

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE DIREITO

MATHEUS ALVES DO NASCIMENTO

EFETIVIDADE DA POLÍTICA DE RESERVA DE VAGAS PARA
PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO MERCADO DE TRABALHO

FORTALEZA

2011

MATHEUS ALVES DO NASCIMENTO

**EFETIVIDADE DA POLÍTICA DE RESERVA DE VAGAS PARA
PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO MERCADO DE TRABALHO**

Monografia apresentado à disciplina de Monografia Jurídica, do curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará – UFC, como requisito para aprovação na disciplina e obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Doutor Fernando Basto Ferraz.

FORTALEZA

2011

Ficha catalográfica elaborada pela Bibliotecária Marina Alves de Mendonça CRB-3/985

N244e Nascimento, Matheus Alves do

Efetividade da política de reserva de vagas para pessoas com deficiência no mercado de trabalho / Matheus Alves do Nascimento. 2011 142 f., enc.

Orientador: Prof. Dr. Fernando Basto Ferraz
Monografia (Graduação) - Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2011.

1. Direito do trabalho 2. Deficientes físicos - emprego I. Ferraz, Fernando Basto (orient.) II. Universidade Federal do Ceará – Graduação em Direito III. Título

CDD 344

MATHEUS ALVES DO NASCIMENTO

**EFETIVIDADE DA POLÍTICA DE RESERVA DE VAGAS PARA PESSOAS COM
DEFICIÊNCIA NO MERCADO DE TRABALHO**

Monografia submetida à Coordenação de Atividades Complementares do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito.

Aprovada em 8 de junho de 2011.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Fernando Basto Ferraz (Orientador)

Universidade Federal do Ceará – UFC

Prof. Dr. Emmanuel Teófilo Furtado

Universidade Federal do Ceará – UFC

Mestrando Rafael Barreto Souza

Universidade Federal do Ceará – UFC

A Deus, exemplo-mor de amor, igualdade e justiça, por ser meu baluarte e eterno guia,

A meus pais, Auri e Iris, por sempre terem acreditado e investido nos meus sonhos,

*A minhas irmãs, Gyselle e Cybelle, que, comigo, formam um inquebrável cordão de três
dobras,*

*Às pessoas com deficiência que lutam por uma sociedade justa, igualitária, solidária e
inclusiva.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao professor doutor Fernando Basto Ferraz, verdadeiro mestre, por ter me acompanhado durante toda a minha graduação no curso de Direito da Universidade Federal do Ceará, enquanto fui aluno e monitor da disciplina de Ciência Política e Teoria do Estado, participante do projeto de extensão Curso Paulo Freire, bolsista de iniciação científica e, enfim, concludente. Espero, sinceramente, que nossa parceria perdure por muitos anos.

Também cumprimento o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), por conceder-me uma bolsa de iniciação científica para a execução do projeto de pesquisa “Efetivação dos direitos fundamentais dos deficientes auditivos no direito do trabalho”, do qual este trabalho de conclusão de curso é fruto.

Ao professor doutor Emmanuel Teófilo Furtado e ao mestrando Rafael Barreto Souza também manifesto minha profunda gratidão por aceitarem fazer parte da banca de defesa de minha monografia.

Agradeço pela paciência, pela colaboração e pela compreensão dos servidores da secretaria da 7ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Ceará, em que estagio, especialmente da diretora de secretaria, Alexandra Bezerra, e das servidoras Trícia Oliveira, Giovana Nunes e Anaih Carvalho, por permitirem me ausentar nas semanas que antecederam a entrega deste trabalho.

Reconheço também as preciosas contribuições das pessoas que entrevistei para realizar esta monografia, todas demonstrando que o ideal de inclusão das pessoas com deficiência deve ser concretizado diuturnamente e com muito trabalho.

Como símbolo do cumprimento de uma ardorosa, mas gratificante etapa de minha vida, esta monografia é fruto de experiências adquiridas não somente nas salas de nossa Faculdade de Direito. Por isso, aproveito o espaço para homenagear as pessoas e instituições que me ajudaram nesta labuta.

O amor dos meus pais por mim, meus sonhos e planos não se pode medir. Manifesto minha profunda gratidão a eles por serem exemplos de dignidade, amor desmedido, fé e companheirismo. Obrigado por terem apoiado, investido e financiado meus sonhos.

Gy, sou grato não somente por ser seu irmão, mas por tê-la como melhor amiga. Obrigado por ser uma “irmãe” (irmã-mãe) pra mim; minha conselheira e incentivadora. Obrigado por sua força e energia contagiante que agregam todos a sua volta.

Agradeço a minha irmã caçula, Belinha, que há quase dez anos interessou-se e apaixonou-se pela língua de sinais, fazendo nascer em mim, também, o interesse pela causa das pessoas com deficiência, que são tema deste trabalho.

Sou feliz por fazer parte de uma comunidade jovem de amor aos preceitos de Cristo, de dedicação, mas também de descontração: a Geração 21 da Primeira Igreja Batista de Fortaleza, de quem senti imensas saudades nesses últimos meses de dedicação a monografia, formatura, OAB e tudo mais. Obrigado, galera, por me manter em suas orações!

Não há como mensurar minha gratidão em participar do Curso Paulo Freire, como professor de História do Brasil e coordenador do Núcleo de Comunicações. Por isso agradeço muitíssimo a oportunidade de desfrutar da companhia de alunos e professores tão dedicados à filosofia daquele memorável professor pernambucano, a qual espero continuar a partilhar por onde eu for.

Nessa toada, também sou grato ao professor de meus anos de ensino médio, Francisclay Silva, exemplo de amor ao magistério e às letras, com sua metodologia única e inspiradora de ensino, incentivando sempre o melhor da criatividade de seus alunos.

Congratulo a Defensoria Pública do Estado do Ceará, nas pessoas dos defensores públicos Francisco Pereira Torres, Ana Márcia Silva Costa e Amélia Rocha e da funcionária Érica Roque, pelas lições de desprendimento, dedicação, amor à justiça e luta incessante pelos direitos dos hipossuficientes, que adquiri naquela instituição enquanto estagiário.

Por fim, imprescindível mencionar a participação direta e indireta de meus colegas de turma e de faculdade nas atividades do curso de graduação que ora termino. Muitos cuja amizade pretendo levar para além das paredes rosadas de nossa Salamanca. A todos, muito obrigado!

“Sem querer esconder que se trata de uma tarefa complexa e não fácil, [...] [é preciso] chegar-se a uma situação que dê à pessoa deficiente a possibilidade de sentir-se não já à margem do mundo e do trabalho ou a viver na dependência da sociedade, mas sim como um sujeito do trabalho de pleno direito, útil, respeitado na sua dignidade humana e chamado a contribuir para o progresso e para o bem da sua família e da comunidade, segundo as próprias capacidades”.

Papa João Paulo II (1920-2005), Encíclica *Laborem Exercens* (1981)

RESUMO

O direito ao trabalho, essencial para a realização da dignidade humana, é direito social fundamental que não tem sido oportunizado para milhões de pessoas com deficiência neste mundo. O Brasil e as organizações internacionais, no entanto, têm produzido vasta legislação em defesa da igualdade de oportunidades no acesso ao trabalho para pessoas com deficiência, medida esta inerente a um legítimo Estado Social Democrático de Direito. Ainda é visível, todavia, a rejeição das ações afirmativas em favor dessa minoria em alguns setores da sociedade civil. Tal problemática é analisada neste estudo, no que concerne à eficácia e à efetividade das normas jurídicas que dispõem sobre a política de reserva de vagas para pessoas com deficiência no mercado de trabalho. Utiliza-se de abordagem sistêmica, analisando as percepções dos atores sociais envolvidos nesta questão, ponderando sobre as críticas àquela política afirmativa e sugerindo formas de seu aprimoramento para que atinja plena efetividade (eficácia social), à luz dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição da República Federativa de 1988 e na Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Palavras-chave: pessoa com deficiência; princípio da igualdade; ação afirmativa; direito ao trabalho; reserva de vagas no mercado de trabalho; efetividade da norma jurídica.

ABSTRACT

The right to work, essential for the realization of human dignity is a fundamental social right that has not been provided for millions of people with disabilities in this world. Brazil and the international organizations, however, have produced extensive legislation concerning equal opportunities to employment access for people with disabilities. Such measure is inherent in a legitimate Social Democratic State of Law. On the other hand, there is still visible rejection toward affirmative action in favor of such minority in some sectors of the civil society. That issue is examined in this study regarding the efficacy and effectiveness of legal rules that deal with the job vacancy policy for people with disabilities in the labor market. A systemic approach is used, by examining the perceptions of the social actors involved in this matter, pondering the criticism to that affirmative policy and suggesting ways to improve it, so that it may reach full effectiveness (social efficacy) in the light of fundamental rights and guarantees under the 1988 Constitution of the Federative Republic of Brazil and the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities.

Keywords: people with disabilities, principle of equality; affirmative action; right to work; reservation of vacancies in the labor market, effectiveness of the legal rule.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas
APAE – Associação dos Pais e Amigos dos Excepcionais
BNDES – Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social
BPC – Benefício de Prestação Continuada
CAGED – Cadastro Geral de Empregados e Desempregados
CEFET – Centro Federal de Educação Tecnológica
CIDID - Classificação Internacional de Deficiências, Incapacidades e Desvantagens
CIF – Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde
CLT – Consolidação das Leis Trabalhistas
CONADE – Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência
CORDE – Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência
CRFB/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CTN – Código Tributário Nacional
CTPS – Carteira de Trabalho e Previdência Social
DAF – Diretoria de Arrecadação e Fiscalização do INSS
dB - decibel
DEJT – Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho
DJ – Diário da Justiça
DSS – Diretoria do Seguro Social do INSS
EC – Emenda Constitucional
ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente
ED – Embargos de Declaração
EPI – Equipamento de Proteção Individual
FDD – Fundo de Defesa dos Direitos Difusos
Hz - Hertz
IDA - *International Disability Alliance*
IDT – Instituto de Desenvolvimento do Trabalho
INSS – Instituto Nacional do Seguro Social
IPI – Imposto sobre Produtos Industrializados
j. – julgado em
LC – Lei Complementar

Libras – Língua Brasileira de Sinais
LICC – Lei de Introdução ao Código Civil
LOAS – Lei Orgânica de Assistência Social
MEC – Ministério da Educação e Cultura
MPAS – Ministério da Previdência e Assistência Social
MPT – Ministério Público do Trabalho
MTE – Ministério do Trabalho e Emprego
OIT – Organização Internacional do Trabalho
OMS – Organização Mundial da Saúde
ONG – Organização não-governamental
ONU – Organização das Nações Unidas
OS – Ordem de Serviço
PAIS – Programa de Apoio a Investimentos Sociais de Empresas
PAM-ONU – Programa Mundial de Ação relativo às Pessoas Deficientes
PPD – Pessoa com deficiência
RAIS – Relação Anual de Informações Sociais
REsp – Recurso Especial
RR – Recurso de Revista
SA8000 – *Social Account Ability 8000*
SBDI-1 - Subseção I Especializada em Dissídios Individuais
SEBRAE – Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas
SENAC – Sistema Nacional de Aprendizagem Comercial
SENAI – Sistema Nacional de Aprendizagem Industrial
SENAR – Serviço Nacional de Aprendizagem Rural
SENAT – Serviço Social do Transporte
SICORDE - Sistema de Informações da Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência
SINE – Sistema Nacional de Emprego
SIT – Secretaria de Inspeção do Trabalho
SRTE – Superintendência Regional do Trabalho e Emprego
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
TAC – Termo de Ajustamento de Conduta
TST – Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	14
1 PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: ASPECTOS HISTÓRICOS E CONCEITUAIS.....	16
1.1. Histórico das pessoas com deficiência: da antiguidade à publicação da Convenção da ONU sobre seus direitos.....	16
1.2. Conceito e delimitação terminológica de pessoa com deficiência.....	21
1.3. Deficiência e ciências da saúde: a Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF).....	29
1.4. O conceito legal de deficiência e surdez na nova ordem constitucional.....	33
2 PRINCÍPIO DA IGUALDADE E SUA CONCRETIZAÇÃO: AÇÃO AFIRMATIVA.....	37
2.1. Princípio da igualdade: concepções à luz da evolução do Estado de Direito.....	37
2.2. Delineamentos do princípio da igualdade na Constituição da República de 1988.....	47
3 O DIREITO AO TRABALHO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA.....	50
3.1. Direito ao trabalho: uma ação afirmativa.....	50
3.2. Reserva de vagas para pessoas com deficiência na iniciativa privada.....	56
3.2.1. Da habilitação e da reabilitação profissional.....	57
3.2.2. Cálculo da proporção de empregados para fins de cumprimento da cota.....	59
3.2.3. Modalidades de inserção de pessoas com deficiência.....	60
3.2.4. Outras maneiras de inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho.....	65
3.2.5. Da vida laboral da pessoa com deficiência: seleção, contrato de trabalho, meio ambiente de trabalho e atitude da empresa.....	68
3.2.6. Da dispensa do empregado pessoa com deficiência.....	72
3.2.7. Atuação da Secretaria de Inspeção do Trabalho do Ministério do Trabalho e Emprego.....	74
3.3. Reserva de vagas para pessoas com deficiência no serviço público.....	76
3.4. Atuação do Ministério Público.....	81

4 EFETIVIDADE DA POLÍTICA DE COTAS NO TRABALHO PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA.....	84
4.1. Das teorias sobre a eficácia social da norma jurídica: problema terminológico.....	84
4.2. Da eficácia e da aplicabilidade das normas constitucionais.....	88
4.3. Da eficácia das normas programáticas sobre direitos sociais.....	90
4.4. Eficácia da política de reserva de vagas para pessoas com deficiência.....	94
4.5. Efetividade da política de reserva de vagas para pessoas com deficiência.....	98
4.5.1. <i>Críticas e alternativas à reserva de mercado para pessoas com deficiência propostas pelo empresariado.....</i>	98
4.5.2. <i>Apontamentos de alguns “atores sociais” que lidam com o direito das pessoas com deficiência, especialmente dos surdos.....</i>	105
4.5.2.1. Procedimentos metodológicos.....	105
4.5.2.2. Análise em blocos temáticos: saúde, educação, trabalho, cultura e efetividade.....	106
4.5.3. <i>Conclusões e sugestões para uma plena efetividade do direito ao trabalho da pessoa com deficiência.....</i>	108
4.6. Pessoas com deficiência e a construção de uma sociedade inclusiva: os princípios da vedação do retrocesso social e da solidariedade.....	112
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	116
REFERÊNCIAS.....	119
APÊNDICES.....	126
APÊNDICE A – Modelo de termo de concordância.....	126
APÊNDICE B – Entrevista com Procurador do Ministério Público do Trabalho.....	127
APÊNDICE C – Entrevista com Auditora Fiscal do Trabalho.....	130
APÊNDICE D – Entrevista com Assistente social do Sistema Nacional de Emprego....	133
APÊNDICE E – Entrevista com Professora universitária.....	136
APÊNDICE F – Entrevista com Surdo servidor público	139
APÊNDICE G – Entrevista com Surda empregada celetista.....	141

INTRODUÇÃO

Neste início de século, uma das temáticas que mais tem atraído a ciência jurídica é a do direito das minorias, ou seja, daqueles grupamentos sociais que historicamente têm se mantido, em geral, à margem do domínio socioeconômico e político. Dentre essas minorias, destacam-se as pessoas com deficiência, que somente nos últimos vinte a trinta anos realmente têm sido objeto de estudos mais aprofundados.

Esta monografia, inspirada em nossos estudos enquanto bolsista de iniciação científica¹, tem viés trabalhista, com enfoque alicerçado na teoria dos direitos fundamentais, havendo ainda influências de outros ramos jurídicos, como a Teoria e a Filosofia do Direito, bem como de outras áreas da ciência, como as de Educação e Ciências da Saúde.

Propomo-nos, em apertada síntese, a analisar a eficácia social (ou efetividade) das leis que impõem reservas de vagas de trabalho para pessoas com deficiência no serviço público e na iniciativa privada.

Em relação à metodologia utilizada, este trabalho possui natureza aplicada, eis que buscamos um aproveitamento de seus resultados na realidade, e quanto ao seu objeto, natureza explicativa, pois tem por escopo o aprofundamento do tema e a elucidação dos motivos da dificuldade de aplicação e reconhecimento das ações afirmativas em favor das pessoas com deficiência. Seus métodos de procedimento são o bibliográfico-documental e de pesquisa de campo, pelo fato de basearem-se na coleta e análise de dados em estatísticas, doutrina, legislação nacional e internacional e jurisprudência, utilizados na formulação de pesquisas de opinião. Todas essas informações foram, então, confrontadas com nossa hipótese de trabalho, levantando-se nossas conclusões e sugestões para a resolução da problemática em comento.

No primeiro capítulo, de cunho introdutório à temática, revisa-se a história do tratamento das pessoas com deficiência, desde os tempos mais remotos até o século XXI; delimita-se a terminologia que entendemos melhor aplicável para definir essa minoria; estuda-se o conceito das deficiências, à luz das ciências da saúde e, finalmente, aborda-se o

¹ Projeto “Efetivação dos direitos fundamentais dos deficientes auditivos no âmbito do direito do trabalho” (PIBIC-UFC/CNPq/2008-2009), sob orientação do Prof. Dr. Fernando Basto Ferraz.

tratamento constitucional, legal e regulamentar das definições aplicadas à deficiência, bem como suas consequências jurídicas.

O capítulo segundo destina-se a mais detidamente analisar o princípio da igualdade e suas nuances. Primeiramente, aborda-se a evolução deste princípio com base nas mudanças do próprio Estado de Direito, em que a igualdade é tomada em seus sentidos formal, material e real, culminando no ideário de igualdade de oportunidades, concretizado por meio das ações afirmativas. Empós, é verificada a sua aplicação no regime constitucional brasileiro instaurado pela Carta da República de 1988.

Em uma abordagem de Direito Constitucional do Trabalho, insere-se o terceiro capítulo, que se inicia tratando do direito ao trabalho, desde suas concepções na Antiguidade Clássica à nova ordem constitucional de nosso país, enfatizando sua nuance de direito social fundamental. Posteriormente, faz-se profundo estudo da sistemática das leis de reservas de vagas para pessoas com deficiência, precipuamente na que trata de sua inserção no mercado formal celetista de trabalho, com o fim de afastar quaisquer dúvidas sobre sua aplicação. Obviamente, também são analisados os procedimentos aplicáveis nos concursos públicos, posto que a reserva de cotas para pessoas com deficiência no Poder Público também é compulsória. Por fim, faz-se breve comentário sobre a atuação do Ministério Público na tutela dos interesses dessa minoria, bem como no que se refere ao fiel cumprimento das leis de cotas.

No quinto capítulo desenvolve-se o embasamento jurídico de nossa tese quanto à efetividade das políticas de reservas de vagas para pessoas com deficiência. Inicia-se com a análise, à luz da Teoria do Direito, da eficácia social da norma jurídica. Em seguida, a mesma temática é tratada com enfoque e interpretação constitucional, em que se conclui ter a norma jurídica de ser examinada sob seus aspectos jurídico e social. O primeiro é abordado com base na clássica teoria da aplicabilidade das normas constitucionais, principalmente em relação às normas programáticas. Feito isso, verifica-se a eficácia das ações afirmativas de reserva de vagas para pessoas com deficiência, com base na Constituição, na Convenção das Nações Unidas sobre os direitos dessa minoria, bem como nos demais atos normativos aplicáveis ao caso. Passa-se, então, à análise da efetividade das políticas de cotas, considerando os argumentos críticos do empresariado e da doutrina, bem como o cotejo das entrevistas realizadas com surdos e outros “atores sociais” que, de alguma forma, trabalhem na causa das pessoas com deficiência. Finalmente, damos nossa opinião sobre a temática, sugerindo medidas para que se construa uma sociedade inclusiva.

1 PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: ASPECTOS HISTÓRICOS E CONCEITUAIS

Segundo dados da Organização Mundial da Saúde (OMS), no mundo há cerca de 650 milhões de pessoas com deficiência, isto é, aproximadamente 10% da população mundial possuem alguma deficiência, sendo que 80% dessas pessoas vivem em países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento².

O Brasil é retrato disso: 14,5% de sua população têm alguma deficiência, segundo o Censo do ano 2000, realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). O mesmo censo apontou que a região Nordeste é a que mais concentra pessoas com deficiência (16,8%), mesmo sendo menos populosa, em relação à população total, que a região Sudeste, a com menor índice de pessoas com tal característica (13,1%)³.

Considerando esse expressivo número de pessoas com deficiência, seja em nível mundial, seja nacional e regional, o interesse pelo estudo de seus direitos no âmbito da ciência jurídica tem atraído muitos pesquisadores. É, preciso, contudo, desmitificar muitas opiniões e preconceitos, isto é, conceitos ou opiniões “formados antecipadamente, sem maior ponderação ou conhecimento dos fatos”⁴, antes de abordarmos sobre suas prerrogativas. Impende, destarte, analisar sua história e terminologia aplicável, o que veremos a seguir.

1.1. Histórico das pessoas com deficiência: da antiguidade à publicação da Convenção da ONU sobre seus direitos

As pessoas com deficiência, como as demais minorias, sempre sofreram com o preconceito. Durante toda a história da humanidade, sua figura foi controversa. Na maioria das vezes, havia um tratamento discriminatório, como no caso do lançamento das crianças

² WORLD HEALTH ORGANIZATION – WHO. *World Report on disability*. Disponível em: <http://www.who.int/disabilities/world_report/concept_note_2010.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2011.

³ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. *Censo Demográfico 2000: Deficiência*. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/27062003censo.shtm>>. Acesso em: 17 abr. 2011.

⁴ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Eletrônico Aurélio*. 5. ed. Versão 7.0. São Paulo: Positivo Informática, 2010. CD-ROM, vocábulo “preconceito”.

espartanas com “má-formação” no abismo do monte Taygetos⁵. Mais raramente, considerava-se que pessoas com deficiência possuíam algo especial, sendo divinizadas, tratadas como conselheiras, a exemplo dos cegos e deficientes físicos da tribo Semang, na Malásia⁶.

Na Grécia Antiga, Platão, durante a decadência da democracia ateniense, buscando a construção de um Estado ideal, adota um discurso eugênico, afirmando que “os melhores homens devem se unir às melhores mulheres, o mais frequentemente possível, e os defeituosos às defeituosas, o mais raro possível”⁷. Nesse contexto, opina Lutiana Nacur Lorentz:

Dentro da visão da política eugênica estava implícito, além do organicismo, também outras justificativas, ou melhor perigosos estigmas filosóficos e religiosos, de que a origem da deficiência devia-se ao fato de que as PPD's tinham sido castigadas pelos deuses, ou porque teriam cometido terríveis pecados em vidas presentes ou passadas, ou porque seus pais os haviam cometido. Havia entendimento de que a deficiência tinha um caráter de penalidade que os deuses impunham a estas pessoas. Destarte, elas não eram dignas de respeito, sequer de piedade, merecendo a morte ou a expulsão⁸.

Nesta senda, a mesma autora menciona a origem do termo estigma:

Para discriminar estas pessoas que não agradavam aos deuses é que existia a prática na Grécia antiga, como já descrito por Goffman, de marcar com um sinal permanente, geralmente em fogo ou em brasa, as pessoas tanto deficientes quanto doentes, originando-se desta prática a palavra “estigma”:

O autor ressalta que o termo estigma surge desde a Grécia, para fazer referência a uma marca ou impressão como indicativo de algum mal, loucura ou doença. Na Grécia, os sinais eram feitos com fogo ou corte, para evidenciar alguma coisa de extraordinário ou um mal sobre o status moral de quem o apresentava⁹.

Aristóteles, apesar de defender, de certa forma, a eugenia, procurou incluir as pessoas com deficiência, ao apregoar que, em vez de sustentá-las, dever-se-ia dar-lhes um emprego, ensinando-lhes a desempenhar uma tarefa útil¹⁰. Tal ideário surgiu em decorrência,

⁵ MELO, Sandro Nahmias. *O direito ao trabalho da pessoa portadora de deficiência: ação afirmativa: o princípio constitucional da igualdade*. São Paulo: LTr, 2004, p. 29.

⁶ ALVES, Rubens Valteciades. *Deficiente físico: novas dimensões da proteção ao trabalhador*. São Paulo: LTr, 1992, p. 19. O mesmo autor rememora que os hindus conferiam proteção aos cegos que, segundo eles, possuíam maior sensibilidade espiritual, geralmente desempenhando funções religiosas.

⁷ PLATÃO. *A república*. São Paulo: Nova Cultural, 1997, (Os Pensadores), p. 136.

⁸ LORENTZ, Lutiana Nacur. *A norma da igualdade e o trabalho das pessoas portadoras de deficiência*. São Paulo: LTr, 2006, p. 113.

⁹ *Idem*, p. 114. O autor citado é Erving Goffman, cuja obra é: *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. 4. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1988, p. 12.

¹⁰ “A dupla determinação de Aristóteles em impor que fosse dado trabalho aos ‘deficientes’ capazes de trabalhar e ‘óbulos’ para quem não pudesse exercer atividades, já refletia uma correta política nas atitudes sociais de integração e aproveitamento, e mesmo de assistência às ‘pessoas portadoras de deficiências físicas’. Assim os ‘deficientes’ capazes deviam trabalhar e os outros seriam beneficiários da assistência estatal em virtude da contingência da vida social que os impedia de obter ganhos provindos de seu próprio trabalho”. In: ALVES, *op. cit.*, p. 22. Saliente-se que Aristóteles era um defensor do direito a igualdade, mas destaquemos que esse direito se resumia somente aos cidadãos da Pólis, isto é, os eupátridas, homens de ascendência grega.

principalmente, dos mutilados de guerra, que eram resguardados pelo Estado Grego, como demonstrado pela Lei de Sólon.

O povo hebreu, segundo alguns relatos bíblicos, também tratava as pessoas com deficiência de forma discriminatória, como demonstra a determinação de Moisés no Livro de Levítico em relação à escolha dos sacerdotes:

Diga a Arão: Pelas suas gerações, nenhum dos seus descendentes que tenha algum defeito poderá aproximar-se para trazer ao seu Deus ofertas de alimento. Nenhum homem que tenha algum defeito poderá aproximar-se: ninguém que seja cego ou aleijado, que tenha o rosto defeituoso ou o corpo deformado; ninguém que tenha o pé ou a mão defeituosos, ou que seja corcunda ou anão, ou que tenha qualquer defeito na vista, ou que esteja com feridas purulentas ou com fluxo, ou que tenha testículos defeituosos. Nenhum descendente do sacerdote Arão que tenha qualquer defeito poderá aproximar-se para apresentar ao Senhor ofertas preparadas no fogo. Tem defeito; não poderá aproximar-se para trazê-las ao seu Deus.¹¹

Esse paradigma de perfeição e de deficiência como resultado da “ira divina” foi rechaçado por meio dos ensinamentos de Jesus Cristo:

Ao passar, Jesus viu um cego de nascença. Seus discípulos lhe perguntaram: “Mestre, quem pecou: este homem ou seus pais, para que ele nascesse cego?” Disse Jesus: “Nem ele nem seus pais pecaram, mas isto aconteceu para que a obra de Deus se manifestasse na vida dele”¹².

A partir dos ensinamentos de igualdade pregados pelos cristãos, que se opunham à igualdade “para poucos” grega e romana, a fase de eliminação eugênica das pessoas com deficiência passou a ser malvista e essas pessoas começaram a ser assistidas pelas instituições religiosas de caridade, principalmente vinculadas à Igreja Católica ou aos senhores feudais, já no contexto da Idade Média, sob forte influência do pensamento de Tomás de Aquino e Santo Agostinho. Mesmo com essa evolução no tratamento desses indivíduos, a política meramente assistencialista católica também era criticável:

É evidente que neste contexto inspirado na caridade, na pena e na repulsa, a interação da sociedade com a PPD era caracteristicamente angustiada, baseada predominantemente na piedade (caridosa) e no distanciamento, já que se tratava de uma relação entre pessoas não iguais, implicando a existência de um superior (o que tem pena) e de outro inferior (do qual se tem pena), relação esta também marcada pelas noções católico-cristãs de culpa e pecado em não assistir a uma pessoa necessitada¹³.

¹¹ Levítico, Capítulo 21, Versículos 17 a 21. In: BÍBLIA SAGRADA. *Bíblia do executivo*: Nova Versão Internacional. Antigo Testamento. São Paulo: Vida, 2004, p. 111. Alerta, todavia, Nídia Regina Limeira de Sá que “talvez a explicação mais apropriada seja a de que, no Velho Testamento, ao dar Lei ao povo, Deus estava procurando construir a visão da santidade, pureza e perfeição, então não podia aceitar qualquer coisa que fosse menos que perfeita, seja um animal sacrificial ou um sacerdote. Os sacerdotes com defeito físico não podiam apresentar ofertas sacrificiais, mas como os demais, podiam participar da carne sacrificial”. In: *O discurso bíblico sobre deficiência*, p. 36, apud MENDONÇA, Luiz Eduardo Amaral de. *Lei de Cotas*: Pessoas com Deficiência e a Visão Empresarial. São Paulo: LTr, 2010, p. 24.

¹² Livro de João, Capítulo 9, Versículos 1 a 3. In: BÍBLIA SAGRADA, *op. cit.*, Novo Testamento, p. 1010.

¹³ LORENTZ, *op. cit.*, p. 131-132.

A visão preconceituosa quanto às pessoas com deficiência, deste modo, prolongou-se também na Idade Média e Moderna. Com o surgimento do Estado Moderno, vinculado às teorias contratualistas da soberania, às ideias renascentistas e iluministas e, ainda, por influência do crescente capitalismo impulsionado pelas grandes navegações, separam-se os trabalhadores dos meios de produção e da propriedade, que são do soberano. Com isso, aparece uma grande quantidade de pessoas sem ocupação, dentre elas pessoas com deficiência, muitas das quais mendigavam. Para tentar resolver tal imbróglio, a Inglaterra, por exemplo, editou lei criando as *Workhouse*, que, segundo Sandro Nahmias Melo, eram destinadas a utilizar mão-de-obra de pessoas com deficiência, que acabaram alijadas do trabalho por miseráveis, “ficando os deficientes fora desse processo criado, em princípio, em seu benefício”¹⁴.

No advento da Revolução Industrial, o aviltamento dos trabalhadores é flagrante, sendo homens, mulheres e crianças, indistintamente, submetidos a longas horas de trabalho pesado em galpões com pouca iluminação e ventilação, com horários exíguos para alimentação e insuficientes horas de sono. Não é de se admirar, portanto, o grande número de pessoas que tinham seus membros decepados pelas máquinas ou que se contaminavam com vírus e bactérias os quais se proliferavam fartamente nas fábricas¹⁵.

Tal situação de abandono alterou-se substancialmente com o advento do século XX, mormente após a Primeira Guerra Mundial, com a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT) pelo Tratado de Versalhes de 1919, promulgado pela Liga das Nações, instituição formada pelos países vencedores daquela guerra. A primeira manifestação da OIT sobre o trabalho das pessoas com deficiência foi através da Recomendação n. 22 (sobre a indenização por acidente de trabalho), de 1925.

Na Segunda Guerra Mundial, o problema de reabilitação e reinclusão dos ex-combatentes que foram mutilados durante os conflitos armados foi decisivo para que os direitos das pessoas com deficiência fossem finalmente ouvidos, conforme expõe Jair Vanderlei Kremer:

Essas necessidades [de inclusão] afloraram como questão de Estado e de toda a sociedade. De um lado, os interesses dos mutilados de guerra, que pressionavam o

¹⁴ MELO, *op. cit.*, p. 34.

¹⁵ As condições subumanas de tratamento dos trabalhadores impulsionaram o surgimento do Direito do Trabalho, como relata Luiz Eduardo Amaral de Mendonça: “O trabalho em condições precárias, ocasionando acidentes mutiladores e doenças profissionais, centralizou a preocupação para a questão de pessoas com deficiência, sendo necessária a criação do Direito do Trabalho e de um sistema eficiente de seguridade social, com atividades assistenciais, previdenciárias e de atendimento da saúde, bem como da reabilitação dos acidentados”. In: MENDONÇA, *op. cit.*, p. 27.

Estado por uma política séria no sentido de reabilitá-los para o mercado de trabalho, e de outro a pressão dos civis portadores de deficiências que desejavam permanecer ativos, uma vez que haviam ocupado, com bons resultados, os postos vagos na indústria, comércio e serviços deixados por aqueles que haviam sido convocados para a guerra¹⁶.

No decorrer dos anos seguintes, vários documentos internacionais trataram sobre os direitos das pessoas com deficiência, tais como a Recomendação da OIT n. 99 (sobre Reabilitação Vocacional dos Deficientes), de 1955, e a Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes (1975), das Nações Unidas. A própria ONU instituiu o ano de 1981 como o “Ano Internacional dos Deficientes” e, por meio de sua Assembleia Geral, criou o Programa Mundial de Ação relativo às Pessoas Deficientes (PAM-ONU), a partir do qual o tema de inclusão dessa minoria passou a ser discutido como questão de direitos humanos e não apenas como política estatal de assistencialismo/paternalismo.

Essa inclusão, não obstante, acabou tendo suas discussões arrefecidas com o passar do tempo, mesmo em meio aos apelos dos ativistas dos direitos das pessoas com deficiência para que se elaborasse uma convenção específica que lhes atendesse, vez que as declarações anteriores não conseguiram mudar o pensamento dos Estados e da sociedade, como assevera a Subsecretária Nacional de Promoção dos Direitos das Pessoas com Deficiência, Izabel Maria Madeira de Loureiro Maior¹⁷.

O presidente mexicano Vicente Fox, retomou a discussão ao propor, na Assembleia Geral da ONU de 2001, que se fizesse a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, cuja elaboração, que ficou a cargo da Comissão de Assuntos Econômicos e Sociais das Nações Unidas, foi inovadora, posto que oficializou a participação das pessoas com deficiência durante todo o procedimento.

Essa participação na feitura da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência ocorreu graças aos próprios esforços dessa minoria, que criou um “Grupo de Trabalho sobre a Deficiência”, promovendo a definição de estratégias, maximização de seu potencial e união das pessoas com deficiência em uma só voz, com o lema “Nada sobre nós sem nós”. O comitê *ad hoc* acatou a inclusão desse grupo de trabalho, dando-lhe o poder de escolher as entidades não-governamentais que dele participariam, sendo nomeadas aquelas vinculadas à Aliança Internacional para a Deficiência (*International Disability Alliance* –

¹⁶ KREMER, Jair Vanderlei. *A evolução histórica dos direitos das pessoas portadoras de deficiência*, p. 161, *apud* MELO, *op. cit.*, p. 37.

¹⁷ BRASIL. *Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência: Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: Decreto Legislativo n. 186, de 9 de julho de 2008; Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009. 2. ed. rev. e atual. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, 2010, p. 7.*

IDA) – que é a rede de organizações globais e regionais de pessoas com deficiência –, tais como a União Mundial dos Cegos e a Federação Mundial dos Surdos¹⁸.

Finalmente, em 13 de dezembro de 2006, foi promulgada pela Assembleia Geral das Nações Unidas a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (*Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, em inglês), primeiro tratado internacional de direitos humanos do século XXI, assinada pelo Brasil em 30 de março de 2007 e recepcionada em nosso ordenamento com status de emenda constitucional pelo Decreto Legislativo n. 186/2008. A Convenção aborda os direitos e garantias das pessoas com deficiência em relação a, dentre outros assuntos, acessibilidade, educação, saúde, participação política, igualdade de oportunidades e, enfim, trabalho das pessoas com deficiência.

Vale, por fim, salientar que os desafios de integração das pessoas com deficiência na sociedade ainda são muito grandes na atualidade e sujeitos às particularidades culturais, sociais e políticas de cada país, com seus avanços e retrocessos, não havendo uniformidade no tratamento de tais pessoas, o que demanda maior cobrança do cumprimento da Convenção sobre seus Direitos, por meio de suas organizações e associações.

1.2. Conceito e delimitação terminológica de pessoa com deficiência

Como visto no incurso histórico das pessoas com deficiência, o Estado pouco se importava em tratar da problemática das pessoas com deficiência. A valorização dessa minoria passou a ser maior com o fim da Segunda Guerra Mundial, no contexto internacional, e com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), no caso nacional.

Antes da atual Lei Fundamental, o legislador pátrio referia-se às pessoas com deficiência utilizando termos como “inválido”, “deficitário”, “portador de defeitos”, “deficiente”, “excepcional” etc. A nova ordem constitucional passou a utilizar a terminologia “pessoa portadora de deficiência”, porém “pessoa portadora de necessidades especiais” e, mais recentemente, “pessoa com deficiência” também têm sido empregadas.

¹⁸ Com informações retiradas de: CERTEZA, Leandra Migotto. Alerta Mundial – 03 de dezembro: Dia Internacional da Pessoa com Deficiência, *Adital: Notícias da América Latina e Caribe*, 1º/12/2006. Disponível em: <www.adital.com.br/site/noticia2.asp?lang=PT&cod=25698>. Acesso em: 22 jun. 2010.

Nessa conjuntura, é necessário aferir qual dessas expressões citadas é a mais adequada aos nossos estudos e à própria interpretação dos textos constitucional e legal sobre a temática, conforme alertam Olney Queiroz Assis e Lafayette Pozzoli:

Durante o tempo em que o Direito se manteve quase que totalmente indiferente sobre o tema, essa multiplicidade terminológica não constituiu um problema. Afinal, o tema não suscitava preocupações imediatas, nem na órbita estatal, nem na órbita da sociedade civil. À medida que o tema ganha densidade, pelo aparecimento de normas constitucionais, leis, doutrinas e processos, aparece a preocupação em determinar a expressão linguística mais adequada, as implicações do seu uso e a sua exata significação normativa, tendo em vista a decidibilidade dos conflitos com um mínimo de perturbação social¹⁹.

A importância prática da busca da delimitação do conceito de pessoa com deficiência, no caso do presente estudo, relaciona-se com o questionamento de quais são os indivíduos que são considerados com tal para fins de inclusão nas cotas de vagas em empresas e na Administração Pública.

Etimologicamente, deficiência, do latim *deficientia*, significa “esgotamento”, “enfraquecimento”. Provém do verbo *deficere*, “separar-se”, “destacar-se”, “fazer falta”²⁰. Segundo o dicionário Aurélio²¹, esse vocábulo denota falta, falha, carência, imperfeição, defeito. Semanticamente, deficiência sempre trará o sentido de perda, incompletude; em geral, terá conotação negativa.

No plano internacional, as Nações Unidas, por meio da Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes, de 1975, afirmaram que “o termo ‘pessoas deficientes’ refere-se a qualquer pessoa incapaz de assegurar por si mesma, total ou parcialmente, as necessidades de uma vida individual ou social normal, em decorrência de uma deficiência, congênita ou não, em suas capacidades físicas ou mentais” (artigo 1).

Em 1980, a Organização Mundial da Saúde elaborou a “Classificação Internacional de Deficiências, Incapacidades e Desvantagens” (CIDID), distinguindo tais termos, que são, de certa forma, similares. *Deficiência (disability, deficiencia)* seria “toda a perda ou anomalia de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica”. *Incapacidade (impairment, discapacidad)* corresponderia a “toda a restrição ou ausência de função devida a uma seqüela/deficiência da capacidade de realizar uma atividade da forma, ou

¹⁹ ASSIS, Olney Queiroz; POZZOLI, Lafayette. *Pessoa portadora de deficiência: direitos e garantias*. 2. ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2005, p. 234. Para os autores, “a definição envolve um ato interpretativo, que consiste em esclarecer o sentido e o alcance (limites) do conceito. A definição é importante, porque, uma vez fixada, subtrai a problematização do conceito e, com isso, possibilita o controle das incertezas que normalmente se insinuam nos textos jurídicos” (grifo do original). In: *Idem*, p. 234.

²⁰ MACHADO, José Pedro. *Dicionário etimológico da língua portuguesa*. V.1. Lisboa: Editorial Confluência, 1956, p. 743-747 *apud* LORENTZ, *op. cit.*, p. 196.

²¹ FERREIRA, *op. cit.*, vocábulo “deficiência”.

dentro da margem que se considera normal para o ser humano”. A *Desvantagem (handicap, minusvalia)*, finalmente, refere-se a “uma situação de desvantagens para um determinado indivíduo, consequência de uma seqüela/deficiência ou de uma incapacidade, que limita ou impede o desempenho de um rol de ações que é normal no seu caso, considerando-se sua idade, sexo e fatores sociais e culturais”²².

A OIT também deu sua contribuição para o conceito ora estudado com o artigo 1.1 da Convenção n. 159 sobre Reabilitação Profissional e Emprego de Pessoas Deficientes (1983), no contexto das relações de trabalho:

Para efeito desta Convenção, entende-se por “pessoa deficiente” todas as pessoas cujas possibilidades de obter e conservar um emprego adequado e de progredir no mesmo fiquem substancialmente reduzidas devido a uma deficiência de caráter físico ou mental devidamente comprovada.

No Brasil, a primeira Constituição a tratar sobre a temática foi a de 1967, por meio do artigo 175, §4º, da Emenda n. 1, de 17 de outubro de 1969, que preceituava que lei especial disporia sobre a educação dos excepcionais. Pontes de Miranda²³ entendia que faziam parte de tal categoria as “pessoas que, por faltas ou defeitos físicos ou psíquicos, ou por procedência anormal (nascido, por exemplo, em meio perigoso) precisam de assistência”, conceito este criticado por Assis e Pozzoli, pelo fato de ser deveras abrangente, incluindo pessoas que não possuem deficiência, como uma “criança criada em um barraco de favela dominada pelo narcotráfico”²⁴.

Ainda há outras críticas ao termo. Luiz Alberto David de Araújo expõe que o termo “excepcional” é ligado à ideia de deficiência mental:

Há uma tendência muito forte de se tratarem as pessoas mentalmente doentes como sendo “excepcionais”. Assim sendo, entendemos desaconselhável o uso do termo, especialmente porque a matéria deve ser tratada da forma mais comum possível, pois o Direito precisa trabalhar com dados da realidade e esta indica que a palavra “excepcional” não tem grande aceitação para cuidar de deficiências físicas ou de deficiências de metabolismo²⁵.

²² Definições encontradas em: MELO, *op. cit.*, p. 47. Lembra Lutiana Nacur Lorentz, ao abordar a lei n. 8.742/93, Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), que a diferenciação entre deficiência e incapacidade é importante, porque o benefício assistencial de prestação continuada, previsto no artigo 20, §3º desta lei é devido à pessoa com deficiência que seja “incapacitada para a vida independente e para o trabalho”. Afirma a autora que tal benefício, pela redação dada, “só é deferido a pessoas incapazes, carentes, sem meios próprios de subsistência, cuja renda *per capita* (por pessoa) não seja superior à do salário mínimo; só que o art. 203, V, Constituição Federal de 1988, não se referiu ao incapaz e sim à pessoa com deficiência economicamente carente. Logo, a confusão terminológica foi feita em prejuízo dos direitos das pessoas com deficiência”. In: LORENTZ, *op. cit.*, p. 199-200.

