoas em idade de trabalhar foi tomada conforme os parâmetros da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD Contínua), isto é, inclui as pessoas de 15 ou mais anos de idade.

deficiência não poderá exercer certas atividades com desempenho satisfatório (MARTEL, 2011).

No que diz com os concursos públicos – procedimento marcante da burocracia meritocrática e profissional da administração pública e objeto central de estudo no presente trabalho –, não obstante a sua incontestante importância para a materialização dos princípios da igualdade e da impessoalidade na seleção e recrutamento de pessoal para compor os quadros da Administração, tem-se que, eventualmente, a formalidade excessiva e a rigidez dos critérios de controle e julgamento de desempenho acabam por inviabilizar a acomodação às necessidades específicas de cada pessoa com deficiência, de tal modo que não há uma avaliação justa e efetiva desse contingente.

É nesse contexto que se traz a lume a noção de adaptação razoável. Originado nos EUA, quando da aprovação do *Equal Employment Opportunity Act* de 1972 e com o fito de combater a discriminação no mercado de trabalho de um modo geral, o termo influenciou o ordenamento jurídico do Canadá e de vários países europeus, tendo ganhado mais espaço no âmbito das discussões sobre pessoas com deficiência a partir da aprovação do *Americans with Disabilities Act* (ADA), em 1990, e, por fim, com a positivação na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em dezembro de 2006 (MARTEL, 2011).

O objetivo principal deste estudo é, portanto, construir uma estrutura analítica para se avaliar a regularidade de eventuais limitações de acesso às pessoas com deficiência a cargos e empregos públicos decorrentes da adoção – e da correspondente ausência de flexibilização – de determinados critérios e procedimentos avaliativos nos respectivos certames. Tal desenvolvimento terá como referencial a teoria da proteção dos direitos fundamentais em face de suas restrições – com foco na categoria dogmática dos limites aos limites –,

juntamente com a conceituação da adaptação razoável, buscando-se o estabelecimento de parâmetros que se amoldem às especificidades do âmbito de proteção dos direitos das pessoas com deficiência em questão.

O trabalho debruça-se, ao início, sobre a teoria da proteção dos direitos fundamentais, com lastro precípua nas doutrinas de Sarlet (2009) e Mendes (2012), aplicando os seus contornos aos direitos envolvidos; para então, em seguida, fazer uma interconexão daquela com o primado da adaptação razoável, constituindo, assim, um teste de proporcionalidade trifásico (adequação, necessidade e razoabilidade), que traz para um campo mais pragmático o exame de regularidade das restrições impostas às pessoas com deficiência nos processos seletivos públicos.

A metodologia utilizada para a elaboração de uma sistemática de análise da conformidade dos critérios e procedimentos avaliativos adotados nos concursos públicos, utilizou-se uma base lógica dedutiva, partindo-se da formulação geral da teoria da proteção dos direitos fundamentais em face de suas restrições, para depois se chegar à aplicação específica no bojo dos direitos das pessoas com deficiência participantes de certames para oferta de cargos e empregos públicos.

## **2. A adaptação razoável como parâmetro dos limites aos limites do acesso aos concursos públicos para as pessoas com deficiência**

Preliminarmente, importa frisar que o exame aqui empreendido não se limitará à hipótese de restrição em decorrência da não adaptação de provas físicas, como é o caso concreto do Decreto 9.546/2018, em discussão no bojo da ADI 6.476. O que se propõe no presente trabalho é uma análise sob uma óptica amplificada, com vistas a bem estabelecer um referencial para a verificação da

regularidade de quaisquer eventuais restrições que possam ser impostas à reserva de vagas e ao acesso das pessoas com deficiência a cargos e empregos públicos, tendo como escopo todas as eventuais etapas dos processos de seleção, como provas escritas, práticas, físicas, avaliações de saúde e psicológicas, curso de formação, estágio probatório ou período de experiência, entre outras.

Adota-se, como marco epistemológico para a elaboração do estudo, a teorização acerca da proteção dos direitos fundamentais frente às suas restrições tendo por base as seguintes categorias: âmbito de proteção, limites e limites aos limites (*Schranken-Schranken*) dos direitos fundamentais. Tal construção dogmática encontra origem na tradição constitucional de matriz germânica e vem ganhando relevo no cenário jurídico pátrio, seja no plano doutrinário, seja na esfera jurisprudencial<sup>4</sup>.

De início, parte-se da premissa – aqui considerada pacificada – de que existem limites ou restrições aos direitos individuais, as quais podem ser definidas, em termos gerais, como ações ou omissões dos poderes públicos ou de particulares que dificultem, reduzam ou eliminem o acesso ao bem jurídico protegido, afetando o seu exercício (SARLET, 2009). Isto posto, perquirir-se-á, para a situação em tela, qual é o âmbito de proteção do direito envolvido, quais estruturas de limitações podem ser estabelecidas, e quais os parâmetros de controle aplicáveis.

Sendo a base teórica adequada aos direitos fundamentais, faz-se necessária, em caráter preambular, a caracterização do direito à reserva de vagas e ao acesso não discriminatório das pessoas com deficiência a cargos e empregos

---

<sup>4</sup> No âmbito apenas das obras nacionais que abarcam o estudo da problemática dos limites e restrições, vide, em especial: MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais e controle de Constitucionalidade. São Paulo: Saraiva, 2004; e SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

públicos como pertencente a essa espécie jurídica, o que se desenvolve adiante sob duas vertentes.