²³ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: RT, 1969, p. 62 *apud* ASSIS; POZZOLI, *op. cit.*, p. 241.

²⁴ ASSIS; POZZOLI, *op. cit.*, p. 241.

²⁵ ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência*. Brasília: Coordenadoria Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência (CORDE), 1994, p. 21. Nesta

Como visto, inaplicável à generalidade das pessoas com deficiência o termo “excepcional”, pois, além de sua vaguidade semântica²⁶, quando utilizado no contexto da minoria ora estudada é mais presente em referências às pessoas com deficiência mental.

Em 1978, foi publicada a Emenda n. 12 à Constituição de 1967, introduzindo o termo “deficiente”, ao assegurar a melhoria de sua condição social e econômica, mediante, dentre outros, “proibição de discriminação, inclusive quanto à admissão ao trabalho ou ao serviço público e a salários” (art. único, III). Manoel Gonçalves Ferreira Filho, comentando o citado artigo, entende que deficientes são “todos aqueles que estejam privados da condição física e mental reconhecida como normal no homem”²⁷.

A doutrina majoritária sobre o assunto critica a utilização de tal adjetivo para fazer alusão às pessoas com deficiência. Araújo assevera que é um termo incisivo, levando “diretamente ao objeto estudado, a deficiência do indivíduo”²⁸. Antonio Herman de Vasconcelos e Benjamin entende que essa palavra “mais serve para ressaltar as diferenças do indivíduo do que as suas similaridades com o chamado grupo normal”²⁹. Aqui, então, há identificação da pessoa não por sua condição humana, mas por sua “falta”, “diferença”, desrespeitando sua própria dignidade.

Buscando suavizar e, de certa forma, unificar as terminologias aplicáveis à minoria em comento, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 passou a utilizar a expressão “pessoa portadora de deficiência” que, para Araújo, “tem o condão de diminuir o estigma da deficiência, ressaltando o conceito de pessoa; é mais leve, mais elegante e diminui a situação de desvantagem que caracteriza esse grupo de indivíduos”³⁰. Mesmo assim, já se antevia que tal expressão ainda não seria a definitiva:

A Constituição Federal foi elaborada num momento histórico em que palavras de conotação muito negativas eram freqüentemente utilizadas (ex.: surdo-mudo, aleijado, retardado, débil mental, etc.). Buscou-se então, naquele momento, uma

senda, a lição de Otto Marques da Silva: “É um termo abominado no mundo das pessoas com deficiência físicas e sensoriais, que não admitem ser nem reconhecidas nem adjetivadas como tal. E quem duvidar desta informação, poderá fazer sua própria experiência e sentir a reação que o levará a nunca mais repeti-la”. In: *Uma questão de competência*. São Paulo: Memnon, 1993, p. 32 *apud* MELO, *op. cit.*, p. 40-41.

²⁶ Na lição de Nahmias Melo, “é certo que alguns dicionários atribuem um significado positivo ao termo ‘excepcional’, tais como ‘excelente, incomum, extraordinário’. Todavia, não prevalece este significado, quando em questão a pessoa portadora de deficiência. Neste caso, a conotação é, invariavelmente, negativa”. In: MELO, *op. cit.*, p. 40.

²⁷ In: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 747, *apud* ASSIS; POZZOLI, *op. cit.*, p.241-242.

²⁸ ARAÚJO, *op. cit.*, p. 21.

²⁹ BENJAMIM, Antonio Herman de Vasconcelos e. A tutela das pessoas portadoras de deficiência e o Ministério Público. In: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de (coord.). *Direitos das pessoas portadoras de deficiência*. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 15, *apud* ASSIS; POZZOLI, *op. cit.*, p. 242.

³⁰ ARAÚJO, *op. cit.*, p. 21.

padronização. E uma padronização que retirasse o foco de atenção da deficiência e passasse para a pessoa. Decidiu-se por "pessoa com deficiência". Todavia, o foco acabou ficando no *portador*, não chegou à pessoa. À medida que as idéias e ideais foram evoluindo verificou-se que a palavra *portador* foi, sim, um avanço à época, mas ainda era preciso melhorar³¹.

Como Lorentz³², entendemos que a palavra “portador”, que significa aquele que “porta ou conduz, ou traz consigo”³³, não pode ser aplicada a todas as pessoas com deficiência, considerando que um cego não porta sua cegueira, e um surdo a sua surdez. É aplicável, por exemplo, a uma pessoa portadora do vírus da AIDS, mas não à generalidade das pessoas com deficiência. Note-se, inclusive, que é bastante comum utilizar a expressão “portador de deficiência”, criticável da mesma forma que “deficiente”, por apontar e identificar a “falha”, não *a pessoa*.

Como alternativa a tal expressão, que ainda continha a palavra estigmatizante “deficiência”, passou-se a defender os termos “pessoa portadora de necessidades especiais”³⁴ ou “pessoa com necessidades especiais”. Para Nahmias Melo, por exemplo, “a expressão ‘pessoas portadoras de necessidades especiais’, indubitavelmente, corresponde melhor à ideia de promoção de condutas positivas para conferir-se eficácia ao direito ao trabalho deste grupo social”³⁵.

A despeito de afastar a palavra “deficiência” que, realmente, possui conotação negativa, a expressão “pessoa portadora de (ou com) necessidades especiais” é deveras ampla, sendo que a categoria “pessoa portadora de (ou com) deficiência” é, na verdade, espécie daquela³⁶, a qual envolve, ainda, idosos e gestantes, por também necessitarem de medidas especiais assecuratórias de seus direitos, promovidas ou incentivadas pelo Estado. Manifestam-se sobre tal problemática Assis e Pozzoli:

³¹ FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. *Direitos das pessoas com deficiência*. Rio de Janeiro: WVA, 2004, p. 22.

³² “Na verdade, talvez um avanço maior fosse a utilização não da semântica pessoa portadora de deficiência, mas o uso de outra expressão: “pessoas com deficiência”, ou (...) “pessoa que possui deficiência”. Isto porque, para muitos, o termo “portador” ou a expressão “portador de deficiência” frequentemente vem associado a doenças (portador de vírus) e não às características físicas (não se usa a expressão: Alberto é portador de olhos azuis)”. In: LORENTZ, *op. cit.*, p. 197. Também se opõe ao termo “pessoa portadora de deficiência” Ricardo Tadeu Marques da Silva, in: *O trabalho da pessoa com deficiência e a lapidação dos direitos humanos: o direito do trabalho, uma ação afirmativa*. São Paulo: LTr, 2006, p. 270.

³³ FERREIRA, *op. cit.*, vocábulo “portador”.

³⁴ No dicionário, sua definição é a seguinte: “Indivíduo que apresenta, em caráter permanente ou temporário, algum tipo de deficiência física, sensorial, cognitiva, ou múltipla, ou condutas típicas ou altas habilidades, necessitando, por isso, de recursos especializados para desenvolver mais plenamente o seu potencial e/ou superar, ou minimizar, suas dificuldades”. In: FERREIRA, *op. cit.*, entrada no vocábulo “portador”.

³⁵ MELO, *op. cit.*, p. 42-43, nota de rodapé 74.

³⁶ Neste sentido, Sandra Morais de Brito Costa, in: *Dignidade humana e pessoa com deficiência: aspectos legais e trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2008, p. 27.

A expressão “pessoa portadora de necessidades especiais”, por um lado, constitui uma vantagem porque elimina a expressão “deficiência”, que aponta para algo perene e constante em toda e qualquer situação; por outro lado, *constitui um problema porque acolhe certas pessoas que, na maioria das vezes, não se enquadram nos fins objetivados pelos textos normativos que utilizam a expressão “pessoa portadora de deficiência”*. Nesse sentido, pode-se dizer que uma mulher gestante é “pessoa portadora de necessidades especiais” e, enquanto perdurar essa situação, poderá até ser equiparada a “pessoa portadora de deficiência” para fins de obter a proteção legal: direito ao transporte especial, facilitação de acesso a edifícios de uso público, preferência de atendimento etc. *A gestante não pode, por exemplo, ser equiparada a pessoa portadora de deficiência para concorrer à reserva de vagas em concursos públicos*³⁷. (grifo nosso)

Atualmente, tem adquirido cada vez mais legitimidade a expressão “pessoa com deficiência”, à qual nos filiamos. No presente século, foi publicada, em dezembro de 2006, a Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, tendo por uma de suas maiores contribuições a mudança de paradigma quanto ao conceito de tal minoria. Neste aspecto, opina Ricardo Tadeu Marques da Fonseca:

[...] o próprio conceito de pessoa com deficiência incorporado pela Convenção, a partir da participação direta de pessoas com deficiência levadas por Organizações Não-Governamentais de todo o mundo, carrega forte relevância jurídica porque incorpora na tipificação das deficiências, além dos aspectos físicos, sensoriais, intelectuais e mentais, a conjuntura social e cultural em que o cidadão com deficiência está inserido, vendo nestas o principal fator de cerceamento dos direitos humanos que lhe são inerentes³⁸.

Quando da participação desta minoria na redação da Convenção sobre seus direitos, o termo “pessoa com deficiência” foi escolhido por seus militantes sob as seguintes premissas, relatadas por Romeu Kazumi Sassaki:

1. Não esconder ou camuflar a deficiência;
2. Não aceitar o consolo da falsa idéia de que todo mundo tem deficiência;
3. Mostrar com dignidade a realidade da deficiência;
4. Valorizar as diferenças e necessidades decorrentes da deficiência;
5. Combater neologismos que tentam diluir as diferenças, tais como “pessoas com capacidades especiais”, “pessoas com eficiências diferentes”, “pessoas com habilidades diferenciadas”, “pessoas dEficientes”, [sic] “pessoas especiais”, “é desnecessário discutir a questão das deficiências porque todos nós somos imperfeitos”, “não se preocupem, agiremos como avestruzes com a cabeça dentro da areia” (i.é, “aceitaremos vocês sem olhar para as suas deficiências”);
6. Defender a igualdade entre as pessoas com deficiência e as demais pessoas em termos de direitos e dignidade, o que exige a equiparação de oportunidades para pessoas com deficiência atendendo às diferenças individuais e necessidades especiais, que não devem ser ignoradas;
7. Identificar nas diferenças todos os direitos que lhes são pertinentes e a partir daí encontrar medidas específicas para o Estado e a sociedade diminuírem ou

³⁷ ASSIS; POZZOLI, *op. cit.*, p. 236.

³⁸ FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. A ONU e seu Conceito Revolucionário de Pessoa com Deficiência. *Associação Nacional dos Membros do Ministério Público de defesa dos Direitos dos Idosos e Pessoas com Deficiência – AMPID*. Disponível em: <http://www.ampid.org.br/Artigos/Onu_Ricardo_Fonseca.php>. Acesso em: 8 abr. 2011.

eliminar as “restrições de participação” (dificuldades ou incapacidades causadas pelos ambientes humano e físico contra as pessoas com deficiência)³⁹.

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência foi, nesse ínterim, capaz de alterar paradigmas na definição desse grupamento social, conforme se lê em seu Preâmbulo, alínea “e” e artigo 1º, *in verbis*:

Preâmbulo

Os Estados partes da presente Convenção, [...]

e) Reconhecendo que a *deficiência é um conceito em evolução* e que a deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

[...]

Artigo 1 - Propósito

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir *sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas*. (grifamos)

A Convenção referendou o que boa parte dos militantes nos direitos das pessoas com deficiência já apregoava: a deficiência deve ser interpretada não sob a ótica estritamente médica⁴⁰ ou assistencialista, mas como problema social, atitudinal.

Antes mesmo da criação daquele tratado internacional, Araújo versava sobre o tema:

O que define a pessoa portadora de deficiência não é a falta de um membro nem a visão ou audição reduzidas. O que caracteriza a pessoa portadora de deficiência é a dificuldade de se relacionar, de se integrar na sociedade. *O grau de dificuldade para a integração social é que definirá quem é ou não portador de deficiência*⁴¹. (destacamos)

Na mesma linha de pensamento, opina José Pastore:

Muitos problemas que afligem a vida dos portadores de deficiência têm origem na sociedade. Uma parte da redução da capacidade de andar, pensar, aprender, falar ou ver está ligada às limitações que possuem, é verdade. Mas uma boa parte decorre das barreiras que lhes são impostas pelo meio social. Isso é fácil de ser observado. *Basta atentar para o fato de que, em muitos casos, a pessoa deixa de ser deficiente no*

³⁹ SASSAKI, Romeu Kazumi. Como chamar as pessoas que têm deficiência? *Revista da Sociedade Brasileira de Ostomizados*, ano I, n. 1, 1º sem. 2003, p. 8-11.

⁴⁰ “Em 1999, a OMS fez uma revisão [...], sugerindo que portar uma deficiência decorre de um encadeamento de vários níveis de dificuldade e de providência do lado da sociedade. Numa interpretação mais ampla, pode-se entender esse novo esforço da OMS da seguinte maneira: ‘O corpo humano possui uma estrutura (esqueleto, órgãos, membros e componentes) e um conjunto de funções (fisiológicas, psicológicas e sociais). Com seu corpo, os seres humanos desenvolvem atividades. No desenvolvimento dessas atividades podem existir dificuldades devido a impedimentos associados a problemas de estrutura ou funções do corpo. Isso pode restringir a participação do seu portador em diversas situações de vida. A extensão desses impedimentos, entretanto, está ligada a providências que são ou não tomadas do lado social. Por isso, uma pessoa é deficiente quando tem restrições de estrutura ou funções corporais não compensadas por providências sociais”. In: MELO, *op. cit.*, p. 50-51, nota de rodapé 38.

⁴¹ ARAÚJO, *op. cit.*, p. 24.

*momento em que a sociedade proporciona condições adequadas. [...] A deficiência, assim, tem suas raízes ligadas muito mais ao meio social e ao tratamento que as pessoas dispõem aos portadores de deficiência do que às suas limitações*⁴². (grifo nosso)

Por ser conceito em evolução, relacionado às atitudes da sociedade perante as pessoas com deficiência, é possível que o rol de integrantes desse grupo minoritário seja ampliado. Os cegos monoculares, por exemplo, poderiam ser incluídos nesse conceito, caso estivessem sendo alijados das oportunidades de emprego. Neste aspecto, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acabou culminando na edição da súmula n. 377, com os seguintes dizeres: “O portador de visão monocular tem direito de concorrer, em concurso público, às vagas reservadas aos deficientes”.

Vale salientar que a marginalização e a discriminação acabam afastando muitas pessoas da real inclusão social, às vezes até pela própria aparência física, como ocorre com os obesos⁴³ e pessoas com lesão aparente⁴⁴ (aquelas com cicatrizes, queimaduras e manchas, por exemplo). Desta forma, alguns direitos das pessoas com deficiência poderiam ser exercidos, por equiparação, por tais pessoas.

É preciso, no entanto, atentar que dar maior elasticidade ao conceito de pessoa com deficiência pode acabar atentando contra alguns dos direitos dessa minoria, principalmente se analisarmos sob a ótica do cumprimento da política de reserva de vagas de trabalho. Ora, um empregador muito provavelmente preferirá contratar uma pessoa obesa ou com uma cicatriz a uma pessoa surda ou com deficiência mental, eis que terá menores dificuldades de adequar o meio ambiente de trabalho àquela do que à pessoa com deficiência, que, historicamente, tem seu direito ao trabalho mitigado.

Em nossa opinião, nada impede, todavia, que as pessoas com deficiência “por equiparação” busquem a aplicação da lei de cotas ao seu caso perante o Poder Judiciário, que,

⁴² PASTORE, José. *Oportunidade de trabalho para portadores de deficiência*. São Paulo: LTr, 2000, p. 13 e 15.

⁴³ Sobre os obesos, assim se manifesta Nahmias Melo: “A beleza e a perfeição física, como fica evidente através dos meios de comunicação, são cultuados nos dias atuais. Modernamente, tais atributos são usados, por muitos grupos sociais, como indicadores de sucesso. Neste contexto, a deformidade, as limitações e os defeitos são visto como empecilhos do êxito, dando ensejo a um sentimento de repulsa social. Como destacado por Mazzilli, as pessoas obesas, nos dias de hoje, não conseguem integrar-se socialmente: os empregos lhe são negados; os meios de transporte não admitem sua compleição física diferenciada”. In: MELO, *op. cit.*, p. 45.

⁴⁴ Araújo aborda a situação, tomando por exemplo uma pessoa com mancha, dizendo que esta “encontrará restrição de mercado de trabalho, pois qualquer relacionamento com o público será difícil. A atividade profissional ficará restrita a hipóteses de não relacionamento com o público, diminuindo as suas oportunidades profissionais”. In: ARAÚJO, *op. cit.*, p. 49.

analisando o caso concreto juntamente com os dispositivos constitucionais e legais aplicáveis, poderá aplicar a ação afirmativa⁴⁵.

Como se vê, a delimitação do conceito da pessoa com deficiência não tem importância meramente teórica. Para a decidibilidade dos conflitos, ela é premente, sobretudo no que concerne à aplicação da política de cotas às pessoas com deficiência. Sabemos que o sistema jurídico-normativo é aberto, estando constantemente influenciado pelos anseios da sociedade, do Estado e da própria comunidade jurídica, devendo ainda, no presente caso, verificar o que outras áreas do conhecimento têm a dizer sobre a deficiência, sobretudo as da Medicina, Psicologia e Sociologia. Sob essa ótica, lecionam Assis e Pozzoli:

Nas definições sobre o conceito *pessoa portadora de deficiência* é possível encontrar valores de natureza moral (valorização da pessoa humana), social (integração ou reintegração ao convívio social) e econômica (reabilitação para um desempenho produtivo). Esses valores não foram dados, mas, como visto, foram construídos, e seus alicerces estão na origem da civilização ocidental, mais especificamente na democracia ateniense e na república romana.

Esses valores foram forjados num longo processo histórico com avanços e recuos. Sua permanência deve ser assegurada por toda a sociedade, em especial pelas organizações que congregam pessoas portadoras de deficiência. Vale aqui a definição de Hannah Arendt: “poder é ação conjunta”. Quer dizer, o poder surge quando os homens se reúnem num espaço, sendo a convivência humana o único fator material para a sua geração. Todo aquele que se isola, portanto, renuncia ao poder⁴⁶.

É importante, destarte, que as próprias pessoas com deficiência saiam às ruas para lutar por seus direitos e mostrar que os preconceitos da sociedade em relação a eles têm fundamentos frágeis. Como afirma Nahmias Melo⁴⁷, elas devem querer, decidir, superar as suas limitações, o que, felizmente, tem ocorrido no Brasil e no mundo, especialmente depois da publicação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que tem sido bem sucedida e ampliado a visão da sociedade sobre a temática.

1.3. Deficiência e ciências da saúde: a Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF)

⁴⁵ Neste sentido, conferir MELO, *op. cit.*, p. 66-67 e, *a contrario sensu*, ARAÚJO, *op. cit.*, p. 44-49. A Suprema Corte Norte-Americana, como lembra José Pastore, já abordou a temática: “Só em 1999, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu três casos para limitar a amplitude da definição de deficiência usada no ADA [*American Disabilities Act*]. Aquele tribunal sentenciou que ‘nenhuma pessoa pode ser considerada deficiente quando medidas corretivas minimizam a sua limitação, como é o caso, por exemplo, da miopia que é compensada por óculos, ou da hipertensão que é corrigida por medicamentos. Tampouco as pessoas podem se considerar portadoras de deficiência pelo simples fato de o empregador estabelecer padrões para visão, altura ou pressão arterial’. Foi uma decisão inédita e que implantou muito mais rigor na caracterização das deficiências para o trabalho”. In: PASTORE, *op. cit.*, p. 114-115.

⁴⁶ ASSIS; POZZOLI, *op. cit.*, p. 257.

⁴⁷ MELO, *op. cit.*, p. 53.

Ainda no contexto da definição de deficiência, as ciências da saúde buscaram dar sua contribuição. Segundo Lorentz⁴⁸, essa intervenção da ciência remete à fase de integração das pessoas com deficiência, a qual foi precedida pelas fases de eliminação, típica das civilizações da Antiguidade, e de assistencialismo, mais presente durante as Idades Média e Moderna. Preleciona Heloísa Brunow Ventura Di Nubila que os estudos médicos sobre o tema aumentaram na Idade Contemporânea:

A partir do século XIX, a deficiência passa a ser compreendida como uma patologia na lógica científica da época, tornando-se passível de estudos, classificações e objeto de intervenções específicas, de acordo com os principais problemas de ordem médica. Neste momento, a deficiência adquire uma nova expressão de sua negatividade: a de pertencer ao universo de “anomalia da natureza”. Esse novo enquadramento na negatividade social, por sua vez, passa a requerer soluções por meio de intervenções normatizadoras, previstas pelas instituições científicas⁴⁹.

Ocorre que, com o aprimoramento dos estudos e o passar dos anos, constatou-se que a deficiência não deveria ter abordagem meramente terapêutica, pois, por um lado, muitas das deficiências tinham consequências praticamente irreversíveis, isto é, eram incuráveis, e, por outro lado, a inclusão de tais “doentes” poderia depender muito mais da participação na e da sociedade, do que do tratamento médico⁵⁰ que, mesmo assim, ainda prevalece:

Ocorreram transformações também sobre o conceito de doença do século XIX para o XX, havendo o deslocamento gradativo da idéia de um corpo doente individual para um conceito de corpo social, aproximando-se cada vez mais da idéia de que as doenças são produções histórico-sociais. Nessa linha, o conceito de deficiência também passou a ser contemplado com um olhar científico, que amplia seu objeto: de um corpo deficiente individual para um corpo deficiente social, com incapacidades e desvantagens, um corpo biológico, individual, incapacitado, excluído do social. No corpo individual está expressa toda a negatividade social da deficiência, justificando-se a intervenção que busca sua “correção”⁵¹.

Neste ínterim, a Organização Mundial da Saúde, organismo internacional vinculado a ONU desde sua criação e responsável, dentre outras atribuições, pela criação de classificações internacionais de doenças, as quais servem de parâmetro para políticas de saúde de todo o globo, implantou a Classificação Internacional das Deficiências, Incapacidades e

⁴⁸ LORENTZ, *op. cit.*, p. 104 e ss.

⁴⁹ NUBILA, Heloísa Brunow Ventura Di. *Aplicação das classificações CID-10 e CIF nas definições de deficiência e incapacidade*. 2007. 181f. Tese (Doutorado em Saúde Pública) – Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 12-13.

⁵⁰ Retrata tal problemática Cristina Abranches Mota Batista: “Com a evolução da medicina e o desenvolvimento de pesquisas na área médica, surgiram novos avanços que marcaram o tipo de atendimento dispensado à pessoa com deficiência. O atendimento passou a ter características de modelo médico, numa ótica organicista que buscava a cura e a normalização dessas pessoas. Mas talvez pelo fracasso nessa busca da cura, surgem comportamentos de dúvida, depressão, isolamento nos centros científicos, controle eugênico e esterilização para se evitar a deficiência”. In: *Inclusão: construção na diversidade*. Belo Horizonte: Armazém de Idéias, 2004, p. 57 *apud* LORENTZ, *op. cit.*, p. 137.

⁵¹ NUBILA, *op. cit.*, p. 13-14.

Desvantagens (CIDID), de 1980. Esta classificação, no entanto, ainda tinha características do modelo meramente médico, em que a deficiência seria uma “consequência” e não “componente” da saúde⁵².

Naquela época, as Nações Unidas promoviam atos em defesa dos direitos humanos das pessoas com deficiência, a exemplo da proclamação do ano de 1981 como o “Ano Internacional das Pessoas Deficientes” e do dia 3 de dezembro de cada ano como Dia Internacional das Pessoas com Deficiência, votado pela Assembleia Geral da ONU em 1992. Com isso, a abordagem social da deficiência ganhou força também na área médica, o que desencadeou a revisão da CIDID, que foi concluída em 2001, recebendo novo nome: Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF). Nubila comenta a importância desta nova classificação:

A CIF faz um deslocamento paradigmático do eixo da doença para o eixo da saúde, permitindo uma visão diferente da saúde, permitindo entender a condição ou estado de saúde dentro de contextos específicos. Como classificação de saúde, a CIF introduz um novo modo de compreender a situação de saúde de indivíduos ou populações, mais dinâmico e mais complexo, compatível com a complexidade que envolve compreender a experiência completa de saúde⁵³.

Essa mudança paradigmática é demonstrada pela revisão da abordagem da pessoa dentro das categorias “deficiência”, “incapacidade” e “desvantagem”, vistas no subitem anterior. Agora, a perspectiva é claramente de se analisar a inclusão social do paciente, considerando os fatores da tabela a seguir:

Tabela 1 - Visão Geral da CIF

	Parte 1: Funcionalidade e Incapacidade		Parte 2: Fatores Contextuais	
Componentes do Corpo	Funções e Estruturas	Atividades e Participação	Fatores Ambientais	Fatores Pessoais
Domínios	Funções do Corpo Estruturas do Corpo	Áreas Vitais (tarefas, ações)	Influências externas sobre a funcionalidade e a incapacidade	Influências internas sobre a funcionalidade e a incapacidade
Construtos	Mudança nas funções do corpo (fisiológicas)	Capacidade de execução de tarefas num ambiente padrão	Impacto facilitador ou limitador das características do mundo físico,	Impacto dos atributos de uma pessoa

⁵² “Os ‘componentes da saúde’ identificam o que constitui a saúde, enquanto que as ‘consequências’ se referem ao impacto das doenças na condição de saúde da pessoa”. In: ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde*. Lisboa: Ministério da Saúde. Direção-Geral da Saúde, 2003, p. 6.

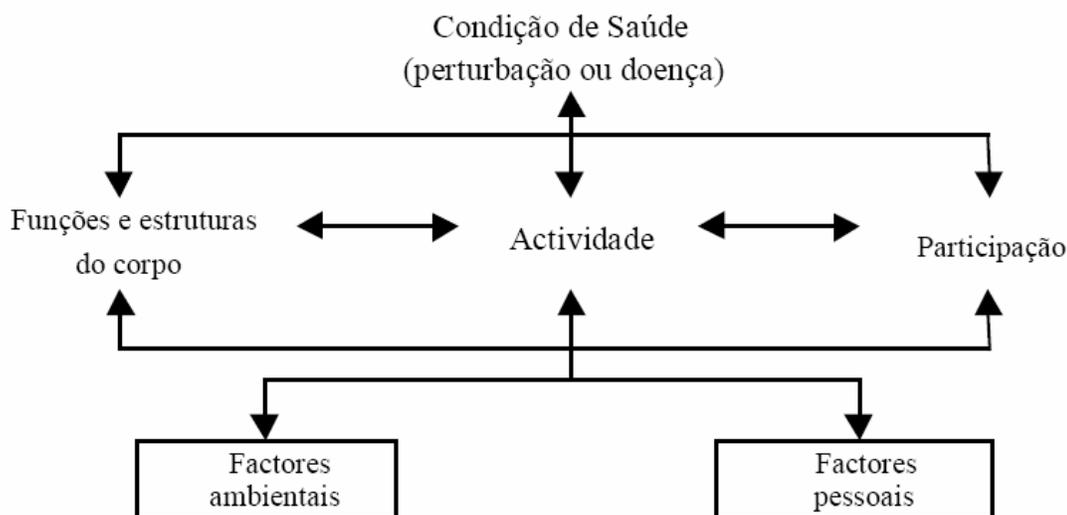
⁵³ NUBILA, *op. cit.*, p. 38.

	Mudança nas estruturas do corpo (anatômicas)	Desempenho/Execução de tarefas no ambiente habitual	social e atitudinal	
Aspectos positivos	Integridade funcional e estrutural	Atividades Participação	Facilitadores	Não aplicável
	Funcionalidade			
Aspectos Negativos	Deficiência	Limitação da atividade	Barreiras	Não aplicável
	Incapacidade			

Fonte: ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde*. Lisboa: Ministério da Saúde. Direção-Geral da Saúde, 2003, p. 12.

A interação dos elementos acima é resumida pela seguinte figura:

Figura 1 - Interação entre os elementos da CIF



Fonte: ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2003, *op. cit.*, p. 12.

Analiseemos, sumariamente⁵⁴, em que os elementos dispostos acima ajudam na compreensão do tema. Com a CIF, o que determina a deficiência, a incapacidade não é somente a condição de saúde (perturbação ou doença), mas sim a interação desta com os tipos de atividade e participação desenvolvidos por determinada pessoa, considerando os fatores ambientais e pessoais do sujeito. Exemplifiquemos: uma pessoa de audição normal é capaz de

⁵⁴ Para mais informações e estudo dos conceitos de tais elementos, conferir as obras de Nubila (*op. cit.*, p. 41 e ss.) e da Organização Mundial da Saúde (*op. cit.*, p. 9 e ss.).

utilizar esse sentido de maneira regular, desenvolvendo suas atividades (execução de tarefas) e participando nas situações da vida, como o trabalho, considerando ainda se o ambiente (físico, social e atitudinal) e os atributos pessoais dessa pessoa (histórico e estilo de vida, sexo, raça, grau de instrução etc.) lhe são propícios.

Por outro lado, uma pessoa com deficiência auditiva não é capaz de utilizar a audição em sentido normal, o que geralmente decorre de mudança na função do aparelho auditivo. Desta forma, sua atividade e sua participação estarão comprometidas, especialmente no que concerne à comunicação, se o meio ambiente não lhe for propício, mesmo que os fatores pessoais lhe sejam favoráveis (e.g., mesmo que possua uma pós-graduação naquela área de trabalho, um surdo certamente será preterido em relação a outros candidatos de semelhante qualificação que não possuam sua deficiência).

Pela análise dessas situações, facilmente se vê que a questão da inclusão social das pessoas com deficiência deve ser feita em diversos âmbitos, de maneira concomitante e diuturna, pois a inclusão depende da própria pessoa com deficiência, de seus familiares e amigos, do profissional da saúde que lhe atenderá, de seu professor, do futuro empregador e do agente público (chefe do Executivo, funcionário público, magistrado, legislador, membro do Ministério Público etc.) que estabelecerá, dará ou cobrará execução de políticas públicas para integrar a pessoa com deficiência. Isso envolve também o restante da sociedade civil, como o motorista de ônibus que respeita as dificuldades de locomoção dos passageiros com deficiência física e o cliente de loja que é paciente e compreensivo quando atendido por pessoa com deficiência mental.

1.4. O conceito legal de deficiência e surdez na nova ordem constitucional

A Constituição de 1988, decorrente da luta pelo restabelecimento do regime democrático no Brasil, tutelou de maneira mais pungente o direito das pessoas com deficiência, ao prever a competência comum à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios de cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas com deficiência (art. 23, II, CRFB/88), bem como a competência concorrente de tais entes federativos em legislar sobre proteção e integração dessa minoria (art. 24, XIV, CRFB/88).

No ano seguinte à promulgação de nossa Carta Magna, foi sancionada a lei n. 7.853, que dispõe sobre o apoio e a integração social das pessoas com deficiência, criando a

Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência (Corde). Essa lei não estabeleceu, entretanto, um conceito legal de deficiência⁵⁵, o qual só foi regulamentado pelo decreto n. 3.298/1999, nos seguintes termos:

Art. 3º. Para os efeitos deste Decreto, considera-se:

I - *deficiência* – toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano⁵⁶;

II - *deficiência permanente* – aquela que ocorreu ou se estabilizou durante um período de tempo suficiente para não permitir recuperação ou ter probabilidade de que se altere, apesar de novos tratamentos; e

III - *incapacidade* – uma redução efetiva e acentuada da capacidade de integração social, com necessidade de equipamentos, adaptações, meios ou recursos especiais para que a pessoa portadora de deficiência possa receber ou transmitir informações necessárias ao seu bem-estar pessoal e ao desempenho de função ou atividade a ser exercida. (grifo nosso)

O artigo 4º do mesmo decreto previa que seriam pessoas com deficiência aquelas que tivessem deficiência física, auditiva, visual, mental ou múltipla. Em relação à surdez, havia as seguintes subdivisões:

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

[...]

II - *deficiência auditiva* – perda parcial ou total das possibilidades auditivas sonoras, variando de graus e níveis na forma seguinte:

- a) de 25 a 40 decibéis (dB) – surdez leve;
- b) de 41 a 55 dB – surdez moderada;
- c) de 56 a 70 dB – surdez acentuada;
- d) de 71 a 90 dB – surdez severa;
- e) acima de 91 dB – surdez profunda; e
- f) anacusia;

Essa classificação da surdez foi extremamente criticada, por só considerar o fator “intensidade”, medido em decibéis (dB) e não o fator frequência, mensurado em Hertz (Hz), não havendo clareza técnica nesse conceito. Com isso, muitas empresas passaram a contratar pessoas com “deficiência auditiva” que, na verdade, não se enquadravam no verdadeiro

⁵⁵ Sobre esse problema, manifesta-se Costa: “Havia algumas dificuldades de ordem prática, devido à falta de detalhamento jurídico na definição de cada tipo de deficiência. Assim, a questão deveria ser resolvida simplesmente remetendo cada caso aos juízes para que eles, por meio do art. 126 do CPC e arts. 4º e 5º do Dec.-Lei n. 4.657/42, promovessem a integração concreta da norma”. In: COSTA, *op. cit.*, p. 27.

⁵⁶ Tal conceito bastante se assemelha ao de “pessoa portadora de deficiência”, previsto no art. 3º do decreto n. 914, de 6 de setembro de 1993, que seria “aquela que apresenta, em caráter permanente, perdas ou anormalidades de sua estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica, que gerem incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano”. Note-se a clara influência dos conceitos de deficiência e incapacidade previstos na CIDID da OMS, referidos no item 1.2, sobre decreto regulamentador da lei n. 7853/89.

conceito de surdez⁵⁷. Lorentz entendia que as pessoas com surdez leve (de 25 a 40 dB), por exemplo, poderiam corresponder a boa parte da população brasileira, desvirtuando o próprio conceito de deficiência:

[...] não houve coerência sistêmica do indigitado decreto porque se este foi muito rigoroso ao definir outros tipos de deficiência, [...] não primou pelo rigor com relação à deficiência auditiva, porque classificou como surda a pessoa com *perda parcial (apenas de um ouvido)* de audição de apenas 25 a 40 decibéis, possibilitando que grande parte da população, ou que praticamente todas as pessoas com mais de 43 (quarenta e três) anos passassem a ser assim consideradas como deficientes auditivos, o que, obviamente, não era a teleologia do sistema jurídico como um todo, nem do Decreto n. 3.298/99.

[...]

As empresas, por isso, amiúde alegavam que as pessoas com o mínimo de distúrbio de audição, que em nada afetaria o desempenho de suas atividades laborais, dentro deste padrão considerado normal para o ser humano, podiam ser consideradas como deficientes. Em segundo lugar, o decreto considerou para fins de deficiência auditiva apenas a questão de decibéis, mas não a questão da frequência dos sons, sendo que a perda de audição deve ser aferida, segundo os especialistas médicos, *pela conjunção (inclusive gráfica) de perda auditiva em decibéis, aferida em determinadas frequências de sons*. Isto porque o som se propaga por vibrações em forma de ondas. Dependendo do número de ondas que ocorram por segundo, será maior ou menor o que se chama de “frequência” do som⁵⁸. (grifos da autora)

Vale salientar ainda a crítica da autora em relação aos termos surdez severa e surdez profunda:

É que além de ter estimulado a contratação pelas empresas de um número maior de PPD's auditivas leves (de 25 a 40 decibéis, com perda parcial – num só ouvido) visando “cumprir” a quota (art. 93, da Lei n. 8.213, de 1991) também, às vezes, tem estimulado a contratação de pessoas com perda auditiva severa (de 71 a 90 dB – surdez severa e acima de 91 dB – surdez profunda) visando colocar estas pessoas para trabalhar em ambientes ruidosos, sob o seguinte raciocínio empresarial: *se a pessoa já perdeu toda ou quase toda a audição é preferível que esta trabalhe em um ambiente com ruídos e não outra pessoa que tenha a audição perfeita*.

Segundo estudos médicos este raciocínio é falho (e perverso) por dois motivos: primeiro, se a pessoa ainda possuía um mínimo de audição ficará completamente surda (anacusia) e, conseqüentemente, terá problemas para controlar a fala (sendo um sério candidato à deficiência surdo-mudez) e, mesmo no caso da pessoa que já era completamente surda, por óbvio, *o excesso de ruído não afetaria sua audição, mas a trepidação, os impulsos e as ondas ambientais afetariam o sistema límbico etc., o que em última análise traz conseqüências para a saúde já debilitada desta PPD*⁵⁹. (grifos inexistentes no texto original)

O Poder Executivo Federal corrigiu os erros acima relatados, dando nova redação ao inciso II do art. 4º do decreto n. 3.298/99 por meio do decreto n. 5.296/2004, nesta forma:

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

[...]

⁵⁷ A este respeito, conferir: COSTA, *op. cit.*, p. 28.

⁵⁸ LORENTZ, *op. cit.*, p. 202-203.

⁵⁹ LORENTZ, *op. cit.*, p. 208.

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

Cumpra destacar que o decreto n. 5.296/04 alterou a norma regulamentadora anterior não somente no que se refere à surdez, mas também considerou pessoas com deficiência os ostomizados e os nanicos⁶⁰. Reiteramos nosso entendimento, entretanto, que o rol apresentado no decreto n. 3.298/99 não é taxativo, devendo o intérprete considerar o caso concreto para que se avalie se determinada pessoa não enquadrada nesse rol possui uma incapacidade ou enfrenta certas barreiras a ponto de ser considerada pessoa com deficiência, para fins de cumprimento da política de quotas em empresas e nos concursos públicos, por exemplo.

⁶⁰ Segundo o Ministério do Trabalho e Emprego, ostomia é a “intervenção cirúrgica que cria um ostoma (abertura, ostio) na parede abdominal para adaptação de bolsa de fezes e/ou urina; processo cirúrgico que visa à construção de um caminho alternativo e novo na eliminação de fezes e urina para o exterior do corpo humano (colostomia: ostoma intestinal; urostomia: desvio urinário)”. In: MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. *A inclusão de pessoas com deficiência no mercado de trabalho*. 2. ed. Brasília: MTE, SIT, 2007, p. 23. Já nanismo, segundo o Aurélio, é “forma de hipodesenvolvimento corporal acentuado, atribuível a causas diversas (endócrinas, circulatória), e que pode ou não apresentar desproporcionalidade entre as várias porções constituintes do corpo”. In: FERREIRA, *op. cit.*, vocábulo “nanismo”.

2 IGUALDADE DE OPORTUNIDADES E AÇÃO AFIRMATIVA

A tutela das pessoas com deficiência, cujos direitos foram e ainda são sistematicamente descumpridos, baseia-se no princípio da igualdade, que se aplica a toda a humanidade, mas também às minorias, para que a desigualdade imperante seja afastada e todas as pessoas possam ser tratadas igual e indistintamente.

A seguir, ver-se-á como o princípio citado se aplica às pessoas que são objeto de nossa pesquisa, sobretudo sob a perspectiva de igualdade de oportunidades e inclusão por meio de ações afirmativas, especialmente quanto à reserva de vagas prevista em lei.

2.1. Princípio da igualdade: concepções à luz da evolução do Estado de Direito

Etimologicamente, a igualdade, do latim *aequalitate*, significa “qualidade ou estado de igual; paridade; uniformidade; identidade; equidade; justiça”⁶¹. A discussão sobre a essência do princípio da igualdade perpassa toda a história da humanidade, tendo suas concepções filosóficas sistematizadas a partir do modelo aristotélico de igualdade, resumido na máxima do “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na proporção de suas desigualdades”.

A igualdade, para Aristóteles, estava estritamente relacionada com o conceito de justiça, ora distributiva, ora corretiva. A primeira implica uma igualdade geométrica, baseada no mérito de cada indivíduo, na proporção do que agrega à sociedade, “na distribuição social de tarefas e riquezas”⁶². A justiça corretiva leva à igualdade aritmética, estando ligada às relações comerciais entre pessoas, às transações em que a bilateralidade demonstra a igualdade em direitos e deveres das partes⁶³.

⁶¹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Eletrônico Aurélio*. 5. ed. Versão 7.0. São Paulo: Positivo Informática, 2010. CD-ROM, vocábulo “igualdade”.

⁶² FONSECA, Ricardo Tadeu Marques de. *O trabalho da pessoa com deficiência e a lapidação dos direitos humanos: o direito do trabalho, uma ação afirmativa*. São Paulo: LTr, 2006, p. 147.

⁶³ Conforme apontamentos de Lutiana Nacur Lorentz à obra “A ética a Nicômano”, de Aristóteles. In: LORENTZ, Lutiana Nacur. *A norma da igualdade e o trabalho das pessoas portadoras de deficiência*. São Paulo: LTr, 2006, p. 110-111.

Neste aspecto, Lutiana Nacur Lorentz faz as devidas distinções entre os tipos de igualdade na Antiguidade Grega, quais sejam isonomia, isegoria e isocrítica. *Isonomia*, do grego *isos*, seria o que conhecemos atualmente por igualdade perante a lei (igualdade formal), relacionando-se com a “impossibilidade de a lei estabelecer disciplinas diversas para situações equivalentes”⁶⁴. A *isegoria* correspondia ao direito de falar nas assembleias da Cidade, o que modernamente interpretaríamos como o direito de votar e ser votado, bem como o devido processo administrativo e judicial. Por fim, a *isocrítica* é a igualdade entre interlocutores, em que um pode criticar as assertivas do oponente. Seu correspondente contemporâneo seria o princípio da ampla defesa⁶⁵.

Impende destacar, entretanto, que todas essas concepções de igualdade/justiça aplicavam-se apenas aos cidadãos gregos (eupátridas, em Atenas; esparciatas, em Esparta), excluindo-se estrangeiros, mulheres, crianças, escravos e, obviamente, pessoas com deficiência⁶⁶. Quanto a estas últimas, como visto no primeiro capítulo, a política de eliminação delas, por representarem algum tipo de “castigo divino”, era plenamente aceita e recomendada.

A igualdade formal (aritmética), portanto, surgiu na Grécia Antiga e perdurou até a Idade Contemporânea, mais especificamente no século passado, quando a concepção de Estado Social se delineou com o imperativo de materializar a igualdade.

Ora, a partir das Revoluções Burguesas Americana e Francesa, no final do século XVIII, o princípio da igualdade passou a fazer parte das Constituições dos Estados, mas sob um ideário liberal, em que se pregava pura e simplesmente que todos deveriam ser tratados igualmente perante a lei, sem quaisquer distinções, e poderiam exercer suas liberdades sem interferência do Estado sobre elas. Foi o período em que surgiram os direitos fundamentais de primeira geração ou dimensão, no escólio de Paulo Bonavides⁶⁷.

⁶⁴ LORENTZ, *op. cit.*, p. 35.

⁶⁵ *Idem*, p. 35 e 37.