A primeira coloca em evidência o direito à reserva de vagas, remetendo-o ao dispositivo alocado no inciso VIII, artigo 37, da Constituição Federal. Uma vez que se trata de previsão constitucional alheia ao catálogo explícito de direitos e garantias fundamentais do Título II da Carta, é pertinente elucidar se, independentemente disso, o direito ora em questão pode ser classificado como fundamental.

Para isso, traz-se à colação a lição de Sarlet (2009), ao investigar o alcance da regra do artigo 5º, §2º, da Constituição. Segundo o autor, a citada norma traduz o entendimento de que, para além do conceito formal de Constituição (e de direitos fundamentais), há um conceito material, no sentido de existirem direitos que pertencem ao corpo fundamental da Constituição de um Estado, mesmo não constando no catálogo, de onde conclui que o rol do art. 5º, apesar de analítico, não tem cunho taxativo (SARLET, 2009).

Muito embora o autor reconheça que há certo grau de subjetividade na execução da operação jurídica de equiparação – com vistas a estabelecer que um direito alheio à lista explícita também é fundamental –, aduz, com certeza, que direitos fundamentais em sentido material somente poderão ser os que por sua substância (conteúdo) e importância possam ser equiparados aos constantes do catálogo, apresentando como possível guia analítico – com fulcro na parte final do art. 5º, §2.º, da CF – a relação existente entre o direito avaliado e os princípios fundamentais que orientam a ordem constitucional, notadamente o da dignidade da pessoa humana (SARLET, 2009).

Destarte, levando em consideração: i) o importante papel desempenhado pela ação afirmativa para a proteção e redução da marginalização do segmento alvo; ii) a consagração dos princípios da dignidade da pessoa humana e da

cidadania representada pela finalidade de integração social da pessoa com deficiência; e iii) a íntima conexão entre a reserva de vagas para pessoas com deficiência e a efetivação da igualdade quando vista sob a acepção material; entende-se que não é necessário grande esforço hermenêutico para se concluir – de forma incontestada – que o direito das pessoas com deficiência à reserva de vagas se trata, sim, de um direito fundamental.

Poder-se-ia questionar se a classificação mais adequada para a previsão da reserva de vagas insculpida no inciso VIII, artigo 37, da Constituição, não seria uma garantia, ao invés de um direito, no sentido de ser instrumental e protetiva à isonomia material. Sem prejuízo à coerência do argumento, o qual, de fato, entende-se como plausível, conclui-se, alicerçado no escólio de Mendes (2012), que o racional desenvolvido anteriormente se mantém perfeitamente aplicável a essa interpretação alternativa, porquanto a nossa ordem constitucional confere tratamento unívoco aos direitos e garantias fundamentais.

Volvendo ao exame de enquadramento da questão posta como direito fundamental ou não, a segunda vertente proposta posiciona, em lugar de relevo, o princípio da não-discriminação (leia-se: não-discriminação por motivo de deficiência, onde se inclui a recusa de adaptação razoável), preconizado pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD), em seu artigo 3, e irradiado ao longo de todo o texto da Convenção.

Neste particular, tem-se que a operação de equiparação se torna mais simples e direta. Com efeito, sabendo que a CDPD foi aprovada conforme o rito do artigo 5º, §3º, da Constituição, e interpretando tal preceito em sintonia com o artigo 5º, §2º, depreende-se como assegurada a condição de direito formal e materialmente constitucional (e fundamental) a este e quaisquer outros direitos consagrados no plano da Convenção (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018).

Neste ponto, faz-se necessário adentrar na delimitação dos direitos postos, de tal sorte que se recorre à categoria dogmática do âmbito de proteção dos direitos, que se trata do bem jurídico protegido, ou seja, do objeto tutelado por um dado direito (SARLET, 2009).

Ao esquadrihar os enunciados da reserva de vagas do inciso VIII, artigo 37, da Constituição; e da não-discriminação por motivo de deficiência do artigo 2 c/c artigo 3 da CDPD, observa-se que, antes de tudo, está a se falar de igualdade em seu sentido material, aquele celebrenemente assim representado pelo ilustre jurista Rui Barbosa em sua Oração aos Moços: “A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualem.” (BARBOSA, 2019, p. 36). Portanto, para entender o âmbito de proteção daqueles direitos, há que se compreender o conteúdo do princípio da igualdade, motivo pelo qual se traz à lume a lição de Sarlet, Marinoni e Mitideiro sobre o tópico:

considerando a arquitetura constitucional positiva brasileira (...) é possível afirmar que também no Brasil o princípio (e direito) da igualdade abrange pelo menos três dimensões: (a) proibição do arbítrio, de modo que tanto se encontram vedadas diferenciações destituídas de justificação razoável com base na pauta de valores constitucional, quanto proibido tratamento igual para situações manifestamente desiguais; (b) proibição de discriminação, portanto, de diferenciações que tenham por base categorias meramente subjetivas; (c) obrigação de tratamento diferenciado com vistas à compensação de uma desigualdade de oportunidades, o que pressupõe a eliminação, pelo Poder Público, de desigualdades de natureza social, econômica e cultural (2018, p. 623).

Do excerto supra depreende-se que o direito de reserva de vagas às pessoas com deficiência guarda forte vínculo com a terceira dimensão citada pelos autores; enquanto o direito à não-discriminação por motivo de deficiência

se identifica, majoritariamente, com a segunda dimensão. De todo modo, é de se notar que, em se tratando de direitos de igualdade de indivíduos pertencentes a grupos minoritários marginalizados, as três dimensões – seja em maior ou menor grau – não de estar indissociavelmente presentes.

Vencida a questão da caracterização dos direitos envolvidos, avança-se à análise acerca dos limites a esses direitos. Sarlet (2009) aponta a existência de três espécies de limitações, a saber: a primeira é a restrição por expressa disposição constitucional; a segunda é a restrição feita por norma legal promulgada com fundamento na Constituição, a denominada reserva legal, que pode ser simples ou qualificada, a depender do modo como é estruturada a previsão; e a terceira é a restrição a direitos por força de colisões entre direitos fundamentais, mesmo não havendo limitação ou autorização expressa assegurando a possibilidade de restrição pelo legislador.

Acerca da última hipótese, Mendes (2012) elucida que, no ordenamento constitucional pátrio, ela encontra respaldo adicional em função da cláusula de reserva legal subsidiária contida no art. 5º, II, da CF/88, embora pondere que a ação limitadora nesse caso deve se resguardar de uma cautela ainda maior. Por fim, importa observar que todas as três espécies de restrições de direito fundamental referidas, quer seja diretamente, quer seja indiretamente, possuem um fundamento constitucional (SARLET, 2009).

Neste contexto, traz-se à baila, novamente, o direito fundamental – agora assim enquadrado – à reserva de vagas para pessoas com deficiência em concursos públicos e em processos seletivos no âmbito da administração pública. Da leitura do dispositivo que o lastreia (art. 37, VIII, da Constituição), observa-se que o legislador constituinte originário delegou à lei não só a obrigação de reservar um percentual dos cargos e empregos públicos ao segmento da população em apreço, como também a definição dos critérios de sua admissão,

isto é, há um permissivo constitucional para que a lei restrinja a extensão deste direito.

De outra parte, no caso da não-discriminação, tem-se – para a situação de interesse, que é restrição por recusa de adaptação no processo seletivo – que a espécie de limitação se enquadra na hipótese de expressa disposição constitucional (por equiparação, ou, neste caso, de “expressa disposição convencional”), haja vista que o próprio preceito traz dentro de si a ideia de que a recusa de uma adaptação irrazoável não configuraria discriminação, é dizer, há uma permissão condicionada para se restringir o princípio.

À guisa ilustrativa do exercício da limitação dos direitos em comento pelo poder legislativo, cumpre mencionar, na esfera federal, a Lei 8.112, de 1990, a qual estabelece: no art. 5º, *caput* e incisos, os requisitos básicos para investidura em cargo público, tomados de uma forma geral e aplicáveis a todos os interessados; no parágrafo primeiro do mesmo dispositivo, que, conforme as atribuições do cargo, outros requisitos podem ser previstos em lei; no parágrafo segundo do artigo aludido, que a asseguaração de inscrição às pessoas com deficiência é condicionada à compatibilidade – terminologia esta que representa uma visão já ultrapassada - das atribuições com a deficiência; no art. 11, regras gerais acerca da realização dos concursos, prevendo que estes serão de provas ou de provas e títulos, e que podem ser realizados em duas etapas, conforme dispuserem a lei e o regulamento do respectivo plano de carreira; e no art. 12, §1º, que as condições de realização do concurso serão fixadas em edital.

Como se vê, a Lei 8.112, de 1990, cuidou de disciplinar os requisitos e as diretrizes do concurso em um nível macro, de tal sorte que fica confiada a um eventual regulamento e, principalmente, ao edital do concurso – documento que, por excelência, dita detalhadamente as regras do certame – a atribuição de produzir as disposições operacionais necessárias à execução da lei (MELLO, 2015).

Com efeito, o conteúdo avaliativo e o modo de realização das provas e de outras etapas do processo seletivo serão, ao fim e ao cabo, determinadas pelo edital.

Todavia, é de rigor ressaltar no presente caso - que trata do acesso de pessoas com deficiência a cargos e empregos mediante certames públicos - a incidência de um conceito norteador específico, tanto para a definição geral dos critérios, quanto para a sua operacionalização, que é a adaptação razoável, preconizada pela CDPD e corroborada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Art. 3º, VI).

Sem adentrar nas particularidades do instituto – o que será feito mais adiante –, registra-se, desde já (pela obviedade do racional do qual decorre a conclusão), que, dada a posição jurídica e hierárquica por ele hoje ocupada, não há falar em critério ou procedimento avaliativo que desrespeite a adaptação razoável e seja regular, demais disso, ao fazê-lo, estes estariam se subsumindo à hipótese de discriminação, derivada da Convenção, e inscrita no art. 4º, §1º, da Lei 13.146, de 2015. Com efeito, a questão fulcral residirá na determinação do que é a adaptação razoável a ser implementada, trabalho interpretativo este que envolverá certo grau de complexidade, visto que o conceito é dotado de indeterminação e de um caráter operacional vinculado às peculiaridades dos casos concretos.