⁶⁶ Demonstrando esse modelo oligárquico na Grécia, Aristóteles entendia que “todos os homens têm direito a alguma espécie de justiça, mas nem todos têm direito à justiça absoluta”. In: ARISTÓTELES. *A Política*. São Paulo: Nova Cultural, 2000, p. 236. Neste aspecto, a crítica de Ricardo Tadeu Marques da Fonseca: “a igualdade aristotélica, talvez partindo mesmo da observância do cosmos, reafirmava a iniquidade e a distância social que imperava entre as classes na Grécia. A justificativa encontrada incidiria sobre o merecimento de cada um, sua afinidade maior ou menor com as leis harmônicas do cosmos. Nesse sentido, como enquadrar, então, as pessoas com deficiência de quem o corpo ou os sentidos são diferentes do padrão tido por normal? Seriam as deficiências transgressões à lei natural ou dela decorrentes?”. In: FONSECA, *op. cit.*, p. 131.

⁶⁷ “Os direitos da primeira geração são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente”. In: BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 563.

Essa “igualdade”, todavia, gerou inúmeras desigualdades, pois manifestava os anseios de uma minoria burguesa que se arvorava como representante dos interesses da maioria, quando, na verdade, defendia sua própria classe:

A afirmação da igualdade formal, política e civil, a da fruição e a da sujeição de todos à primazia da lei, sedimenta um dos alicerces imprescindíveis da unidade dos direitos fundamentais, mas a insuficiência dessa afirmação desvelou-se poucas décadas depois da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Impôs-se a meritocracia burguesa e, com ela, todos os seus valores estéticos, morais e éticos. A iniquidade em face da maioria perdurou, apesar de se afirmar que a lei geral e abstrata revelava a vontade dessa maioria ou, pelo menos, deveria fazê-lo⁶⁸.

O declínio da ideia liberal e formal de igualdade deu-se no contexto do segundo pós-guerra mundial, quando os países democráticos começam a se reestruturar. Constatou-se que o princípio da igualdade, previsto em boa parte das Constituições, ainda era visto sob uma faceta formal, perante a lei. Grupos minoritários⁶⁹ não conseguiam exercer os mesmos direitos dados à maioria no poder. Alerta Cármen Lúcia Antunes Rocha sobre essa problemática:

Em nenhum Estado Democrático até a década de 60 e em quase nenhum até esta última década do século XX se cuidou de promover a igualação e vencerem-se os preconceitos por comportamentos estatais e particulares obrigatórios pelos quais se superassem todas as formas de desigualação injusta. Os negros, os pobres, os marginalizados pela raça, pelo sexo, por opção religiosa, por condições econômicas inferiores, por deficiências físicas ou psíquicas, por idade etc. continuam em estado de desalento jurídico em grande parte no mundo. Inobstante a garantia constitucional da dignidade humana igual para todos, não são poucos os homens e mulheres que continuam sem ter acesso às iguais oportunidades de trabalho, de participação política, de cidadania criativa e comprometida, deixados que são à margem da convivência social, da experiência democrática na sociedade política⁷⁰.

Em resumo, o que se demandava era que o Estado saísse de sua posição inercial e começasse a dar efetividade à igualdade. Era o nascedouro da segunda geração de direitos fundamentais, a dos direitos sociais, que surgiu como crítica ao modelo liberal de exercício de direitos e distribuição de riquezas. Essa geração foi encabeçada pelo princípio da igualdade,

⁶⁸ FONSECA, *op. cit.*, p. 133.

⁶⁹ “Não se toma a expressão *minoría* no sentido quantitativo, senão que no de qualificação jurídica dos grupos contemplados ou aceitos com um cabedal menor de direitos, efetivamente assegurados, que outros, que detêm o poder. Na verdade, *minoría*, no Direito democraticamente concebido e praticado, teria que representar o número menor de pessoas, vez que a maioria é a base de cidadãos que compreenda o maior número tomado da totalidade dos membros da sociedade política. Todavia, a maioria é determinada por aquele que detém o poder político, econômico e inclusive social em determinada base de pesquisa. Ora, ao contrário do que se apura, por exemplo, no regime da representação democrática nas instituições governamentais, em que o número é que determina a maioria (cada cidadão faz-se representar por um voto, que é o seu, e da soma dos votos é que se *contam* os representados e os representantes para se conhecer a maioria), em termos de direitos efetivamente havidos e respeitados numa sociedade, *minoría* na prática dos direitos, nem sempre significa o menor número de pessoas. Antes, nesse caso, uma *minoría* pode bem compreender um contingente que supera em número (mas não na prática, no respeito etc.) o que é tido por maioria. Assim o caso de negros e mulheres no Brasil, que são tidos como *minorías*, mas que representam maior número de pessoas da globalidade dos que compõem a sociedade brasileira” (grifos do original). In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 33, n. 131, jul./set. 1996, p. 285.

⁷⁰ *Idem*, p. 284.

eis que, na concepção de Bonavides, os direitos sociais nasceram abraçados àquele princípio, “do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula”⁷¹. Instaurava-se o regime do Estado Social, do *Welfare State*, ganhando o princípio da igualdade feições de uma igualdade de oportunidades, como preleciona José Joaquim Gomes Canotilho:

[...] o princípio da igualdade pode e deve considerar-se um *princípio de justiça social*. Assume relevo enquanto princípio de igualdade de oportunidades (*Equality of opportunity*) e de condições reais de vida. [...]

Esta igualdade conexas-se, por um lado, com uma política de “justiça social” e com a concretização de imposições constitucionais tendentes à efectivação dos direitos económicos, sociais e culturais. Por outro, é inerente à própria idéia de *igual dignidade social* (e de igual dignidade da pessoa humana) consagrada no artigo 13º/2 [da Constituição Portuguesa] que, deste modo, funciona não apenas como fundamento antropológico-axiológico contra *discriminações*, objectivas ou subjectivas, mas também como princípio jurídico-constitucional impositivo de compensação de desigualdade de oportunidades e como princípio sancionador da violação da igualdade por comportamento omissivos (inconstitucionalidade por omissão)⁷². (grifos do original)

Nesta senda, desenvolve-se o conceito de igualdade substancial ou material (igualdade na lei), explicado por Joaquim Benedito Barbosa Gomes:

Como se vê, em lugar da concepção “estática” da igualdade extraída das revoluções francesa e americana, cuida-se nos dias atuais de se consolidar a noção de igualdade material ou substancial que, longe de se apegar ao formalismo e à abstracção da concepção igualitária do pensamento liberal oitocentista, recomenda, inversamente, uma noção “dinâmica”, “militante” de igualdade, na qual necessariamente são devidamente pesadas e avaliadas as desigualdades concretas existentes na sociedade, de sorte que as situações desiguais sejam tratadas de maneira dessemelhante, evitando-se assim o aprofundamento e a perpetuação de desigualdades engendradas pela própria sociedade. Produto do Estado Social de Direito, a igualdade substancial ou material propugna redobrada atenção por parte do legislador e dos aplicadores do Direito à variedade das situações individuais e de grupo, de modo a impedir que o dogma liberal da igualdade formal impeça ou dificulte a protecção e a defesa dos interesses das pessoas socialmente fragilizadas e desfavorecidas⁷³.

A igualdade na lei, conforme exposto acima, voltava-se mais ao intérprete e ao legislador infraconstitucional, já que a esses caberia estabelecer regras para tratar desigualmente os desiguais, considerando a situação das minorias que não conseguiam exercer seus direitos da mesma maneira que a maioria⁷⁴. A igualdade material, porém, tornou-

⁷¹ In: BONAVIDES, *op. cit.*, p. 564.

⁷² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almeida, 2003, p. 430-431.

⁷³ GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. A recepção do instituto da ação afirmativa pelo Direito Constitucional brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 38, n. 151, jul./set. 2001, p. 131.

⁷⁴ Nesse sentido, expõe Luiz Alberto David de Araújo: “A igualdade material vai vincular o intérprete e o legislador infra-constitucional na preservação dos valores contidos nas normas específicas de protecção constitucional. Assim, o legislador infra-constitucional da igualdade material, tratando sempre diferentemente, de forma privilegiada, dentro dos limites constitucionais, o grupo ou o valor protegido. O intérprete, por seu lado, não pode perder de vista a protecção de tais bens, sempre cuidando de aplicar o direito em conformidade com a protecção constitucional adotada”. In: ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A protecção constitucional das*

se “insuficiente, porque o mero dever genérico de obtenção de condições gerais mínimas de dignidade mostrou-se insuficiente à atenção que se deve atribuir às necessidades específicas de determinados indivíduos ou grupos”⁷⁵.

Com Bonavides, entendemos que o fracasso inicial dessas disposições relaciona-se com a própria recepção dos direitos sociais, cuja aplicabilidade, *a priori*, entendia-se como mediata:

[Os direitos sociais] passaram primeiro por um ciclo de baixa normatividade ou tiveram eficácia duvidosa, em virtude de sua própria natureza de direitos que exigem do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis por exigüidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos.

De juridicidade questionada nesta fase, foram eles remetidos à chamada *esfera programática*, em virtude de não conterem para sua concretização aquelas garantias habitualmente ministradas pelos instrumentos processuais de proteção aos direitos de liberdade. Atravessaram, a seguir, uma crise de observância e execução, cujo fim parece estar perto, desde que recentes Constituições, inclusive a do Brasil, formularam o preceito da *aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais*⁷⁶. (grifos inexistentes no original)

É neste ínterim que se propõe a igualdade real ou igualdade através da lei, estritamente ligada ao conceito de ação afirmativa e típica de um Estado Democrático de Direito. Foi protagonizada pelas cortes constitucionais dos Estados Unidos da América e da Europa no segundo pós-guerra, em que os magistrados entenderam necessária a criação de meios que instrumentalizassem, concretizassem os direitos e garantias dos grupamentos minoritários previstos nas cartas magnas⁷⁷. Nesse aspecto, Ricardo Tadeu Marques da Fonseca, baseando-se na preleção de Arion Sayão Romita, discorre sobre a igualdade real:

A igualdade real, preconizada por Romita⁷⁸, calca um passo adiante rumo à especificidade da dignidade humana, especificidade que se corporifica na atenção às minorias, uma vez que a lei da maioria, formalmente justa, transmutou-se em substancialmente injusta, por excluir do conceito de maioria a infindável diversidade humana. [...] As normas de ação afirmativa em favor das minorias prosseguem sua trajetória rumo à justiça atributiva, compensatória, mas exibindo-se como normas

peças portadoras de deficiência. Brasília: Coordenadoria Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 1994, p. 90.

⁷⁵ FONSECA, *op. cit.*, p. 148.

⁷⁶ BONAVIDES, *op. cit.*, p. 564. Sobre a aplicabilidade das normas constitucionais referentes à reserva de vagas no mercado de trabalho, conferir o capítulo 4.

⁷⁷ “Os grupos minoritários, mesmo os grupos politicamente organizados mas não-participantes dos esquemas dos governos em exercício, passaram a vislumbrar o processo judicial constitucional como um processo político de conquistas ou de reconhecimento de direitos conquistados, mas ainda não-formalizados, expressamente, nos documentos normativos. [...] No fluxo dessa mudança comportamental dos juízes constitucionais de todo o mundo democrático do pós-guerra é que se entronizou, no sentimento jurídico dos povos, a consciência de uma necessária transformação na forma de se conceberem e aplicarem os direitos, especialmente aqueles listados entre os fundamentais. *Não bastavam as letras formalizadoras das garantias prometidas; era imprescindível instrumentalizarem-se as promessas garantidas por uma atuação exigível do Estado e da sociedade*” (grifo nosso). In: ROCHA, *op. cit.*, p. 287.

⁷⁸ ROMITA, Arion Sayão. O acesso ao trabalho das pessoas deficientes perante o princípio da igualdade. *Revista Gênese*. Curitiba, n. 15 (86), fev. 2000, p. 185, *apud* FONSECA, *op. cit.*, p. 148.

talhadas sob medida, imbuem-se de caráter menos genérico, eis que dirigidas a grupos específicos para atender-lhes as peculiaridades, a fim de permitir-lhes acesso aos direitos civis e políticos e aos direitos sociais fundamentais⁷⁹.

Vencida a questão da aplicabilidade do princípio da igualdade, que se afirmou como imediata, posto ser norma de eficácia limitada transmutada em plena, em decorrência de sua regulamentação mediante políticas positivas (ações afirmativas)⁸⁰, impende estabelecer critérios de aferição de em que contextos a regra desigualadora será justa. Aqui o embate entre igualdade aritmética e geométrica ganha contornos modernos, em que aquela pugna pela igualdade genérica (isonomia), na qual todos têm o mesmo valor e esta só deve ser conferida na análise do caso concreto (igualdade real), a fim de contrabalançar a exclusão contumaz de minorias, como as pessoas com deficiência.

Autores há que sugerem uma abordagem lógica de aplicação do princípio da igualdade. Antonio Enrique Pérez Luño crê haver três caracteres básicos definidores:

a) Se trata de una noción que exige partir, constitutivamente, de una *pluralidad*, de personas, objetos o situaciones; alude siempre a dos o más entes entre los que se manifiesta la condición de ser iguales. Predicar, unilateralmente la igualdad de algo para consigo mismo, equivale a confundir la igualdad con la identidad⁸¹.

b) El concepto de igualdad implica una dimensión *relacional*. La pluralidad de su alcance se explícita en relaciones bilaterales o multilaterales. No existe igualdad donde no se establece un determinado nexo entre varios entes. En un supuesto de entes aislados e incomunicados no cabe establecer juicios de igualdad.

c) La relación de igualdad se explícita en la *comparación* entre los entes de los que se predica. Se precisa contar, por ello, con um elemento que haga posible la comparación: un *tertium comparationis*. Esto equivale a decir que dos o más entes son iguales, es decir, pertenecen a una misma clase lógica, cuando en ellos concurre una cualidad común, el *tertium comparationis* que opera como elemento definitorio de la clase y son desiguales cuando tal circunstancia no se produce. La determinación de este término de comparación es básica para calificar a dos o más entes como iguales. La exigencia de un juicio comparativo se explícita en la necesidad de establecer qué entes y qué aspectos de los mismos van a considerarse relevantes a efectos de la igualdad⁸². (grifos do texto original)

Em estudo de importância ímpar, Celso Antônio Bandeira de Mello entende que há ofensa ao princípio isonômico quando:

I - A norma singulariza atual e definitivamente um destinatário determinado, ao invés de abranger uma categoria de pessoas, ou uma pessoa futura e indeterminada.

II – A norma adota como critério discriminador, para fins de diferenciação de regimes, elemento não residente nos fatos, situações ou pessoas por tal modo

⁷⁹ FONSECA, *op. cit.*, p. 148-149.

⁸⁰ Sobre eficácia das normas constitucionais, conferir capítulo 4.

⁸¹ Marcelo Campos Galuppo diferencia igualdade de identidade: “igual não quer dizer idêntico. O princípio da identidade é aquele princípio pelo qual cada ente é idêntico a si mesmo: A é idêntico a A. A igualdade porém é uma relação que só pode colocar-se entre duas entidades distintas: A só pode ser igual a B somente quando A e B são distintos, se não o são não seriam duas entidades, mas uma só [...]”. In: GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 215 *apud* LORENTZ, *op. cit.*, p. 153.

⁸² PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Dimensiones de la igualdad*. 2. Ed. Madrid: Dykinson, 2007, (Cuadernos “Bartolomé de las Casas”), p. 18.

desequiparadas. É o que ocorre quando pretende tomar o fator “tempo” – que não descansa no objeto – como critério diferencial.

III – A norma atribui tratamentos jurídicos diferentes em atenção a fator de *discrímén* adotado que, entretanto, não guarda relação de pertinência lógica com a disparidade de regimes outorgados.

IV – A norma supõe relação de pertinência lógica existente em abstrato, mas o *discrímén* estabelecido conduz a efeitos contrapostos ou de qualquer modo dissonantes dos interesses prestigiados constitucionalmente.

V – A interpretação da norma extrai dela distinções, *discrímén*s, *desequiparações* que não foram professadamente assumidos por ela de modo claro, ainda que por via implícita⁸³.

Sintetizaremos as propostas de Pérez Luño e Bandeira de Mello, por meio de um exemplo: a isenção de imposto sobre produtos industrializados (IPI) para veículos automotores de propriedade de pessoas com deficiência (artigo 1º, IV e §§ 1º a 5º da lei n. 8.989/1995)⁸⁴.

Podemos dizer que deve haver, no mínimo, dois sujeitos a comparar; uma medida afirmativa relevante; e uma característica que sirva de elemento diferenciador. Se existe esse último fator, faz-se uma desigualação em favor daquela pessoa em geral mais prejudicada. Se não, mantém-se o status igual das partes. Apesar de aplicada ao caso concreto, a medida afirmativa deve ter um nível de abstração, para que seja reproduzida em casos semelhantes posteriores.

Sabemos que a liberdade de locomoção das pessoas com deficiência é bastante limitada, eis que a cidade, as ruas e os meios públicos de transporte geralmente não lhes são acessíveis. É *relevante*, portanto, que se facilite o acesso dessa minoria a veículos automotores. Dadas duas pessoas, Armando e Bernardo, sendo Armando pessoa com deficiência física, ambos comprando um carro da marca “X”, modelo “Y” e ano de fabricação “Z”, a lei n. 8.989/95 assegura a Armando o desconto do IPI, adquirindo este o mesmo veículo que Bernardo por um preço bem menor, regra que é admissível constitucional e infraconstitucionalmente, já que o direito de ir e vir de pessoas com deficiência é reiteradamente mitigado, não podendo Bernardo alegar ofensa à isonomia pelo tratamento especial dado a Armando⁸⁵. Além disso, tal regra é aplicável indistintamente a tantas quantas

⁸³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 47-48.

⁸⁴ Além de isenção de IPI, os veículos de pessoas com deficiência também tem sido isentos de outros tributos, como o ICMS, conforme apregoa o Convênio n. 03/2007, do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ.

⁸⁵ Aqui, vale a diferenciação entre identidade e igualdade, defendida por Jürgen Habermas: “Exatamente porque os termos identidade e igualdade não são sinônimos, a discriminação não é necessariamente atentória da igualdade. Discriminar significa diferenciar, e diferença é termo que se liga, como antônimo, à identidade (e não à igualdade). A discriminação é compatível com a igualdade se não for, ela também, fator de desigualdade

forem as pessoas com deficiência que estiverem nas condições descritas na lei citada e cumprirem os demais requisitos nela dispostos⁸⁶.

A medida supracitada é um exemplo de ação afirmativa (*affirmative action*) ou discriminação positiva, na terminologia francesa, que começou a ser desenvolvida nos

injustificável racionalmente. E mais que isto, a discriminação é fator que pode contribuir para a produção da igualdade. [...] a discriminação pode ser legitimamente entendida com um critério de produção de igualdade toda vez que ela implicar maior inclusão dos cidadãos nos procedimentos públicos de justificação e aplicação das normas jurídicas e de gozo dos bens e políticas públicas”. *Apud* LORENTZ, *op. cit.*, p. 153.

⁸⁶ Nesse aspecto, primorosa a ementa do acórdão do Recurso Especial relatado pelo Ministro Luiz Fux, ainda quando membro do Superior Tribunal de Justiça, em relação à compra de veículo para que terceiro sem deficiência o dirija para fazer locomoção de pessoa com deficiência: “CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IPI. ISENÇÃO NA COMPRA DE AUTOMÓVEIS. DEFICIENTE FÍSICO IMPOSSIBILITADO DE DIRIGIR. AÇÃO AFIRMATIVA. LEI 8.989/95 ALTERADA PELA LEI Nº 10.754/2003. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA *LEX MITIOR*. 1. A *ratio legis* do benefício fiscal conferido aos deficientes físicos indicia que indeferir requerimento formulado com o fim de adquirir um veículo para que outrem o dirija, à míngua de condições de adaptá-lo, afronta ao fim colimado pelo legislador ao aprovar a norma visando facilitar a locomoção de pessoa portadora de deficiência física, possibilitando-lhe a aquisição de veículo para seu uso, independentemente do pagamento do IPI. Consectariamente, revela-se inaceitável privar a Recorrente de um benefício legal que coadjuva às suas razões finais a motivos humanitários, posto de sabença que os deficientes físicos enfrentam inúmeras dificuldades, tais como o preconceito, a discriminação, a comisseração exagerada, acesso ao mercado de trabalho, os obstáculos físicos, constatações que conduziram à consagração das denominadas ações afirmativas, como esta que se pretende empreender. 2. Consectário de um país que ostenta uma Carta Constitucional cujo preâmbulo promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, promessas alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, é o de que não se pode admitir sejam os direitos individuais e sociais das pessoas portadoras de deficiência, relegados a um plano diverso daquele que o coloca na eminência das mais belas garantias constitucionais. 3. Essa investida legislativa no âmbito das desigualdades físicas corporifica uma das mais expressivas técnicas consubstanciadoras das denominadas ‘ações afirmativas’. 4. Como de sabença, as ações afirmativas, fundadas em princípios legitimadores dos interesses humanos reabre o diálogo pós-positivista entre o direito e a ética, tornando efetivos os princípios constitucionais da isonomia e da proteção da dignidade da pessoa humana, cânones que remontam às mais antigas declarações Universais dos Direitos do Homem. Enfim, é a proteção da própria humanidade, centro que hoje ilumina o universo jurídico, após a tão decantada e aplaudida mudança de paradigmas do sistema jurídico, que abandonando a igualização dos direitos optou, axiologicamente, pela busca da justiça e pela pessoalização das situações consagradas na ordem jurídica. 5. Deveras, negar à pessoa portadora de deficiência física a política fiscal que consubstancia verdadeira positive actions significa legitimar violenta afronta aos princípios da isonomia e da defesa da dignidade da pessoa humana. 6. O Estado soberano assegura por si ou por seus delegatários cumprir o postulado do acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência. 7. Incumbe à legislação ordinária propiciar meios que atenuem a natural carência de oportunidades dos deficientes físicos. 8. In casu, prepondera o princípio da proteção aos deficientes, ante os desfavores sociais de que tais pessoas são vítimas. A fortiori, a problemática da integração social dos deficientes deve ser examinada prioritariamente, máxime porque os interesses sociais mais relevantes devem prevalecer sobre os interesses econômicos menos significantes. 9. Imperioso destacar que a Lei nº 8.989/95, com a nova redação dada pela Lei nº 10.754/2003, é mais abrangente e beneficia aquelas pessoas portadoras de deficiência física, visual, mental severa ou profunda, ou autistas, diretamente ou por intermédio de seu representante legal pela Lei nº 10.690, de 16.6.2003), vedando-se, conferir-lhes na solução de seus pleitos, interpretação deveras literal que conflite com as normas gerais, obstando a salutar retroatividade da lei mais benéfica. (*Lex Mitior*). 10. O CTN, por ter status de Lei Complementar, não distingue os casos de aplicabilidade da lei mais benéfica ao contribuinte, o que afasta a interpretação literal do art. 1º, § 1º, da Lei 8.989/95, incidindo a isenção de IPI com as alterações introduzidas pela novel Lei 10.754, de 31.10.2003, aos fatos futuros e pretéritos por força do princípio da retroatividade da *lex mitior* consagrado no art. 106 do CTN. 11. Deveras, o ordenamento jurídico, principalmente na era do pós-positivismo, assenta como técnica de aplicação do direito à luz do contexto social que: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. (Art. 5º LICC) 12. Recurso especial provido para conceder à recorrente a isenção do IPI nos termos do art. 1º, § 1º, da Lei nº 8.989/95, com a novel redação dada pela Lei 10.754, de 31.10.2003, na aquisição de automóvel a ser dirigido, em seu prol, por outrem” (grifos nossos). STJ, 1ª T., REsp 567.873/MG, rel. Min. Luiz Fux, j. 10.02.2004, DJ 25.02.2004, p. 120.

Estados Unidos, na década de 1960, mediante políticas públicas para inclusão de negros e outras minorias, por determinação do governo de aumentar a contratação desses grupos minoritários em empresas empreiteiras de obras públicas, conforme relata Rocha⁸⁷. Gomes sugere um conceito para este termo inovador:

As ações afirmativas se definem como políticas públicas (e privadas) voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional e de compleição física. Na sua compreensão, a igualdade deixa de ser simplesmente um princípio jurídico a ser respeitado por todos, e passa a ser um objetivo constitucional a ser alcançado pelo Estado e pela sociedade [...] impostas ou sugeridas pelo Estado, por seus entes vinculados e até mesmo por entidades puramente privadas, elas visam a combater não somente as manifestações flagrantes de discriminação, mas também a discriminação de fato, de fundo cultural, estrutural, enraizada na sociedade. [...] Por outro lado, constituem, por assim dizer, a mais eloqüente manifestação da moderna idéia de Estado promotivo, atuante, eis que de sua concepção, implantação e delimitação jurídica participam todos os órgãos estatais essenciais, aí se incluindo o Poder Judiciário, que ora se apresenta no seu tradicional papel de guardião da integridade do sistema jurídico como um todo e especialmente dos direitos fundamentais, ora como instituição formuladora de políticas tendentes a corrigir as distorções provocadas pela discriminação. Trata-se, em suma, de um mecanismo sócio-jurídico destinado a viabilizar primordialmente a harmonia e a paz social, que são seriamente perturbadas quando um grupo social expressivo se vê à margem do processo produtivo e dos benefícios do progresso, bem como a robustecer o próprio desenvolvimento econômico do país, na medida em que a universalização do acesso à educação e ao mercado de trabalho tem como consequência inexorável o crescimento do país como um todo⁸⁸.

O autor citado, entretanto, demonstra que esse conceito sofreu evolução. Primeiramente, as ações afirmativas serviam apenas como encorajamento pelo Estado aos empresários e políticos para que fizessem a inclusão das minorias (algo como a “mera afirmação” da igualdade material). Depois, o próprio Estado passou a impor cotas rígidas para integração das minorias em certas áreas do mercado de trabalho e em instituições educacionais. Nos dias atuais, as ações afirmativas são políticas desenvolvidas pelo setor público ou entidades privadas, tais como empresas e organizações não-governamentais (ONGs), de forma compulsória, facultativa ou voluntária, corrigindo a discriminação histórica e acintosa contra grupos minoritários e projetando-se no presente e futuro para a efetivação do ideal de igualdade⁸⁹.

Na verdade, as ações afirmativas são agentes de transformação social, ao reconhecerem o preconceito, mas atuando pedagogicamente contra a sua realização, a fim de “eliminar os ‘efeitos persistentes’ (psicológicos, culturais e comportamentais) da

⁸⁷ ROCHA, *op. cit.*, p. 285-286.

⁸⁸ GOMES, *op. cit.*, 2001, p. 132-133.

⁸⁹ *Idem*, p. 135.

discriminação”⁹⁰ e proporcionar a difusão da diversidade e da representatividade de grupos minoritários tanto no setor público, como privado. Quando as minorias têm seus representantes exercendo cargos de importância dentro de um país, no ramo público ou privado, os demais membros do grupo passam a se espelhar no exemplo de sucesso daqueles. Podemos citar, neste caso, as eleições de Barack Obama⁹¹ e Dilma Rousseff⁹², um negro e uma mulher, ambos filhos de imigrantes, que alçaram pioneiramente o cargo de presidente de seus países, a despeito de fazerem parte de minorias; Ellen Gracie Northfleet, primeira mulher a integrar o Supremo Tribunal Federal⁹³; e Ricardo Tadeu Marques da Fonseca, ex-procurador do trabalho e primeiro desembargador cego do Brasil, nomeado para o Tribunal Regional do Trabalho do Paraná (9ª Região)⁹⁴.

⁹⁰ GOMES, *op. cit.*, 2001, p. 136.

⁹¹ Em seu discurso após a vitória contra o candidato do Partido Republicano, John McCain, Barack Obama afirmou o seguinte: “Jovens e velhos, ricos e pobres, democratas e republicanos, negros, brancos, hispânicos, asiáticos, nativos americanos, homossexuais, heterossexuais, deficientes e não deficientes, os americanos enviaram uma mensagem ao mundo de que nós nunca fomos somente uma coleção de estados vermelhos e estados azuis” (tradução livre). Considerando a exclusão histórica contra os negros estadunidenses, cujo símbolo-mor de luta antirracista foi Martin Luther King Jr, o candidato derrotado discursou: “Ambos reconhecemos que embora tenhamos um longo caminho desde as velhas injustiças que mancharam a reputação de nosso país e negaram a alguns americanos as plenas benesses da cidadania americana, a memória deles ainda têm o poder de ferir” (tradução livre). In: MSNBC.COM. *Barack Obama elected 44th president: ‘Change has come to America,’ first African-American leader tells country.* Disponível em: <http://www.msnbc.msn.com/id/27531033/ns/politics-decision_08/t/barack-obama-elected-th-president/>. Acesso em: 11 maio 2011.

⁹² Dilma Rousseff também destacou a importância de sua eleição para o cargo que ocupa: “É imensa a minha alegria de estar aqui. Recebi hoje de milhões de brasileiras e brasileiros a missão mais importante de minha vida. Este fato, para além de minha pessoa, é uma demonstração do avanço democrático do nosso país: pela primeira vez uma mulher presidirá o Brasil. Já registro portanto aqui meu primeiro compromisso após a eleição: honrar as mulheres brasileiras, para que este fato, até hoje inédito, se transforme num evento natural. E que ele possa se repetir e se ampliar nas empresas, nas instituições civis, nas entidades representativas de toda nossa sociedade. A igualdade de oportunidades para homens e mulheres é um princípio essencial da democracia. Gostaria muito que os pais e mães de meninas olhassem hoje nos olhos delas, e lhes dissessem: SIM, a mulher pode!”. In: VEJA. *O discurso de Dilma Rousseff, presidente eleita.* Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/integra-do-discurso-de-dilma-rousseff-presidente-eleita>>. acesso em: 11 maio 2011.

⁹³ O Ministro Celso de Mello, também da Suprema Corte brasileira, expressa o simbolismo da eleição da colega ministra: “A escolha de uma mulher para o Supremo Tribunal Federal representou um gesto emblemático, pois constituiu um ato denso de significação histórica e pleno de consequências políticas. Com essa opção, transpôs-se uma barreira histórica, rompeu-se uma resistência cultural e superou-se um contexto ideológico cujas premissas institucionalizavam uma inaceitável discriminação de gênero, que impedia, injustamente, o pleno acesso da mulher às instâncias mais elevadas de poder em nosso país. O ato de escolha da Ministra ELLEN GRACIE para o Supremo Tribunal Federal – além de expressar a celebração de um novo tempo – teve o significado de verdadeiro rito de passagem, pois inaugurou, de modo positivo, na história judiciária do Brasil, uma clara e irreversível transição para um modelo social que repudia a discriminação de gênero, ao mesmo tempo em que consagra a prática afirmativa e republicana da igualdade”. In: MELLO FILHO, José Celso de. *Notas sobre o Supremo Tribunal (Império e República)*. 2. Ed. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007, p. 20-21.

⁹⁴ “O procurador chegou a ser reprovado em um concurso para juiz, no qual havia passado no exame escrito, com a justificativa de que a Justiça não poderia aceitar uma pessoa cega. ‘Acabaram me reprovando. O Poder não estava pronto para uma pessoa cega naquela ocasião’, diz. [...] Ricardo Tadeu nasceu prematuro, sofreu paralisia cerebral em decorrência disso e teve deficiência visual, por causa da chamada Retinopatia. Estudou em escola regular incentivado pela mãe, que sempre apostou em sua inclusão escolar. Aos 23 anos, no terceiro ano da faculdade de Direito, perdeu a visão completamente. Conseguiu se formar pela Universidade de São Paulo

Conforme explanado, a evolução da concepção e da aplicação do princípio da igualdade tem estrita relação com o próprio desenvolvimento do Estado de Direito, uma vez que a igualdade formal representa os anseios do Estado Liberal; a igualdade material, os do Estado Social de Direito; e a igualdade real, realizada, sobretudo, através de políticas públicas e privadas de ação afirmativa, manifesta o desejo do Estado Democrático de Direito de uma sociedade com igualdade de oportunidades para todos.

2.2. Delineamentos do princípio da igualdade na Constituição da República de 1988

A nação brasileira acompanhou a evolução do princípio da igualdade retromencionado, o que se constata pela análise de seu tratamento dentro das Constituições desde a Independência até a Nova República.

Fernando Basto Ferraz lista dispositivos constitucionais que previam tal princípio, como o artigo 179, §§ 13 a 17, da Constituição Política do Império, de 25 de março de 1824; artigo 72, §2º, da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891; artigo 113, I, da Constituição da República de 16 de junho de 1934; artigo 122, I, da Constituição da República de 10 de novembro de 1937; artigo 150, §1º, alterado e deslocado para o artigo 153, *caput* e §1º pela Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969 à Constituição da República de 24 de janeiro de 1967 e, por fim, os artigos 5º, *caput* e inciso I; 7º, XXX e XXXI. 3º, III e IV; 170, VII, VIII, IX e parágrafo único, todos da Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988⁹⁵.

Todas as cartas magnas anteriores à Constituição Cidadã de 1988 referiam-se à igualdade no aspecto formal e, quando muito, mais no plano das ideias, como norma de eficácia programada, diferida. Enfim, com pouca aplicabilidade prática e vontade política para cumpri-la. Rocha, inclusive, ironiza ao dizer que “o princípio da igualdade jurídica é de

(USP) muito pelo apoio dos colegas, que gravavam o conteúdo dos livros e das aulas para ele estudar. Em 1990, passou no exame escrito para juiz, mas foi reprovado por ser cego. Em 1991, quando fez o concurso para procurador do trabalho, foi aprovado em 6º lugar numa prova disputada por 5 mil candidatos. Além disso, fez mestrado, doutorado, publicou dezenas de artigos acadêmicos e escreveu um livro: *O trabalho da pessoa com deficiência e a lapidação dos direitos humanos*”. In: BENGALA LEGAL. *Procurador do Paraná Se Torna o Primeiro Juiz Cego do Brasil*. Disponível em: <<http://www.bengalalegal.com/blog/?p=674>>. Acesso em: 11 maio 2011.

⁹⁵ FERRAZ, Fernando Basto. Princípio constitucional da igualdade. *Revista LTr*. Legislação do Trabalho, São Paulo, v. 69, 2005, p. 1201-1203.

sempre da norma constitucional brasileira. *O preconceito é de sempre da prática brasileira*⁹⁶” (grifamos).

Na verdade, ao mudar a topografia, isto é, a localização, do citado princípio, encabeçando o rol de direitos fundamentais do artigo 5º, o constituinte originário demonstrou sua preocupação em torná-lo norteador da interpretação constitucional, assegurando os fins da República Federativa do Brasil, sobretudo o da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III)⁹⁷ e os objetivos fundamentais da construção de uma sociedade livre, justa e solidária; da erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais; e da promoção do bem de todos, sem preconceitos ou qualquer outra forma de discriminação (art. 3º, I, III e IV). Consta Rocha que, com tais atitudes, o Brasil positivou em seu ordenamento constitucional a ação afirmativa:

Verifica-se que todos os verbos utilizados na expressão normativa – construir, erradicar, reduzir, promover – são de ação, vale dizer, designam um comportamento ativo. O que se tem, pois, é que os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil são definidos em termos de obrigações transformadoras do quadro social e político retratado pelo constituinte quando da elaboração do texto constitucional. [...] Se a igualdade jurídica fosse apenas a vedação de tratamentos discriminatórios, o princípio seria absolutamente insuficiente para possibilitar a realização dos objetivos fundamentais da República constitucionalmente definidos⁹⁸.

O mero formalismo foi, por conseguinte, rompido com a promulgação da Carta de Outubro, que não somente previu a igualdade genérica, presente no *caput* do artigo 5º, como estabeleceu políticas afirmativas de desequiparação para, então, haver igualação. Os exemplos de Ferraz, como o de tratamento favorecido a empresas de pequeno porte brasileiras, explicitado no artigo 170, IX e respaldado pela Lei Complementar n. 123/2006 (Lei do Simples Nacional), demonstram esse viés proativo do Estado Democrático de Direito Brasileiro.

Em relação aos direitos e garantias fundamentais, a Constituição de 1988 assegurou exercício diferenciado dos mesmos quando o indivíduo fizesse parte de uma minoria, a exemplo das mulheres, dos negros, dos índios, da criança e do adolescente e das pessoas com deficiência. Desta forma, nossa República fomenta a construção de uma sociedade integrativa, cujo conceito, na acepção de Fonseca, é o seguinte:

⁹⁶ ROCHA, *op. cit.*, p. 288.

⁹⁷ “O princípio da igualdade resplandece sobre quase todos os outros acolhidos como pilastras do edifício normativo fundamental alicerçado. É guia não apenas de regras, mas de quase todos os outros princípios que informam e conformam o modelo constitucional positivado, sendo guiado apenas por um, ao qual se dá a servir: o da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição da República)”. In: *Idem*, p. 289.

⁹⁸ ROCHA, *op. cit.*, p. 289.

A chamada “sociedade integrativa” é aquela que se abre relativamente à diversidade, desde que a pessoa efetivamente excluída supere obstáculos, os quais são eventualmente removidos por uma política genérica de igualdade de oportunidades. O esforço individual, um conjunto de circunstâncias pessoais, familiares, favoráveis, possibilita a aceitação dessas minorias que, por episódios marcadamente individualizados, manifesta relativo sucesso. O princípio da igualdade atua na sociedade inclusiva como a viga mestra que sustenta todas as condutas e ações em prol da inclusão⁹⁹.

Lorentz, que, na abordagem histórica das fases de inserção social das pessoas com deficiência, diferencia as fases integrativa e inclusiva. Aquela “tinha como pano de fundo a necessidade de primeiro ajustar, consertar, curar... a PPD para só depois inseri-la no seio da sociedade”¹⁰⁰. Criticando essa visão, a autora propõe a visão inclusiva da integração social das pessoas com deficiência, ainda incipiente no Brasil:

Esta [fase de inclusão], diferentemente da fase da integração, considera que as deficiências não devem ser a todo custo “consertadas”, curadas, mas sim que deve haver a aceitação da diversidade social como um aspecto do direito à igualdade, sobretudo nas atuais sociedades multiculturais, nas quais a diversidade é a tônica social medular.

Além disso, nesta fase não é a pessoa com deficiência que deve ser, a todo custo, primeiramente “curada” para só depois merecer uma chance de convívio social, mas sim o oposto; *é a sociedade que deve educar-se, ser adaptada (materialmente, arquitetonicamente, socialmente, no aspecto atitudinal, etc.) e ajustar-se para receber as PPD’S.* (grifos da autora).

[...] Outro aspecto importante desta nova fase é que tanto as normas internacionais, quanto as nacionais no tocante ao tema afeto chegaram à conclusão de que não bastava apenas penalizar ou mesmo criminalizar comportamentos discriminatórios praticados contra a pessoa com deficiência, *mas sim criar direitos e oportunidades diferenciadas para elas, sendo que alguns articulistas defendem que estaria sendo incentivada a criação das chamadas ‘discriminações positivas’ ou ações afirmativas (no âmbito do direito material) a favor desses cidadãos;* assim as PPD’s deveriam receber a igualdade ora aritmética, ora geométrica, em relação a outras pessoas da sociedade¹⁰¹. (grifo nosso)

Ao também exigir da sociedade uma atitude proativa e inclusiva frente às pessoas com deficiência, nosso país atua como verdadeiro Estado Democrático de Direito, assegurando a igualdade de oportunidades a todos e, conseqüentemente, cumprindo seu fim de conferir dignidade a todas as pessoas, sem qualquer discriminação.

⁹⁹ FONSECA, *op. cit.*, p. 152.

¹⁰⁰ LORENTZ, *op. cit.*, p. 135. A autora entende ainda que, para a concepção integrativa, “a pessoa com deficiência não era o sujeito de seu processo de emancipação e, de outro lado, a sociedade a via como uma estranha e não se encontrava nem física ou socialmente adaptada para este convívio com a diversidade”. In: *Idem*, p. 137.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 155-157.

3 O DIREITO AO TRABALHO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

A igualdade de oportunidades, para as pessoas com deficiência, é imprescindível para o exercício da maior parte de seus direitos, mormente se considerarmos que a sociedade civil e o Estado ainda não proporcionaram plena inclusão dessa minoria, mas, de alguma forma, têm agido neste intento.

Em todos os países ditos democráticos, o trabalho, seja a pessoa sem ou com deficiência ou com qualquer outra característica física, social, religiosa, econômica etc., tem valor praticamente inestimável no sentido de o indivíduo fazer e/ou sentir-se parte de uma comunidade. Nesta linha de pensamento, pretendemos defender o direito ao trabalho das pessoas com deficiência.

3.1. Direito ao trabalho: uma ação afirmativa

Trabalho é uma palavra polissêmica, tendo inúmeras aplicações e implicações nas vidas das pessoas e, no aspecto científico, é essencial ao estudo das ciências sociais aplicadas, tais como o Direito, a Sociologia e a Economia. Sua origem terminológica remete ao instrumento de tortura romano *tripalium*, espécie de tripé de ferro com que se feria os escravos, dando origem ao verbo *tripaliare* no latim vulgar, traduzido em nossa língua pelo verbo trabalhar, que implica, dentre inúmeros significados, “ocupar-se em algum mister; exercer o seu ofício; aplicar a sua atividade; esforçar-se para fazer ou alcançar alguma coisa; empregar diligência, trabalho; lidar, empenhar-se”¹⁰².

Para Mario Antonio Lobato de Paiva, são suas sinônimas as seguintes palavras/expressões: atividade, esforço, emprego, resultado de uma atividade ou obra, fator de produção ou ainda classe ou conjunto de classes sociais¹⁰³.

Na Antiguidade, porém, trabalhar era algo penoso e as aristocracias grega e romana pouco eram afeitas ao trabalho. Seu valor começou a ser defendido por sofistas

¹⁰² FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Eletrônico Aurélio*. 5. ed. Versão 7.0. São Paulo: Positivo Informática, 2010. CD-ROM, vocábulo ‘trabalhar’.

¹⁰³ PAIVA, Mario Antonio Lobato de. O trabalho objeto do Direito do Trabalho. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 37, n. 145, jan./mar. 2000, p. 31-32.

gregos, como Pródico, para quem “a virtude é trabalho, sendo o trabalho que, como finalidade última, confere dignidade à vida”¹⁰⁴, mas também foi apoiado por filósofos de quilate, como Sócrates, que, não obstante pregar a sabedoria como maior virtude, entendia como parasitas aqueles que não exerciam qualquer atividade útil, conforme relata Segadas Vianna¹⁰⁵.

Os hebreus, a despeito de esperarem sua morada eterna com Deus no *post mortem*, valorizavam a vida do trabalho no mundo terreno como preparação para a outra vida, bem como a devida contraprestação pelos serviços exercidos¹⁰⁶. Com o Cristianismo, viver dignamente do trabalho é um imperativo¹⁰⁷, pois o próprio Jesus Cristo, filho de Deus, antes de se investir como missionário das boas novas, exercia a profissão de seu pai na Terra, José, qual seja a de carpinteiro.