Antes, porém, de investigar as condições de contorno da conceituação supra, faz-se mister o fechamento do iter procedimental proposto para a análise dos limites aos direitos em tela e dos limites a esses limites, que, conforme será visto, podem guardar intensa conexão com a ideia da adaptação razoável.

Ao apresentar, em termos sintéticos, a noção de limites aos limites dos direitos fundamentais, Sarlet (2009) traz como postulado que quaisquer limitações nesta seara somente serão tidas como justificadas e regulares se guardarem compatibilidade formal e material com a Constituição, e aduz que

esses controles desempenham o papel de garantes da eficácia dos direitos fundamentais nas suas múltiplas dimensões e funções.

A despeito de não ser objeto de interesse deste estudo – eis que se trata de matéria que não apresenta particularidades em face da especialidade temática aqui proposta –, elucida-se que o controle da constitucionalidade no plano formal envolve, essencialmente, a investigação da competência, do procedimento e da forma adotados pela autoridade estatal (SARLET, 2009). À sua vez, o controle material diz, principalmente, com a observância da proteção do núcleo essencial dos direitos e com o atendimento das exigências da proporcionalidade e da razoabilidade, além disso, há controvérsia, conforme mostra Sarlet (2009), acerca da consideração da proibição do retrocesso como uma terceira categoria.

Doravante, apresenta-se um breve compêndio das duas primeiras categorias de controle material retro citadas seguido de uma proposta de aplicação ao caso em estudo. Em relação à proibição do retrocesso, esclarece-se que, demais de ser um elemento com o enquadramento contestável dentro da categoria de controle material de constitucionalidade, há uma compreensão de que a sua aplicabilidade aqui seria restrita, uma vez que o que se pretende é a delimitação de parâmetros de controle para uma definição de critérios *prima facie*, e não sob um viés comparativo com um referencial anterior, como seria a hipótese de uso, por excelência, do aludido princípio.

Quanto à garantia da proteção do núcleo essencial, tem-se que ela busca, em primeiro lugar, identificar a parcela do conteúdo de um direito sem a qual ele perde a sua mínima eficácia, deixando, com isso, de ser reconhecível como um direito fundamental; para, em segundo lugar, evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais (MENDES, 2012; SARLET, 2009).

Mendes (2012) e Sarlet (2009) acordam na existência de divergência doutrinária acerca dos modelos teóricos da estrutura conceitual do núcleo essencial, e, demais disso, sublinham a complexidade de se identificar o elemento intangível da essencialidade. Neste particular, Mendes (2012, p. 60) indica como possível solução a fórmula proposta por Hesse, de utilização do princípio da proporcionalidade, que, sem embargo, “não há de ser interpretado em sentido meramente econômico, de adequação da medida limitadora ao fim perseguido, devendo também cuidar da harmonização dessa finalidade com o direito afetado pela medida”.

No que concerne à proporcionalidade, Sarlet (2009) a define como um instrumento metódico de controle dos atos dos poderes públicos - sem prejuízo de sua eventual aplicação a atos de sujeitos privados. Adicionalmente, assevera que o princípio da proporcionalidade costuma ser desdobrado em três elementos, quais sejam: i) adequação, no sentido de um controle da viabilidade de que seja em princípio possível alcançar o fim almejado por aquele determinado meio; ii) necessidade, que representa a opção pelo meio restritivo menos gravoso para o direito objeto da restrição, e que, sem embargo, é capaz de alcançar o fim colimado; (c) razoabilidade, que é a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição dos direitos fundamentais em questão (SARLET, 2009).

Das explanações acima, importa observar que, para além do princípio da proporcionalidade propriamente dito, a formulação proposta para se testar concretamente a proteção do núcleo essencial também recorre a um exercício de ponderação entre meios e fins. E mais, o conceito anteriormente citado da adaptação razoável também encerra - de modo similar, porém, com elementos particulares do contexto da deficiência - a ideia de um exame de razoabilidade. Em suma, o que se propõe a partir dessa constatação é que o controle dos limites

aos direitos à reserva de vagas e ao acesso não-discriminatório para pessoas com deficiência em concursos e processos seletivos – e quaisquer outros direitos relacionados às pessoas com deficiência - seja concentrado na adaptação razoável, em face da sua especialidade, densificando o seu conceito para incorporar elementos adicionais oriundos da garantia da proteção do núcleo essencial e da proporcionalidade, com vistas a obter maior transparência e praticidade no procedimento metodológico para a determinação dos limites aos limites.

Coloca-se, pois, em evidência, a adaptação razoável. Da análise de sua definição constante da CDPD/ONU – e reproduzida quase que integralmente pela Lei Brasileira de Inclusão (LBI), salvo alguns ajustes pontuais de redação -, observa-se que, em sua parte inicial (“modificações e os ajustes necessários e adequados que não acarretem ônus desproporcional ou indevido”), tem-se a presença dos elementos valorativos necessidade, adequação e ônus desproporcional ou indevido, os quais guardam forte identidade com aqueles elementos da proporcionalidade.