Já na doutrina católica medieval encabeçada por Santo Agostinho, defendia-se o seguinte:

[...] o trabalho não seria apenas um meio de impedir que o ócio criasse campo propício para os vícios. Ele mostraria que todo trabalho é útil, que não se deve cingir no mínimo necessário para manter a vida e que mesmo a acumulação de bens não é um mal; o mal estaria na aplicação desses bens em finalidades contrárias aos preceitos divinos. O erro decorreria, segundo São Cipriano, da acumulação de riqueza sem a prática da esmola¹⁰⁸.

A condenação da usura imposta pela Igreja Católica, no entanto, feneceu ante o Renascimento Urbano e o surgimento do Capitalismo Comercial, que geraram fundos para a posterior Revolução Industrial, cujos teóricos viam no trabalho a verdadeira essência humana, valor este que, para nós, vinha para justificar a deliberada exploração dos camponeses pelos

¹⁰⁴ SÜSSEKIND, Arnaldo *et all.* *Instituições de direito do trabalho*. Vol. 1. 22 ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 82.

¹⁰⁵ *Idem*, p. 82.

¹⁰⁶ Neste aspecto, o texto de Deuteronômio, capítulo 24, versos 14 e 15: “Não se aproveitem do pobre e necessitado, seja ele um irmão israelita ou um estrangeiro que viva numa das suas cidades. Paguem-lhe o seu salário diariamente, antes do pôr-do-sol, pois ele é necessitado e depende disso. Se não, ele poderá clamar ao Senhor contra você, e você será culpado de pecado”. In: BÍBLIA SAGRADA. *Bíblia do executivo*: Nova Versão Internacional. São Paulo: Vida, 2004, p. 175.

¹⁰⁷ Várias passagens do Novo Testamento valorizam o trabalho, dentre as quais colocamos as seguintes: “O que furtava não furtar mais; antes trabalhe, fazendo algo de útil com as mãos, para que tenha o que repartir com quem estiver em necessidade” (Livro de Efésios, Capítulo 4, Versículo 28); “Irmãos, em nome do nosso Senhor Jesus Cristo nós lhes ordenamos que se afastem de todo irmão que vive ociosamente e não conforme a tradição que receberam de nós. Pois vocês mesmos sabem como devem seguir o nosso exemplo, porque não vivemos ociosamente quando estivemos entre vocês, nem comemos coisa alguma à custa de ninguém. Pelo contrário, trabalhamos arduamente e com fadiga, dia e noite, para não sermos pesados a nenhum de vocês, não por que não tivéssemos tal direito, mas para que nos tornássemos um modelo para ser imitado por vocês. Quando ainda estávamos com vocês, nós lhes ordenamos isto: se alguém não quiser trabalhar, também não coma. Pois ouvimos que alguns de vocês estão ociosos; não trabalham, mas andam se intrometendo na vida alheia. A tais pessoas ordenamos e exortamos no Senhor Jesus Cristo que trabalhem tranquilamente e comam o seu próprio pão” (livro de II Tessalonicenses, Capítulo 3, Versículos 6 a 12). In: *Idem*, p. 1119 e 1145.

¹⁰⁸ In: SÜSSEKIND, *op. cit.*, p. 84.

senhores feudais e dos operários e demais trabalhadores por industriais e burgueses, nas cidades.

É justamente a partir do aviltamento dos trabalhadores, excluídos da tutela estatal pela filosofia liberal do *laissez faire*, que exsurge um novo ramo do Direito: o Direito do Trabalho. Este recebeu grande influência dos operários que tiveram sido artesãos (portanto “ex-patrões”) e membros das corporações de ofícios, obrigados a abandonar as manufaturas de suas oficinas frente à concorrência das grandes indústrias, que produziam a um custo deveras menor os bens outrora feitos por estes “novos operários”. Sobre essa junção do liberalismo burguês com o corporativismo para a criação do Direito do Trabalho, manifesta-se argutamente Ivan Alemão:

As corporações criaram o que hoje entendemos por Direito do Trabalho, adotando regras de contrato do Direito Civil, mas com pontos de vista distantes do liberalismo igualitarista. Em outros termos, o que hoje chamamos de Direito do Trabalho é uma junção dos regulamentos corporativistas com regras contratuais de Direito Civil. Enquanto o contratualismo rege substancialmente a relação entre empregado e empregador, as corporações geram as normas coletivas que dizem respeito à concorrência no mercado de trabalho. O Direito Civil de formação liberal foi absorvido no que diz respeito às relações individuais entre as partes do contrato de trabalho, mas não de forma idêntica à dos demais contratos, pois aceita o estado de subordinação de uma das partes, inadmissível até então. O Direito do Trabalho, como hoje conhecemos, combina o corporativismo regulacionista com o direito contratualista civilista e liberal. Temos regras gerais de normas contratuais de obrigações e direitos entre as partes, oriundas da locação de serviços (aviso prévio etc.), e outras de proteção de mercado e categoria, provenientes do Direito Corporativo (piso salarial etc.)¹⁰⁹.

Desta forma, o ideário socialista, na opinião de Segadas Viana, não tivera tanta força como se julga, seja em seu viés utópico, defendido pelas *Trade Unions* de Robert Owen, seja na doutrina do materialismo histórico marxista, cuja influência, segundo aquele autor, foi muito mais na mentalidade de luta pelos direitos dos trabalhadores do que de definição de cláusulas trabalhistas¹¹⁰. Na verdade, o Direito do Trabalho surgiu como resposta a uma exploração totalmente atentória à vida, à segurança e à saúde de operários, operárias e crianças operárias, por desejo de alguns poucos burgueses, que notaram que esta prática quedaria no “esgotamento prematuro do material humano [e que] levaria a uma época em que só restaria uma massa fisicamente degenerada”¹¹¹ e por influência da doutrina social da Igreja Católica, materializada na Encíclica *Rerum Novarum*, de 1891, escrita pelo Papa Leão XIII.

¹⁰⁹ ALEMÃO, Ivan. O Direito ao Trabalho na História e na Constituição Federal de 1988. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (orgs.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 965.

¹¹⁰ SÜSSEKIND, *op. cit.*, p. 88-89.

¹¹¹ Frase atribuída ao Rei da Prússia, General Von Horn, em 1828. In: *Idem*, p.87.

O Sumo Pontífice daquela época concebia o trabalho de maneira diferente que boa parte dos industriais entendia:

[O trabalho] deve ser considerado, na teoria e na prática, não mercadoria, mas um modo de expressão direta da pessoa humana. Para a grande maioria dos homens, o trabalho é a única fonte dos meios de subsistência. Por isso, a sua remuneração não pode deixar-se à mercê do jogo automático das leis do mercado; pelo contrário, deve ser estabelecida segundo as normas da justiça e da equidade, que, em caso contrário, ficariam profundamente lesadas, ainda mesmo que o contrato de trabalho fosse livremente ajustado por ambas as partes¹¹².

Mesmo em meio aos clamores do proletariado e da Igreja, o Direito do Trabalho acabou muito mais se destinando a regular cláusulas contratuais, agora sob intervenção estatal, para evitar os abusos de outrora. Coube às Constituições e às leis dos países disporem sobre essas regras e, já no século XX, à Organização Internacional do Trabalho verificar se as disposições que asseguram a dignidade do trabalhador estavam sendo cumpridas. Desta forma, o Direito do Trabalho pode ser definido, segundo Hernainz Marques, como “o conjunto de normas jurídicas que regulam, na variedade de seus aspectos, as relações de trabalho, sua preparação, seu desenvolvimento, consequências e instituições complementares dos elementos que nelas intervêm”¹¹³.

Ocorre que o *direito ao trabalho* acabou esquecido, por muitos anos, nos ordenamentos jurídicos de vários países. Destaca Alemão que “o contratualismo se firmou no Direito, antes mesmo que se garantisse o direito de ser contratado. E a justificativa para tal recaiu sobre a economia, como se esta não tivesse que ser promovida a favor da população”¹¹⁴.

O direito ao trabalho passou a figurar no rol dos direitos sociais, pertencentes à segunda geração de direitos fundamentais, surgidos no contexto do Estado Social de Direito¹¹⁵, como estudado anteriormente. Encontra-se no artigo 6º da Constituição da República de 1988, juntamente com os direitos a saúde, educação, lazer, moradia, dentre outros. Ricardo Tadeu Marques da Fonseca sugere-lhe um conceito:

¹¹² SÜSSEKIND, *op. cit.*, p. 92.

¹¹³ MARQUES, Hernainz. *Tratado Elemental de Derecho del Trabajo*. 3. ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, [19--], p. 13, *apud* SÜSSEKIND, *op. cit.*, p. 98.

¹¹⁴ ALEMÃO, *op. cit.*, p. 965.

¹¹⁵ Para José Afonso da Silva, “os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade”. In: SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 286-287.

O direito ao trabalho constitui-se como direito social, devendo o Estado mobilizar-se para realizar políticas de pleno emprego. Isto, é claro, porque a partir do trabalho o ser humano conquista sua independência econômica e pessoal, reafirma sua capacidade produtiva, exercita sua auto-estima e se insere na vida adulta definitivamente. Daí falar em direito ao trabalho, com o intuito efetivo de asseguramento de realização de todos os outros direitos que espelham a dignidade da pessoa, valor este central dentre aqueles acima tratados¹¹⁶.

Gabriela Neves Delgado defende, nesta senda, que o direito ao trabalho seria uma dimensão social do princípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB/88), “vez que é inviável supor-se a presença do respeito à dignidade em um ser humano radicalmente excluído de qualquer inserção socioeconômica na sociedade”¹¹⁷. Deve-se lembrar que a dignidade humana é inerente a qualquer pessoa; é qualidade intrínseca à condição humana, não podendo ser atribuída nem retirada de ninguém¹¹⁸.

O direito ao trabalho, por conseguinte, deve ser entendido como um meio e não um fim, pois sua finalidade é dar, além do sustento (o “pão nosso de cada dia”), dignidade ao trabalhador. Como visto, isso já havia sido pregado pelo Papa Leão XIII, no final do século XIX. Karol Wojtyła, o Papa João Paulo II, em 1981, por meio da Encíclica *Laborem Exercens*, ratifica a ideia de que o trabalho serve *ao homem*, e não o contrário:

Em todos os casos deste género, em todas as situações sociais deste tipo, *gera-se uma confusão, ou até mesmo uma inversão, daquela ordem estabelecida desde o princípio pelas palavras do Livro do Génesis: o homem passa então a ser tratado como instrumento de produção, enquanto que ele — ele só por si, independentemente do trabalho que realiza — deveria ser tratado como seu sujeito eficiente, como seu verdadeiro artífice e criador. É precisamente esta inversão da ordem, prescindindo do programa ou da denominação sob cujos auspícios ela se gera, que mereceria — no sentido indicado mais amplamente em seguida — o nome de “capitalismo”*. Como é sabido, o capitalismo tem o seu significado histórico bem definido, enquanto sistema, e sistema económico-social, em contraposição ao “socialismo” ou “comunismo”. No entanto, à luz da análise da realidade fundamental de todo o processo económico e, primeiro que tudo, das estruturas de produção — qual é, justamente, o trabalho — *importa reconhecer que o erro do primitivo capitalismo pode repetir-se onde quer que o homem seja tratado, de alguma forma, da mesma maneira que todo o conjunto dos meios materiais de produção, como um instrumento e não segundo a verdadeira dignidade do seu*

¹¹⁶ FONSECA, Ricardo Tadeu Marques de. *O trabalho da pessoa com deficiência e a lapidação dos direitos humanos: o direito do trabalho, uma ação afirmativa*. São Paulo: LTr, 2006, p. 249.

¹¹⁷ DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2006, p. 223.

¹¹⁸ Ingo Wolfgang Sarlet elucida o conceito de dignidade humana: “Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 59-60.

*trabalho — ou seja, como sujeito e autor e, por isso mesmo, como verdadeira finalidade de todo o processo de produção*¹¹⁹. (grifamos)

Interessante, ainda quanto à crítica ao modelo capitalista, o alerta dado por Marcos Francisco Reimann e Márcia de Melo Martins Kuyumjian sobre a deturpação da ideia de “direito ao trabalho”, quando os empresários passam a alegar a necessidade de desregulamentação das relações de trabalho, isto é, a flexibilização dos direitos trabalhistas, a fim de que mais oportunidades de trabalho e emprego sejam proporcionadas¹²⁰. Rechaçam veementemente essa teoria tendenciosa:

Não procedem, entretanto, as tentativas de criar antagonismos insuperáveis entre esses dois aspectos humanos do trabalho [o direito ao trabalho, insculpido no artigo 6º da Constituição, *versus* os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, previstos no artigo 7º, também da Carta Magna]. *Saber até que ponto a existência de normas jurídicas rígidas está, de fato, reduzindo os espaços daqueles que pretendem trabalhar é uma questão difícil, mas certamente não pode ser entregue ao domínio das decisões individuais e individualistas; não pode ficar, tampouco, a cargo das negociações internas de uma empresa. A dimensão social da questão exige a presença de regras públicas e gerais, além de políticas sociais de estímulo e compensação.* No futuro, quiçá, será possível impor a necessidade de normas sociais internacionais com verdadeira eficácia, sob pena de sanções econômicas eficazes¹²¹. (grifo nosso)

É preciso frisar que os direitos trabalhistas não são hierarquicamente inferiores ao direito social ao trabalho, pois todos pertencem ao rol de direitos fundamentais previstos em nossa Constituição. Havendo aparente colisão entre tais direitos, o intérprete, fazendo uso do princípio da proporcionalidade, harmonizará os direitos em conflito no caso concreto, de forma que se assegure sua coexistência, até porque são bastante correlatos.

Vale lembrar também que o exercício de qualquer ofício é uma faculdade do indivíduo (art. 5º, XIII, da CRFB/88), que pode, inclusive, optar por não trabalhar, apesar do forte incentivo, principalmente numa sociedade capitalista e consumista como a brasileira, ao exercício de alguma prática laborativa, mesmo que à margem do emprego formal. De outra banda, em geral, não se pode impor ao empregador a contratação de qualquer pessoa. A principal exceção a esta premissa é justamente a contratação de pessoas com deficiência, prevista tanto nas relações privadas, como na Administração Pública. Tal prática nada mais é que uma ação afirmativa, cujas disposições constitucionais encontram-se nos artigos 7º, XXXI e 37, VIII, melhor analisados posteriormente.

¹¹⁹ IGREJA CATÓLICA. Papa (1978-2005: João Paulo II). *Carta encíclica Laborem Exercens*. Roma: Libreria Editrice Vaticana, 1981. Disponível em: <http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_14091981_laborem-exercens_po.html>. Acesso em: 15 maio de 2011.

¹²⁰ In: REIMANN, Marcos Francisco; KUYUMJIAN, Márcia de Melo Martins. Direito humano e direito social: para onde vai o trabalho? *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 38, n. 150, abr./jun. 2001, p. 148.

¹²¹ *Idem*, p. 151.

A razão dessa ação afirmativa decorre da constatação, consoante lição de Fonseca, de que “as pessoas com deficiência lutam pelo seu direito ao trabalho, *como sendo um dos pilares centrais da afirmação de todos os demais direitos*”¹²² (grifamos). Prossegue o autor:

A norma de ação afirmativa garantindo emprego às pessoas com deficiências visa implementar esse direito social fundamental, o direito ao trabalho, trabalho digno, respeitável. Se é verdade que não se tem conseguido obter o pleno emprego, o que coloca o Estado em débito com grande parte da população, mais verdade ainda será o fato de que, nessa guerra pela sobrevivência, as pessoas com deficiência desde o início já se colocam em desvantagem, cuja compensação se faz pelo dirigismo contratual em foco. [...] A questão é de clareza solar, pois a partir da independência financeira constroem-se todas as derivações inerentes à cidadania e que dizem respeito à afirmação da pessoa enquanto cidadã produtiva, capaz de se manter, constituir família, manifestando, destarte, sua afetividade e perfeita inclusão social. A ruptura com o viés caritativo, paternal, que sempre permeou, há milênios, as relações das pessoas com deficiência, começa com seu trabalho independente, o qual reafirma suas capacidades, potências, as quais colocam as deficiências físicas, mentais ou sensoriais no plano dos atributos humanos ínsitos a cada pessoa. Tais deficiências, que sempre foram fator de estigmatização, de exclusão social, passam a um segundo plano, visto que a pessoa que trabalha é respeitada como igual¹²³.

Justifica-se, desta forma, a aplicação das reservas de vagas para pessoas com deficiência em razão de vários princípios constitucionais, dentre os quais podemos citar os já analisados de igualdade (artigo 5º, *caput*), dignidade humana (artigo 1º, III), promoção do bem de todos, sem quaisquer tipos de preconceitos ou motivos de discriminação (artigo 3º, IV) e, por fim, direito ao trabalho digno (artigo 6º, *caput*).

3.2. Reserva de vagas para pessoas com deficiência na iniciativa privada

Ciente da histórica desagregação das pessoas com deficiência do trabalho na iniciativa privada, o legislador constituinte de 1988 fez dispor no texto fundamental a

¹²² FONSECA, *op. cit.*, p. 249. Por este aspecto, o direito ao trabalho é também direito humano internacional: “O ‘direito ao trabalho’, em análise conjunta com os ‘direitos do trabalho’, também surge como uma conseqüência natural do ‘direito ao desenvolvimento’ (Declaração das Nações Unidas sobre o Direito ao Desenvolvimento de 1986). E esse, por sua vez, foi alçado à condição de Direito Humano na referida Declaração. A pessoa humana é o ‘sujeito central do desenvolvimento’ (TRINDADE, 1998), e o direito ao desenvolvimento decorre naturalmente do ‘direito à autodeterminação’. Também no que se refere ao direito à vida, temos fundamentos para considerar os direitos ao trabalho e do trabalho como inseridos dentro dos direitos humanos. O direito à vida supõe o gozo desse direito com dignidade e em condições decentes. Os direitos humanos, entretanto, não existem dissociados. Estão todos interligados: civis, políticos, econômicos, sociais e culturais”. In: REIMANN; KUYUMJIAN, *op. cit.*, p. 151-152. Sobre a indissociabilidade dos direitos humanos, leia-se o Preâmbulo do Protocolo de San Salvador (Protocolo adicional à Convenção Americana sobre direitos humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais): “Considerando a estreita relação que existe entre a vigência dos direitos econômicos, sociais e culturais e a dos direitos civis e políticos, porquanto as diferentes categorias de direito constituem um todo indissolúvel que encontra sua base no reconhecimento da dignidade da pessoa humana, pelo qual exigem uma tutela e promoção permanente, com o objetivo de conseguir sua vigência plena, sem que jamais possa justificar-se a violação de uns a pretexto da realização de outros”.

¹²³ FONSECA, *op. cit.*, p. 228-229 e 249.

proibição de qualquer discriminação nos critérios de admissão do trabalhador com deficiência (artigo 7º, XXXI), o que, mais uma vez, é uma clara demonstração do princípio da igualdade.

Sendo direito social e carecedora de maior especificação para seu cumprimento, a norma citada foi instrumentalizada pelo artigo 93 da lei n. 8.213/91 (Lei dos Planos de Benefícios da Previdência Social), que dispôs sobre a obrigatoriedade de contratação de pessoas com deficiência. Senão vejamos:

Art. 93. A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção:

I - até 200 empregados.....	2%;
II - de 201 a 500.....	3%;
III - de 501 a 1.000.....	4%;
IV - de 1.001 em diante.	5%.

O Poder Executivo Federal, regulamentando o dispositivo infraconstitucional acima, trata de seus procedimentos nas Seções III e IV (arts. 30 a 36) do decreto n. 3.298/99, bem como no Regulamento da Previdência Social (decreto n. 3.098/99, arts. 136 a 141). Impende fazer-se o cotejo das informações descritas nessas normas.

3.2.1. Da habilitação e da reabilitação profissional

O artigo 93 da lei n. 8.213/91 é ação afirmativa em favor de qualquer pessoa com deficiência que esteja enquadrada no artigo 4º do decreto n. 3.298/99, ou seja, aquela com deficiência física, auditiva, visual, mental ou múltipla atestada por laudo médico¹²⁴. Para que seja incluída numa empresa, essa pessoa tem de estar habilitada ou reabilitada para o trabalho.

Para fins do decreto n. 3.298/99, habilitação ou reabilitação correspondem ao processo que dá possibilidade à pessoa com deficiência, por meio da identificação de suas potencialidades laborativas, de adquirir “o nível suficiente de desenvolvimento profissional para ingresso e reingresso no mercado de trabalho e participar da vida comunitária” (art. 31,

¹²⁴ Segundo o Ministério do Trabalho e Emprego, “a condição de pessoa com deficiência pode ser comprovada por meio de: a) Laudo médico, que pode ser emitido por médico do trabalho da empresa ou outro médico, atestando enquadramento legal do(a) empregado(a) para integrar a cota, de acordo com as definições estabelecidas na Convenção nº 159 da OIT, Parte I, art. 1; Decreto nº 3.298/99, arts. 3º e 4º, com as alterações dadas pelo art. 70 do Decreto nº 5.296/04. O laudo deverá especificar o tipo de deficiência e ter autorização expressa do(a) empregado(a) para utilização do mesmo pela empresa, tornando pública a sua condição; b) Certificado de Reabilitação Profissional emitido pelo INSS”. In: MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. *A inclusão de pessoas com deficiência no mercado de trabalho*. 2. ed. Brasília: MTE, SIT, 2007, p. 25.

do decreto). Em termos gerais, poderíamos dizer que a habilitação aplica-se à pessoa com deficiência em busca de entrar no mercado de trabalho, enquanto que a reabilitação é feita com aqueles indivíduos que adquiriram uma deficiência quando já estavam empregados, ensejando seu afastamento da função com retorno posterior, não necessariamente exercendo a mesma atividade e na mesma empresa¹²⁵.

A habilitação é de responsabilidade conjunta do Estado e da sociedade. Na prática, é obrigatória às instituições públicas e privadas de ensino profissional, tais como os Institutos Federais de Educação, Ciência e Tecnológica (outrora CEFETs – Centros Federais de Educação Tecnológica). Cabe a essas instituições “oferecer cursos profissionais de nível básico à pessoa portadora de deficiência, condicionando a matrícula à sua capacidade de aproveitamento e não a seu nível de escolaridade” (art. 28. §2º, do decreto n. 3.298/99).

Já a reabilitação está a cargo do Ministério da Previdência e Assistência Social (MPAS), por meio do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), segundo assegura o artigo 136, §1º, do decreto n. 3.048/99. O §2º desse dispositivo permite celebração de convênio de cooperação técnico-financeira com outras instituições, geralmente aquelas integrantes do Sistema “S”, tais como o SENAI (Sistema Nacional de Aprendizagem Industrial) e o SENAC (Sistema Nacional de Aprendizagem Comercial), os quais oferecem cursos de aprendizagem para pessoas com deficiência que buscam tanto habilitação quanto reabilitação profissional.

Sobre as dificuldades de implantar medidas de reabilitação, disserta José Pastore:

É verdade que a reabilitação é uma atividade complexa e que custa caro. Mas a manutenção dos portadores de deficiência como afastados e recebendo ajuda da previdência social também é cara. Por isso, nos países mais avançados, um dos grandes objetivos dos sistemas de seguridade social é acelerar a volta ao trabalho, o que estimula as agências de reabilitação a investir adequadamente na recuperação dessas pessoas. Isso é importante para os portadores de deficiência e para as finanças da seguridade social. Serviços ineficientes retardam a volta ao trabalho e causam prejuízos a toda a sociedade¹²⁶.

A sistemática de habilitação e reabilitação com intermediação do Ministério da Previdência, entretanto, ainda é bastante incipiente e, como destacou Pastore acima, isso acaba sendo maléfico aos cofres públicos e à sociedade, vez que se poderia ter milhares de pessoas com deficiência trabalhando ou voltando a trabalhar, sendo desnecessária a concessão

¹²⁵ “A reabilitação é a atenção que é prestada aos portadores de deficiência, em geral, após um acidente, enquanto a habilitação é o conjunto de atividades voltadas para quem traz uma limitação de nascença e ainda para os que precisam se qualificar para desempenhar determinadas funções no mundo do trabalho”. In: PASTORE, José. *Oportunidade de trabalho para portadores de deficiência*. São Paulo: LTr, 2000, p. 94.

¹²⁶ *Idem*, p. 95-96.

do Benefício de Prestação Continuada (BPC) ou de aposentadoria por invalidez, por exemplo, a boa parte delas.

De uma forma ou de outra, realizado o curso de reabilitação, o INSS “emitirá certificado individual indicando a função para a qual o reabilitando foi capacitado profissionalmente, sem prejuízo do exercício de outra para a qual se julgue capacitado” (art. 140, *caput*, do decreto n. 3.098/99). Saliente-se que esse certificado não é garantia de emprego, nem mesmo no local ou na função em que o aluno foi reabilitado, mas é dever da Previdência Social, em parceria com a comunidade, prover o levantamento da oferta do mercado de trabalho, bem como o direcionamento da programação profissional e a possibilidade de reingresso do reabilitando no mercado formal (art. 140, §§ 1º e 2º, do decreto n. 3.098/99), serviço este geralmente desempenhado em parceria com o Sistema Nacional de Emprego (SINE), as empresas de comprovada idoneidade financeira e técnica, e ainda as entidades de e para pessoas com deficiência (arts. 140, §2º e 317, do decreto n. 3.098/99 c/c art. 36, §4º, do decreto n. 3.298/99).

Em suma, habilitada será a pessoa com deficiência que: 1) tiver concluído curso de educação profissional “de nível básico, técnico ou tecnológico, ou curso superior, com certificação ou diplomação expedida por instituição pública ou privada, legalmente credenciada pelo Ministério da Educação ou órgão equivalente” (art. 36, §2º, *ab initio*, do decreto n. 3.298/99); 2) possuir certificado de conclusão de processo de habilitação ou reabilitação profissional fornecido pelo INSS (art. 36, §2º, *in fine*, do decreto n. 3.298/99); ou 3) mesmo sem ter se submetido a processo de habilitação ou reabilitação, esteja capacitada para o exercício da função (art. 36, §3º, do decreto n. 3.298/99).

3.2.2. Cálculo da proporção de empregados para fins de cumprimento da cota

Os incisos I a IV do artigo 93, da lei n. 8.2313/91, repetidos nos decretos n. 3.098/99 (art. 141) e 3.298/99 (art. 36), estabelecem um valor mínimo de pessoas com deficiência a serem empregadas nas empresas com cem ou mais trabalhadores, para que se cumpra a reserva legal, que oscila de 2% a 5%.

Como será visto no próximo capítulo, muitas empresas tentam se livrar dessa imposição citando vários fatores, cabendo aqui mencionar que se alega haver uma certa dubiedade no cálculo dessa cota, questionando se este deve ser feito em relação à empresa

como um todo ou a cada estabelecimento que ela tiver. Tal problemática é dirimida pela Instrução Normativa n. 20/2001, do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), a qual dispõe sobre procedimentos a serem adotados pelos Agentes Fiscais do Trabalho no exercício da atividade de fiscalização do trabalho das pessoas com deficiência.

Em seu artigo 10, a mencionada Instrução Normativa aduz que para aferir o cumprimento dos percentuais da reserva legal, deverá ser considerado o número de empregados da totalidade dos estabelecimentos da empresa, feito por meio do Cadastro Geral de Empregados e Desempregados (CAGED) e da Relação Anual de Informações Sociais (RAIS), declarados, respectivamente, a cada mês e ano¹²⁷.

Além disso, aquele artigo dispõe que é indiferente se os empregados com deficiência trabalham em vários estabelecimentos ou somente em um deles, o que cremos ir, de certa forma, contra o princípio da redução das desigualdades regionais (art. 3º, III, da Constituição da República), eis que uma empresa com sede em São Paulo e estabelecimentos em diversos estados brasileiros poderia optar por empregar pessoas com deficiência somente naquele estado e não nos demais, o que seria prejudicial aos trabalhadores com deficiência de outros estados. Neste aspecto, deve-se lembrar que os estados nordestinos estão entre os dez que mais possuem pessoas com deficiência, tendo o estado do Ceará cerca de 17,34% de habitantes nessa categoria¹²⁸.

Feita a contagem de empregados, aplica-se a porcentagem mínima de pessoas com deficiência que nela devem estar trabalhando, cujo valor será sempre arredondado para cima, o que demonstra o espírito de integração da política de cotas (art. 10, §4º, da Instrução Normativa n. 20/01).

3.2.3. Modalidades de inserção de pessoas com deficiência

O decreto n. 3.298/99 prevê a integração de pessoas com deficiência no mercado de trabalho sob as seguintes modalidades:

Art. 35. São modalidades de inserção laboral da pessoa portadora de deficiência:

¹²⁷ Pastore critica tal sistemática, ao dizer que a legislação brasileira “fixa um percentual por empresa e não por estabelecimento – o que impõe sobre as grandes empresas cotas elevadas e de difícil contratação direta por vínculo empregatício regulado pela CLT”. In: PASTORE, *op. cit.*, p. 195-196.

¹²⁸ Dados obtidos em: FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS; FUNDAÇÃO BANCO DO BRASIL. *Retratos da Deficiência no Brasil*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2003, p. 15. Disponível em: <http://www.fgv.br/cps/deficiencia_br/PDF/PPD_Sumario_Executivo.pdf>. Acesso em: 17 maio 2011.

I - colocação competitiva: processo de contratação regular, nos termos da legislação trabalhista e previdenciária, que independe da adoção de procedimentos especiais para sua concretização, não sendo excluída a possibilidade de utilização de apoios especiais;

II - colocação seletiva: processo de contratação regular, nos termos da legislação trabalhista e previdenciária, que depende da adoção de procedimentos e apoios especiais para sua concretização; e

III - promoção do trabalho por conta própria: processo de fomento da ação de uma ou mais pessoas, mediante trabalho autônomo, cooperativado ou em regime de economia familiar, com vista à emancipação econômica e pessoal.

Sobre a colocação competitiva, impende destacar que se trata de seleção comum de empregado, em que a pessoa com deficiência concorre, segundo disserta Maria Aparecida Gugel, em condições de igualdade com os demais trabalhadores, “inclusive quanto à eficiência exigida para a prestação do serviço. Nesta modalidade, a colocação no emprego independe da adoção de procedimentos especiais para a sua concretização, embora não exclua a possibilidade de utilização de apoios especiais”¹²⁹. Podemos dizer que é freqüente no caso de algumas pessoas com deficiência física, que podem não necessitar de maiores auxílios.

Quanto à colocação seletiva, esta “ocorre quando a deficiência implica maiores adaptações quanto ao tipo de horário e os apoios a serem utilizados, que podem ser oferecidos, inclusive, por associações sem fins lucrativos”, como esclarece Fonseca¹³⁰.

Procedimentos especiais, segundo o §2º do artigo 35 do decreto em comento, seriam meios utilizados durante a contratação de pessoa cuja deficiência requeira condições especiais, como horário de trabalho e salário proporcional, ambiente de trabalho adequado, dentre outros. Nesse caso, em razão do grau de incapacidade motora, sensorial ou mental, a pessoa com deficiência precisa que haja algumas adaptações, como uma jornada de trabalho flexível, a exemplo do trabalho em tempo parcial.

Gugel ressalta, no entanto, que ao mencionar salário proporcional, o legislador executivo quis dizer que “esse elemento, na verdade, é apenas uma decorrência do trabalho em tempo parcial e da jornada flexível, estas sim consideradas como condições especiais”¹³¹.

Por outro lado, apoios especiais seriam “a orientação, a supervisão e as ajudas técnicas entre outros elementos que auxiliem ou permitam compensar uma ou mais limitações funcionais motoras, sensoriais ou mentais da pessoa portadora de deficiência”, de forma que se superem quaisquer barreiras de mobilidade e comunicação, proporcionando, assim, “a

¹²⁹ GUGEL, Maria Aparecida *et alli*. Comentários ao Decreto n. 3.298/99. *Ministério Público do Trabalho*. Disponível em: <<http://www.pgt.mpt.gov.br/publicacoes/pub57.html>>. Acesso em: 17 maio 2011.

¹³⁰ FONSECA, *op. cit.*, p. 282.

¹³¹ GUGEL, *op. cit.*

plena utilização de suas capacidades em condições de normalidade” (art. 35, §3º, do decreto). Dentre os apoios especiais, Gugel sugere alguns exemplos de ajudas técnicas, dispostas no artigo 19 do decreto:

Consideram-se ajudas técnicas todos os dispositivos, próteses (elemento artificial utilizado para substituir uma parte do corpo), órteses (óculos, alto-falante, aparelho auditivo), equipamentos e elementos que possibilitam a ampliação, suplementação e substituição das funções humanas prejudicadas. Exemplos: uma deficiência visual poderá ser corrigida por óculos (ampliação). No caso de cegueira total, poderá ser utilizada a escrita em Braille ou a informação acústica (substituição). Os trabalhadores que não podem suportar o peso de um instrumento ou braço, mas que possuem a capacidade de movimentar a mão, podem utilizar uma tipóia no membro incapacitado, o que lhe dará sustentação para o exercício da atividade laboral¹³².

A terceira modalidade de inserção é a promoção de trabalho por conta própria, que incentiva a pessoa com deficiência a exercer trabalho autônomo ou liberal, sendo dona de seu próprio negócio, podendo ser preparada em cursos oferecidos pelo Sistema “S” ou por entidades sem fins lucrativos, como sugere Fonseca¹³³. Além disso, o trabalho mediante cooperativa e em regime de economia familiar também é fomentado.

Quanto ao trabalho em regime de economia familiar, alerta Lutiana Nacur Lorentz que ele não se deve aplicar ao menor de quatorze anos, exceto se for trabalho educativo, tendo em vista o que dispõem os artigos 7º, XXXIII e 226, da Constituição, o artigo 402 da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT – decreto-lei n. 5.452/43), e o artigo 60 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA – Lei n. 8.069/90). Além disso, por ser trabalho em conta própria, seu resultado (produto ou serviço) deve ficar com a família trabalhadora e não com terceiro tomador, sob pena de formação de vínculo empregatício com este, que responde solidariamente, nos termos do artigo 942 do Código Civil, com a entidade “de fachada” fornecedora da mão-de-obra “familiar”, se for o caso, vez que se trata de terceirização ilícita¹³⁴.

No que concerne ao trabalho em cooperativa, este se relaciona com as cooperativas sociais, instituídas pela lei n. 9.867/99, cuja finalidade é “inserir as pessoas em desvantagem no mercado econômico, por meio do trabalho”, fundamentando-se no interesse geral da comunidade em “promover a pessoa humana e a integração social dos cidadãos” (art. 1º, *caput*), envolvendo atividades de organização e gestão de serviços socio sanitários e educativos (inciso I) e de desenvolvimento de atividades agrícolas, industriais, comerciais e

¹³² GUGEL, *op. cit.*

¹³³ FONSECA, *op. cit.*, p. 282.

¹³⁴ LORENTZ, Lutiana Nacur. *A norma da igualdade e o trabalho das pessoas portadoras de deficiência*. São Paulo: LTr, 2006, p. 263-265.

de serviços (inciso II). Para esta lei, as pessoas com deficiência física, sensorial, psíquica ou mental estão dentre aquelas em desvantagem.

Consoante lição de Maurício Godinho Delgado, para serem consideradas cooperativas sociais, as cooperativas de trabalho devem ser instituídas em respeito aos princípios da dupla qualidade¹³⁵ e da retribuição pessoal diferenciada¹³⁶, sob pena de formação de vínculo empregatício entre as pessoas com deficiência e a cooperativa ou o eventual tomador dessa mão-de-obra. Nesse sentido disserta Fonseca:

As cooperativas sociais devem consignar em seus estatutos essa condição e ser referendadas por atestados de órgãos oficiais. Seus trabalhadores são autônomos. Não se deve admitir por esse motivo, a prestação de serviços terceirizados e permanentes para empresas, já que tal atividade caracterizaria uma forma de burla aos direitos trabalhistas, muito comum, que as chamadas “cooperativas fraudulentas” ou de “mão-de-obra” perpetram¹³⁷.

Dessa forma, é forçoso que se preste grande atenção a essas cooperativas sociais, sobretudo por meio da ação dos agentes fiscais do trabalho e do Ministério Público do Trabalho, a fim de que não se explore indevidamente o trabalho das pessoas com deficiência cooperadas, muitas delas com deficiências severas.

Continuando a análise do artigo 35 do decreto n. 3.298/99, deparamo-nos com duas modalidades do que se convencionou chamar “trabalho protegido”: a oficina protegida de produção e a oficina protegida terapêutica, ambas unidades que funcionam em relação de dependência com entidade pública ou beneficente de assistência social (a exemplo da APAE – Associação dos Pais e Amigos dos Excepcionais).

A oficina protegida de produção almeja “desenvolver programa de habilitação profissional para adolescente e adulto portador de deficiência, provendo-o com trabalho remunerado, com vista à emancipação econômica e pessoal relativa” (§4º), enquanto a oficina protegida terapêutica almeja integrar socialmente, mediante atividades de capacitação e adaptação para o trabalho, “adolescente e adulto que devido ao seu grau de deficiência, transitória ou permanente, não possa desempenhar atividade laboral no mercado competitivo de trabalho ou em oficina protegida de produção” (§5º). Pastore critica tal forma de inserção:

¹³⁵ “O princípio da dupla qualidade informa que a pessoa filiada tem de ser, ao mesmo tempo, em sua cooperativa, cooperado e cliente, auferindo as vantagens dessa duplicidade de situações. Isso significa que, para tal princípio, necessário haver efetiva prestação de serviços pela Cooperativa diretamente ao associado – e não somente a terceiros”. In: DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 315.

¹³⁶ “Efetivamente, a cooperativa permite que o cooperado obtenha uma retribuição pessoal, em virtude de sua atividade autônoma, superior àquilo que obteria caso não tivesse associado. A retribuição pessoal de cada cooperado é, necessariamente (ainda que potencial), superior àquela alcançada, caso atuando isoladamente “. In: *Idem*, p. 316.

¹³⁷ FONSECA, *op. cit.*, p. 283.

O trabalho protegido é assunto bastante controvertido. O ideal para a integração dos portadores de deficiência na sociedade é que a sua participação se dê no mercado de trabalho regular. O isolamento que ocorre nas instituições de trabalho protegido tende a afastá-los da sociedade em geral. Além do mais, dentro de instituições isoladas, a tendência aos maus-tratos é maior. Os problemas ligados à higiene e à alimentação crescem em proporção. O confinamento de portadores de deficiência com portadores de limitações diferentes coloca-os em uma espécie de “vala comum”, onde o tratamento pela média, [sic] acaba não atendendo as necessidades de nenhum deles e submetendo todos a uma condição subumana e, muitas vezes, ao constrangimento público¹³⁸.

Com Pastore e Lorentz¹³⁹, entendemos que a figura das oficinas protegidas, a não ser que trabalhem com pessoas cuja deficiência seja tão severa a ponto de não recomendável seu trabalho em outros ambientes, caso das oficinas protegidas terapêuticas, deve ser relativizada, para que se proporcione o máximo possível de inclusão, sob pena do ostracismo de pessoas com deficiência em tais condições, que serão vistas somente sob o aspecto assistencialista, caritativo, o que não se coaduna com os valores da dignidade humana do corrente século, muito menos com os avanços científico-tecnológicos atuais que tendem a facilitar ainda mais a inclusão de qualquer pessoa com alguma incapacidade.

Por fim, é ainda possível a contratação dos serviços das pessoas com deficiência, conforme leitura do artigo 35, §§1º, inciso I, 7º e 8º. Para tanto, a contratação deverá ser feita para entidades públicas ou privadas por intermédio de entidades beneficentes de assistência social, na forma da lei. As pessoas serão contratadas por meio de colocação seletiva ou para promoção do trabalho por contra própria.

Além disso, a prestação de serviços deverá ser feita por intermédio de convênio ou contrato formal, realizada entre o tomador de serviços e a entidade beneficente de assistência social, devendo constar em tal instrumento a relação nominal daqueles trabalhadores com deficiência à disposição do contratante. Cabe ainda à entidade beneficente promover, em parceria com o tomador, “programas de prevenção de doenças profissionais e de redução da capacidade laboral, bem assim programas de reabilitação caso ocorram patologias ou se manifestem outras incapacidades” (art. 35, §8º).

¹³⁸ PASTORE, *op. cit.*, p. 154.

¹³⁹ “[...] estas pessoas devem ter deficiências muito graves que impossibilitem ou tornem muito difícil o trabalho fora das oficinas, seja na modalidade de contrato de emprego, de trabalhador autônomo, eventual etc. Isto porque, [...] é preciso lembrar que este trabalho confinado em oficinas foi típico da fase do assistencialismo segregacionista, da integração mal-sucedida e paternalista, pelo que, na atual fase de inclusão esta forma de trabalho deve ser interpretada restritivamente e só deve aplicar-se às PPD's com deficiências muito severas que só consigam desenvolver o trabalho nas dependências de locais reservados, protegidos; entretanto, mesmo assim a possibilidade de segregação é evidente, motivo pelo qual este tipo de trabalho deve ser visto não só com o máximo de cuidado, mas também com precaução extrema”. In: LORENTZ, *op. cit.*, p. 259.

3.2.4. Outras maneiras de inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho

Sem contar as medidas dispostas no artigo 35 do decreto n. 3.298/99, outras medidas previstas em lei podem auxiliar na integração de pessoas com deficiência no meio de trabalho, quais sejam, o contrato de aprendizagem e o estágio.

O contrato de aprendizagem é previsto no artigo 428, da CLT, que o define da seguinte maneira:

Art. 428. Contrato de aprendizagem é o contrato de trabalho especial, ajustado por escrito e por prazo determinado, em que o empregador se compromete a assegurar ao maior de 14 (quatorze) e menor de 24 (vinte e quatro) anos inscrito em programa de aprendizagem formação técnico-profissional metódica, compatível com o seu desenvolvimento físico, moral e psicológico, e o aprendiz, a executar com zelo e diligência as tarefas necessárias a essa formação.

A lei n. 11.180/05 deu nova redação a este artigo e também trouxe outras alterações, especialmente em relação ao aprendiz pessoa com deficiência, que poder ter mais de 24 (vinte e quatro) anos (art. 428, §5º, CLT). Já a lei n. 11.788/08 permitiu que seu contrato possa durar mais de dois anos (art. 428, §3º, CLT). Sobre a inexistência de “teto” de idade para o trabalho do aprendiz com deficiência, manifesta-se Fonseca:

Isto se deve à constatação de que pessoas com deficiência mental ou sensorial encontram extrema dificuldade em acompanhar a evolução cronológica escolar genérica, estando, por vezes, minimamente habilitadas para a profissionalização mesmo em idade avançada. A norma, deste modo, milita em favor da ação afirmativa, propiciando-lhes o direito universal à habilitação profissional¹⁴⁰.

O artigo 429, *caput*, da CLT, com redação dada pela lei n. 10.097/00, estabelece que quaisquer estabelecimentos que tiverem trabalhadores cujas funções demandem formação profissional devem ter aprendizes matriculados, na porcentagem de 5% a 15% do total de seus empregados, em cursos do Sistema Nacional de Aprendizagem, das escolas técnicas de educação, inclusive as agrotécnicas ou das entidades sem fins lucrativos, que tenham por objetivo a assistência ao adolescente e à educação profissional, registradas no Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente (c/c art. 430, *caput* e incisos I e II, CLT).

A combinação dos artigos retrocitados é uma prova clara de que o legislador infraconstitucional vê com bons olhos a inserção de pessoas com deficiência no mercado de trabalho, a começar dos cursos de aprendizagem, que poderão melhor prepará-lo para o

¹⁴⁰ FONSECA, *op. cit.*, p. 284.

cotidiano da vida laboral¹⁴¹. Trata-se, então, de prévia habilitação desses indivíduos para o mercado de trabalho. Isso porque tal tipo de contrato gera uma formação técnico-profissional que se caracteriza por “atividades teóricas e práticas, metodicamente organizadas em tarefas de complexidade progressiva desenvolvidas no ambiente de trabalho” (art. 428, §4º, da CLT).

Impende destacar, no entanto, que a cota de aprendizagem não se sobrepõe à cota para pessoas com deficiência, até porque a primeira estabelece uma porcentagem de aprendizes que podem ter ou não algum tipo de deficiência. O aprendiz com essa necessidade especial só passará a ser contado na cota da empresa, quando nela for efetivado, com o devido registro em sua carteira de trabalho e previdência social (CTPS).

O Ministério do Trabalho e Emprego tem valorizado a proposta de aprendizagem para pessoas com deficiência dentro das empresas, que muitas vezes alegam faltar trabalhadores qualificados. Quando da fiscalização, o auditor do trabalho, constatando as dificuldades da empresa, poderá sugerir a contratação de aprendizes para superar esse obstáculo, evitando a aplicação da multa por descumprimento da cota.

O auditor do trabalho conferirá, então, um prazo para a que a empresa promova a qualificação/aprendizagem e, conseqüentemente, integralize sua cota de empregados com deficiência. Ademais, exigirá o seguinte:

- 1) o prazo não poderá ser superior a 2 anos;
- 2) durante esse período, a empresa deverá promover as adequações necessárias no ambiente e organização do trabalho, de forma a promover a inclusão e torná-los acessíveis. Igualmente, desenvolverá ações internas visando combater o preconceito e discriminação em relação às pessoas com deficiência;
- 3) a cota mínima de empregados com deficiência, ao final do processo de qualificação/aprendizagem, deverá estar completa¹⁴².

Por todo o exposto, vemos que o contrato de aprendizagem, aplicado às pessoas com deficiência, torna-se elemento de grande monta para a inserção dessas pessoas no mercado de trabalho, contando com a mútua colaboração entre agentes fiscais do trabalho,

¹⁴¹ “A perspectiva de desenvolver aprendizado dentro da empresa permite, por conta de um tempo ampliado de treinamento, que sejam avaliadas, sem pressa, as condições de trabalho e as habilidades e potencialidades desse segmento. Este aspecto da prática oferece à pessoa com deficiência um prazo maior para incorporar as rotinas da empresa e assim tornar-se confiante no seu potencial laborativo. Para as empresas possibilita, durante esse período, conhecendo as limitações e potencialidades do aprendiz com deficiência, usufruírem de um prazo maior para adaptar o posto, a organização e o ambiente de trabalho às características psicofisiológicas dos mesmos, como determina a NR 17 - ERGONOMIA. Esse tempo de adaptação, em regra, não é viável quando elas precisam preencher rapidamente suas vagas. De outra parte, a presença do aprendiz com deficiência na empresa contribui para quebrar o mito da impossibilidade de incluir no trabalho as deficiências mais severas”. In: MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO – SECRETARIA DE INSPEÇÃO DO TRABALHO. *Projeto piloto de incentivo à aprendizagem das pessoas com deficiência: orientações à fiscalização*. Disponível em: <http://www.mte.gov.br/fisca_trab/fiscatrab_projeto_aprendizagem2008.pdf>. Acesso em: 18 maio 2011, p. 4.

¹⁴² *Idem*, p. 7.

empresários, pessoas com deficiência e os demais trabalhadores, propiciando uma integração gradativa dessa minoria no meio laboral com dignidade e por meio de um trabalho decente¹⁴³.

Outra modalidade para preparar a pessoa com deficiência para o trabalho é o estágio profissionalizante, cujo regime legal foi recentemente alterado pela lei n. 11.788/08. Segue abaixo o conceito desse contrato, bem como os dispositivos favoráveis ao estagiário com deficiência:

Art. 1º Estágio é ato educativo escolar supervisionado, desenvolvido no ambiente de trabalho, que visa à preparação para o trabalho produtivo de educandos que estejam freqüentando o ensino regular em instituições de educação superior, de educação profissional, de ensino médio, da educação especial e dos anos finais do ensino fundamental, na modalidade profissional da educação de jovens e adultos.

§ 1º O estágio faz parte do projeto pedagógico do curso, além de integrar o itinerário formativo do educando.

§ 2º O estágio visa ao aprendizado de competências próprias da atividade profissional e à contextualização curricular, objetivando o desenvolvimento do educando para a vida cidadã e para o trabalho.

[...]

Art. 11. A duração do estágio, na mesma parte concedente, não poderá exceder 2 (dois) anos, exceto quando se tratar de estagiário portador de deficiência.

[...]

Art. 17. [...]

§ 5º Fica assegurado às pessoas portadoras de deficiência o percentual de 10% (dez por cento) das vagas oferecidas pela parte concedente do estágio.

Mais uma vez, constata-se o ímpeto de propor ações afirmativas para pessoas com deficiência, ao garantir-lhes vagas nos processos seletivos de entidades públicas ou privadas, bem como permitir que o tempo de duração do estágio dessa minoria possa ultrapassar o limite de dois anos, com vistas a melhor prepará-la para o mercado de trabalho.

Saliente-se que o estágio não cria vínculo empregatício e, portanto, não poderá ser contado nas cotas das empresas para pessoas com deficiência. Por ter duração indefinida, se for verificado que o estágio exercido por tais pessoas tornou-se espécie de subcontratação permanente, haverá vínculo real de emprego, aplicando-se as verbas trabalhistas cabíveis.

3.2.5. Da vida laboral da pessoa com deficiência: seleção, contrato de trabalho, meio ambiente de trabalho e atitude da empresa

¹⁴³ “A prática do trabalho decente é o meio mais eficaz de romper com o ciclo da marginalização, pobreza e exclusão social, especialmente das pessoas com deficiência, as quais necessitam de ações afirmativas para sua adequada inclusão e manutenção no emprego. Essas ações especiais compensatórias de proteção, como o incentivo à educação profissional através da aprendizagem/qualificação de pessoas com deficiência, facilitam o emprego dessas pessoas, melhorando sua qualidade de vida e a da comunidade em que vivem”. MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO – SECRETARIA DE INSPEÇÃO DO TRABALHO, *op. cit.*, p. 2.

Feitas as considerações sobre os tipos previstos nos estatutos legais e regulamentares, faz-se necessário dissertar acerca de como se dá o cotidiano laboral de uma pessoa com deficiência: sua contratação, estipulação de cláusulas contratuais, bem como preparação do meio ambiente de trabalho e daqueles que colaborarão direta e indiretamente com o desenvolvimento desse empregado com necessidades especiais.

No que concerne à seleção do candidato, o empresário ou a pessoa responsável na empresa pelas contratações, frequentemente um gerente de recursos humanos, pode ter o auxílio de órgãos públicos, como o SINE além de organizações de e para pessoas com deficiência, que podem preparar o empregador para fazer as alterações necessárias no processo seletivo, com base em, por exemplo, algumas diretrizes estabelecidas pela OIT por meio da Recomendação n. 168, de junho de 1983 (trata da reabilitação profissional e do emprego de pessoas com deficiência) e de seus guias especializados, como o de “Gestão das questões relativas à deficiência no local de trabalho”¹⁴⁴.

Para encontrar candidatos a vagas para pessoas com deficiência habilitadas, a empresa pode pesquisar nos bancos de dados do SINE; para candidatos reabilitados, nos Centros e Unidades Técnicas de Reabilitação Profissional do INSS. Além disso, a empresa pode recorrer às escolas e entidades representativas de pessoas com deficiência, cujas informações podem ser encontradas no sítio eletrônico do Sistema de Informações da Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência (SICORDE)¹⁴⁵.

Quando da entrevista, não é recomendável ao empregador exigir peremptoriamente experiência, alto nível de escolaridade e outras qualificações comuns em vários processos seletivos, considerando que muitas das pessoas com deficiência não tiveram ou ainda não têm experiência laboral, pelo fato de que sua diferença as exclui de muitas oportunidades de trabalho formal. Além disso, a formação educacional delas ainda é bastante incipiente, sendo raras aquelas que terminam o ensino médio e raríssimas as que concluem o ensino superior¹⁴⁶.

¹⁴⁴ SECRETARIA INTERNACIONAL DO TRABALHO - BRASIL. *Gestão das questões relativas à deficiência no local de trabalho*: repertório de recomendações práticas da OIT. Brasília: OIT, 2004. Uma atitude positiva, por exemplo, segundo o item 4.2 deste repertório de recomendações práticas da OIT é a acessibilidade no processo seletivo dos empregados, com, por exemplo, a presença de intérprete da língua de sinais, para os surdos, ou de provas em braile, para os cegos.

¹⁴⁵ Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/corde/consultaruf.asp>>. Acesso em: 19 maio 2011.

¹⁴⁶ “Pessoas com deficiência com oito anos ou mais de estudo são minoria. Representam apenas 18%, sendo que com 12 anos ou mais há uma queda ainda mais significativa (1,6%). No Brasil, para se ter uma base de

O empregador não pode estipular critérios de seleção baseados em sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade da pessoa com deficiência, posto que medida atentória à dignidade humana, bem como preconceituosa (art. 373-A, da CLT, c/c art. 1º, da lei n. 9.029/95). No mais, dar preferência a um determinado tipo de deficiência ou requisitar pessoa com deficiência leve, em nossa opinião, também é atitude anti-isonômica, posto estabelecer discriminações dentro dessa própria minoria, atentando contra a igualdade de oportunidades no acesso ao trabalho de muitas delas, principalmente as pessoas com deficiência intelectual¹⁴⁷.

Outra atitude típica do empregador, e igualmente criticável, é associar certas categorias de pessoas com deficiência a determinadas tarefas, como relata Sandra Morais de Brito Costa:

É comum a associação dos deficientes auditivos com o trabalho em almoxarifados, a dos visuais com a telefonia e os físicos com o teleatendimento. Tal correlação é restritiva, pois não permite vislumbrar as diversas potencialidades que as pessoas com deficiência podem desenvolver no trabalho, desde que os postos estejam devidamente adaptados. Há, por exemplo, portadores de deficiência visual trabalhando como controladores de qualidade no setor de pinturas da indústria automobilística, pessoa com deficiência auditiva atendendo no balcão de padaria, cadeirante supervisionando a saída de clientes em uma livraria e pessoa com deficiência mental pesando hortaliças, legumes e frutas em supermercado. Os exemplos são diversos.

Assim, antes de dizer que uma pessoa portadora de deficiência não tem condições, é preciso dar a ela oportunidade de revelar suas reais potencialidades para desempenhar as funções.

comparação, a população com este grau de estudo chega a 23,7%”. In: FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE BANCOS – FEBRABAN. *População com deficiência no Brasil: fatos e percepções*. São Paulo: Febraban, 2006, p. 15. Sobre a falta de experiência, a OIT sugere que o empresário realize um contrato de experiência, previsto no artigo 445, parágrafo único, da CLT, com o candidato com deficiência: “Se um empregador não tivesse condições de empregar de imediato uma pessoa com deficiência, poderia então dar ao candidato ao emprego a oportunidade de adquirir experiência de trabalho, possibilitando-lhe a aquisição de habilidades, conhecimento e postura de trabalho requerida para certos postos no local de trabalho. Essa experiência obtida no local de trabalho poderá ajudar o solicitante de emprego a melhor moldar suas habilidades às exigências do empregador. Essa experiência oferece também a oportunidade de o empregador avaliar as habilidades e a capacidade do candidato ao emprego, podendo, posteriormente, contratá-lo, findo o período de treinamento”. In: SECRETARIA INTERNACIONAL DO TRABALHO – BRASIL, *op. cit.*, p. 28-29.

¹⁴⁷ A realidade, no entanto, demonstra que ainda persistem essas exigências por pessoas com deficiência “leve” ou que não demandem maiores adaptações no meio ambiente de trabalho. Segundo o relatório de 2010 da fiscalização de PPD do Núcleo de Apoio a Programas Especiais da Superintendência Regional do Trabalho do Estado do Ceará, foram incluídas 2327 pessoas com deficiência no mercado de trabalho formal cearense, das quais 67,34% possuem deficiência física, 18,56% auditiva, 7,61% visual, 2,84% mental. Os reabilitados correspondem a somente 3,65% desse total. Saliente-se, ainda, que a maioria das pessoas com deficiência empregadas são homens, demonstrando que a política de gênero também deve ser considerada, considerando o disposto no artigo 6.1 da Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência: “Os Estados Partes reconhecem que as mulheres e meninas com deficiência estão sujeitas a múltiplas formas de discriminação e, portanto, tomarão medidas para assegurar às mulheres e meninas com deficiência o pleno e igual exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais”.

Por outro lado, não se pode esquecer que o desenvolvimento tecnológico vem propiciando, cada dia mais, que as pessoas com deficiências realizem atividades antes inimagináveis para elas¹⁴⁸. (grifos nossos)

Por fim, mesmo que o empregador cumpra todo o rito acima relatado, é possível que o candidato não consiga a vaga, por qualquer outro motivo lícito. Vale lembrar, não obstante, a arguta opinião de Pastore:

A decisão final do recrutamento tem de ser bem explicada a todos os candidatos. Nenhum deles pode se sentir discriminado. Todos merecem receber informações que lhes dêem condições para superar desvantagens através de um esforço adicional de educação e treinamento. *Se o fracasso em um exame de seleção é penoso para um não-portador de deficiência, ele é muito mais doloroso para quem tem limitações a vencer. Por isso, o aconselhamento e a indicação de avenidas de capacitação são quase um dever das empresas para com todos os portadores de deficiência que se candidatam às suas vagas*¹⁴⁹. (grifamos)

Em relação ao contrato de trabalho a ser firmado, seus procedimentos são os mesmos aplicáveis aos demais tipos de contrato. Pode-se, no entanto, estipular jornada de trabalho diferenciada para o trabalhador pessoa com deficiência, considerando suas particularidades e necessidades especiais (art. 35, §2º do decreto n. 3.298/99).

É importante ainda mencionar que não pode haver diferenciação de salários entre pessoas com e sem deficiência que exerçam a mesma função, consoante dicção expressa do artigo 7º, XXX, da Constituição, bem como do artigo 461, *caput*, da CLT. Nesse aspecto, impende analisar a influência do dirigismo estatal sobre a atividade empresarial, ao estabelecer a política de cotas para pessoas com deficiência, acompanhada de várias outras medidas que proporcionem a essa minoria o acesso ao emprego.

A ação afirmativa em comento é claro exemplo da aplicação da teoria dos direitos fundamentais às relações privadas¹⁵⁰, algo que, na verdade, já é comum ao Direito do Trabalho, que tem claramente um caráter protecionista do trabalhador. Fonseca explica a função da lei de cotas para pessoas com deficiência:

[A lei de cotas] dirige a vontade contratual, indicando aos sujeitos obrigações voltadas ao fim específico de que o empregador abra as portas da empresa para as pessoas com deficiências, independentemente do desejo dos sócios, por dever inerente à função social da empresa e de que o empregado preste os serviços e se integre na vida social por meio do trabalho.

Nas ações afirmativas, o interesse público inicia-se no desencadeamento do contrato, o que reafirma a natureza complexa dessa relação jurídica em que a

¹⁴⁸ COSTA, Sandra Morais de Brito. *Dignidade humana e pessoa com deficiência: aspectos legais e trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2008, p. 163-164.

¹⁴⁹ PASTORE, *op. cit.*, p. 216-217.

¹⁵⁰ “Ademais, a compreensão de que o princípio da dignidade da pessoa humana representa o centro de gravidade da ordem jurídica, que legitima, condiciona e modela o direito positivado, impõe, no nosso entendimento, a adoção da teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares”. In: SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 244.

vontade dos sujeitos resta coadjuvante do interesse público. Ela não fenece, mas, inegavelmente, submete-se.

[...] *Não parece que se suprima a vontade, mesmo na teoria do contrato como relação jurídica. A vontade, todavia, é coadjuvante em confronto com as disposições de ordem pública que a geram, inclusive.* Há, assim, uma relação cumulativa, historicamente construída, entre a teoria da autonomia da vontade, puramente liberal, a teoria da autonomia privada que submete a vontade à norma de ordem pública e a teoria da relação complexa, [...] que labora no sentido do *solidarismo social, da descodificação do Direito Civil, em prol de normas constitucionais e do pluralismo jurídico* que acolhe as normas que emanam da sociedade paralelamente ao ordenamento jurídico e que são por ele agasalhadas¹⁵¹.
(grifo nosso)

Desta forma, o uso da reserva de vagas para essa minoria demonstra o interesse público de uma nação democrática em concretizar os ideais de justiça e igualdade de oportunidades para todos os seus cidadãos, aplicando-se, nesse contexto, a função social da empresa e do contrato. A contratação de pessoas com deficiência, repise-se, não deve ser vista como ato caritativo ou apenas decorrente de imposição legal, mas como inclusão dessas pessoas, que valorizam bastante seus empregos e funções, trabalhando com afinco e determinação para comprovarem que, empregados devido à cota ou não, são eficientes e capazes.

É imperioso que o empregador, antes mesmo que o trabalhador com deficiência chegue a seu local de trabalho, faça a devida adaptação do meio em que este exercerá seus encargos¹⁵², como também busque ministrar oficinas e cursos para os demais empregados da empresa acerca de como lidar com o colega com deficiência. Nesse diapasão, opina Pastore:

A questão da tolerância constitui uma das dimensões mais complexas. A empresa e os colegas de trabalho têm de estar preparados para alargar os seus limites de tolerância para com a produtividade do portador de deficiência. Mas isso tem de ficar muito longe do favor. É preciso que todos entendam que há limites especiais para aquela pessoa e que, dentro de certos limites, ela tem de render o máximo. Muitas vezes a produtividade máxima é alcançada em condições diferentes, dividindo a tarefa em duas ou três partes, utilizando mais tempo, ou articulando o trabalho do portador com o de um não-portador de deficiência.

Por isso, a retenção do portador de deficiência depende muito de treinamentos *on-the-job*. Para ele, a empresa tem de funcionar como empresa e como escola. E os seus companheiros de trabalho têm de se comportar como colegas e auxiliares¹⁵³.
(grifo nosso)

¹⁵¹ FONSECA, *op. cit.*, p. 226 e 229.

¹⁵² Nesse aspecto, precioso lembrar que o Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) pode abrir linhas de crédito específicas para que uma empresa possa suprir os gastos com obras de acessibilidade, aquisição de equipamentos especiais e investimentos que promovam a inclusão social e o desenvolvimento pessoal das pessoas com deficiência, conforme as diretrizes do Programa de Apoio a Investimentos Sociais de Empresas (PAIS). Mais informações em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Institucional/Apoio_Financeiro/Produtos/FINEM/investimentos_sociais.html>. Acesso em: 23 maio 2011.

¹⁵³ PASTORE, *op. cit.*, p. 217-218.

Realmente, como afirmado pelo autor acima, o local de trabalho da pessoa com deficiência deve servir como empresa e escola, proporcionando a capacitação, bem como crescimento profissional e pessoal do empregado com deficiência, reforçando sua dignidade e criando na empresa um ambiente de mútuo respeito e cooperação.

3.2.6. Da dispensa do empregado pessoa com deficiência

Como todo trabalhador, o empregado com deficiência é sujeito à demissão, a qual, todavia, possui regramento específico no §1º do artigo 93 da lei n. 8.213/91: “A dispensa de trabalhador reabilitado ou de deficiente habilitado ao final de contrato por prazo determinado de mais de 90 (noventa) dias, e a imotivada, no contrato por prazo indeterminado, só poderá ocorrer após a contratação de substituto de condição semelhante”.

Não há, nesta toada, estabilidade do trabalhador com deficiência, mas a efetivação de sua demissão só poderá ocorrer quando o empregador contratar outra pessoa com deficiência para substituí-lo. Existe, porém, certa celeuma na interpretação de tal dispositivo, esclarecida a seguir.

Godinho Delgado vê tal dispositivo como garantia indireta de emprego, pelo fato de pretender proteger o porcentual relativo ao sistema compulsório de cotas¹⁵⁴. De outra banda, Pastore critica o artigo 93,§1º, da lei n. 8.213/91 (repetido no art. 36, §1º, do decreto n. 3.298/99), entendendo que se trata de uma “proteção exagerada” tendente a assustar o empregador, que acaba não querendo contratar pessoas com deficiência¹⁵⁵.

Luiz Eduardo Amaral de Mendonça não percebe como garantia de emprego essa “estabilidade provisória” do trabalhador com deficiência. Para ele, “o dispositivo contido no §1º da norma não é pessoal. Protege sim a classe das pessoas com deficiência (visando à inclusão social – finalidade precípua da norma), mas não o indivíduo. Tanto é que autoriza a dispensa se garantida a substituição”¹⁵⁶.

¹⁵⁴ DELGADO, Maurício Godinho, *op. cit.*, p. 1155.

¹⁵⁵ “As empresas, temendo não encontrar substituto equivalente para o portador de deficiência que vier a ser desligado e não podendo demitir até mesmo quando encerrar as atividades em que ele trabalha, resistem em admitir o primeiro – o que limita as oportunidades de trabalho para os portadores de deficiência como um todo”. In: PASTORE, *op. cit.*, p. 58.

¹⁵⁶ In: MENDONÇA, Luiz Eduardo Amaral de. *Lei de Cotas: Pessoas com Deficiência e a Visão Empresarial*. São Paulo: LTr, 2010, p. 114.

Sobre a “contratação de substituto de condição semelhante”, necessário destacar que este não precisa ser pessoa com o mesmo tipo de deficiência que o anterior, nem precisa exercer a mesma função e no mesmo local que o empregado dispensado. É o que ensina Costa:

Isto não significa que uma vaga, antes ocupada por uma pessoa com deficiência visual, só poderá ser preenchida por outra com a mesma deficiência. Garante-se, sim, a vaga, a outro portador de deficiência/beneficiário reabilitado, independentemente da deficiência. Admite-se a substituição daquela vaga por outra, uma vez que o objetivo é garantir vaga compatível, qualquer que seja, para preenchimento da cota existente¹⁵⁷.

Desta forma, condição semelhante seria aquela de outra pessoa com deficiência habilitada ou reabilitada, não importando se sua deficiência é a mesma do anterior. A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho também tem entendido neste sentido:

RECURSO DE REVISTA. EMPREGADO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA. DISPENSA IMOTIVADA. NECESSIDADE DE IMEDIATA CONTRATAÇÃO DE SUBSTITUTO EM CONDIÇÃO SEMELHANTE. GARANTIA SOCIAL E INDIVIDUAL. LIMITAÇÃO LEGAL AO DIREITO POTESTATIVO DO EMPREGADOR DE RESILIR UNILATERALMENTE O CONTRATO DE TRABALHO. REINTEGRAÇÃO. A efetiva igualdade substantiva de oportunidade e de tratamento para trabalhadores portadores de deficiência exige atuação positiva do legislador, superando qualquer concepção meramente formal de igualdade, de modo a eliminar os obstáculos, sejam físicos, econômicos, sociais ou culturais, que impedem a sua concretização, pois se trata de situação em que a prevalência do princípio da igualdade (art. 5º, *caput*, da CF) exige o tratamento desigual dos desiguais. Por outro lado, o direito potestativo do empregador de denúncia vazia do contrato de trabalho não é absoluto, sendo certo que, enquanto garantia fundamental de caráter eminentemente institucional, sua própria existência depende da conformação que lhe é atribuída pela legislação infraconstitucional no momento em que delimita seu escopo, limites e alcance, delineando, dessa forma, seu próprio conteúdo. Mostra-se legítima, pois, sob a ótica da hermenêutica dos direitos fundamentais, a fixação de limites ao seu exercício destinados a realizar o princípio da função social da propriedade, princípio insculpido no art. 170, III, da Lei Maior. É o que ocorre tanto com a norma inscrita no *caput* do art. 93 da Lei 8.213/91 quanto com aquela entalhada no respectivo § 1º, ambas impondo restrições ao exercício da dispensa imotivada pelo empregador, preservando, no entanto, o seu núcleo essencial, uma vez que de modo algum se pode afirmar que o empregador é despedido, por tais preceitos, da faculdade de unilateralmente resilir o contrato de trabalho, ante o condicionamento do seu exercício à satisfação de requisitos legais concretizadores de comandos constitucionais. Dessarte, *pari passu* com a criação de reserva de mercado para trabalhadores portadores de deficiência ou beneficiários reabilitados da Previdência Social, entendeu por bem, o legislador, em também restringir a subjetividade inerente ao livre exercício do direito potestativo do empregador de resilir unilateralmente o contrato de trabalho do empregado em tais condições, mediante a imposição de ônus objetivo, com a finalidade de impedir, ou pelo menos dificultar, a ocorrência de práticas discriminatórias para efeito de permanência da relação jurídica de trabalho. As condicionantes previstas a) no *caput* e incisos I a IV, do art. 93 da Lei 8.213/91 e b) no § 1º do art. 93 da Lei 8.213/91, não obstante complementares de um ponto de vista de política social são independentes e autônomas no que diz com a eficácia jurídica de suas disposições. A primeira estabelece uma garantia social objetiva, uma reserva de mercado, consubstanciada na fixação de cotas, dedicadas a segmento específico da população

¹⁵⁷ COSTA, *op. cit.*, p. 153.

que experimenta significativa desvantagem no que diz com o acesso e manutenção da relação de emprego. A segunda institui espécie de garantia de índole individual, subjetiva, ainda que relativa e precária, para o trabalhador reabilitado ou deficiente habilitado, e o faz mediante a imposição do ônus de vincular a validade do ato da dispensa imotivada do empregado deficiente físico à tautócrona contratação de outro empregado em condições semelhantes. A obrigação relacionada à garantia individual prevista no § 1º do art. 93 da Lei 8.213/91 não se dá por satisfeita com a observância da garantia objetiva preconizada no caput do mesmo dispositivo legal, com a qual não se confunde. A redação categórica do § 1º em comento evidencia a autonomia semântica do enunciando normativo que encerra: a despedida sem justa causa do trabalhador reabilitado ou deficiente físico habilitado depende, sempre, da prévia contratação de substituto em condição semelhante. Recurso de revista provido. (TST, 3ª T., ED-RR 1440-47.2005.5.04.0025, rel. Min. Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, j. 27.08.2008, DEJT 10.10.2008).

Em não se contratando um trabalhador em condição semelhante, é possível que a pessoa com deficiência demitida seja reintegrada, pois o comando legal é que um trabalhador com deficiência só pode ter sua demissão plenamente aceita quando outra pessoa com condição semelhante venha a substituí-la para fins de cumprimento da cota legal¹⁵⁸.

3.2.7. Atuação da Secretaria de Inspeção do Trabalho do Ministério do Trabalho e Emprego

A organização, a manutenção e a execução da inspeção do trabalho são de competência da União (art. 21, XXIV, CRFB/88), que o faz por meio da Secretaria de Inspeção do Trabalho do MTE. Cabe a esta Secretaria, através de seus auditores, fiscalizar o fiel cumprimento das normas de proteção ao trabalho (art. 626, *caput*, da CLT), dentre elas a inspeção nas empresas acerca do cumprimento da reserva de vagas para pessoas com deficiência no mercado formal de trabalho (art. 36, §5º, do decreto n. 3.298/99).

Atuam os auditores fiscais do trabalho junto às empresas precipuamente na orientação, colaboração e punição. A primeira pode ocorrer quando se utiliza de mesas de entendimento, as quais têm por finalidade “compelir o empregador a sanear irregularidades de difícil solução durante a ação fiscal ou pela Chefia da Fiscalização, para atender o planejamento das ações fiscais” (art. 1º, *caput*, da Instrução Normativa do MTE n. 23/2001). Nas mesas de entendimento, pode-se firmar um termo de compromisso, estabelecendo-se um cronograma para o cumprimento da ação afirmativa, cujo desrespeito poderá levar a medidas

¹⁵⁸ Nesse sentido, colacionamos outro acórdão do TST: “EMBARGOS - GARANTIA DE EMPREGO - DEFICIENTE FÍSICO. O art. 93, § 1º, da Lei nº 8.213/91 estabelece garantia indireta de emprego, pois condiciona a dispensa do trabalhador reabilitado ou deficiente reabilitado à contratação de substituto que tenha condição semelhante. Trata-se de limitação ao direito potestativo de despedir, motivo pelo qual, uma vez não cumprida a exigência legal, devida é a reintegração no emprego. Precedentes desta Corte. Embargos não conhecidos.” (TST, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais (SBDI-1), RR 58540-79.2004.5.04.0029, rel. Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, j. 18.08.2008, DJ 26.09.2008).

como expedição de relatório circunstanciado pelo auditor fiscal ao Superintendente Regional do Trabalho, que o poderá encaminhar ao Ministério Público para provável instauração de inquérito civil (art. 15 da Instrução Normativa do MTE n. 20/01), o qual possivelmente culminará no ajuizamento de ação civil pública.

A colaboração que os auditores podem realizar para que as empresas consigam cumprir a política de cotas dá-se, por exemplo, ao dilatar o prazo para que o empregador possa adequar o meio ambiente de trabalho e gradativamente contrate pessoas com deficiência. Esse prazo, geralmente bimestral, pode chegar a até dois anos. Sobre essa forma de colaboração, Costa expõe o seguinte:

Os critérios abraçados para a referida prorrogação devem ser de interesse público e visar à efetiva implementação dos objetivos legais, em consonância com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade que regem a atividade administrativa. Parece-nos sensato, para efeito de segurança jurídica, a adoção de dois critérios objetivos:

a. Ramo de atividade – existem ambientes de trabalho que, por sua natureza, são mais difíceis de adaptar à pessoa com deficiência, como siderúrgicas, metalúrgicas, empresas de vigilância.

b. Número de empregados – quanto maior o número de empregados da empresa, maior a cota a ser cumprida. Nas empresas com mais de mil empregados, deve-se admitir o pacto coletivo para cumprimento da exigência legal.

Somos a favor de que esses pactos coletivos tenham a participação não só do sindicato da categoria, mas também do Ministério Público do Trabalho. Entendemos ser necessária a uniformização dos procedimentos, para que haja maior consonância entre as condutas desses órgãos públicos, que buscam no trabalho um fator de inserção social, com relevantes resultados¹⁵⁹.

Como se vê, a concessão de prazos, havendo dificuldade para a empresa em efetivar a cota, é medida salutar e bastante razoável, pois o espírito da lei é a inclusão da pessoa com deficiência no meio laboral e não simplesmente realizar autuações e aplicar multas, atividades estas de caráter punitivo.

A punição pelo descumprimento da reserva de vagas para trabalhadores com deficiência se inicia com a lavratura de auto de infração, no qual o auditor fiscal deverá objetivamente relatar os elementos que lhe deram a convicção de estar caracterizada a prática discriminatória (por exemplo, análise de documentos da empresa como registro de empregados, folhas de pagamento de salários, depoimentos de trabalhadores, etc)¹⁶⁰.

¹⁵⁹ COSTA, *op. cit.*, p. 193.

¹⁶⁰ Com informações de: SANTOS, Ieda Ribeiro Dias dos. A fiscalização do trabalho e o combate à discriminação no emprego. *Ministério Público do Trabalho*. Disponível em: <<http://www.pgt.mpt.gov.br/publicacoes/pub22.html>>. Acesso em: 23 maio 2011.

Redigido o auto de infração, o auditor estabelecerá multa administrativa, cujo cálculo se dá baseado no artigo 2º da portaria do MTE n. 1.199/03¹⁶¹. Seus valores mínimo e máximo são de, respectivamente, R\$ 1.195,13 (um mil cento e noventa e cinco reais e treze centavos) e R\$ 119.512,33 (cento e dezenove mil, quinhentos e doze reais e trinta e três centavos), conforme o artigo 9º, V, da portaria do MPAS n. 142/07.

Não fossem essas multas, muitas empresas deixariam de contratar pessoas com deficiência, o que é uma realidade bastante triste do nível de importância que se dá à inclusão dessa minoria no meio de trabalho laboral e, por conseguinte, na sociedade como um todo¹⁶².

3.3. Reserva de vagas para pessoas com deficiência no serviço público

Da mesma forma que a Constituição prevê, em seu artigo 7º, XXXI, a política de cotas para pessoas com deficiência no setor privado, também dispõe sobre essa ação afirmativa na Administração Pública (aqui entendida em seu sentido lato, isto é, envolvendo todo o setor público) no artigo 37, VIII, ao preceituar que na Administração Pública direta e indireta de qualquer dos poderes das entidades políticas a lei deverá reservar percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas com deficiência e definir os critérios de sua admissão.

Cármen Lúcia Antunes Rocha louva essa iniciativa do legislador constituinte, considerando a exclusão histórica das pessoas com deficiência:

Os portadores de deficiência vêm se ressentindo, há séculos, das mais variadas formas de preconceitos. Até há pouco, considerados castigados por alguma divindade e marcados por essa pena também socialmente, eram eles privados do

¹⁶¹ Art. 2º. A multa por infração ao disposto no art. 93 da Lei nº 8.213, de julho de 1991, será calculada na seguinte proporção: I - para empresas com cem a duzentos empregados, multiplicar-se-á o número de trabalhadores portadores de deficiência ou beneficiários reabilitados que deixaram de ser contratados pelo valor mínimo legal, acrescido de zero a vinte por cento; II - para empresas com duzentos e um a quinhentos empregados, multiplicar-se-á o número de trabalhadores portadores de deficiência ou beneficiários reabilitados que deixaram de ser contratados pelo valor mínimo legal, acrescido de vinte a trinta por cento; III - para empresas com quinhentos e um a mil empregados, multiplicar-se-á o número de trabalhadores portadores de deficiência ou beneficiários reabilitados que deixaram de ser contratados pelo valor mínimo legal, acrescido de trinta a quarenta por cento; IV - para empresas com mais de mil empregados, multiplicar-se-á o número de trabalhadores portadores de deficiência ou beneficiários reabilitados que deixaram de ser contratados pelo valor mínimo legal, acrescido de quarenta a cinquenta por cento.

¹⁶² Neste aspecto, os números falam por si. Segundo pesquisa interna do Núcleo de Atendimento Especializado às Pessoas com Deficiência do SINE/IDT, de março de 1991 a dezembro de 1999, apenas 699 pessoas com deficiência foram incluídas em empresas. De janeiro de 2000 a dezembro de 2010, 15.679 dessas pessoas garantiram um emprego formal: um aumento de 22 vezes mais que a última década do século XX. Certamente, não fosse a cobrança do cumprimento da lei de cotas pelo Ministério do Trabalho, a empregabilidade dessa minoria ainda restaria obsoleta.

acesso às oportunidades de trabalho e de obtenção de condições mínimas de dignidade e da igual liberdade de realizar-se como ser humano.

[...] O que se tem pela regra do art. 37, inciso VIII, da Constituição da República é a expressão ou a revelação do que se contém no princípio da igualdade jurídica, segundo a concepção dinâmica e positiva do constitucionalismo contemporâneo: cota ou percentual de cargos ou empregos públicos reservados a uma categoria desigualada historicamente por preconceito ou discriminação injusta, que se pretende superar, desigualando, agora, positiva e afirmativamente¹⁶³.

O percentual de vagas para essa minoria, no âmbito federal, foi definido pelo artigo 5º, §2º, da lei n. 8.112/90 (Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis da União), que reserva o limite de 20% das vagas oferecidas em concurso público. Já a definição dos critérios de admissão está situada nos artigos 37 a 44 do decreto n. 3.298/99, que também estabelece o mínimo legal da reserva de vagas: 5% (art. 37, §1º).

José dos Santos Carvalho Filho defende que as pessoas com deficiência têm “*direito subjetivo à participação* nos concursos públicos, ao mesmo tempo em que o Poder Público tem o *dever jurídico* de fixar o percentual de cargos e empregos públicos a elas destinados”¹⁶⁴ (grifos do autor). Prossegue o autor afirmando que “se a lei do ente federativo não o tiver feito, deve fazê-lo o edital do concurso. Caso ambos sejam silentes, cabe ao interessado pleitear no Judiciário a admissibilidade da participação e a respectiva reserva de vaga”¹⁶⁵.

Como se sabe, o provimento de um cargo ou emprego público¹⁶⁶ depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos (art. 37, II, CRFB/88).

¹⁶³ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 33, n. 131, jul./set. 1996, p. 291 e 292.

¹⁶⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 20 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 605.

¹⁶⁵ *Idem*, p. 605-606.

¹⁶⁶ Sobre os concursos públicos realizados por sociedades de economia mista e empresas públicas, pacífico o entendimento que se lhes aplica a lei n. 8.112/90 e não a lei n. 8.2313/91, no que concerne à reserva de vagas para pessoas com deficiência, como explica Lorentz: “Este livro discorda da conclusão de que [sic] aplicam-se às sociedades de economia mista e empresas públicas a mesma quota destinada por lei às empresas privadas (atualmente o art. 93 da Lei n. 8.213, de 1991). pelo contrário, entende que o correto seja a aplicação da quota que foi escolhida pela lei afeta ao ente federativo, ao qual estes entes da administração pública indireta estejam vinculados. Isto porque, em primeiro lugar a quota do art. 93 da Lei n. 8.213, de 1991 é dirigida às empresas meramente privadas e aos empregados puramente celetistas, e não a estes dois entes da administração indireta que têm empregados públicos em seus quadros. Em segundo lugar, os entes da administração indireta não têm igual natureza jurídica à das empresas privadas, tanto que ainda mantém a regra do concurso como condição para admissão. [...] Em terceiro lugar, esta citada lei [a lei n. 8.112/90] não é trabalhista, é de administração pública, contendo regras afetas à admissão em administração pública; e, em quarto lugar, como ressaltou Lopes, a regra do art. 93 da Lei n. 8.213, de 1991 deve ser cumprida até que as empresas privadas cumpram a quota de contratação de 2% (dois por cento) até 5% (cinco por cento). Porém, a regra do art. 37, inc. VIII da Constituição Federal de 1988 *deve ser cumprida sempre, toda vez que se abri novo certame público, mesmo que a administração pública já esteja cumprindo sua quota*. Portanto, esta interpretação é a mais favorável e harmônica com o princípio da proteção às pessoas com deficiência e de ações afirmativas adotadas pelo Brasil com relação às mesmas” (grifamos). In: LORENTZ, *op. cit.*, p. 388-389.

O artigo 39 do decreto n. 3.298/99 pormenoriza como os editais dos concursos devem dispor sobre a cota para pessoas com deficiência:

Art. 39. Os editais de concursos públicos deverão conter:

I - o número de vagas existentes, bem como o total correspondente à reserva destinada à pessoa portadora de deficiência;

II - as atribuições e tarefas essenciais dos cargos;

III - previsão de adaptação das provas, do curso de formação e do estágio probatório, conforme a deficiência do candidato; e

IV - exigência de apresentação, pelo candidato portador de deficiência, no ato da inscrição, de laudo médico atestando a espécie e o grau ou nível da deficiência, com expressa referência ao código correspondente da Classificação Internacional de Doença - CID, bem como a provável causa da deficiência.

Além disso, é importante destacar que a participação de qualquer pessoa com deficiência em concurso público não poderá ser obstada pela autoridade organizadora. Dever-se-á conferir tratamento diferenciado ao candidato com deficiência para a realização das provas, como a concessão de mais tempo, o que deve ser requerido pelo candidato em parecer fundamentado (art. 40, do decreto n. 3.298/99). No demais, esse candidato com necessidades especiais competirá igualmente com os demais candidatos no que concerne ao conteúdo das provas; à avaliação e aos critérios de aprovação; ao horário e ao local de aplicação das provas; e à nota mínima exigida para todos os demais candidatos (art. 41, do decreto em comento).

O resultado do concurso deverá ser disposto em duas listas, uma geral, com a pontuação de todos, inclusive dos candidatos com deficiência e outra lista específica para estes (art. 42).

Importa enfatizar ainda que a empresa organizadora do concurso deverá ter assistência de equipe multiprofissional composta de três profissionais capacitados e atuantes nas áreas das deficiências em questão, sendo um deles médico, além de três profissionais integrantes da carreira almejada pelo candidato, os quais terão a incumbência de emitir pareceres que tratem, por exemplo, sobre “a viabilidade das condições de acessibilidade e as adequações do ambiente de trabalho na execução das tarefas” (art. 43, §1º, III, do decreto).

Outra função dessa comissão multiprofissional é a de avaliar a compatibilidade entre as atribuições do cargo e a deficiência do candidato durante o estágio probatório (art. 43, §2º). Em relação à avaliação médica, aborda-a Fonseca com a preocupação de que haja uma avaliação apriorística das capacidades do candidato com deficiência:

Atribuem-se, aos médicos, o poder de dizer, antes do início da atividade, se a deficiência do candidato aprovado é compatível com a função, o que o profissional de medicina decide, por mera opinião que, normalmente inclina-se pelo contrário,

diante do inusitado da situação. Barram-se muitos candidatos, portanto, apesar de aprovados no concurso. [...]

Parece que tal conduta "premonitória" dos médicos, em razão dos editais, é francamente "pré-conceituosa", já que os médicos atuam de forma a prever o imprevisível, mas, ao impedir que o candidato deficiente aprovado demonstre sua capacidade de superar a limitação, adequando-se às funções, nega-se-lhe o direito de exercer sua cidadania, eis que sua deficiência identifica-o como um empecilho. Ademais, não se deve atribuir aos médicos um mister que transcenda à sua formação: eles entendem de medicina, não da função específica e, às vezes, tampouco da deficiência em si. Por outro lado, se o art. 3º da Constituição preconiza que é dever da sociedade e do Estado promover o bem de todos, banindo qualquer forma de discriminação ou preconceito, os editais que aos médicos conferem poderes prévios de veto ferem tais dispositivos, porque, segundo aquele artigo da Lei Maior, a postura deveria ser oposta e no sentido de instrumentalizarem-se os candidatos para o exercício da função para a qual foram aprovados e serem avaliados, como qualquer outro candidato: durante o estágio probatório. A promoção da igualdade, aqui, impõe-se como instrumental. Logo, qualquer decisão apriorística, sem que se conceda oportunidade para que o candidato demonstre sua aptidão, concedendo-lhe instrumento e métodos de trabalho específico, afigura-se inconstitucional¹⁶⁷.