Em linha com o que foi apresentado no parágrafo anterior, defende-se a interpretação das componentes aludidas à luz do princípio da proporcionalidade, sendo que, para as duas primeiras (adequação e necessidade), há, inclusive, uma correspondência exata de nomenclaturas, que, contudo, devem sofrer um ajuste de polaridade, porquanto o objeto dos testes de adequação e necessidade será a adaptação pleiteada, e não a possível restrição imposta, como seria a lógica na aplicação padrão da metodologia dos limites aos limites; para a última componente (ônus desproporcional ou indevido), entende-se que, antes de tudo, ela representa a execução de uma verdadeira comparação entre benefícios e custos, assim como é a essência do elemento da razoabilidade, havendo, portanto, uma relação de correspondência aqui também.

Neste ponto, é preciso ter clareza no que concerne aos meios e fins relacionados tanto à restrição (que se traduz pela recusa da adaptação), quanto à adequação pleiteada; sendo as duas situações analisadas sob a ótica do caso concreto do acesso de pessoas com deficiência aos concursos públicos.

De plano, elucida-se que, no que tange aos meios, eles se consubstanciam na própria adaptação e respectiva negativa em exame, não havendo necessidade, então, de maiores elocubrações sobre as suas qualificações.

Na quadra das finalidades, tem-se que o fim da recusa está imbricado àqueles do concurso público, haja vista que a premissa de uma recusa legítima repousa, notadamente, na manutenção da higidez do certame. Desta feita, faz-se oportuna a citação à percutiente lição de Caetano (2008) acerca da definição de concurso público:

Um certame de que todos podem participar nas mesmas condições, permitindo que sejam escolhidos realmente os melhores candidatos. Baseia-se o concurso público em três postulados fundamentais. O primeiro é o *princípio da igualdade*, pelo qual se permite que todos os interessados em ingressar no serviço público disputem a vaga em condições idênticas para todos. Depois, o *princípio da moralidade administrativa*, indicativo de que o concurso veda favorecimentos e perseguições pessoais, bem como situações de nepotismo, em ordem a demonstrar que o real escopo da Administração é o de selecionar os melhores candidatos. Por fim, o *princípio da competição*, que significa que os candidatos participem de um certame procurando alçar-se à classificação que os coloque em condições de ingressar no serviço público (CAETANO, 2008, p. 638, *grifo nosso*).

Com efeito, vale notar que os três princípios acima destacados remetem às finalidades buscadas por meio do concurso público, as quais podem ser

adicionadas, ainda, à eficiência e ao aperfeiçoamento do serviço público, listadas por Meirelles (1998) ao tecer comentários sobre o referido instituto administrativo.

Concernente à finalidade da adequação porventura pleiteada por uma pessoa com deficiência em um dado concurso público, esta pode ser extraída da própria definição de adaptação razoável positivada na Convenção e no Estatuto, onde se estabelece que o seu objetivo é “assegurar que a pessoa com deficiência possa gozar ou exercer, em igualdade de condições e oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos e liberdades fundamentais”, de tal sorte que, para o contexto sob análise, o direito alvo principal será o do trabalho, que, todavia, carrega como instrumento o direito a uma avaliação em condições justas e favoráveis, que esteja de acordo com as especificidades da pessoa com deficiência.

Explicadas as questões afetas aos meios e fins da temática posta, parte-se, então, para a aplicação da estrutura trifásica da proporcionalidade conduzida pela ótica do binômio adaptação razoável.

O primeiro teste a ser efetuado é o da adequação, nele, observar-se-á se a adaptação cogitada é apta a produzir uma avaliação efetiva para a pessoa com deficiência. Por efetiva, entenda-se: que utilize de instrumentos e procedimentos metodológicos que permitam uma avaliação ajustada às necessidades singulares da pessoa com deficiência, ao mesmo tempo em que garante o atendimento, pelo candidato com deficiência, dos requisitos para desempenhar com eficiência as atribuições específicas dos cargos de que tratam.

O segundo teste é o da necessidade, no qual se examinará se a adaptação em análise é a que gera menos restrições aos pilares do concurso público quando comparada com outras possibilidades de adaptação que também são hábeis para a produção do fim colimado. Aqui, ao lançar um olhar sobre as restrições geradas,

entende-se que o foco deve ser a busca pelo menor impacto na estrutura competitiva e avaliativa do certame, levando-se em consideração as consequências para os outros participantes, em termos de eventuais distorções concorrenciais geradas; e para a administração, em relação à satisfação da demanda de pessoal e aos custos incorridos.

Em fecho, o último teste é o da razoabilidade, é dizer, do cotejo pormenorizado entre os benefícios e custos que circundam a adequação e o concurso público em análise. Neste particular, importa trazer à baila a posição ratificada por Martel (2011) de que, ao se avaliar a razoabilidade de uma adaptação, os custos e benefícios não devem se exaurir na questão econômico-financeira (embora entrem no cálculo). A autora salienta a existência de benefícios e custos diretos e indiretos, os quais se propagam para partes primárias, secundárias, bem como terceiros. Quanto aos custos, lista, como elementos que devem ser considerados, os danos de estigmatização e humilhação (MARTEL, 2011). Também dentro dessa proposta de uma visão amplificada, Martel (2011) faz referência ao escólio de Emens, o qual defende a construção de um modelo dinâmico de acomodação, que “a compreenda como um processo de interrogar o pano de fundo existente, com foco na parcela da população que foi negligenciada na criação do pano de fundo, para transformá-lo de um modo que possa afetar a todos” (EMENS, 2008, p. 894 apud MARTEL, 2011, p. 97), em contraste à concepção estática de acomodação, arraigada na sociedade, que a “compreende como algo especial feito para um ou para poucos indivíduos, um subgrupo da população, para tornar possível a esses indivíduos diferentes participar, por exemplo, do ambiente do trabalho” (EMENS, 2008, p. 894 apud MARTEL, 2011, p. 97).

Ainda no contexto de comparação entre custos e benefícios, cumpre destacar dois pontos adicionais.

Um concerne ao fato de que, ao se defender a adequação de concursos públicos para pessoas com deficiência, não se está – em hipótese alguma – vislumbrando a aprovação de candidatos que não cumpram com requisitos essenciais de aptidão para o exercício do cargo, situação esta que fere flagrantemente o interesse público e se enquadraria, sem sombra de dúvida, como de ônus indevido; em verdade, o que se pretende é a evolução dos processos seletivos no sentido de buscarem alcançar a justiça real nos procedimentos avaliativos, promover a inclusão e a participação igualitária e digna de todos os seres humanos, e evitar que sejam impostas barreiras e obstáculos passíveis de serem superados ou removidos – o que, na sociedade contemporânea, tem se tornado cada vez mais viável em função do desenvolvimento de tecnologias assistivas, restando, enfim, o correspondente progresso da superestrutura cultural.

O outro diz respeito à extensão e abrangência do escopo de possíveis adaptações que podem vir a ser feitas em concursos públicos. Compreende-se que, demais de prover acesso a recursos e tecnologias assistivas – a exemplo daquelas listadas no Anexo do Decreto 9.508, de 2018<sup>5</sup> –, deve-se aventar a possibilidade de adequar, quando pertinente, o conteúdo das provas e os

---

<sup>5</sup> Art. 1º Fica assegurado o acesso às seguintes tecnologias assistivas na realização de provas em concursos públicos e em processos seletivos, sem prejuízo de adaptações razoáveis que se fizerem necessárias: I - ao candidato com deficiência visual: a) prova impressa em braille; b) prova impressa em caracteres ampliados, com indicação do tamanho da fonte; c) prova gravada em áudio por fiscal leitor, com leitura fluente; d) prova em formato digital para utilização de computador com software de leitura de tela ou de ampliação de tela; e e) designação de fiscal para auxiliar na transcrição das respostas; II - ao candidato com deficiência auditiva: a) prova gravada em vídeo por fiscal intérprete da Língua Brasileira de Sinais - Libras, nos termos do disposto na Lei nº 12.319, de 1º de setembro de 2010, preferencialmente com habilitação no exame de proficiência do Programa Nacional para a Certificação de Proficiência no Uso e Ensino da Libras e para a Certificação de Proficiência em Tradução e Interpretação da Libras/Língua Portuguesa - Prolibras; e b) autorização para utilização de aparelho auricular, sujeito à inspeção e à aprovação pela autoridade responsável pelo concurso público ou pelo processo seletivo, com a finalidade de garantir a integridade do certame; III - ao candidato com deficiência física: a) mobiliário adaptado e espaços adequados para a realização da prova; b) designação de fiscal para auxiliar no manuseio da prova e na transcrição das respostas; e c) facilidade de acesso às salas de realização da prova e às demais instalações de uso coletivo no local onde será realizado o certame.

critérios de avaliação. Embora à primeira vista possa parecer algo inviável ou desarrastado, tem-se que, por vezes, este será o melhor caminho – se não o único – para se aproximar do ideal de igualdade material.

A título de elucidação, apresentam-se alguns exemplos de adaptações nesse sentido que já se encontram positivadas e/ou pacificadas: i) a Lei 13.146, de 2015, em seu artigo 30, inciso VI, estabelece que nos processos seletivos para ingresso em instituições de ensino devem ser adotados critérios de avaliação das provas escritas, discursivas ou de redação que considerem a singularidade linguística da pessoa com deficiência, no domínio da modalidade escrita da língua portuguesa; ii) quando são previstos exames/testes de aptidão física como etapa avaliativa de certames, a praxe adotada é a definição de diferentes referenciais de desempenho para homens e mulheres<sup>6</sup>; e iii) ainda em relação aos exames/testes de aptidão física, é comum a aplicação de exercícios e/ou de metodologias de execução distintos para os sexos feminino e masculino<sup>7</sup>.