Desta forma, é essencial que a avaliação médica se dê muito mais num contexto de avaliação para habilidades gerais, pois as habilidades específicas para o cargo serão verificadas no decorrer do estágio probatório, por meio de órgão colegiado composto por outros servidores ou empregados públicos que exercem a mesma função do candidato recém-ingresso.

Conclui-se que, mesmo com todas essas medidas para assegurar a lisura dos concursos públicos, muitas vezes as pessoas com deficiência acabam prejudicadas por concepções muitas vezes folclóricas e preconceituosas contra elas, o que vai contra o propósito de afirmação da igualdade e da dignidade da pessoa com deficiência¹⁶⁸.

Felizmente, o Poder Judiciário não tem permitido atitudes discriminatórias e que atentem contra a participação de certames públicos, bem como a efetivação do candidato com deficiência nos órgãos e repartições públicas¹⁶⁹.

¹⁶⁷ FONSECA, *op. cit.*, p. 273-275.

¹⁶⁸ Nesse diapasão, opina Carvalho Filho: "Na verdade, não se tem visto, pelo menos até agora, maior preocupação dos órgãos estatais (salvo honrosas exceções) no que se refere ao recrutamento de pessoas portadoras de deficiência. Essa postura omissiva é inconstitucional: ao Poder Público cabe regular e incentivar essa participação, e isso porque, como sabido, trata-se de inegável instrumento de *inclusão social*". In: CARVALHO FILHO, *op. cit.*, p. 606.

¹⁶⁹ É o que se pode ver pela leitura do seguinte acórdão: "ADMINISTRATIVO - CONCURSO PÚBLICO - MÉDICO VETERINÁRIO - ÁREA VIGILÂNCIA AGROPECUÁRIA - CONVOCAÇÃO DE CANDIDATA DEFICIENTE PARA CURSO DE FORMAÇÃO - INOBSERVÂNCIA DA CLASSIFICAÇÃO DOS APROVADOS NO CERTAME E CONSEQÜENTE PRETERIÇÃO DE CANDIDATO COM NOTA FINAL SUPERIOR - INOCORRÊNCIA - NORMAS DO EDITAL OBSERVADAS - CUMPRIMENTO À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE PERCENTUAL DE CARGO PÚBLICO AO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA FÍSICA REGULADA PELA LEI Nº 8.112/90 E PELO DECRETO Nº 3.298/99 - INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO - SEGURANÇA DENEGADA. I - A Constituição Federal, em seu art. 37, inciso VIII assegura aos portadores de deficiência física a reserva de

Há, todavia, muito a melhorar em relação aos concursos públicos, a começar pela questão de acessibilidade para o candidato com deficiência. Nesse contexto, o caso dos surdos é emblemático, pois tendo como primeira língua a de sinais (Libras) e o português como segunda, eles são muito mais habilidosos com aquela do que com esta, sendo estritamente recomendável que durante todo o processo seletivo utilize-se a língua de sinais se assim o requerer o candidato com deficiência auditiva, medida esta prevista na Recomendação n. 1, de 15 de julho de 2010, do Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência (CONADE)¹⁷⁰.

3.4. Atuação do Ministério Público

percentual dos cargos e empregos públicos. A Administração regula a situação através da Lei nº 8.112/90 e do Decreto nº 3.298/99, estabelecendo que serão reservadas até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso, bem como que o número de vagas correspondente à reserva destinada à pessoa portadora de deficiência deve estar inserta no Edital, respectivamente. II - Estatuí o brocardo jurídico: 'o edital é a lei do concurso'. Desta forma, estabelece-se um vínculo entre a Administração e os candidatos, igualmente ao descrito na Lei de Licitações Públicas, já que o escopo principal do certame é propiciar a toda coletividade igualdade de condições no ingresso ao serviço público. Pactuam-se, assim, normas preexistentes entre os dois sujeitos da relação editalícia. De um lado, a Administração. De outro, os candidatos. Com isso, é defeso a qualquer candidato vindicar direito alusivo à quebra das condutas lineares, universais e imparciais adotadas no certame. III - O candidato portador de deficiência física concorre em condições de igualdade com os demais não-portadores, na medida das suas desigualdades. Caso contrário, a garantia de reserva de vagas nos concursos para provimento de cargos públicos aos candidatos deficientes não teria razão de ser. IV - No caso dos autos, a candidata deficiente participou do processo seletivo em efetiva igualdade de condições com todos os demais, na medida em que: foi submetida a todas as etapas do certame, estava sujeita ao alcance de pontuação mínima nas provas objetivas, bem como à aprovação no Curso de Formação, dentre várias outras exigências insertas no Edital. Assim sendo, o item que impõe a participação dos portadores de deficiência em igualdade de condições com os demais candidatos, não pode ser interpretado de maneira absoluta. V - O tratamento relativamente diferenciado, ou por outro lado, a 'preferência' que se dá aos deficientes físicos foi o modo que encontrou o legislador constituinte de minorar o déficit de que são acometidos. A convocação da candidata deficiente para participar do Curso de Formação, ao invés do impetrante, consiste na obediência às normas que regem a situação. VI - Segurança denegada". STJ, 3ª Seção, MS 8.411/DF, rel. Min. Gilson Dipp, j. 12.05.2004, DJ 21.06.2004, p. 160.

¹⁷⁰ A Recomendação estipula várias medidas que facilitarão o pleno acesso do candidato surdo em um concurso público. Prescreve, por exemplo, que "os editais deverão ser disponibilizados e operacionalizados de forma bilíngüe, com vídeo em Língua Brasileira de Sinais – Libras" (artigo 2, item 1); "as provas devem ser aplicadas em Língua Brasileira de Sinais – Libras, com recursos visuais, por meio de vídeo ou de outra tecnologia análoga, conforme as normas técnicas em vigor, disponibilizando, inclusive, intérprete habilitado para permitir o acesso ao conteúdo das provas, sempre que solicitado pelo candidato surdo ou com deficiência auditiva" (artigo 3, item 1); e que se deve "considerar que a pessoa surda educada na língua de sinais, necessariamente sofrerá influências desta na sua produção escrita, tornando necessário o estabelecimento de critérios diferenciados de correção de provas discursivas e de redações, a fim de proporcionar tratamento isonômico aos candidatos surdos. Nesse sentido, deverão ser instituídos critérios que valorizem o aspecto semântico (CONTEÚDO) e sintático em detrimento do aspecto estrutural (FORMA) da linguagem, fazendo-se a distinção entre 'conhecimento' e 'desempenho lingüístico'" (artigo 4, item 2).

Segundo a Constituição da República, o Ministério Público é “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (art. 127, *caput*), tendo entre várias de suas atribuições, a de proteção dos direitos difusos e coletivos de minorias, por meio do inquérito civil e da ação civil pública (art. 129, III, da CRFB/88, c/c art. 6º, VII, “d”, da lei complementar n. 75/93).

A lei n. 7.853/89 foi expressa para dar competências ao Ministério Público na tutela dos interesses das pessoas com deficiência, seja agindo como parte, mormente através do ajuizamento de ações civis públicas (art. 3º, *caput*), seja como *custus legis* em ações coletivas ou individuais em que se discuta interesse relacionado àquela minoria (art. 5º).

Em relação ao direito ao trabalho da pessoa com deficiência, quando for necessária a tutela deste interesse coletivo por intermédio do *Parquet*, é preciso verificar em que órgão jurisdicional poderá eventual ação por ele ajuizada tramitar: se envolver ações oriundas de relações de trabalho, que devem ser julgadas na Justiça do Trabalho (art. 114, I, CRFB/88), o órgão competente é o Ministério Público do Trabalho (art. 83 da LC n. 75/93). Se envolver causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas, que devem ser julgadas na Justiça Federal, incumbe ao Ministério Público Federal defender o interesse dessa minoria (art. 37 da LC 75/93). As demais causas, cuja competência de julgamento não conflite com a de outro órgão do Poder Judiciário, deverão ser patrocinadas ou receber intervenção do Ministério Público Estadual. No Estado do Ceará, há Promotorias Cíveis de defesa da pessoa com deficiência, conforme prevê o artigo 64, §3º, III, da LC estadual n. 72/2008.

O principal instrumento do Ministério Público em defesa do direito ao trabalho das pessoas com deficiência é, inegavelmente, a ação civil pública, na qual atua no polo ativo, sozinho ou em litisconsórcio com associações de e para pessoas com deficiência ou outros interessados, como a Defensoria Pública ou algum ente membro da administração pública direta ou indireta (art. 3º, *caput*, da lei n. 7.853/89). Pelo fato de as associações, em muitos casos, não possuírem assessoria jurídica própria, não raras são as vezes em que o Ministério Público é o autor da petição inicial da ação civil pública. Joaquim Benedito Barbosa Gomes notou esta atuação mais pungente do *Parquet*, listando alguns motivos para que tal ocorra:

Isso decorre de alguns fatores, entre os quais: a) a boa qualificação jurídica dos membros do Ministério Público e o prestígio profissional de que desfrutam na sociedade brasileira; b) a fragilidade financeira e organizacional das associações voltadas à defesa de interesses coletivos e de grupos, ainda bastante incipientes e

rudimentares no Brasil; c) a notável ausência, entre os brasileiros em geral, daquilo que os povos anglo-saxões apropriadamente denominam espírito de *community*, deficiência agravada pela nossa secular tendência a acreditar que deve vir do Estado a solução para todos os problemas sociais¹⁷¹.

Considerando a importância desta instituição, mister tratar de como seus órgãos atuam na tutela dos interesses da minoria em estudo.

O Ministério Público do Trabalho (MPT) trabalha em parceria com outros órgãos e entidades públicos e privados¹⁷². Dentre os órgãos públicos, entendemos que o Ministério do Trabalho seja o mais importante, por meio de suas Superintendências Regionais do Trabalho (SRTE), que lhe enviam relatórios sobre o descumprimento por parte de muitas empresas da política de reserva de vagas instituída pelo artigo 93 da lei n. 8.213/91. Além disso, denúncias de associações e outras entidades do terceiro setor, bem como de cidadãos comuns movidos pelo espírito de defesa dos fundamentos republicanos e de combate ao preconceito e à discriminação também auxiliam o MPT no desempenho de suas funções.

Muitas vezes é necessária maior instrução probante, que se faz por meio do inquérito civil, instaurado pelo membro do MPT, que poderá requisitar de qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou particular, certidões, informações, exame ou perícias, no prazo não inferior a 10 (dez) dias úteis (art. 6º, *caput*, da lei n. 7.853/89). De acordo com Eduardo Henrique Raymundo von Adamovich, o fim precípua do inquérito civil é o de “fundamentar o ajuizamento da ação civil pública, mas pode servir também para chamar o investigado a proceder de acordo com os ditames da lei, dando lugar à formação de termo de ajustamento de conduta [TAC]”¹⁷³, que tem eficácia de título executivo extrajudicial (art. 5º, §6º, da lei n. 7.347/85).

Recebido o relatório da SRTE ou a denúncia da ONG ou do cidadão, em muitos casos uma pessoa com deficiência que foi recusada de participar de processo seletivo de determinada empresa, o procurador do trabalho convocará representante daquela firma para comparecer à Procuradoria Regional do Trabalho. Àquelas empresas em desconformidade

¹⁷¹ GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. Discriminação racial e princípio constitucional da igualdade. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 36, n. 142, abr./jun. 1999, p. 312.

¹⁷² “[...] o Ministério Público do Trabalho atua em parceria com o Ministério do Trabalho e Emprego, por meio da aproximação com empresários, autoridades públicas e organizações não-governamentais envolvidas, visando a alterar o paradigma cultural de exclusão das pessoas com deficiência. Parte-se do pressuposto de que o desconhecimento das capacidades dessas pessoas é o maior obstáculo ao cumprimento da lei”. In: COSTA, *op. cit.*, p. 205.

¹⁷³ ADAMOVICH, Eduardo Henrique Raymundo von. *Sistema da ação civil pública no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005, p. 409-410.

com a lei é oportunizado o firmamento de um TAC¹⁷⁴, cujo inadimplemento gera o direito do MPT de requerer sua execução ante a Justiça Trabalhista.

Se as investigações realizadas e documentos apresentados no curso do inquérito civil mostrarem-se provas robustas, bem como não havendo acordo entre o Ministério Público e a empresa infratora, poderá o procurador do trabalho ajuizar a ação civil pública, requerendo uma obrigação de fazer: a contratação de pessoas com deficiência pela empresa, cumulada ou não com pena pecuniária, isto é, astreintes, cujo valor será remetido ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (FDD – art. 2º, II, do decreto n. 1.306/94).

O procedimento utilizado pelos Ministérios Públicos Federal e Estadual é semelhante ao do Trabalho, mas aplica-se, quanto ao direito ao trabalho da pessoa com deficiência, no contexto da impugnação de cláusulas de edital de concurso público ou em outra fase do provimento de vagas para o setor público, tal como a classificação final dos candidatos.

¹⁷⁴ Sobre a importância de tal instrumento, leciona Francisco Antônio de Oliveira: “O compromisso de ajustamento de conduta não traduz nenhuma transação, uma vez que o legitimado ativamente não abdica de nada, apenas e tão-somente aceita da parte uma espécie de promessa que dali por diante modificará o seu comportamento. Vale dizer que existe um 'reconhecimento implícito da ilegalidade da conduta e promessa de que se adequará à lei'. É, pois, uma carta de intenção, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial. O legitimado ativo da ação civil pública não abre mão e nem poderia abrir mão de qualquer direito para formalizar o ajuste. Apenas, de comum acordo, são concedidos prazo e condições para que o réu possa conduzir-se ao caminho da legalidade, evitando com isso a proposição da ação”. In: OLIVEIRA, Francisco Antônio de. *Da ação civil pública: execução do compromisso de ajustamento de conduta*. Revista do Ministério Público do Trabalho, Ano X. Brasília: LTr, março 2000, p. 73, *apud* MELO, *op.cit.*, p. 168.

4 EFETIVIDADE DA POLÍTICA DE COTAS NO TRABALHO PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

As leis de cotas de trabalho para pessoas com deficiência, como reiteradamente disposto neste estudo, têm sido um dos maiores exemplos de ação afirmativa em favor daquela minoria, a fim de que possam se integrar à sociedade e que o corpo social também conheça os efetivos potenciais dessas pessoas.

Não obstante, como boa parte das políticas afirmativas, a reserva de vagas tem recebido muitas críticas por vários integrantes da sociedade civil, mormente os empresários, seus maiores descumpridores. Além disso, a concepção caritativa em relação às pessoas com deficiência corrobora com um ideário preconceituoso frente tais cidadãos.

Nesse aspecto, nosso estudo pretende analisar a eficácia social da política de cotas para os surdos e outras pessoas com deficiência, para, ao final, sugerir medidas que lhe confirmem maior concretude.

4.1. Das teorias sobre a eficácia social da norma jurídica: problema terminológico

A fim de compreender melhor nossa temática, é necessário fazer um incursão sobre as teorias da eficácia da norma jurídica e seus efeitos na sociedade, a quem é destinada.

Na Teoria Geral do Direito, vários doutrinadores dissertam sobre como se define e se estrutura o Direito, assim como sua manifestação mais clara: a norma jurídica. Miguel Reale, por exemplo, entende que o Direito é tridimensional, possuindo os aspectos normativo, fático e axiológico, os quais se demonstram pelo seguinte:

- a) onde quer que haja um fenômeno jurídico, há sempre e necessariamente um *fato* subjacente (fato econômico, geográfico, demográfico, de ordem técnica etc.); um *valor*, que confere determinada significação a esse fato, inclinando ou determinando a ação dos homens no sentido de atingir ou preservar certa finalidade ou objetivo; e, finalmente, uma *regra* ou *norma*, que representa a relação ou medida que integra um daqueles elementos ao outro, o fato ao valor;
- b) tais elementos ou fatores (*fato*, *valor* e *norma*) não existem separados uns dos outros, mas coexistem numa unidade concreta;
- c) mais ainda, esses elementos ou fatores não só se exigem reciprocamente, mas atuam como elos de um processo (já vimos que o Direito é uma realidade histórico-

cultural) de tal modo que a vida do Direito resulta da interação dinâmica e dialética dos três elementos que a integram¹⁷⁵. (grifos do autor)

Da mesma forma, a teoria tridimensional de Reale aplica-se à norma jurídica, que representa a dialeticidade entre sua base fática e seu objetivo axiológico (valor), que nela se integram e por ela são superados¹⁷⁶.

Prossegue o autor afirmando que, para adquirir obrigatoriedade, a norma deve satisfazer três requisitos de validade, quais sejam: a) validade técnico-formal (vigência); b) validade social (eficácia ou efetividade); e c) validade ética (fundamento)¹⁷⁷.

Nesse contexto, há uma celeuma terminológica e interpretativa em relação à “validade social da norma”, a qual pretendemos esclarecer. Os doutrinadores ligados à Teoria do Direito entendem que a eficácia seria uma abordagem social da norma jurídica, enquanto os estudiosos do Direito Constitucional, encabeçados por Luís Roberto Barroso, genericamente associam a palavra eficácia à aplicabilidade jurídica da norma, enquanto a dita “eficácia social” seria o que chamam de efetividade. A seguir, analisaremos essas correntes, justificando, ao final, nossa filiação à segunda linha de pensamento para fins deste estudo.

Norberto Bobbio assevera que a eficácia é um critério de valoração da norma jurídica, tendo esta “o problema de ser ou não seguida pelas pessoas a quem é dirigida (os chamados destinatários da norma jurídica) e, no caso de violação, ser imposta através de meios coercitivos pela autoridade que a evocou”¹⁷⁸. Avalia o grau de eficácia de uma norma pelo nível de espontaneidade da mesma: quanto menos instrumentos coativos forem necessários para seu cumprimento, maior será sua eficácia¹⁷⁹.

Reale segue raciocínio parecido:

A eficácia se refere, pois, à aplicação ou execução da norma jurídica, ou por outras palavras, é a regra jurídica enquanto momento de conduta humana. A sociedade deve viver o Direito e com tal reconhecê-lo. Reconhecido o Direito é ele incorporado à maneira de ser e de agir da coletividade. [...] A eficácia [...] tem um caráter experimental, porquanto se refere ao cumprimento efetivo do Direito por parte de uma sociedade, ao “reconhecimento” (*Anmerkung*) do Direito pela comunidade, *no plano social*, ou mais particularizadamente, aos efeitos sociais que uma regra suscita através de seu cumprimento¹⁸⁰. (grifos do original)

¹⁷⁵ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 65.

¹⁷⁶ “O certo é que, enquanto que para um adepto do *formalismo jurídico*, a norma jurídica se reduz a uma ‘proposição lógica’, para nós, como para os que se alinham numa compreensão concreta do Direito, a norma jurídica, não obstante a sua estrutura lógica, assinala o ‘momento de integração de uma classe de *atos* segundo uma ordem de *valores*’, e não pode ser compreendida sem referência a esses dois fatores, que ela dialeticamente integra em si e supera”. *Idem*, p. 104.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 105.

¹⁷⁸ BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. 2. Ed. Bauru: EDIPRO, 2003, p. 47.

¹⁷⁹ *Idem*, p. 48.

¹⁸⁰ REALE, *op. cit.*, p. 112, 113 e 114.

Arnaldo Vasconcelos também opina sobre a eficácia da norma, associando-a implicitamente, para nós, ao valor da justiça bobbio ou de validade ética de Reale:

Essa é a instância de validade social. Da norma que é realmente observada pelo grupo comunitário, diz-se que tem eficácia. Isso significa afirmar que, de fato, a norma desempenha satisfatoriamente sua função social, qual seja manter a ordem e distribuir a justiça.

O que se espera da eficácia é o resultado, que se mede pela constância com que a norma é seguida e realizada. E isso, já mostrara Del Vecchio, não se consegue sem a colaboração ativa de todos os componentes do corpo social. Nessa participação, pressupõe-se a existência de firme sentimento jurídico, que leve à convicção da obrigatoriedade do preceito normativo. E aí se descobre como *a eficácia se encontra indissoluvelmente ligada às ideias de utilidade e de justiça*¹⁸¹. (grifos nossos)

Como se vê, no que concerne à estrutura da norma jurídica, a questão da eficácia social é premente, pois sem a receptividade da mesma pela população, mesmo que a norma possua fundamento ético louvável e tenha respeitado todos os trâmites e competências legislativos (validade técnico-formal ou vigência), será letra morta. Daí a necessidade de que o Poder Público utilize sanções para que a sociedade, mesmo a contragosto, cumpra seus dispositivos.

Na seara constitucional, à questão da eficácia é dada grande importância, mas sob diferentes aspectos. Um dos primeiros a abordar sobre o tema foi José Afonso da Silva, que entende que a eficácia do Direito, e, por conseguinte, da norma jurídica, deve ser vista através dos prismas social e jurídico, da seguinte forma:

*A eficácia social designa uma efetiva conduta acorde com a prevista pela norma; refere-se ao fato de que a norma é realmente obedecida e aplicada; nesse sentido, a eficácia da norma diz respeito, como diz Kelsen, ao “fato real de que ela é efetivamente aplicada e seguida, da circunstância de uma conduta humana conforme à norma se verificar na ordem dos fatos”. É o que tecnicamente se chama *efetividade* da norma. *Eficácia* é a capacidade de atingir objetivos previamente fixados como metas. Tratando-se de normas jurídicas, a eficácia consiste na capacidade de atingir os objetivos nela traduzidos, que vêm a ser, em última análise, realizar os ditames jurídicos objetivados pelo legislador. Por isso é que se diz que a *eficácia jurídica da norma designa a qualidade de produzir em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos de que cogita*; nesse sentido, a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica. O alcance dos objetivos da norma constitui a efetividade. Esta é, portanto, a medida da extensão em que o objetivo é alcançado, relacionando-se ao produto final. Por isso é que, tratando de normas jurídicas, se fala em eficácia social em relação à efetividade, porque o produto final objetivado pela norma se consubstancia no controle social que ela pretende, enquanto a eficácia jurídica é apenas a possibilidade de que isso venha a acontecer.*

Os dois sentidos da palavra *eficácia*, acima apontados, são, pois, diversos. Uma norma pode ter eficácia jurídica sem ser socialmente eficaz, isto é, pode gerar efeitos jurídicos, como, por exemplo, o de revogar normas anteriores, e não ser

¹⁸¹ VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da Norma Jurídica*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 228-229.

efetivamente cumprida no plano social. Mas percebe-se que, apesar disso, os sentidos são conexos, [...] ¹⁸². (grifos em itálico do original. Sublinhamos)

Silva acaba por demonstrar que o fenômeno da eficácia tem duplo caráter: o social, já exposto pelos autores citados anteriormente, mas também o jurídico: sua aplicação no direito, produzindo efeitos jurídicos. É por isso que os constitucionalistas abordam a ideia de eficácia social como “efetividade” e quando utilizam somente a palavra “eficácia”, referem-se ao seu meandro jurídico, voltado mais ao legislador e ao Poder Público.

Luís Roberto Barroso pretendeu implantar uma doutrina da efetividade, em que esta seria o quarto elemento da norma jurídica:

Tradicionalmente, a doutrina analisa os atos jurídicos em geral, e os atos normativos em particular, em três planos distintos: o da existência (ou vigência), o da validade e o da eficácia ¹⁸³. As anotações que se seguem têm por objeto um quarto plano, que por longo tempo fora negligenciado: o da efetividade ou eficácia social da norma. A idéia de efetividade expressa o cumprimento da norma, o fato real de ela ser aplicada e observada, de uma conduta humana se verificar na conformidade de seu conteúdo. Efetividade, em suma, significa a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social ¹⁸⁴. (grifos do autor)

Por fim, ainda tratando da eficácia social/efetividade da norma, impende mencionar a opinião de Ingo Wolfgang Sarlet, com base em Eros Roberto Grau:

[...] Eros Roberto Grau [...] propõe uma revisão e reformulação da noção de eficácia e efetividade à luz da Constituição de 1988, partindo do pressuposto de que a decisão pela aplicação do Direito no caso concreto constitui, na verdade, uma decisão pela sua execução, isto é, pela sua efetivação. Para além dessa constatação, o referido autor tende a se afastar dos posicionamentos tradicionais adotados entre nós, quando advoga o ponto de vista de que a eficácia social (para utilizar a expressão habitual) não se situa no plano da aplicação da norma (como leciona José Afonso da Silva), mas que se manifesta - ou não - após o momento da aplicação, já que nada garante que as decisões - normas individuais de conduta - tomadas pelo Judiciário (como instância primordialmente incumbida do poder-dever de realizar o Direito, aplicando-o aos casos concretos) sejam efetivamente cumpridas pelos seus destinatários, tampouco garantindo que sejam realizados os fins buscados por elas.

À luz destas considerações, há como sustentar a íntima vinculação entre as noções de eficácia jurídica e social (efetividade), a primeira constituindo pressuposto da segunda, sem que, por outro lado, se possam desconsiderar as evidentes distinções entre uma e outra.

¹⁸² SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 65-66.

¹⁸³ Para Barroso, existência ou vigência ocorre quando no ato jurídico “estão presentes os elementos constitutivos definidos pela lei como causa eficiente de sua incidência”, que podem ser elementos comuns (como agente, objeto e forma) ou específicos daquele ato. Prossegue o autor dizendo que “se, além disto, estiverem presentes os requisitos competência, forma adequada e licitude-possibilidade, o ato, que já existe, será também *válido*”. Por fim, entende o professor carioca que “a eficácia dos atos jurídicos consiste na sua aptidão para a produção de efeitos, para a irradiação das conseqüências que lhe são próprias. Eficaz é o ato idôneo para atingir a finalidade para a qual foi gerado”. In: BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 79-81.

¹⁸⁴ *Idem*, p. 290.

[...] podemos definir a eficácia jurídica como a possibilidade (no sentido de aptidão) de a norma vigente (juridicamente existente) ser aplicada aos casos concretos e de – na medida de sua aplicabilidade – gerar efeitos jurídicos, ao passo que a eficácia social (ou efetividade) pode ser considerada como englobando tanto a decisão pela efetiva aplicação da norma (juridicamente eficaz), quanto o resultado concreto decorrente – ou não – desta aplicação. [...] Na verdade, o que não se pode esquecer é que o problema da eficácia do Direito engloba tanto a eficácia jurídica, quanto a social. Ambas – a exemplo do que ocorre com a eficácia e a aplicabilidade – constituem aspectos diversos do mesmo fenômeno, já que situados em planos distintos (o do dever-ser e o do ser), mas que se encontram intimamente ligados entre si, na medida em que ambos servem e são indispensáveis à realização integral do Direito¹⁸⁵.

Por todo o exposto, percebemos, considerando o entendimento dos constitucionalistas neste Brasil pós-88, que quando se fala em eficácia da norma jurídica, é imprescindível que a analisemos em seu duplo aspecto: jurídico e social, em que este tem sido pouco estudado, a despeito de sua enorme importância.

Ao longo deste capítulo, pretendemos demonstrar que, quanto à eficácia jurídica, a lei de reserva de vagas para pessoas com deficiência é plenamente aplicável, executável. Por outro lado, temos constatado que sua eficácia social (efetividade) ainda é incipiente em nosso país, em que, infelizmente, ainda persiste uma visão preconcebida e preconceituosa quanto a essa minoria e suas capacidades de exercer um trabalho e estar plenamente incluída no seio da sociedade. Antes, todavia, importa analisar por que cremos que a lei de cotas possui eficácia plena, na terminologia de Silva¹⁸⁶.

4.2. Da eficácia e da aplicabilidade das normas constitucionais

Em sua já tradicional obra “Aplicabilidade das normas constitucionais”, Silva classifica o ordenamento constitucional em normas de eficácia plena, contida e limitada.

Normas de eficácia plena são “aquelas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem, ou têm a possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular”¹⁸⁷. Sobre suas condições de aplicabilidade, o autor disserta:

As normas de eficácia plena incidem diretamente sobre os interesses a que o constituinte quis dar expressão normativa. São de *aplicabilidade imediata*, porque dotadas de todos os meios e elementos necessários à sua executoriedade. No dizer

¹⁸⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 249-250.

¹⁸⁶ Doravante, tratar-se-á da eficácia jurídica apenas pelo termo “eficácia” e da eficácia social por “efetividade”.

¹⁸⁷ SILVA, *op. cit.*, 2002, p. 101.

clássico, são auto-aplicáveis. As condições gerais para essa aplicabilidade são a existência apenas do aparato jurisdicional, o que significa: aplicam-se só pelo fato de serem normas jurídicas, que pressupõem, no caso, a existência do Estado e de seus órgãos¹⁸⁸. (grifos do autor)

São exemplos de normas de eficácia plena em nossa Constituição o artigo 76, *caput* (“O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado”) e o artigo 17, §4º (“É vedada a utilização pelos partidos políticos de organização paramilitar”).

Prossegue o autor na conceituação das normas constitucionais, tratando sobre as de eficácia contida:

Normas de eficácia contida, portanto, são aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais enunciados.

[...] são elas normas de aplicabilidade imediata e direta. Tendo eficácia independente da interferência do legislador ordinário, sua aplicabilidade não fica condicionada a uma normação ulterior, mas fica dependente dos limites (daí: eficácia contida) que ulteriormente se lhe estabeleçam mediante lei, ou de que as circunstâncias restritivas, constitucionalmente admitidas, ocorram (atuação do Poder Público para manter a ordem, a segurança pública, a defesa nacional, a integridade nacional etc., na forma permitida pelo direito objetivo)¹⁸⁹.

Como exemplo de normas de eficácia contida, temos o artigo 5º, XXIV (desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou interesse social – a por utilidade pública está regulada pelo decreto-lei n. 3.365/41).

O mais tormentoso tipo de normas constitucionais, no entanto, é o das de eficácia limitada, que são aquelas que

[...] não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado. [...] as normas de eficácia limitada são de aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, porque somente incidem totalmente sobre esses interesses após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva a eficácia, conquanto tenham uma incidência reduzida e surtam outros efeitos não-essenciais, ou, melhor, não dirigidos aos valores-fins da norma, mas apenas a certos valores-meios e condicionantes, [...] ¹⁹⁰.

Em suma, assevera Silva que as normas de eficácia limitada precisam de complementação posterior pelo legislador infraconstitucional para que atinjam eficácia plena. São seus subtipos, na visão do professor paulista, as normas programáticas e as normas de legislação, em que aquelas instituem projetos, programas ético-sociais para que sejam

¹⁸⁸ SILVA, *op. cit.*, 2002, p. 101-102.

¹⁸⁹ *Idem*, 2002, p. 116.

¹⁹⁰ *Ibidem*, 2002, p. 82-83.

desenvolvidos na sociedade: seu exemplo clássico são os direitos sociais insculpidos no artigo 6º da Constituição, tais como os direitos ao trabalho, à saúde, à educação e à moradia. As normas de legislação (ou normas de princípio institutivo) são aquelas que necessitam de lei integrativa para atingir plena aplicabilidade, podendo ser impositivas, como as dispostas nos artigos 90, §2º e 111, §3º¹⁹¹, ou facultativas/permisivas, a exemplo das descritas nos artigos 125, §3º e 25, §3º¹⁹².

4.3. Da eficácia das normas programáticas sobre direitos sociais

Para nós, as normas constitucionais programáticas trazem em si o estigma de pouca aplicabilidade outrora atribuído ao próprio Direito Constitucional, modernamente instaurado pela Constituição dos Estados Unidos da América, tendo em vista a clara “insinceridade normativa”¹⁹³ do constituinte estadunidense, que falava em nome do povo, mas representava os anseios de ricos aristocratas, grandes proprietários e influentes estadistas, excluindo os cidadãos comuns, dentre eles os escravos, sobre cujo trabalho assentou-se e estruturou-se muito do regime “democrático” das nações estadunidense e brasileira.

Nesse diapasão, Karl Loewenstein elabora uma classificação ontológica das Constituições, que, para ele, podem ser normativas (aquelas que não são apenas juridicamente válidas, mas que estão, muito além disso, vivamente integradas na sociedade), semânticas (aquelas que apenas formalizam o poder político da minoria detentora do poder de fato e de coação estatal) ou nominais (aquelas em que há desarmonia entre as aspirações constitucionais e a realidade socioeconômica, o que dificulta a execução dos preceitos da Lei Fundamental)¹⁹⁴.

Barroso, utilizando a proposta ontológica acima, classifica as Constituições brasileiras da seguinte forma:

¹⁹¹ O Conselho da República, previsto no artigo 90, §2º, foi regulamentado pela lei n. 8.041/90. A competência do TST, requerida pelo artigo 111, §3º, da Lei Maior, foi definida por meio da lei n. 7.701/88.

¹⁹² O Tribunal de Justiça Militar, criado nos Estados cujo efetivo militar seja superior a vinte mil integrantes, por proposta do Tribunal de Justiça, só existe nos Estados de São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul. Quanto à possibilidade de criação, mediante lei complementar, de regiões metropolitanas (artigo 25, §3º), muitos dos Estados já se utilizaram dessa faculdade, como o Ceará, cuja Região Metropolitana de Fortaleza, criada pela LC Federal n. 14/73, foi aumentada por meio da LC Estadual 18/99.

¹⁹³ Termo utilizado por Barroso. In: *op. cit.*, p 59 e ss.

¹⁹⁴ In: LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1965, *apud* BARROSO, *op. cit.*, p. 64.

Na República, as Constituições de 1891, 1934 e 1946 foram nominais. As Cartas de 1937, 1967 e 1969 foram semânticas. Quando da entrada em vigor da Constituição de 1988, já havíamos percorrido os ciclos do atraso. Apresentou-se o desafio de consolidar, então, uma Constituição normativa, não apenas válida e vigente, na sua roupagem formal, mas real e efetiva, harmonizada com a História¹⁹⁵.

O que pretendemos mostrar por esse breve incurso da história constitucional brasileira é que a ideia de Constituição como mera carta de intenções, espera-se, já foi superada graças às teorias que demonstram sua supremacia (cujo paladino foi Hans Kelsen), bem como sua força normativa¹⁹⁶ e vinculante (defendida por Konrad Hesse). Muito embora nos estudos de Teoria Constitucional defendamos a plena eficácia de nossa Carta Política, inclusive dos direitos fundamentais nela dispostos, alguns de seus preceitos ainda possuem esse ranço de “meras intenções”: as normas programáticas.

As normas programáticas, segundo Silva, têm origem no embate entre o liberalismo e o intervencionismo de cunho social, cujos princípios de direitos econômicos e sociais acabaram por formar o conteúdo social das constituições - “Constituições dirigentes”, na acepção de José Joaquim Gomes Canotilho¹⁹⁷ –, que passaram a definir “fins e programas de ação futura no sentido de uma orientação social democrática”, dispostos no que se convencionou chamar de normas programáticas, cujo enunciado, no entanto, “assumi, muitas vezes, grande imprecisão, comprometendo sua eficácia e aplicabilidade imediata, por requerer providências ulteriores para incidir concretamente”¹⁹⁸.

Nesse contexto, deve-se lembrar que a Constituição de 1988 conferiu aos direitos fundamentais eficácia imediata em seu artigo 5º, §1º. Muitos doutrinadores entenderam, todavia, que não se poderia incluir nesse rol de direitos fundamentais os direitos sociais, muitos de cunho programático penderes de regulamentação posterior e que, portanto, seguindo a classificação de Silva, seriam normas de eficácia limitada. A aplicabilidade imediata só deveria ser conferida aos direitos e garantias individuais e coletivos. Posicionamo-nos, todavia, contrários a tais argumentos, seguindo a doutrina de Sarlet:

¹⁹⁵ BARROSO, *op. cit.*, p. 65.

¹⁹⁶ “A força normativa da constituição visa exprimir, muito simplesmente, que a constituição sendo uma *lei como lei deve ser aplicada*. Afasta-se a tese generalizadamente aceite nos fins do século XIX e nas primeiras décadas do século XX que atribuía à constituição um ‘valor declaratório’, ‘uma natureza de simples direcção política’, um carácter programático despido da força jurídica actual caracterizadora das verdadeiras leis”. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almeida, 2003, p. 1150.

¹⁹⁷ Constituição dirigente “é entendida como bloco de normas constitucionais em que se definem fins e tarefas do Estado, se estabelecem directivas e estatuem imposições. A constituição dirigente aproxima-se, pois, da noção da constituição programática”. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 224.

¹⁹⁸ SILVA *op. cit.*, 2002, p. 136-137.

Em que pese a circunstância de que situação topográfica do dispositivo poderia sugerir uma aplicação da norma contida no art. 5º, §1º, da CF apenas aos direitos individuais e coletivos (a exemplo do que ocorre com o §2º do mesmo artigo), o fato é que este argumento não corresponde à expressão literal do dispositivo, que utiliza a formulação genérica “direitos e garantias fundamentais”, tal como consignada na epígrafe do Título II de nossa *Lex Suprema*, revelando que, mesmo em se procedendo a uma interpretação meramente literal, não há como sustentar uma redução do âmbito de aplicação da norma a qualquer das categorias específicas de direitos fundamentais, consagradas em nossa Constituição, nem mesmo aos – como já visto, equivocadamente designados – direitos individuais e coletivos do art. 5º. [...]

Se, todavia, optarmos por não nos contentar com a argumentação embasada numa interpretação cingida à letra do texto constitucional, verificaremos que também uma interpretação sistemática e teleológica conduzirá aos mesmos resultados. Neste sentido, percebe-se, desde logo, que o Constituinte não pretendeu, com certeza, excluir do âmbito do art. 5º, §1º, de nossa Carta, os direitos políticos, de nacionalidade e os direitos sociais, cuja fundamentabilidade – pelo menos no sentido formal – parece inquestionável. [...] A toda evidência, a nossa Constituição não estabeleceu distinção desta natureza entre os direitos de liberdade e os direitos sociais, encontrando-se todas as categorias de direitos fundamentais sujeitas, em princípio, ao mesmo regime jurídico¹⁹⁹.

Mesmo considerando essas assertivas, a problemática persiste. Pretendendo aclarar o tema, Barroso classifica os direitos sociais em três grupos: a) aqueles que “geram situações prontamente desfrutáveis, dependentes apenas de uma abstenção”, como o direito à greve (art. 9º, da CRFB/88); b) aqueles que “ensejam a exigibilidade de prestações positivas do Estado”, a exemplo do direito à proteção da saúde (art. 196, da CRFB/88); e c) aqueles que “contemplam interesses cuja realização depende de edição de norma infraconstitucional integradora”, como o direito à proteção do trabalhador em face da automação (art. 7º, XXVII, da CRFB/88)²⁰⁰. Consideramos que a maioria dos direitos sociais previstos em nossa Constituição enquadra-se nos segundo e terceiro tipos descritos.

É preciso lembrar, no entanto, que qualquer que seja o tipo de direito social ou norma programática, seu desrespeito enseja controle de constitucionalidade, como assevera Canotilho:

O Poder Legislativo não pode emanar leis contra estes direitos e, por outro lado, está vinculado à adoção das medidas necessárias à sua concretização; ao Poder Judiciário está vedado, seja através de elementos processuais, seja nas próprias decisões judiciais, prejudicar a consistência de tais direitos; ao poder executivo impõe-se, tal como ao legislativo, actuar de forma a proteger e impulsionar a realização concreta dos mesmos direitos²⁰¹.

¹⁹⁹ SARLET, *op. cit.*, 2007, p. 274-275.

²⁰⁰ BARROSO, *op. cit.*, p. 104-108. Entendemos que o direito ao trabalho da pessoa com deficiência, previsto nos artigos 7º, XXXI e 37, VIII, enquadra-se nesse terceiro tipo de direitos sociais, posto que, para alcançar sua eficácia plena, depende de regulamentação infraconstitucional ulterior.

²⁰¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional* [edição esgotada] *apud* SILVA, *op. cit.*, 2002, p. 160.

Nesse sentido, o propósito dos direitos sociais, – que possuem estreita vinculação ao princípio da igualdade em sua faceta real, ativa – como normas programáticas, é realizar a justiça social, fim expressamente colimado nos artigos 170 e 193 da Lei Maior de 1988, mas que é claramente desrespeitado na sociedade brasileira, quando de um lado, o Poder Público alega a reserva do possível e, de outro, o particular defende incessantemente seus direitos individuais de liberdade, esquecendo-se que um dos objetivos da República brasileira é “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (art. 3º, I)²⁰².

Vale discorrer, neste momento, sobre o direito social ao trabalho (art. 6º), cuja valorização é fundamento da ordem econômica, que incentiva a busca do pleno emprego (art. 170, *caput* e VIII), sendo também um primado da ordem social brasileira (art. 193). Seguindo a trilha que estamos percorrendo, o direito ao trabalho é direito fundamental social, plenamente eficaz e aplicável. Por que, então, tem-se buscado cada vez mais a sua relativização, ou melhor a sua adaptação ao modelo neoliberal de mercado?

Fernando Basto Ferraz entende que os direitos sociais, dentre eles o trabalho, são conquistas “resultantes da força representada pelas pressões de setores sociais populares, de grupos de trabalhadores organizados”, mas alerta:

Sua ascensão a nível constitucional tem dificultado a ação daqueles setores dominantes da sociedade, historicamente bem representados no parlamento brasileiro, que aproveitam os momentos de crise e do desemprego crescente, defendendo a necessidade de adoção da tese de reverter este quadro suprimindo da nossa Carta Magna os direitos sociais, sobretudo os trabalhistas.

[...] Para tornar o Brasil mais competitivo e atraente ao capital externo há quem defenda ser necessário ‘desengessar’ ou flexibilizar as leis trabalhistas, uma vez que estas, em sua maioria, se encontram na Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, datada de 1943, portanto, ultrapassada. Sob esta ótica, novas leis trabalhistas estão sendo incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro, para fazer frente ao chamado “custo Brasil” e à rigidez detalhista da legislação brasileira²⁰³.

Sobre esse fenômeno de flexibilização das regras trabalhistas, principalmente em relação ao emprego formal, dissertam Marcos Francisco Reimann e Márcia de Melo Martins Kuyumjian:

Outro sintoma do esvaziamento do emprego como referência fundamental nas relações sociais fica visível com a crescente introdução dos contratos atípicos ou alternativos de trabalho. São modalidades que pretendem representar fórmulas de relações trabalhistas mais adaptadas às novas circunstâncias. O que inicialmente era simplesmente uma busca de flexibilização do contrato tradicional evoluiu e obteve como resposta dos governantes a oferta de novas alternativas a empregados e empregadores. [...]

²⁰² Rebatemos esses argumentos no tópico final deste capítulo.

²⁰³ FERRAZ, Fernando Basto. *Terceirização e demais formas de flexibilização do trabalho*. São Paulo: LTr, 2006, p. 28-29.

[...] Podemos visualizar, nesses novos contratos, uma tentativa de responder aos desafios da pós-modernidade; uma forma de responder à aceleração das mudanças com a aceleração das trocas de parceiros e com a redução dos custos dessas trocas²⁰⁴.

Necessário dizer, nesta toada, que os direitos trabalhistas, como direitos sociais fundamentais não somente são plenamente eficazes e aplicáveis, como também são cláusulas pétreas (art. 60, §4º, IV, da CRFB/88), não podendo o Estado brasileiro curvar-se passivamente ante as exigências do mercado. Frise-se: o direito ao trabalho e ao pleno emprego são valores fundamentais à ordem econômica (art. 170, da CRFB/88) e à própria República Federativa do Brasil (art. 1º, IV, da CRFB/88).

É em decorrência de todas essas prerrogativas que o Direito do Trabalho é o principal instrumento de eficácia do direito ao trabalho. Este ramo da ciência jurídica tem por uma de suas principais características o cunho intervencionista, em favor do trabalhador, manifestado em princípios trabalhistas como o da primazia da realidade e o do “*in dubio pro operario*”. Daí que, muito antes da recepção da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais pelo ordenamento constitucional brasileiro, o Direito do Trabalho já se valia em favor dos trabalhadores hipossuficientes²⁰⁵.

Feito todo este incurso sobre a eficácia das normas jurídicas, cumpre iniciarmos a abordagem do tema principal deste trabalho.

4.4. Eficácia da política de reserva de vagas para pessoas com deficiência

A concretização da eficácia e da aplicabilidade das normas constitucionais programáticas ainda provoca grande celeuma doutrinária, mas algo parece unânime: quando o legislador infraconstitucional cumpre as determinações do constituinte mediante a criação de

²⁰⁴ REIMANN, Marcos Francisco; KUYUMJIAN, Márcia de Melo Martins. Direito humano e direito social: para onde vai o trabalho? *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 38, n. 150, abr./jun. 2001, p. 149-150. Ferraz opina sobre o tema: “Consideramos a flexibilização do trabalho a adequação das normas trabalhistas às exigências econômicas do mundo globalizado, que culmina com a precarização da relação formal de emprego”. In: FERRAZ, *op. cit.*, 2006, p. 18.

²⁰⁵ Tanto é verdade que Daniel Sarmiento, em estudos sobre a eficácia horizontal dos direitos sociais, nem chegou a abordar os direitos trabalhistas ao afirmar que “não estamos cuidando aqui da *vinculação dos particulares aos direitos trabalhistas*, já que tal questão não provoca maiores dúvidas ou controvérsias, na medida em que tais direitos foram concebidos exatamente para incidir sobre relações privadas entre trabalhadores e empregadores” (grifamos). In: SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 288.

uma lei integradora, a norma constitucional atinge sua eficácia plena²⁰⁶. Pois bem: o caso do direito ao trabalho das pessoas com deficiência é demonstração clara do alcance, ao menos jurídico, dessa eficácia.

Como reiteradamente dissemos, a Carta Cidadã de 1988 demonstrou que a realização, e não a mera afirmação, do direito à igualdade é imperiosa, estabelecendo a ação afirmativa de reserva de vagas para pessoas com deficiência, tanto na iniciativa privada, como em quaisquer das esferas do Poder Público, de acordo com a leitura dos artigos 7º, XXXI e 37, VIII.

No ano seguinte à promulgação da Constituição vigente, o Congresso apresentou uma das primeiras leis em defesa dos direitos das pessoas com deficiência: a lei n. 7.853/89, que estabeleceu medidas para o pleno exercício dos direitos básicos dessa minoria, dentre os quais o direito ao trabalho (art. 2º, *caput*), já prevendo a necessidade de adoção de legislação específica que disciplinasse sobre a reserva de mercado de trabalho para pessoas com deficiência nas entidades da Administração Pública e do setor privado (art. 2º, parágrafo único, III, “d”). Aqui, entretanto, ainda se vislumbra um caráter programático da inclusão laboral das pessoas com deficiência.

Em 1990, a primeira instituição de cotas de trabalho em favor desses cidadãos com necessidades especiais foi realizada pela lei n. 8.112/90, o Estatuto dos servidores públicos civis da União, destinando até 20% das vagas de concursos públicos para esse grupo específico de candidatos (art. 5º, §2º). No ano subsequente, a Lei dos Planos de Benefícios da Seguridade Social (lei n. 8.213/91), em seu artigo 93, estabeleceu cotas de 2% a 5% para pessoas com deficiência em empresas com mais de cem empregados.

Como estudado no capítulo primeiro deste trabalho, a categoria “pessoas com deficiência” engloba 14,5% da população brasileira, havendo inúmeros tipos de deficiência, com os mais variados graus de manifestação, além de outras “condições de saúde” que alguns entendem ser deficiência, o que criou (e ainda cria) grande confusão em saber, para fins de reserva de vagas nos concursos públicos e no mercado formal de trabalho, quais pessoas poderiam ser consideradas “portadoras de deficiência”, seguindo a terminologia utilizada no texto constitucional.

²⁰⁶ “[...] quando a lei é criada, a norma deixa de ser programática, porque a lei lhe deu concreção prática – desde que, realmente, a lei o tenha feito, pois pode acontecer que a lei é igualmente tão abstrata que, no fundo, não muda nada. Mas não é a lei que cria as situações jurídicas subjetivas, pois estas encontram seu fundamento na própria norma constitucional que as estabelece”. In: SILVA, *op. cit.*, 2002, p. 148.

Foi com a chegada dos decretos executivos n. 3.098/99 e 3.298/99, que regulamentam, respectivamente, as leis n. 8.213/91 e 7.853/89, que foi possível delimitar, no entendimento do Poder Executivo Federal, quais são os indivíduos que têm o direito a reserva de vagas em certames públicos e em seleções em empresas, participando na categoria “pessoas com deficiência”. Além disso, esses decretos pormenorizaram medidas positivas (ações afirmativas) a serem empregadas quando da aplicação da política de cotas.

Nos anos posteriores, essa ação afirmativa foi sendo efetivada paulatinamente, muitas vezes com as importantíssimas intervenções do Ministério Público, dos Ministérios do Trabalho e Emprego e da Previdência Social e do Poder Judiciário, desde o primeiro grau de jurisdição até a Suprema Corte.

Mais recentemente, todas essas medidas positivas foram reforçadas pela recepção no ordenamento jurídico brasileiro da Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência, primeira convenção de direitos humanos do século XXI, aprovada na Assembleia Geral das Nações Unidas em 13 de dezembro de 2006. Sua particularidade foi ser também o primeiro tratado internacional de direitos humanos a ser aprovado com *status* de emenda constitucional, por meio do decreto legislativo n. 186/2008, nos termos do §3º do artigo 5º da Constituição, acrescentado pela EC n. 45/04. Além disso, a Presidência da República, por meio do decreto n. 6.949/09 promulgou o texto da convenção.

Na doutrina de Flávia Piovesan, os tratados de direitos humanos aprovados após a edição da EC n. 45/04 com quórum qualificado de três quintos dos membros de cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, são formal e materialmente constitucionais, não podendo ser denunciados como os demais tratados e, por serem de direitos humanos, tornam-se cláusula pétrea, nos termos do artigo 60, §4º, IV, da Carta Magna brasileira, não sendo passíveis de abolição, nem por meio de emenda constitucional²⁰⁷. Conclui, ainda, a autora:

Diversamente dos tratados materialmente constitucionais, os tratados material e formalmente constitucionais não podem ser objeto de denúncia. Isto porque os direitos neles enunciados receberam assento no Texto Constitucional, não apenas pela matéria que veiculam, mas pelo *grau de legitimidade popular* contemplado pelo especial e dificultoso processo de sua aprovação, [...]. Ora, se tais direitos internacionais passaram a compor o quadro constitucional, não só no campo material, mas também no formal, *não há como admitir que um ato isolado e solitário do Poder Executivo subtraia tais direitos do patrimônio popular* – ainda que a possibilidade de denúncia esteja prevista nos próprios tratados de direitos humanos ratificados, como já apontado. É como se o Estado houvesse renunciado a

²⁰⁷ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 76 e 77.

essa prerrogativa de denúncia, em virtude da “constitucionalização formal” do tratado no âmbito jurídico interno²⁰⁸. (grifamos)

Não é possível ainda mensurar o impacto futuro da recepção da Convenção em relação a todos os agentes, públicos ou privados, envolvidos com a inclusão das pessoas com deficiência, considerando esse valioso instrumento em favor dessa minoria, que discute sobre vários dos seus direitos, inclusive o ao trabalho, nos seguintes termos:

Artigo 27 - Trabalho e emprego

1. Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência ao trabalho, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. Esse direito abrange o direito à oportunidade de se manter com um trabalho de sua livre escolha ou aceitação no mercado laboral, em ambiente de trabalho que seja aberto, inclusivo e acessível a pessoas com deficiência. Os Estados Partes salvaguardarão e promoverão a realização do direito ao trabalho, inclusive daqueles que tiverem adquirido uma deficiência no emprego, adotando medidas apropriadas, incluídas na legislação, com o fim de, entre outros:

a) Proibir a discriminação baseada na deficiência com respeito a todas as questões relacionadas com as formas de emprego, inclusive condições de recrutamento, contratação e admissão, permanência no emprego, ascensão profissional e condições seguras e salubres de trabalho;

b) Proteger os direitos das pessoas com deficiência, em condições de igualdade com as demais pessoas, às condições justas e favoráveis de trabalho, incluindo iguais oportunidades e igual remuneração por trabalho de igual valor, condições seguras e salubres de trabalho, além de reparação de injustiças e proteção contra o assédio no trabalho;

c) Assegurar que as pessoas com deficiência possam exercer seus direitos trabalhistas e sindicais, em condições de igualdade com as demais pessoas;

d) Possibilitar às pessoas com deficiência o acesso efetivo a programas de orientação técnica e profissional e a serviços de colocação no trabalho e de treinamento profissional e continuado;

e) Promover oportunidades de emprego e ascensão profissional para pessoas com deficiência no mercado de trabalho, bem como assistência na procura, obtenção e manutenção do emprego e no retorno ao emprego;

f) Promover oportunidades de trabalho autônomo, empreendedorismo, desenvolvimento de cooperativas e estabelecimento de negócio próprio;

g) Empregar pessoas com deficiência no setor público;

h) Promover o emprego de pessoas com deficiência no setor privado, mediante políticas e medidas apropriadas, que poderão incluir programas de ação afirmativa, incentivos e outras medidas;

i) Assegurar que adaptações razoáveis sejam feitas para pessoas com deficiência no local de trabalho;

j) Promover a aquisição de experiência de trabalho por pessoas com deficiência no mercado aberto de trabalho;

k) Promover reabilitação profissional, manutenção do emprego e programas de retorno ao trabalho para pessoas com deficiência.

2. Os Estados Partes assegurarão que as pessoas com deficiência não serão mantidas em escravidão ou servidão e que serão protegidas, em igualdade de condições com as demais pessoas, contra o trabalho forçado ou compulsório.

²⁰⁸ PIOVESAN, *op. cit.*, p. 79.

Associando os preceitos da Convenção aos já dispostos na Constituição da República, bem como nas leis, decretos e outros atos normativos²⁰⁹, e ainda em outros tratados de direitos humanos²¹⁰ (materialmente constitucionais, na acepção de Piovesan), além dos instrumentos administrativos²¹¹, e judiciais²¹² cabíveis, podemos dizer: a política de reserva de vagas para pessoas com deficiência é norma de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral.

4.5. Efetividade da política de reserva de vagas para pessoas com deficiência

Considerando todo o exposto nos itens anteriores, questiona-se por que ainda há tanta relutância no reconhecimento dos direitos das pessoas com deficiência perante a sociedade, especialmente de sua inclusão no meio laboral. Aqui, introduz-se a problemática da efetividade (eficácia social) da política afirmativa de reserva de vagas.

4.5.1. Críticas e alternativas à reserva de mercado para pessoas com deficiência propostas pelo empresariado

A política afirmativa de reserva de vagas, como medida única para integrar trabalhadores com deficiência na iniciativa privada, tem sido bastante criticada pelo empresariado e por muitos doutrinadores da ciência jurídica. Nessa perspectiva, comenta José Pastore:

Os sistemas de cotas seduziram os governantes que superestimaram o poder da lei. A realidade mostra, porém, que o impacto positivo dos sistemas de cotas, em si, é reduzido (Momm, 1998). A simples imposição de uma obrigatoriedade não garante

²⁰⁹ A exemplo da Instrução Normativa n. 20/01 do MTE, que dispõe sobre procedimentos a serem adotados pelos Agentes Fiscais do Trabalho no exercício da atividade de fiscalização do trabalho das pessoas com deficiência.

²¹⁰ São exemplos de normas internacionais aplicáveis ao direito das pessoas com deficiência: Convenção n. 111, de 1958 (trata sobre a discriminação em matéria de emprego e profissão), recepcionada pelo decreto n. 62.150/68 e Convenção n. 159 (Convenção sobre a reabilitação profissional e emprego de pessoas deficientes), ratificada pelo decreto n. 129/91, ambas da OIT; Pacto internacional dos direitos econômicos, sociais e políticos (recepcionado pelo decreto n. 591/92), da ONU; e a Convenção Interamericana para a eliminação de todas as formas de discriminação contra as pessoas com deficiência (promulgada pelo decreto n. 3.956/01).

²¹¹ Como a já estudada multa por descumprimento da reserva de vagas para pessoas com deficiência, calculada com base no artigo 2º da portaria do MTE n. 1.199/03 c/c artigo 9º, V, da portaria do MPS n. 142/07.

²¹² Aqui sobressaem as ações constitucionais, como mandado de injunção (art. 5º, LXXI, da CRFB/88), mandado de segurança (art. 5º, LXIX e LXX, da CRFB/88) e ação civil pública (art. 129, III, da CRFB/88 regulada pelas leis n. 7.347/85 e 7.853/89).

que ela seja cumprida, e muito menos que as empresas venham a oferecer, de bom grado, condições condignas de trabalho para os portadores de deficiência²¹³.

Luiz Eduardo Amaral de Mendonça chega a levantar a inconstitucionalidade material desta ação afirmativa, levando em conta a bilateralidade do contrato de emprego (art. 443, da CLT), eis que o artigo 93 da lei n. 8.213/91 obriga às empresas a contratarem pessoas com deficiência, que podem não querer exercer um emprego formal. Conclui o autor:

Entendemos, assim, que a lei de cotas nacional tecnicamente (sob o aspecto material) é inválida ou de execução impossível, e efetivamente viola o princípio da razoabilidade, pois obriga a empresa ao cumprimento de algo que não depende exclusivamente da sua vontade²¹⁴.

Ora, na atual conjuntura econômica, é difícil vislumbrar que uma pessoa com deficiência simplesmente recuse uma oferta de emprego, considerando que a grande maioria dos integrantes da minoria em comento ainda se encontra à margem do mercado de trabalho. Além disso, a própria Constituição, em vários dispositivos, demonstrou claramente seu intento de promover a real inclusão dessas pessoas com deficiência, inclusive na seara laboral²¹⁵.

A maior apreensão dos empresários no que concerne à aplicação da política de cotas é a fiscalização pelo Ministério do Trabalho, que, verdadeiramente, tem sido o maior instrumento de inserção das pessoas com deficiência no setor privado, mas que motiva inúmeros reclames. Defendendo a visão empresarial, assevera Mendonça:

A própria regulamentação administrativa do art. 93 da lei n. 8.213/1991 realça, a todo instante, a necessidade de prévia orientação às empresas pelo sistema de fiscalização, e apenas após a autuação administrativa pela insistência empresarial ao descumprimento da norma legal, conquanto disponibilizada a relação de pessoas reabilitadas ou habilitadas, haverá a lavratura de multa e a remessa ao Ministério Público do Trabalho, então, para as providências necessárias.

Caso não ocorra esse procedimento fiscal – a demonstração necessária de que haja pessoas com deficiência habilitadas a alguma função na empresa, entende-se como prematura a autuação administrativa.

[...] Nesse sentido, a salutar interpretação administrativa contida no item 6.2 da OS Conjunta INSS/DAF/DSS n. 90/1998, ao estabelecer que, inexistente a vaga, conforme verificação da Fiscalização do INSS, não estará operado o descumprimento ao art. 93 da Lei n. 8.213/1991, cabendo estabelecer a autarquia

²¹³ PASTORE, José. *Oportunidade de trabalho para portadores de deficiência*. São Paulo: LTr, 2000, p. 183.

²¹⁴ MENDONÇA, Luiz Eduardo Amaral de. *Lei de Cotas: Pessoas com Deficiência e a Visão Empresarial*. São Paulo: LTr, 2010, p. 158.

²¹⁵ Nos Estados Unidos, por outro lado, a política de cotas é considerada inconstitucional, como relata Sandro Nahmias Melo: “O sistema de cotas, de fato, praticamente não é utilizado nos EUA, na atualidade, por ser considerado inconstitucional. A Suprema Corte daquele país tem sérias restrições às chamadas ‘cotas cegas’, isto é, aquelas instituídas aleatoriamente, sem previsão de metas ou tempo de duração e sem o propósito de corrigir uma injustiça precisa, com base em critérios vedados pela Constituição”. In: MELO, Sandro Nahmias. *O direito ao trabalho da pessoa portadora de deficiência: ação afirmativa: o princípio constitucional da igualdade*. São Paulo: LTr, 2004, p. 138-139.

previdenciária modo de cumprimento gradativo, à medida, então, que venham surgir vagas capazes de provimento por pessoal habilitado²¹⁶.

A argumentação exposta pelo autor é correta, afinal quando a empresa comprova que houve boa-fé ao procurar contratar pessoas com deficiência, impossibilitada por motivo a ela alheio (pouca procura ou falta de candidatos nos cadastros de órgãos oficiais ou associações) ou por já ter seu quadro funcional completo, não pode o auditor fiscal do trabalho (quem, na prática, realiza as inspeções descritas) de imediato lhe impor multa. O mesmo autor, contudo, adverte que há empresas criando formas geniosas de burlar a cota²¹⁷, o que demanda maior cuidado por parte dos auditores quando da realização de suas atividades fiscalizatórias, devendo culminar nas penas cabíveis, inclusive encaminhamento de relatório ao Ministério Público do Trabalho para que as medidas judiciais necessárias sejam tomadas.

Os empresários têm também entendido que o Poder Público vem exigindo o cumprimento da política de cotas, mas sem “medidas compensatórias” por parte deste, o que acaba prejudicando os próprios fins econômicos das empresas, que já arcam com grande carga tributária, como rememora Pedro de Alcântara Kalume:

A empresa não é uma escola de profissionalização, muito menos de deficientes. Nem a isto está obrigada nem deverá ou poderá ser compelida. Esta função, em relação a eles, nos termos da lei, é pertinente à União (por via dos Ministérios da Educação e da Saúde), aos Estados e aos seus Municípios. Não é, pois, das empresas, por evidente exclusão geral. Estas, como se recorda, além dos 2,5% (dois inteiros e cinco décimos por cento) incidentes sobre o total dos salários pagos, destinados ao “salário-educação”, ainda contribuem com 1% (um por cento) sobre o total dessa mesma folha de pagamento, para a manutenção, [sic] do SENAI, do SENAC, do SENAT e do SENAR (dependendo do ramo de sua atividade – categoria econômica). E ainda contribui com 0,6% (seis décimos por cento), também sobre o total dos salários pagos a seus empregados, em favor do SEBRAE²¹⁸.

Continua o autor citado relatando que tais entidades paraestatais conhecidas como Sistema “S” pouco têm contribuído com a ministração de cursos de educação profissional para pessoas com deficiência (atribuição prevista no art. 28, §2º, do decreto n. 3.298/99),

²¹⁶ MENDONÇA, *op. cit.*, p. 163-164.

²¹⁷ “[...] foram denunciados no Ministério Público do Trabalho empresas que registravam pessoas com deficiência na folha de pagamento e faziam com que tais pessoas constassem do CAGED (Cadastro Geral de Empregados), sem que efetivamente prestassem qualquer tipo de trabalho à empregadora, apenas como forma de cumprir a cota imperativa. [...] Há notícias, também, de empresas que contrataram as pessoas com deficiência e que já perderam seus profissionais (por pedido de demissão dos mesmos), mas continuam deixando o referido empregado na lista do CAGED como forma de mascarar um número maior de cotas preenchidas. Como a maioria das fiscalizações são feitas na sede ou na subdelegacia da DRT, os fiscais têm dificuldade em avaliar se o referido profissional com deficiência ainda está trabalhando na empresa. Ressalte-se que no Brasil sempre haverá muitos meios de cumprir a norma, descumprindo-a”. In: *Idem*, p. 194-195.

²¹⁸ KALUME, Pedro de Alcântara. *Deficientes: ainda um desafio para o governo e para a sociedade: habilitação, reabilitação profissional, reserva de mercado de trabalho*. São Paulo: LTr, 2005, p. 90.

muitas vezes oferecendo outros tipos de cursos, inclusive universitários, algo muito mais rentável a tais entidades²¹⁹.

Por outro lado, não vemos razão na ideia de que a empresa não pode/deve, ela própria, realizar esses cursos de capacitação que propiciem a habilitação e reabilitação de pessoas com deficiência para o trabalho, mormente considerando os princípios da solidariedade, função social da empresa e busca do pleno emprego.

A questão da qualificação profissional dos candidatos a um emprego que possuam alguma deficiência é também crítica, devido às altas exigências do mercado²²⁰ por um currículo satisfatório nos padrões comuns, mas, por outro lado, não se consideram as dificuldades de acesso à educação sofridas por esses cidadãos²²¹.

Outra causa que dificulta a contratação é a concessão do benefício de prestação continuada (BPC), no valor de um salário mínimo, previsto no artigo 203, V, da CRFB/88 e regulado pela lei n. 8.742/93 (Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS) e pelo decreto n. 6.214/07. Tal acontece porque esse benefício não pode ser cumulado com nenhum outro e cessa caso a pessoa com deficiência venha a trabalhar. Nesse contexto, contundente a crítica de Mendonça:

Se a pessoa com deficiência já vem recebendo pensão previdenciária paga em decorrência da Lei n. 8.742/1993, enquanto perdurar a condição de inativo economicamente, resta evidente a dificuldade criada pela referida lei para que as empresas consigam atingir a cota legal, ou seja, encontrar pessoas com deficiência que estejam dispostas a trabalhar para, ao final, receberem salários quase equivalentes ao benefício previdenciário, que já receberiam mesmo sem estar trabalhando.

[...] É evidente que existem diversas empresas capazes de oferecer vagas de trabalho com melhores salários, que sirvam como verdadeiros atrativos para os candidatos com deficiência. Por outro lado, não se pode ignorar que a realidade média das empresas nacionais possui vagas para trabalhos menos complexos, que proporcionalmente oferecem salários mais modestos.

O raciocínio dos candidatos à vaga com deficiência é simples e de fácil compreensão: “Eu já vou ter sérias dificuldades de acessibilidade para chegar para trabalhar, seja nas ruas, no ônibus, metrô ou até mesmo dentro das empresas; vou

²¹⁹ Conferir, especialmente, as críticas em: KALUME, *op. cit.*, p. 91-92.

²²⁰ Tal situação é lembrada por Pastore: “Não há dúvida: o desemprego atinge muito mais os menos educados. Nos períodos de recessão e excesso de oferta de mão-de-obra, as empresas têm oportunidade de selecionar pessoas com mais qualificação. Nos períodos de retomada do crescimento, as mudanças tecnológicas passam a exigir mais competência. Nos dois casos, a boa educação é essencial”. In: PASTORE, *op. cit.*, p. 79.

²²¹ “Dados do Censo realizado pelo Ministério da Educação (MEC) em 2005 corroboram estas informações. Enquanto no ensino fundamental estudam 419 mil alunos com deficiência, somente 11 mil estão matriculados no ensino médio. Já nas universidades o número de estudantes com deficiência é praticamente irrisório, representando ínfimos 0,1% do total. Ou seja, existe uma relação direta entre as barreiras enfrentadas pelas crianças com deficiência e o índice de desistência e evasão escolar”. In: FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE BANCOS – FEBRABAN. *População com deficiência no Brasil: fatos e percepções*. São Paulo: Febraban, 2006, p. 15.

perder meu benefício previdenciário, substituindo por salário não tão distante daquele que eu já receberia mesmo sem trabalhar?” A resposta, quase sempre, é negativa²²².

É claro que na argumentação do autor acima há alguns exageros, mas considerando que a maioria das pessoas com deficiência realmente enfrenta sérias dificuldades de acessibilidade e possui baixo nível de instrução, parece que inevitavelmente receberia um salário de valor aproximado ao recebido por um eventual benefício previdenciário.

Necessário, destarte, que o Estado readapte parte da configuração do BPC de forma que ele se torne instrumento de inclusão e não assistencialismo estatal, tema este desenvolvido posteriormente. Sugerimos, nesta senda, que o Poder Público aprimore os procedimentos de habilitação e reabilitação das pessoas com deficiência²²³, sendo ou não beneficiárias do salário assistencial. Entendemos que o BPC poderia ser cumulado com o salário pago pelo empregador, tendo seu valor diminuído gradativamente até a completa adaptação do trabalhador em seu local de trabalho. Em caso de demissão, na proximidade do pagamento da última parcela do seguro-desemprego, o INSS, constatando a impossibilidade de retorno da pessoa com deficiência ao mercado, retornaria a prestar-lhe o benefício previdenciário, medida esta que cremos proveitosa para todas as partes envolvidas.

A doutrina que se manifesta contrária à adoção única do emprego formal para fins de cumprimento da reserva de vagas, tem sugerido outras formas de inserção das pessoas com deficiência, baseando-se, sobretudo, em medidas afirmativas empregadas em países europeus e da América do Norte²²⁴, resumidamente expostas a seguir.

Primeiramente, despontam *as isenções e os incentivos fiscais*, que, na visão de Nahmias Melo, “são medidas positivas de incentivo de fácil execução e que, com certeza, repercutem na equação custo-benefício, para a qual está atenta o empresariado, só

²²² MENDONÇA, *op. cit.*, p. 178-179.

²²³ No contexto, o comentário de Pastore: “Em resumo, o Brasil concentra as verbas públicas para manter os portadores de deficiência longe do mercado de trabalho. Pouco se destina à reabilitação, e menos ainda à prevenção dos problemas que continuam operando como causadores perpétuos de acidentes e doenças do trabalho. Muita coisa pode ser melhorada com os recursos atuais e com o seu acoplamento a outros recursos da sociedade”. In: PASTORE, *op. cit.*, p. 131.

²²⁴ Neste diapasão, opina Lutiana Nacur Lorentz: “O sistema brasileiro, atualmente em vigor, é apenas punitivo para aqueles que não cumprem a quota do art. 93, da Lei n. 8.213, de 1991 (quotas de trabalho privado) e quotas de trabalho público (de concurso). Porém, sobretudo a análise do direito comparado e da própria realidade nacional demonstra que certamente resultados mais alvissareiros neste paradigma de inclusão das pessoas com deficiência no mundo do trabalho seriam alcançados conjugando-se *este sistema punitivo com o sistema premiativo de contratação destas pessoas*” (grifos da autora). In: LORENTZ, Lutiana Nacur. *A norma da igualdade e o trabalho das pessoas portadoras de deficiência*. São Paulo: LTr, 2006, p. 371.

contribuirão para a efetividade do direito ao trabalho das pessoas portadoras de deficiência”²²⁵.

Lorentz, de outra banda, a despeito de concordar com tal regime de isenções e incentivos, entende que o valor “economizado ou compensado seja, pelo menos em parte, usado para a adequação de seu ambiente laboral para receber estas pessoas”, como no caso de pessoa surda:

Caso a contratação seja de PPD auditiva poderá ser preciso o fornecimento de livros apropriados e específicos a outros empregados para que estes aprendam a Linguagem Brasileira de Sinais (Libras) e até mesmo a oferta de um curso para que os outros empregados, a chefia, etc., possam comunicar-se com estas pessoas nesta linguagem podendo mesmo até ser preciso proceder-se à oferta de curso de leitura labial, etc²²⁶.

Continuando o rol de sugestões, Pastore defende o polêmico ideário de flexibilização, aplicando-o também às relações trabalhistas envolvendo pessoas com deficiência:

A flexibilidade é a marca das mudanças. O que se busca é criar condições para que cada um colabore dentro da sua realidade. Cotas isoladas, que se aplicam a todas as empresas, sem exceções e sem estímulos, estão saindo de moda. Em seu lugar entram as cotas articuladas com contribuições, prêmios, subsídios e benefícios.

Esquemas muito rígidos para recrutar, e demasiadamente severos para punir, tendem a estigmatizar os portadores de deficiência, razão pela qual vêm sendo gradualmente substituídos por sistemas baseados no voluntarismo e na educação. Mais importante do que isso é prover condições de trabalho que se adaptem às necessidades dos portadores de deficiência como, por exemplo, a subcontratação, o tempo parcial, a jornada flexível, o teletrabalho e outras²²⁷.

O autor, seguido por outros doutrinadores de viés mais liberal, à luz das experiências européias e estadunidenses, sugere as seguintes alternativas à reserva de vagas para pessoas com deficiência: *teletrabalho*, *cota-terceirização* e *cota-contribuição*.

O *teletrabalho* surge como alternativa viável para milhares de pessoas com deficiência, sendo definido pela OIT como “a forma de trabalho efetuada em lugar distante do escritório central e/ou do centro de produção, que permita a separação física e que implique o

²²⁵ MELO, *op. cit.*, p. 153.

²²⁶ LORENTZ, *op. cit.*, p. 371-372. Prossegue a autora, afirmando que “esta medida parece particularmente útil para incentivar a contratação de PPD’s em empresas com menos de cem empregados, já que elas não estão, por lei, obrigadas a cumprir nenhuma quota, e também para aumentar a empregabilidade das empresas que têm mais de cem empregados que poderiam passar a adotar a postura de contratação num patamar maior que o percentual legal”. In: *Idem*, p. 373. Sobre a acessibilidade, trataremos em tópico ulterior.

²²⁷ PASTORE, *op. cit.*, p. 182. Como exposto anteriormente neste capítulo, não somos favoráveis a uma aplicação irrestrita da flexibilização, especialmente se consideramos a situação já precária da inclusão das pessoas com deficiência, sujeitas a tantas agruras para terem seu direito ao trabalho efetivado.

uso de uma nova tecnologia facilitadora da comunicação”²²⁸. Pode, então, ser realizado pela pessoa com deficiência dentro de sua casa, sem os transtornos de enfrentar uma cidade inacessível²²⁹. Por outro lado, esse tipo de trabalho acaba por isolar ainda mais o sujeito com deficiência do relacionamento com o restante da empresa para quem trabalha e também com boa parte da sociedade.

A respeito da *terceirização*, manifesta-se favoravelmente Mendonça:

A conclusão que se extrai do estudo do instituto da terceirização trabalhista é de que ele é voltado para flexibilizar os instrumentos de que dispõe o empregador a fim de contratar os empregados a consecução de atividades que não se inserem no núcleo da essência da dinâmica empresarial por ele desenvolvida, destinando-se àquelas atividades marginais e periféricas que apenas indiretamente dão andamento ao negócio. [...]

[...] Já existem diversas empresas de terceirização que contam com profissionais com deficiência para prestarem serviços, mas que esbarram nessa “falha literal da lei” que exige que as cotas sejam preenchidas por empregados com registro em carteira, cabendo aos operadores de direito o dever de interpretar a lei sob a ótica da inclusão social²³⁰.

Com a devida vênia, não podemos coadunar com o raciocínio supramencionado. Ora, a doutrina em favor da terceirização de pessoas com deficiência afirma que esses trabalhadores atuarão em atividades-meio da empresa, que sabemos serem geralmente subalternas, como as de serviços gerais, o que já demonstra o preconceito em relação às reais capacidades desses indivíduos. Em segundo lugar, por ser contrato de história recente, mesmo que regulado pela súmula do TST n. 331, pode ser facilmente deturpado, prejudicando ainda mais os trabalhadores com deficiência. Por fim, muitas dessas empresas que fornecem a mão-de-obra terceirizada têm crescido largamente, o que as leva a também ter de cumprir a reserva legal de vagas, que, se fosse considerado nos termos sugeridos por Pastore e Mendonça, inevitavelmente levaria a um “*bis in idem*”, em que um mesmo empregado com deficiência seria considerado nas cotas das empresas tomadora e terceirizante.

A terceira sugestão flexibilizadora é a *cota-contribuição*, explicada por Pastore:

No sistema de cota-contribuição, a obrigação mais alta das empresas é oferecer oportunidades de trabalho. Mas, quando isso é (total ou parcialmente) impossível, essas empresas ficam obrigadas a recolher uma certa importância para uma instituição específica, como compensação à parcela da cota legal não preenchida.

²²⁸ In: MARTINO, Vittorio di. *Telework in Latin America and the Caribbean*. International Development Research Center: Geneva, 2004, p. 4. Disponível em: <http://www.idrc.ca/uploads/user-S/11005992271telework_final_meeting_feb1.no_conf.pdf>. Acesso em: 28 maio 2011.

²²⁹ Crítica de tal modalidade trabalhista, Lorentz assevera: “o emprego prestigia a inclusão da pessoa com deficiência em termos de convivência, de relações pessoais, de desenvolvimento de potencialidades sociais, facilitando não apenas o trabalho, mas também outros fatores essenciais ao processo inclusivo, que amiúde não ocorrem noutros tipos de trabalho via terceirização, aqui descritos”. In: LORENTZ, *op. cit.*, p. 385.

²³⁰ MENDONÇA, *op. cit.*, p. 187-188.

Além disso, o mesmo sistema premia as empresas que ultrapassam suas cotas ou que admitem pessoas que possuem deficiências mais severas. Em outras palavras, o sistema tem um braço implementador e outro gratificador.

O sistema de cota-contribuição merece consideração. A contribuição é feita como última alternativa, pois a prioridade mais alta é integrar os portadores de deficiência no mercado de trabalho. Nos países que adotam o sistema, há uma firme determinação de evitar que os empregadores “comprem” a dispensa de sua responsabilidade social. Por isso, cotas e contribuições funcionam de forma articulada. Primeiro, procura-se assegurar o preenchimento das cotas. Depois, recolher as contribuições.

O problema que se pode levantar quanto à cota-contribuição, aplicável nos casos de empresas que envolvem atividades de risco ou insalubres, é saber a quem essa verba será destinada, sem contar a possibilidade do desvio dos valores arrecadados com essas contribuições. Concordamos com a proposta dada por Lorentz:

Este trabalho entende que o numerário advindo deste sistema deveria ser dividido tanto entre um fundo governamental tripartite (governo, entidades de defesa de PPD's e representação de empresas), ou gerido por cinco instituições (governo, entidades de defesas de PPD's, representação de empresas, representações sindicais e Ministérios Públicos), que possibilitaria ao governo implementar outros sistemas de inclusão no trabalho como o de ajuda-adaptação, de financiamento dos incentivos e isenções tributárias, etc., quanto a reversão dos valores, em parte, deveria ser enviada diretamente às associações e fundações de defesa das pessoas com deficiência, visando fortalecer seus movimentos e fomentar uma política mais independente e descentralizada destes.

Neste caso, porém, seria aconselhável que a lei fizesse previsão de um controle externo fiscalizatório, por parte dos Ministérios Públicos, destes valores revertidos em prol dessas associações e fundações²³¹.

Além disso, a autora adverte que a opção de utilizar a cota-contribuição não deve ser de escolha da empresa, mas sim legal, considerando que a impossibilidade de contratar pessoas com deficiência passaria a ser alegada por várias empresas, para se livrarem desse “encargo”. Outra razão para a opção pela contribuição fosse legal seria evitar que se voltasse ao mero assistencialismo, que configuraria um “verdadeiro atestado da incompetência” das pessoas com deficiência, “já que [estas] seriam consideradas tão incapazes pelas empresas, que seria preferível pagar para que elas não trabalhassem para a empresa, do que pagar para que elas efetivamente trabalhassem”²³².

4.5.2. Apontamentos de alguns “atores sociais” que lidam com o direito das pessoas com deficiência, especialmente dos surdos

4.5.2.1. Procedimentos metodológicos

²³¹ LORENTZ, *op. cit.*, p. 380.

²³² *Idem*, p. 381.

Para provar nossa hipótese de trabalho, qual seja a de que as normas que tratam sobre a reserva de vagas de trabalho para pessoas com deficiência possuem eficácia jurídica plena, mas efetividade (eficácia social) de difícil praticidade, entendemos necessário realizar um incurso no mundo dos fatos, por meio de entrevistas com algumas pessoas de alguma forma ligadas à temática do direito ao trabalho da minoria em discussão.

Considerando os objetivos desta pesquisa monográfica, as entrevistas têm caráter qualitativo, exploratório e semi-estruturado. Foram realizadas individualmente, por meio de questionário com perguntas abertas e fechadas, adaptadas ao contexto profissional e pessoal de cada sujeito, mas com um questionamento comum a todos os entrevistados, com as devidas adaptações: “A lei de reserva de vagas para pessoas com deficiência tem eficácia social, isto é, tem sido bem recebida pela sociedade?”.

Foram entrevistadas os seguintes profissionais: 1) Procurador do Ministério Público do Trabalho; 2) Auditora fiscal do trabalho; 3) Assistente social do SINE/IDT; 4) Professora universitária; 5) Surdo servidor público; e 6) Surda empregada celetista.

Mister aqui se faz esclarecer os motivos da escolha deste pesquisador em focar suas entrevistas nas pessoas surdas, que são os seguintes: i) por ser pesquisa qualitativa de cunho social, foi necessário entender a visão dos entrevistados, dentre eles pessoas com deficiência, sobre a problemática do direito ao trabalho e da efetividade das leis de cotas; ii) dentro da minoria “pessoas com deficiência”, há, no entanto, grande diversidade e heterogeneidade, em que dificuldades e trunfos podem variar sobremaneira, dependendo do tipo de deficiência do cidadão em busca de trabalho; iii) o autor desta pesquisa já possui prévio conhecimento de algumas das pessoas entrevistadas e, em relação à minoria em estudo, é conhecedor de algumas pessoas ligadas à comunidade surda.

Passa-se ao cotejo dos dados coletados.

4.5.2.2. Análise em blocos temáticos: saúde, educação, trabalho, cultura e efetividade

Entendeu-se que deficiência não é doença. Pode decorrer de uma doença como a rubéola, para o surdo, ou a poliomielite, para o cadeirante, mas a pessoas com deficiência, em

condições normais, é saudável. Essas opiniões têm correspondência com o disposto na CIF, que também não considera deficiência como sinônimo de doença²³³.

Os entrevistados mostraram preocupação com a educação das pessoas com deficiência, que ainda é bastante precária, merecendo muitas reformas. A questão da necessidade de uma educação inclusiva ainda não se sedimentou no entender de alguns pais de alunos e diretorias de escolas.

Em relação à educação e à qualificação profissional, uma das maiores exigências do mercado de trabalho, as medidas ainda são incipientes, o que corrobora com a manutenção das pessoas com deficiência à margem do meio laboral, ou quando nele inseridos, o são em posições subalternas.

Na temática do trabalho, constata-se a eficácia jurídica da lei de cotas, graças principalmente à possibilidade de cominação de multas, formação de termos de ajuste de conduta e ajuizamento de ações civis públicas. Nesse contexto, SINE, MPT e MTE possuem um grande integração entre si, o que facilita a maximização da política de reserva de vagas. Tem-se desenvolvido, nos três órgãos, uma concepção dialógica com o empregador e não somente punitiva, que só ocorre em último caso. A *ratio legis* de inclusão social, desta forma, tem sido perseguida.

As empresas, mesmo com quase vinte anos de instituição da lei de cotas pela lei n. 8.213/91, persistem em muitos preconceitos primários, faltando-lhes senso de razoabilidade e responsabilidade social, eis que, qualquer que seja o caso do candidato com deficiência a um posto de trabalho, empregador e funcionários deverão criar medidas que confirmem acessibilidade e inclusão dessa pessoa, medidas essas paulatinas e que não necessariamente devem seguir a lógica imediatista do mercado e da sociedade contemporânea. Aquelas empresas que têm seguido esse exemplo demonstram grande evolução pessoal e comportamental de seus colaboradores, o que leva à criação de uma sociedade solidária e respeitadora das diversidades e diferenças.

No que concerne aos aspectos culturais, ainda se revela um grande preconceito em relação às pessoas com deficiência, que se manifesta nelas mesmas (quanto às suas capacidades – internalização do estigma); em seus familiares (que não aceitam a diferença do parente; ou menosprezam, subjagam suas habilidades; ou temem que sejam excluídos nos ambientes públicos em que estiverem); na sociedade (que, raramente, vê com igualdade essa

²³³ Conferir, a este respeito, o tópico 1.3 desta monografia.

minoria: se não há desprezo, há sentimento de dó) e no Poder Público (aqui o preconceito se manifesta mais com a falta de compromisso em realizar as ações afirmativas).

Como influenciadora do fiel cumprimento das normas, a cultura brasileira, mesmo que receptiva a diferenças em outros matizes, ainda não maturou o conceito de inclusão da pessoa com deficiência. Inegável que a lei tem sido cumprida, mas a contragosto e a duras (e caras) penas. O “preconceito” e o “pré-conceito”, infelizmente, ainda são marcas difíceis de apagar.

4.5.3. Conclusões e sugestões para uma plena efetividade do direito ao trabalho da pessoa com deficiência

Antes de propormos outras medidas positivas complementares à política de cotas vigente, imperioso atacar a causa número um, em nosso entendimento, da falta de inclusão das pessoas com deficiência: o preconceito, que se manifesta através da discriminação²³⁴. Sobre os principais preconceitos no meio laboral, explana Pastore:

Os preconceitos são abundantes. Muitos empregadores acham que os portadores de deficiência não se adaptam bem em trabalho em grupo; que são rejeitados pelos colegas; que são demasiadamente sensíveis, temperamentais e até ingratos; que magnificam seus problemas para conseguir benesses; que criam problemas para os colegas; que afastam clientes; que constituem um grande problema numa hora de incêndio ou outra emergência; etc. Isso ocorre também com os profissionais de recursos humanos, administradores em geral e chefias. Por sua vez, ter um chefe compreensivo é um dos fatores mais importantes para a adaptação de um portador de deficiência em um novo ambiente de trabalho²³⁵.

A contrario sensu, expõe Emmanuel Teófilo Furtado as vantagens em contratar uma pessoa com deficiência:

Existem, efetivamente, vantagens cumulativas em tal contratação, das quais podem ser enfatizadas, dentre outras: o desempenho e a produção das pessoas com deficiência chegam a superar as expectativas do início do contrato; o desempenho das empresas que contratam trabalhadores portadores de deficiência é catalisado pelo clima organizacional positivo; os ganhos da imagem das empresas tendem a fixar-se a longo prazo; há reflexos positivos sobre a motivação dos outros trabalhadores pelo fato de as empresas empregarem pessoas deficientes; os empregados portadores de deficiência corroboram par que as empresas tenham um

²³⁴ “O preconceito resulta da internalização de crenças e ideias preconcebidas e denota um sentimento, que acarreta uma postura do indivíduo chamado *preconceituoso*. E se diferencia da discriminação exatamente por isto. A discriminação é o lado ativo daquele (que estava latente), é a própria atitude do indivíduo na exteriorização do sentimento, saltando do campo da postura, podendo consistir em um ou mais atos que diferenciam os indivíduos ou as coisas”. In: LIMA, Francisco Gérson Marques de. *Igualdade de tratamento nas relações de trabalho: Anotações à Lei n. 9.029/95, em confronto com as Leis n. 9.263/96, 7.716/89, 7.437/85 e 9.459/97* (Aspectos trabalhistas e penais). São Paulo: Malheiros, 1997, p. 38-39.