Acerca dos exemplos retro mencionados, entende-se que todos eles, de fato, buscam consubstanciar a isonomia em seu sentido material, concedendo um tratamento desigual a participantes que se encontram em situações flagrantes de desigualdade, todavia, o fazem lastreados por um racional de adequação entre meios e fins, em que verificam se a restrição valorada – no caso, o conteúdo e/ou critério de avaliação - pode ser alterada alcançando a mesma

<sup>6</sup> A seguir, lista-se uma série de editais recentes, referentes a alguns dos principais concursos de âmbito federal que contam com a aplicação de exames de aptidão física, em que pode ser vista a diferenciação de critérios de desempenho para cada um dos sexos: i) EDITAL Nº 1 – DGP/PF, DE 15 DE JANEIRO DE 2021, disponível em: [https://cdn.cebraspe.org.br/concursos/pf\\_21/arquivos/ED\\_1\\_DPF\\_2021\\_ABT.PDF](https://cdn.cebraspe.org.br/concursos/pf_21/arquivos/ED_1_DPF_2021_ABT.PDF); ii) EDITAL CONCURSO PRF Nº 1, DE 18 DE JANEIRO DE 2021, disponível em: [https://cdn.cebraspe.org.br/concursos/prf\\_21/arquivos/ED\\_1\\_PRF\\_2021\\_ABERTURA.PDF](https://cdn.cebraspe.org.br/concursos/prf_21/arquivos/ED_1_PRF_2021_ABERTURA.PDF); e iii) EDITAL Nº 1 – DEPEN, DE 4 DE MAIO DE 2020, disponível em: [https://cdn.cebraspe.org.br/concursos/depem\\_20/arquivos/ED\\_1\\_DEPEN\\_2020\\_ABT.PDF](https://cdn.cebraspe.org.br/concursos/depem_20/arquivos/ED_1_DEPEN_2020_ABT.PDF).

<sup>7</sup> Sobre o tema, vd. a Apelação/Reexame Necessário 2006.34.00.006333-0/DF, em que se decidiu pela manutenção da condenação à União de não adotar, nos concursos públicos realizados pelo Departamento de Polícia Federal, o teste de barra fixa na modalidade dinâmica – a qual é aplicada ao sexo masculino - para as mulheres.

finalidade perseguida anteriormente, alinhando-se, pois, ao que preconiza a Lei de Processo Administrativo (Lei 9.784, de 1999), no inciso VI, parágrafo único do art. 2º. Ressalta-se, ainda, que tal lógica é consoante ao que aqui se desenvolveu e se propõe para o teste de razoabilidade de adequações para pessoas com deficiência em concursos públicos.

Encerra-se, assim, o percurso pelo procedimento de três fases para o escrutínio, sob a ótica da adaptação razoável, dos limites ao acesso – visto aqui em uma perspectiva ampla, focada nos critérios avaliativos e abrangendo tanto o acesso por meio da reserva de vagas, quanto à parte dela – das pessoas com deficiência a cargos e empregos por meio de certames públicos. Em que pese a construção de uma proposta metodológica com balizas mais bem definidas, é cediço que os contornos interpretativos dos elementos valorativos somente podem ser aperfeiçoados na análise concreta dos casos, ainda mais em se tratando de um grupo social minoritário que, ao contrário de outros que são visivelmente homogêneos e com necessidades compartilhadas, tem na própria diversidade uma de suas mais evidentes características, porquanto há uma série de aspectos particulares e condições funcionais que podem se expressar organicamente de forma distinta nos indivíduos (CARVALHO; ALMEIDA, 2012).

### **Considerações finais**

O papel do trabalho na contemporaneidade como fundante do ser humano, de suas formas de sociabilidade e como categoria essencial para a promoção da autonomia e independência do indivíduo é algo quase que tautológico (COUTINHO; KRAWULSKI; SOARES, 2007). Quando se translada tal reflexão para o contexto das pessoas com deficiência, tem-se um impacto mais amplificado em face da necessidade constante ainda vivenciada por esse

segmento social de luta por reconhecimento, conquista e afirmação de espaços e direitos.

Tendo essa realidade como um plano de fundo de motivação e, mais especificamente, o encargo do Poder Público como um implementador e indutor de ações destinadas a socializar, entre a nação, a consciência moral de direitos e deveres – intensificado, no caso da causa das pessoas com deficiência, pelas obrigações assumidas pelo Brasil no âmbito da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) – é que se escolheu como objeto do presente trabalho a análise, sob o prisma da proteção dos direitos e garantias fundamentais, das condições de acesso de PCDs a cargos da administração pública por intermédio de concursos públicos – que, conforme os ditames do art. 37, II, da CFRB/1988, é, por excelência, o meio de investidura em cargo ou emprego público.

Assim, foram elencados dois dispositivos normativos representativos do acesso das PCDs ao serviço público, a saber, o inciso VIII, artigo 37, da Constituição, que estabelece o direito à reserva de vagas para as PCDs; e a alínea b), do Artigo 3, da CDPD, que preconiza o princípio da não-discriminação por motivo de deficiência.

Para empreender o estudo proposto, adotou-se, como marco epistemológico, a teorização acerca da proteção dos direitos fundamentais frente às suas restrições, de forma que as duas disposições normativas supra foram caracterizadas e avaliadas em face das seguintes categorias dogmáticas: âmbito de proteção, limites e limites aos limites (*Schranken-Schranken*) dos direitos fundamentais.

Em suma, observou-se que, para além do princípio da proporcionalidade propriamente dito, a formulação proposta para se testar concretamente a proteção do núcleo essencial também recorre a um exercício de ponderação

entre meios e fins. E mais, que o conceito da adaptação razoável também encerra – de modo similar, porém, com elementos particulares do contexto da deficiência – a ideia de um exame de razoabilidade, de tal modo que, a partir dessa constatação, propõe-se que o controle dos limites aos direitos à reserva de vagas e ao acesso não-discriminatório para pessoas com deficiência em concursos e processos seletivos seja concentrado na adaptação razoável, em face da sua especialidade, densificando o seu conceito para incorporar elementos adicionais oriundos da garantia da proteção do núcleo essencial e da proporcionalidade, com vistas a obter maior transparência e praticidade no procedimento metodológico para a determinação dos limites aos limites.

De se ressaltar que, muito embora tenham sido escolhidos dois dispositivos normativos específicos para serem objeto de uma avaliação pormenorizada a partir do *iter* analítico da proteção dos direitos fundamentais frente às suas restrições, entende-se que tal exame poderia ser empreendido com diferentes enunciações de princípios e direitos – a exemplo de outros princípios constantes do Artigo 3 da CDPD, como a “igualdade de oportunidades”, a “plena e efetiva participação e inclusão na sociedade” e a “acessibilidade” – chegando-se ao mesmo resultado, porquanto o mesmo racional há de ser aplicado na caracterização como um direito fundamental e na delimitação do respectivo âmbito de proteção, enquanto a adaptação razoável acaba por representar um liame entre esses preceitos no que diz com a avaliação das condições de contorno de suas eventuais restrições.

Trazendo a discussão para o plano concreto de operacionalização da adaptação razoável em etapas dos certames públicos, chegou-se à compreensão de que, demais de prover acesso a recursos e tecnologias assistivas – a exemplo daquelas listadas no Anexo do Decreto 9.508, de 2018 –, deve-se aventar a possibilidade de adequar, quando pertinente, o conteúdo das provas e os

critérios de avaliação. Embora à primeira vista possa parecer algo inviável ou desarrastado, tem-se que, por vezes, este será o melhor caminho – se não o único – para se aproximar do ideal de igualdade material.

Nesta quadra foram apresentados alguns exemplos de adaptações nesse sentido que já se encontram positivadas e/ou pacificadas, como é o caso da previsão da Lei 13.146, de 2015, em seu artigo 30, inciso VI, ao estabelecer que nos processos seletivos para ingresso em instituições de ensino devem ser adotados critérios de avaliação das provas escritas, discursivas ou de redação que considerem a singularidade linguística da pessoa com deficiência, no domínio da modalidade escrita da língua portuguesa.

Por fim, tendo como inspiração as conclusões de Martel (2011), entende-se que a conquista de uma realidade satisfatória no que diz com a adaptação razoável no âmbito dos concursos públicos, que materialize os primados da acessibilidade, da não-discriminação, da igualdade de oportunidades, entre outros, perpassa por uma necessidade premente de diálogo entre os principais atores e agentes envolvidos. Coloca-se em primeiro plano a pessoa com deficiência e/ou entidades representativas – incumbidas de apontar as melhores alternativas para a acomodação, uma vez que detêm conhecimento e experiência acerca das barreiras a serem transpostas e dos mecanismos mais hábeis a fazê-lo – juntamente com os órgãos e entidades da administração pública e contratadas, responsáveis pela realização do certame e competentes, inicialmente, pela análise e implementação das adequações requisitadas; e, em segundo plano, os órgãos legislativos, os quais atuarão de forma relevante no delineamento da moldura dos institutos, e os órgãos judicantes, que agirão, quando provocados, na apreciação da razoabilidade das adequações contestadas.

## Referências

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, v. 271, 2019.

BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República - Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência. **Cartilha do Censo 2010: Pessoas com Deficiência**. Brasília, 2012.

CAETANO, Marcello. **Manual de Direito Administrativo (vol. II)**. 10. ed. Imprensa: Coimbra, Almedina, 2008.

CARVALHO, Lúcio; ALMEIDA, Patrícia. Direitos humanos e pessoas com deficiência: da exclusão à inclusão, da proteção à promoção. **Revista Internacional de Direito e Cidadania**, São Paulo, n. 12, p. 77-86, 2012.

COUTINHO, Maria; KRAWULSKI, Edite; SOARES, Dulce Helena. **Identidade e trabalho na contemporaneidade: repensando articulações possíveis**. *Psicol Soc.* 2007. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-71822007000400006>.

MAIOR, Isabel. Movimento político das pessoas com deficiência: reflexões sobre a conquista de direitos. **Inclusão Social**, Brasília, DF, v.10 n.2, p.28-36, jan./jun. 2017.

\_\_\_\_\_. A política de inclusão da pessoa com deficiência como questão de direitos humanos. **Revista Científica de Direitos Humanos**/Ministério dos Direitos Humanos. Vol. 1, n. 1, novembro de 2018. Brasília: Ministério dos Direitos Humanos.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. Adaptação Razoável: o novo conceito sob as lentes de uma gramática constitucional inclusiva. **Revista Internacional de Direitos Humanos / Sur – Rede Universitária de Direitos Humanos – v.8, n.14, jun.2011 – São Paulo, 2011.**

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. Imprensa: São Paulo, Malheiros, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. Imprensa: São Paulo, Saraiva, 2012.

OLKIN, Rhoda. **What psychotherapists should know about disability**. Guilford Press, New York, 1999.

RETIEF, Marno & LETŠOSA, Rantoa. **Models of disability: A brief overview.** HTS Teologiese Studies/ Theological Studies 74(1), a4738. 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.4102/hts.v74i1.4738>

SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.