²³⁵ PASTORE, *op. cit.*, p. 211.

mercado expressivo de consumidores com idênticas características, bem assim seus familiares e amigos; há uma maior humanização do ambiente de trabalho, fazendo com que diminua a concorrência selvagem e aumente o estímulo à busca da competência profissional²³⁶.

Romeu Kazumi Sasaki entende que essas atitudes descritas por Pastore e refutadas por Furtado são barreiras nos empregadores e nos colegas de trabalho. O autor expõe ainda outras “barreiras à empregabilidade” da pessoa com deficiência, quais sejam: barreiras na pessoa com deficiência; barreiras na comunidade; barreiras na empresa²³⁷.

As barreiras da pessoa com deficiência relacionam-se com as formações pessoal, educacional e profissional desse indivíduo, as quais se mostram precárias em decorrência (i) do caos da saúde pública no Brasil (a quem recorre a maioria das famílias de crianças, jovens e adultos com deficiência); (ii) das concepções familiares e sociais negativas sobre a deficiência do indivíduo, que muitas vezes são por ele aceitas; (iii) da incipiente educação inclusiva²³⁸ para alunos com necessidades especiais; e (iv) da falta de qualificação profissional do indivíduo com deficiência, em razão da ainda pequena oferta de cursos para prepará-lo para a vida trabalhista.

As barreiras na comunidade e na empresa têm estrita relação com a problemática da acessibilidade e do meio ambiente de trabalho. O direito à acessibilidade e as barreiras ao seu exercício estão descritos pelo artigo 8º, do decreto n. 5.296/04, regulamentador das leis n. 10.048/00 e 10.098/00, da seguinte forma:

Art. 8º. Para os fins de acessibilidade, considera-se:

I - acessibilidade: condição para utilização, com segurança e autonomia, total ou assistida, dos espaços, mobiliários e equipamentos urbanos, das edificações, dos serviços de transporte e dos dispositivos, sistemas e meios de comunicação e informação, por pessoa portadora de deficiência ou com mobilidade reduzida;

²³⁶ FURTADO, Emmanuel Teófilo. *Preconceito no trabalho e a discriminação por idade*. São Paulo: LTr, 2004, p. 234.

²³⁷ In: SASSAKI, Romeu Kazumi. *Educação profissional e emprego de pessoas com deficiência mental pelo paradigma de inclusão*. In: OLIVEIRA, Maria Helena Alcântara de (org.). *Trabalho e deficiência mental: perspectivas atuais*. Brasília: Dupligráfica, 2003, p. 118-119, *apud* LORENTZ, *op. cit.*, p. 374.

²³⁸ Luiz Alberto David de Araújo critica a alegação de que as escolas ainda não estão preparadas para incluir: “Uma escola não está preparada; ela deve ser preparada. A partir dessa ideia, pode-se verificar que uma escola, para ser constituída, deve se esforçar para receber a diversidade, que compõe a necessária base da educação. Crianças diferentes, com problemas diferentes, criam uma situação de solidariedade e permitem a todos conviver com mais tolerância. A escola que não está preparada para receber gente diferente não é escola; ela perdeu a sua característica básica e essencial, ou seja, convívio de gente, com suas diferenças. Se a escola não atende a tal requisito mínimo, não pode ser escola. [...] Foi-nos privado, como maioria, do convívio com a minoria, o que nos faz ficar cada vez mais maioria, sem entender e conviver com a minoria, o que nos faz mais isolados e menos tolerantes. Portanto, ensino inclusivo ajudaria a mesclar, a agregar, a entender, por convívio e afeto, os problemas das pessoas com deficiência”. In: ARAÚJO, Luiz Alberto David. A proteção constitucional das pessoas com deficiência. *Revista do Advogado*. São Paulo. Ano XXVII, n. 95, dez. 2007, p. 46, *apud* MENDONÇA, *op. cit.*, p. 219.

II - barreiras: qualquer entrave ou obstáculo que limite ou impeça o acesso, a liberdade de movimento, a circulação com segurança e a possibilidade de as pessoas se comunicarem ou terem acesso à informação, classificadas em:

- a) barreiras urbanísticas: as existentes nas vias públicas e nos espaços de uso público;
- b) barreiras nas edificações: as existentes no entorno e interior das edificações de uso público e coletivo e no entorno e nas áreas internas de uso comum nas edificações de uso privado multifamiliar;
- c) barreiras nos transportes: as existentes nos serviços de transportes; e
- d) barreiras nas comunicações e informações: qualquer entrave ou obstáculo que dificulte ou impossibilite a expressão ou o recebimento de mensagens por intermédio dos dispositivos, meios ou sistemas de comunicação, sejam ou não de massa, bem como aqueles que dificultem ou impossibilitem o acesso à informação;

Aplicando-se os preceitos de acessibilidade ao meio laboral, surge a ideia de meio ambiente de trabalho, considerado direito fundamental do obreiro, na acepção de Nahmias Melo:

No campo do trabalho, a deficiência é muito mais determinada pela falta de um ambiente do trabalho equilibrado, adequado às necessidades da pessoa portadora de deficiência, do que pela presença de uma limitação pessoal. [...] Dentro do enfoque desta tese, o meio ambiente do trabalho deve ser entendido como “habitat laboral” no qual o trabalhador deve encontrar os meios com os quais há de prover a sua existência digna, proclamada por nossa Carta Magna (art. 1º, III). [...]

Nestes termos, da mesma forma que o acesso ao trabalho é um direito fundamental da pessoa portadora de deficiência, também o é (fundamental) o direito ao meio ambiente do trabalho equilibrado como aspecto integrante do meio ambiente geral previsto no *caput* do art. 225 da CF/88, uma vez que indissociavelmente ligado ao exercício do direito à vida²³⁹.

Um dos maiores instrumentos de inclusão da pessoa com deficiência é a tecnologia, que, com a informática e a internet, tem facilitado em muito a vida e a integração dessa minoria. Em uma frase de efeito, resume Pastore: “Costuma-se dizer que, para os não-portadores de deficiência, as novas tecnologias tornaram o trabalho mais fácil; para os portadores de deficiência, elas tornaram o trabalho possível”²⁴⁰.

Outra interessante alternativa que se nos afigura é a aplicação da política de cotas também a pequenas e médias empresas (microempresas e empresas de pequeno porte, na terminologia da LC n. 123/06), considerando os dados levantados em pesquisas:

Um estudo dedicado ao tema, promovido por Marcelo Neri, Alexandre Pinto de Carvalho e Hessia Guílderme Costilla, revela que, “o primeiro dado que merece destaque diz respeito ao tamanho da empresa que emprega as pessoas portadoras de deficiência: 31% do total dos portadores de deficiência encontram-se empregados

²³⁹ MELO, *op. cit.*, p. 154-155.

²⁴⁰ PASTORE, *op. cit.*, p. 87. Em outra passagem, afirma o autor que “a própria natureza do desenvolvimento tecnológico tem ajudado. As novas tecnologias viabilizaram a travessia entre o trabalho baseado na força física e o trabalho fundado na força das ideias. A redução das exigências motoras decorrente desta travessia ampliou a potencialidade de trabalho para os portadores de deficiência, em especial, os que apresentam limitações físicas e sensoriais”. In: *Idem*, p. 86.

em empresas que possuem menos de 100 empregados; 29% em empresas que apresentam um número de empregados superior a 1.000; 14,57% nos estabelecimentos de 100 a 249 empregados; 13,57% naquelas empresas que apresentam de 250 a 499 empregados; e 11,86% para empresas com 500 a 999 empregados”. [...]

De qualquer forma, há que se reconhecer que os números das pequenas empresas comprovam que não é o sistema de cotas compulsórias, imposto por nossa legislação, que efetivamente traz a inclusão social. Com efeito, as mesmas não são obrigadas pela lei a contratar, mas o fazem como forma de aderir o espírito da Constituição Federal de inclusão social, também conhecido como a luta pela Justiça Social²⁴¹.

Salutar, destarte, uma eventual política de incentivo, por parte do MTE, da inclusão de pessoas com deficiência em pequenas empresas, muitas das quais se encontram próximas à residência do trabalhador com deficiência, o que diminui suas dificuldades quanto à acessibilidade urbana.

Considerando ainda o triste aspecto de que muitas pessoas com deficiência ainda vivem da mendicância ou de pequenas “vendas” ou ainda do trabalho ambulante, nada impede que esse indivíduo possa tornar-se um microempreendedor individual, nos termos da LC n. 128/08, podendo ele próprio pagar contribuições sociais e previdenciárias, mas tendo o direito a auxílio-maternidade, auxílio-doença e aposentadoria, dentre outros benefícios, sem contar que não mais estará à margem da informalidade.

Por fim, importante destacar que algumas empresas realmente têm começado a se importar com sua responsabilidade social, o que tem sido reconhecido internacionalmente pela certificação “*Social Account Ability 8000*” (SA8000), criada com base em normas da OIT, da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e da Declaração Universal dos Direitos da Criança, da ONU. Costa explica que seus propósitos foram seguidos pela Norma n. 16001 da ABNT:

A Norma 16001 foi criada pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) e estabelece requisitos mínimos para uma gestão de responsabilidade. Essa certificação visa a atender a crescente preocupação da sociedade com temas associados à ética, cidadania, direitos humanos, desenvolvimentos econômico e sustentável, e inclusão social.

[...] Para a empresa socialmente responsável, a contratação das pessoas com deficiência não é vista apenas como uma obrigação legal, mas sim como um compromisso e um dos itens de sua política de responsabilidade social.

Desse modo, preocupa-se em desenvolver um programa, amplo e estruturado, de capacitação, recrutamento, seleção, contratação e desenvolvimento das pessoas com deficiência. Muitas empresas já entenderam que a inclusão é um grande aprendizado para o incremento de políticas de promoção e respeito à diversidade no ambiente de trabalho. Além disso, elas estão descobrindo que há um grande segmento de

²⁴¹ MENDONÇA, *op. cit.*, p. 172.

mercado composto de pessoas com deficiência e que, para atingi-lo adequadamente, precisa de linguagem adequada e estrutura acessível²⁴².

Nota-se, portanto, que a mentalidade de algumas empresas sobre a inclusão tem sido modificada favoravelmente, o que esperamos que se torne prática costumeira na iniciativa privada de nosso país. Nesse contexto de responsabilidade social, uma boa alternativa é a contratação ou o patrocínio de paratletas²⁴³, mormente em meio às expectativas para os jogos olímpicos e paraolímpicos na cidade do Rio de Janeiro, em 2016.

4.6. Pessoas com deficiência e a construção de uma sociedade inclusiva: os princípios da vedação do retrocesso social e da solidariedade

Nesse momento, é necessário voltar a abordar a questão da eficácia dos direitos sociais, agora sob o prisma da cláusula da “reserva do possível” e do princípio constitucional implícito da proibição do retrocesso. Como sabido, os direitos ao trabalho, à saúde e à educação são direitos sociais fundamentais, os quais têm magnânima importância na tutela da dignidade humana das pessoas com deficiência. Além deles, outras prestações positivas estatais, como a acessibilidade, são essenciais para o pleno exercício de direitos.

O Poder Executivo, nas suas três esferas, tem o dever de prover a educação, a saúde e condições de acessibilidade para o desenvolvimento pleno da sociedade como um todo, inclusive de suas minorias, a exemplo das pessoas com deficiência. Na execução desses programas sociais, contudo, a cláusula da reserva do possível tem sido alegada por União, Estados, Distrito Federal e Municípios para o não-cumprimento imediato de algumas de suas atribuições, o que, com o devido sopesamento dos princípios constitucionais aplicáveis (e muita cautela), pode chegar a ser admitido pelo Poder Judiciário²⁴⁴.

²⁴² COSTA, *op. cit.*, p. 150-151.

²⁴³ Um exemplo disso é a contratação pela empresa Guanabara de pessoas com deficiência para a função de auxiliar de marketing, mas também para práticas esportivas: “Através da sua política de responsabilidade social, a Expresso Guanabara conta com 25 paratletas, que foram contratados pela empresa para a função de auxiliares de marketing. Desde então, o desempenho desses atletas em competições nacionais e internacionais, tem se tornado motivo de orgulho para todos. Já foram várias conquistas nas modalidades de natação, ciclismo, basquete, atletismo, t nis de mesa e halterofilismo. A iniciativa da Guanabara ao desenvolver o programa de contrata o de paratletas, teve como objetivo principal o de inserir os atletas deficientes no mercado de trabalho, respeitando suas necessidades esportivas e aproveitando positivamente suas habilidades e competências em cada modalidade esportiva”. EXPRESSO GUANABARA. *Responsabilidade Sócio Ambiental*. Disponível em: <http://www.expressoguanabara.com.br/resp_ambiental.shtml>. Acesso em: 29 maio 2011.

²⁴⁴ Nesse sentido, a jurisprudência do STJ: “  que a realiza o dos direitos econ micos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretiza o - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que,

Por outro lado, o Poder Público (aqui representado pelo legislador) e muito menos a iniciativa privada podem curvar-se à lógica neoliberal de flexibilização dos direitos trabalhistas e de outras garantias a estes associadas, dentre elas a reserva de vagas nas empresas para pessoas com deficiência, posto que medida que contraria não somente o espírito da lei n. 8.213/91, mas os direitos à igualdade, ao trabalho, à dignidade humana, à segurança, dentre outros, o que se consubstancia no princípio da proibição do retrocesso. Nestes termos, a exemplar preleção de Sarlet:

Neste contexto, poder-se-ia indagar, por exemplo, a respeito da possibilidade de desmontar-se, parcial ou totalmente (e mesmo com efeitos prospectivos) o sistema de seguridade social (incluindo os parcos benefícios no âmbito da assistência social e os serviços e prestações assegurados no âmbito do nosso precário Sistema Único de Saúde), o acesso ao ensino público e gratuito, *a flexibilização dos direitos e garantias dos trabalhadores*, entre tantas outras hipóteses [...].

[...], *o legislador não pode simplesmente eliminar as normas (legais) concretizadoras de direitos sociais, pois isto equivaleria a subtrair às normas constitucionais a sua eficácia jurídica*, já que o cumprimento de um comando constitucional acaba por converter-se em uma proibição de destruir a situação instaurada pelo legislador.

Além disso, mediante a supressão pura e simples do próprio núcleo essencial legislativamente concretizado de determinado direito social (especialmente dos direitos sociais vinculados ao mínimo existencial), estará sendo afetada, em muitos casos, a própria dignidade da pessoa, que desde logo se revela inadmissível, ainda mais em se considerando que na seara as prestações mínimas (que constituem o núcleo essencial mínimo judicialmente exigível dos direitos a prestações) *para uma vida condigna não poderá prevalecer, em princípio, até mesmo a objeção da reserva do possível e a correlata alegação de uma eventual ofensa ao princípio democrático e da separação dos poderes*.

[...] Assim, *a proibição de retrocesso assume (como parece ter sido suficientemente fundamentado) feições de verdadeiro princípio constitucional implícito*, que pode ser reconduzido tanto ao princípio do Estado de Direito (no âmbito da proteção da confiança e da estabilidade das relações jurídicas inerentes à segurança jurídica), quanto ao princípio do Estado Social, na condição de garantia da manutenção dos graus mínimos de segurança social alcançados, *sendo, de resto, corolário da máxima eficácia e efetividade das normas de direitos fundamentais sociais e do direito à segurança jurídica, bem como da própria dignidade da pessoa humana*²⁴⁵. (grifos inexistentes no texto original)

comprovada, objetivamente a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, use a cláusula da 'reserva do possível' - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade". In: STJ, 1ª T., REsp 811.608/RS, rel. Min. Luiz Fux, j. 15.05.2007, DJ 04.06.2007)

²⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira (orgs.). *Constituição e democracia: Estudos em homenagem ao Prof. J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 304, 316 e 323.

Aplicando o posicionamento de Sarlet à temática deste trabalho, verificamos que o princípio da vedação do retrocesso social tem plena incidência no ordenamento jurídico nacional e, por conseguinte, medidas que venham a abolir a lei de cotas de trabalho para pessoas com deficiência são inconstitucionais, ferindo também a própria Convenção da ONU sobre os direitos da pessoa com deficiência, da qual não somente somos signatários, mas também submetidos a sua força normativa de emenda constitucional e cláusula pétrea, conforme entendimento esposado por Piovesan anteriormente.

Isso, por outro lado, não significa que a reserva de vagas deva ser a única forma de inclusão dessa minoria, eis que são salutares outras medidas com o mesmo fim. Demais disso, forçoso destacar que a política afirmativa de reserva de vagas, a despeito de muito criticada, não somente decorre dos princípios elencados supra, mas também do princípio da solidariedade, objetivo fundamental previsto no artigo 3º, I, da Constituição da República, que é aplicável não somente em relação ao Poder Público, mas também nas relações privadas:

[...] não [se] limita a atuação do princípio unicamente aos casos de intervenção estatal. O princípio da solidariedade tem também o papel de exigir a função social às atividades promovidas por particulares. Recai, portanto, sobre a autonomia das vontades, sobre a liberdade de transigir, dentre outros aspectos jurídicos próprios dessas atividades e negociações. Quer dizer, atua no âmbito do direito privado. Mas essa característica já estaria exposta pela solidariedade ainda enquanto norma moral. Por isso, também, sua eficácia não atinge a todos – claro, nem todos tomam os padrões médios de moral de um homem civilizado. *Acontece que, no ordenamento jurídico brasileiro de 1988, por estar positivada constitucionalmente, a solidariedade se impõe com todas as suas características. Logo, é dever de toda a sociedade observar, seja enquanto se relaciona com o Estado ou mesmo enquanto os indivíduos se relacionam uns com os outros; seja para exigir direitos, seja para executar deveres, ambos oriundos da solidariedade norma jurídica constitucional*²⁴⁶. (grifamos)

Nessa acepção e ainda considerando o quadro histórico de exclusão das pessoas com deficiência, a sua inclusão torna-se não somente um imperativo moral ou mesmo constitucional: sua efetividade é um dever de todos e de cada um²⁴⁷. Indubitavelmente, no que concerne ao direito ao trabalho dessa minoria, para empresários e órgãos públicos esse dever de solidariedade se destaca, mas a verdadeira integração não se dá somente ou não termina no aspecto laboral; envolve a própria vida da pessoa com deficiência e seu direito ao pleno

²⁴⁶ MACHADO, Patrícia Marla Farias Lima. A solidariedade e o estado: do valor à norma jurídica. 2007. 218 f. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Fortaleza-CE, 2007, p. 191-192.

²⁴⁷ “A construção de uma sociedade solidária, tal como projetada pelo constituinte, pressupõe o abandono do egocentrismo, do individualismo possessivo e a assunção, por cada um, de responsabilidades sociais em relação à comunidade, e em especial em relação àqueles que se encontrarem numa situação de maior vulnerabilidade. [...] Construir essa sociedade justa e igualitária é um dever do Estado, que impõe tarefas promocionais aos três Poderes, mas é também uma obrigação que pesa sobre toda a sociedade e sobre cada um dos seus integrantes, na medida das respectivas possibilidades”. In: SARMENTO, *op. cit.*, p. 297.

desfrute de todas as suas prerrogativas, não por comiseração, mas porque são iguais, considerando suas diferenças, às demais pessoas.

A dignidade humana da pessoa com deficiência reflete-se também no atendimento prioritário em hospitais; na integração com colegas, professores e corpo pedagógico de escolas, cursos profissionalizantes e universidades; cidades, logradouros e prédios acessíveis, acesso ao lazer e à cultura, direito de participação política e uma infinidade de formas de exercício de sua personalidade e cidadania.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No primeiro quarto do século passado, um psicólogo bielo-russo chamado Lev Vygotsky levantou uma teoria que foi na contramão do entendimento majoritário sobre deficiência. Enquanto médicos, filósofos, educadores e juristas mantinham uma visão de deficiência como incompletude, incapacidade para vida plena, aquele teórico bradou: “O caminho para o aperfeiçoamento se faz vencendo os obstáculos e a dificuldade da função é o estímulo para sua elevação”²⁴⁸. É com essas palavras que embasamos nossas conclusões.

Em muitas nações, ao longo do tempo, segregavam-se as pessoas com deficiência. Na prática, tais indivíduos não eram considerados como seres humanos. É verdade que a visão cristã da Idade Média suavizou esse tratamento, mas também permitiu a subjugação dessas pessoas. Podiam até serem humanos, mas nunca poderiam se desenvolver por completo.

A força e as motivações internas das pessoas com deficiência paulatinamente mostraram o oposto. Não seria o “defeito” que selaria o destino dessas pessoas, mas, como inerente a todo ser humano, o instinto de sobrevivência e o inarredável desejo de superar os obstáculos à plena realização de sua condição humana.

O direito de igualdade, meramente afirmado na Revolução Francesa, foi elevado a direito humano internacional pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (“Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos”). Junto com outros movimentos de minorias, as pessoas com deficiência passaram a lutar pela concretização daquele ideal: a igualdade reaproximou-se com o conceito de justiça; justiça esta em favor do povo; justiça social.

Pensadores liberais, no entanto, levantaram-se contra essa igualdade material, tachando-a de meramente programática, objetivo inalcançável e meramente utópico, assim como antes haviam desdenhado da força normativa da Constituição.

²⁴⁸ VYGOTSKY, Lev Semenovitch. O defeito e a compensação. In: PROGRAMA INSTITUCIONAL DE AÇÕES RELATIVAS ÀS PESSOAS COM NECESSIDADES ESPECIAIS – PEE (org.). *Pessoa com deficiência na sociedade contemporânea: problematizando o debate*. Cascavel: EDUNIOESTE, 2006, p. 37.

Em resposta a tais teorias, advêm as ações afirmativas, que representam a igualdade viva, real e em evolução. Seu valor axiológico maior: a efetivação da dignidade humana.

A Constituição de 1988, atenta a esse fundamento da vida digna de todos os seus cidadãos, fez plena a eficácia dos direitos fundamentais nela positivados (art. 5º, §1º), cujo rol é encabeçado pelo princípio da igualdade.

O Constituinte, nesse contexto, erigiu o direito social fundamental ao trabalho como princípio norteador das ordens econômico-financeira (art. 170, da CRFB/88) e social (art. 193, da CRFB/88). Garantiu também que ele fosse assegurado às pessoas com deficiência, seja na iniciativa privada, seja no Poder Público.

Leis, decretos e portarias se seguiram proclamando a necessidade de integração desses indivíduos, outrora à margem da sociedade, no meio laboral e no serviço público, estabelecendo meios concretos para que tal inserção ocorresse: as leis de cotas.

Estas últimas, no entanto, apesar de sua plena eficácia, têm sido sistematicamente rechaçadas pelo empresariado, os quais alegam que não há pessoas capacitadas; que é preciso flexibilizar, terceirizar; que as multas pelo descumprimento são abusivas etc. Enfim, querem estabelecer medidas que podem justamente mitigar o direito daquela minoria.

Os direitos fundamentais das pessoas com deficiência encontram-se não somente na Constituição, mas na Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, a qual focaliza não na deficiência, mas no combate às barreiras que obstruam sua “participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas” (art. 1º).

Constituição, Convenção, leis, decretos e outros atos normativos, todos convergem em defesa do direito fundamental ao trabalho digno da pessoa com deficiência, que é cláusula pétrea e que não pode ser excluído da Lei Fundamental, sob pena de ofensa à dignidade humana, à igualdade, à proibição do retrocesso, à máxima eficácia das normas constitucionais, à função social da empresa etc.

Negar o direito ao trabalho da pessoa com deficiência, para nós, também desponta como ofensa ao princípio da solidariedade, que instaura a terceira dimensão dos direitos fundamentais. Esse valor solidário requer de todos nós que se construa uma sociedade livre, justa e fraterna. É um princípio regente para que se realize a dignidade plena de todas as pessoas, combatendo-se desigualdades e respeitando-se diferenças. Trata-se da construção de uma sociedade plural e democrática, cujo desenvolvimento é de responsabilidade de todos.

Para a construção dessa sociedade solidária ideal, é preciso que todos possam ter condutas dialógicas. É o diálogo entre pessoas com deficiência, parentes, educadores, empregadores, gestores públicos, juízes, legisladores, membros do Ministério Público, líderes de associações etc. que poderá aprimorar esse movimento de inclusão social das pessoas com deficiência que defendemos neste trabalho. A efetivação da sociedade democrática de direito e solidária que queremos depende de cada um e de todos nós, respeitando-se a igualdade na diferença.

Nesta senda, a participação política das pessoas com deficiência e dos demais membros da sociedade é fundamental para esse modelo dialógico de construção de uma sociedade justa, livre e solidária. Jürgen Habermas²⁴⁹, em sua teoria do discurso desenvolve a ideia do agir comunicativo racional, em que a norma jurídica é produzida coletivamente, levando-se em conta as opiniões da maioria e da minoria para que se alcance uma regra consensual, o melhor argumento.

Quando a sociedade valora, legitima a norma, está nada mais, nada menos que lhe dando efetividade. E se esta sociedade leva em conta a opinião de todos e de cada um, configura-se em uma comunidade pluralista e, portanto, democrática. Dessa forma, igualdade é também participação. Havendo participação, respeito e adaptação à pluralidade, está-se diante também de uma sociedade inclusiva. O desenvolvimento desta comunidade de inclusão é o retrato do Estado Social Democrático de Direito que almejamos, posto que “destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social” (Preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil).

²⁴⁹ Conferir: LORENTZ, Lutiana Nacur. *A norma da igualdade e o trabalho das pessoas portadoras de deficiência*. São Paulo: LTr, 2006, p. 149 e ss.

REFERÊNCIAS

ADAMOVICH, Eduardo Henrique Raymundo von. *Sistema da ação civil pública no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

ALEMÃO, Ivan. O Direito ao Trabalho na História e na Constituição Federal de 1988. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (orgs.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 959-974.

ALVES, Rubens Valtecídes. *Deficiente físico: novas dimensões da proteção ao trabalhador*. São Paulo: LTr, 1992.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência*. Brasília: Coordenadoria Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 1994.

ARISTÓTELES. *A Política*. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

ASSIS, Olney Queiroz; POZZOLI, Lafayette. *Pessoa portadora de deficiência: direitos e garantias*. 2. ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BENGALA LEGAL. *Procurador do Paraná Se Torna o Primeiro Juiz Cego do Brasil*. Disponível em: <<http://www.bengalalegal.com/blog/?p=674>>. Acesso em: 11 maio 2011.

BÍBLIA SAGRADA. *Bíblia do executivo: Nova Versão Internacional*. São Paulo: Vida, 2004.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. 2. ed. Bauru: Edipro, 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. *Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência: Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: Decreto Legislativo n. 186, de 9 de julho de 2008: Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009*. 2. ed. rev. e atual. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almeida, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CERTEZA, Leandra Migotto. Alerta Mundial – 03 de dezembro: Dia Internacional da Pessoa com Deficiência, *Adital: Notícias da América Latina e Caribe*, 1º/12/2006. Disponível em: <www.adital.com.br/site/noticia2.asp?lang=PT&cod=25698>. Acesso em: 22 jun. 10.

COSTA, Sandra Morais de Brito. *Dignidade humana e pessoa com deficiência: aspectos legais e trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2008.

DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2006.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009.

EXPRESSO GUANABARA. *Responsabilidade Sócio Ambiental*. Disponível em: <http://www.expressoguanabara.com.br/resp_ambiental.shtml>. Acesso em: 29 maio 2011.

FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. *Direitos das pessoas com deficiência*. Rio de Janeiro: WVA, 2004.

FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE BANCOS – FEBRABAN. *População com deficiência no Brasil: fatos e percepções*. São Paulo: Febraban, 2006.

FERRAZ, Fernando Basto. Princípio constitucional da igualdade. *Revista LTr*. Legislação do Trabalho, São Paulo, v. 69, p. 1198-1211, 2005.

_____. *Terceirização e demais formas de flexibilização do trabalho*. São Paulo: LTr, 2006

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Eletrônico Aurélio*. 5. ed. Versão 7.0. São Paulo: Positivo Informática, 2010. CD-ROM.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques de. *O trabalho da pessoa com deficiência e a lapidação dos direitos humanos: o direito do trabalho, uma ação afirmativa*. São Paulo: LTr, 2006.

_____. A ONU e seu Conceito Revolucionário de Pessoa com Deficiência. *Associação Nacional dos Membros do Ministério Público de defesa dos Direitos dos Idosos e Pessoas com Deficiência – AMPID*. Disponível em: <http://www.ampid.org.br/Artigos/Onu_Ricardo_Fonseca.php>. Acesso em: 17 mar. 2011.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS; FUNDAÇÃO BANCO DO BRASIL. *Retratos da Deficiência no Brasil*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2003. Disponível em: <http://www.fgv.br/cps/deficiencia_br/PDF/PPD_Sumario_Executivo.pdf>. Acesso em: 17 maio 2011.

FURTADO, Emmanuel Teófilo. *Preconceito no trabalho e a discriminação por idade*. São Paulo: LTr, 2004.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. Discriminação racial e princípio constitucional da igualdade. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 36, n. 142, abr./jun. 1999, p. 307-324.

_____. A recepção do instituto da ação afirmativa pelo Direito Constitucional brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 38, n. 151, jul./set. 2001, p. 129-152.

GUGEL, Maria Aparecida *et alli*. Comentários ao Decreto n. 3.298/99. *Ministério Público do Trabalho*. Disponível em: <<http://www.pgt.mpt.gov.br/publicacoes/pub57.html>>. Acesso em: 17 maio 2011.

IGREJA CATÓLICA. Papa (1978-2005: João Paulo II). *Carta encíclica Laborem Exercens*. Roma: Libreria Editrice Vaticana, 1981. Disponível em: <http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/encyclicals/documents/hf_jpii_enc_14091981_laborem-exercens_po.html>. Acesso em: 15 maio de 2011.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. *Censo Demográfico 2000: Deficiência*. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/27062003censo.shtm>>. Acesso em: 17 abr. 2011.

KALUME, Pedro de Alcântara. *Deficientes: ainda um desafio para o governo e para a sociedade: habilitação, reabilitação profissional, reserva de mercado de trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. *Igualdade de Tratamento nas Relações de Trabalho*. São Paulo: Malheiros, 1997.

LORENTZ, Lutiana Nacur. *A norma da igualdade e o trabalho das pessoas portadoras de deficiência*. São Paulo: LTr, 2006.

MARTINO, Vittorio di. *Telework in Latin America and the Caribbean*. International Development Research Center: Geneva, 2004. Disponível em: <http://www.idrc.ca/uploads/users/11005992271telework_final_meeting_feb1.no_conf.pdf>. Acesso em: 28 maio 2011.

MELO, Sandro Nahmias. *O direito ao trabalho da pessoa portadora de deficiência: ação afirmativa: o princípio constitucional da igualdade*. São Paulo: LTr, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO FILHO, José Celso de. *Notas sobre o Supremo Tribunal (Império e República)*. 2. Ed. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007.

MENDONÇA, Luiz Eduardo Amaral de. *Lei de Cotas: Pessoas com Deficiência e a Visão Empresarial*. São Paulo: LTr, 2010.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. *A inclusão de pessoas com deficiência no mercado de trabalho*. 2. ed. Brasília: MTE, SIT, 2007.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO – SECRETARIA DE INSPEÇÃO DO TRABALHO. *Projeto piloto de incentivo à aprendizagem das pessoas com deficiência: orientações à fiscalização*. Disponível em: <http://www.mte.gov.br/fisca_trab/fiscatrab_projeto_aprendizagem2008.pdf>. Acesso em: 18 maio 2011.

MSNBC.COM. *Barack Obama elected 44th president: 'Change has come to America,' first African-American leader tells country*. Disponível em: <http://www.msnbc.msn.com/id/27531033/ns/politics-decision_08/t/barack-obama-elected-44th-president/>. Acesso em: 11 maio 2011.

NUBILA, Heloísa Brunow Ventura Di. *Aplicação das classificações CID-10 e CIF nas definições de deficiência e incapacidade*. 2007. 181f. Tese (Doutorado em Saúde Pública) – Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde*. Lisboa: Ministério da Saúde. Direção-Geral da Saúde, 2003.

PAIVA, Mario Antonio Lobato de. O trabalho objeto do Direito do Trabalho. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 37, n. 145, jan./mar. 2000, p. 31-34.

PASTORE, José. *Oportunidade de trabalho para portadores de deficiência*. São Paulo: LTr, 2000.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Dimensiones de la igualdad*. 2. ed. Madrid: Dykinson, 2007, (Cuadernos “Bartolomé de las Casas”).

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

PLATÃO. *A república*. São Paulo: Nova Cultural, 1997, (Os Pensadores).

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

REIMANN, Marcos Francisco; KUYUMJIAN, Márcia de Melo Martins. Direito humano e direito social: para onde vai o trabalho? *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 38, n. 150, abr./jun. 2001, p. 145-155.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 33, n. 131, jul./set. 1996, p. 283-295.

SÁ, Nídia Regina Limeira de. *Cultura, poder e educação de surdos*. Manaus: Universidade Federal do Amazonas, 2002.

SANTOS, Ieda Ribeiro Dias dos. A fiscalização do trabalho e o combate à discriminação no emprego. *Ministério Público do Trabalho*. Disponível em: <<http://www.pgt.mpt.gov.br/publicacoes/pub22.html>>. Acesso em: 23 maio 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira (orgs.). *Constituição e democracia: Estudos em homenagem ao Prof. J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SASSAKI, Romeu Kazumi. Como chamar as pessoas que têm deficiência? *Revista da Sociedade Brasileira de Ostomizados*, ano I, n. 1, 1º sem. 2003, p.8-11.

SECRETARIA INTERNACIONAL DO TRABALHO - BRASIL. *Gestão das questões relativas à deficiência no local de trabalho: repertório de recomendações práticas da OIT*. Brasília : OIT, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SÜSSEKIND, Arnaldo *et alli*. *Instituições de direito do trabalho*. Vol. 1. 22. ed. São Paulo: LTr, 2005.

VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da Norma Jurídica*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

VEJA. *O discurso de Dilma Rousseff, presidente eleita*. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/integra-do-discurso-de-dilma-rousseffpresidente-eleita>>. Acesso em: 11 maio 2011.

VYGOTSKY, Lev Semenovitch. O defeito e a compensação. In: PROGRAMA INSTITUCIONAL DE AÇÕES RELATIVAS ÀS PESSOAS COM NECESSIDADES

ESPECIAIS – PEE (org.). *Pessoa com deficiência na sociedade contemporânea: problematizando o debate*. Cascavel: EDUNIOESTE, 2006.

WORLD HEALTH ORGANIZATION – WHO. *World Report on disability*. Disponível em: <http://www.who.int/disabilities/world_report/concept_note_2010.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2011.

_____. *Deafness and hearing impairment: fact sheet n° 300*. Disponível em: <<http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs300/en/#>>. Acesso em: 30 maio 2011.

APÊNDICES**APÊNDICE A – Modelo de termo de concordância****TERMO DE CONCORDÂNCIA**

Eu, _____, _____,

(qualificação profissional)

autorizo o pesquisador Matheus Alves do Nascimento a divulgar em seu Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) de graduação em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC), sob orientação do Professor Doutor Fernando Basto Ferraz, a entrevista do tipo pesquisa de opinião realizada nesta data, para fins exclusivamente científico-didáticos.

Assinatura: _____

Termo preenchido por: _____

Fortaleza, _____ / _____ / _____

APÊNDICE B – Entrevista com Procurador do Ministério Público do Trabalho

Entrevistado: Nicodemos Fabrício Maia. Procurador-Chefe do Trabalho da Procuradoria Regional do Trabalho da 7ª Região. Mestre em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Professor da Faculdade Christus.

1) Como se dá a atuação do Ministério Público do Trabalho na tutela dos direitos das pessoas com deficiência?

Geralmente, o SINE (Sistema Nacional do Emprego), depois de verificar o cumprimento ou descumprimento da política de cotas para pessoas com deficiência nas empresas, envia relatórios ao MTE (Ministério do Trabalho e Emprego). Este órgão, através de suas Superintendências Regionais do Trabalho e Emprego (SRTE) pode enviar seus próprios relatórios ao Ministério Público do Trabalho (MPT), caso a empresa se recuse a cumprir a política de cotas. O MPT realiza, então a abertura de inquéritos civis, intimando as empresas para se manifestarem. Em média, esses inquéritos duram por até um ano, sendo que um a cada dez deles termina no ajuizamento de ações civis públicas. Se houver firmamento de termo de ajustamento de conduta (TAC), este será fiscalizado pela SRTE. Sua inobservância gera ação executiva.

2) Em relação à Ação Civil Pública, quais são seus trâmites?

Inicia-se pelo inquérito civil, que poderá culminar no ajuizamento da ação civil pública. Havendo acordo extrajudicial no curso do processo, deverá ser homologado. Muitas vezes, a ação é apresentada em decorrência de denúncia de pessoa com deficiência que teve negada a oportunidade de emprego.

3) Quais os principais parceiros do MPT para realizar essas atividades?

Há vários parceiros, mas o principal é o MTE. No Ceará, havia um fórum de órgãos, incluindo o INSS, que diagnosticava os problemas e distribuía as tarefas a serem feitas.

Outros grandes parceiros são as associações, que não possuem assessoria jurídica própria, muitas vezes tendo de aguardar que alguém tome a iniciativa.

4) Como os empresários têm respondido à reserva de vagas para pessoas com deficiência? O que alegam quando descumprem a lei de cotas?

Há uma resistência velada do mercado de trabalho brasileiro na inclusão de pessoas com deficiência. Os empresários têm dificuldade em manter empregados com deficiência, devido a sua pequena qualificação. Além disso, o benefício de prestação continuada, previsto na Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), acaba prejudicando a inserção dessas pessoas no mercado de trabalho. Daí a sugestão de uma cumulação do benefício com o salário do empregado com deficiência. Em relação ao empregado reabilitado, poucas empresas aceitam seu retorno.

5) Quais são as maiores dificuldades na inclusão do trabalhador com deficiência no meio ambiente de trabalho?

Segundo o SINE/IDT, cinco mil pessoas com deficiência esperam vagas de trabalho no Ceará. A falta de acessibilidade milita contra a inclusão dessa minoria. Muitos do reabilitados, por exemplo, acabam se aposentando. Há, no entanto, alternativas: o Sistema “S” e o SINE realizam cursos para habilitação de pessoas com deficiência; empresas têm efetivado convênios para preparação do candidato com deficiência a determinada função; qualificação do trabalhador com deficiência em casa; isenção fiscal para contratação de pessoas com deficiência que enfrentam maiores dificuldades de encontrar emprego, tais como cegos bilaterais e cadeirantes; contratação de pessoas com deficiência para atividades-meio de empresas com maior dificuldade de inclusão, tais como grupos econômicos que lidam com transporte e eletricidade; apoio às atividades dos paratletas.

6) A lei de reserva de vagas para pessoas com deficiência tem eficácia social, isto é, tem sido bem recebida pela sociedade?

Há uma certa receptividade da lei de cotas. Lembre-se que o Brasil confirmou a Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência e seu protocolo facultativo.

Trabalho é cidadania. Não há dignidade sem acesso ao trabalho, aos bens de consumo. A inclusão social é benéfica a todos e a sociedade não resiste às pessoas com deficiência.

Apêndice C – Entrevista com Auditora fiscal do trabalho

Entrevistada: Conceição Barros. Coordenadora do Projeto de Inclusão de Pessoas com Deficiência da Superintendência Regional do Trabalho e Emprego no Ceará. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela LFG/Cândido Mendes.

1) Qual a atuação do Ministério do Trabalho e Emprego na tutela dos direitos das pessoas com deficiência?

Fiscalização quanto ao cumprimento da lei de cotas. Antes não se sabia qual a competência de fiscalização: se do INSS ou do MTE. A partir do decreto, começou-se a fazer a fiscalização e só então as empresas passaram a incluir pessoas com deficiência. Hoje a inclusão é muito maior. Em geral, só se cumprem as cotas quando fiscalizadas.

2) Quais são os instrumentos utilizados pelo MTE para efetivar tal tutela?

Há dois tipos de fiscalização: direta e indireta. A primeira ocorre quando os Auditores fiscais do trabalho (AFT) vão a campo. A indireta acontece quando se chama a empresa ao Núcleo de Apoio a Programas Especiais (NAPE), da SRTE/CE. É um dos poucos casos em que os empresários vêm com muitos advogados. Na fiscalização, o AFT analisa documentos, laudos médicos, e o vínculo empregatício do trabalhador com deficiência. Caso a empresa não esteja cumprindo a cota, faz-se um TAC em que a ela se compromete a implementar a reserva de vagas. Se não o fizer, expede-se auto de infração, aplicando-se a multa cabível e envia-se o relatório ao MPT.

3) Quais os principais parceiros do MTE para realizar essas atividades?

Os principais parceiros são o MPT, o SINE (que possui banco de dados de trabalhadores com deficiência), as entidades do Sistema “S” e as associações representativas de pessoas com deficiência.

4) Como os empresários têm respondido à reserva de vagas para pessoas com deficiência nas empresas? Quais as principais justificativas para o descumprimento da política de quotas?

A principal é dizer que não há pessoas com deficiência para trabalhar. Afirmam as empresas põem anúncio no jornal e não aparece ninguém. O problema é que os trabalhadores com deficiência qualificados e com maior nível de instrução já estão empregados. Outros argumentos levantados são: baixa qualificação e/ou escolaridade desses obreiros; existência do benefício de prestação continuada, que impede a sua cumulação com outra fonte de renda, como o salário. Além disso, os empresários requerem isenções e incentivos fiscais, como redução do FGTS, que são incabíveis, a não ser que destinados à adaptação do meio ambiente de trabalho. Há linha de crédito do BNDES para adaptação e acessibilidade nas empresas.

É muito comum as empresas irem ao SINE pedindo um perfil específico de pessoa com deficiência. Em geral, aquelas com deficiência visual e mental são as mais difíceis de contratar. Cadeirantes também têm essa dificuldade.

É bastante comum as empresas contratarem pessoas com deficiência apenas para fins de cumprimento da cota e depois demitem esses funcionários. Muitas demissões devem ser investigadas, principalmente porque a rescisão só pode ocorrer se o empregador tiver contratado outra pessoa com deficiência, havendo, de certa forma, uma estabilidade do empregado com essas condições especiais.

Como alternativa, o MTE criou programa para contratar pessoas com deficiência sem habilitação (qualificação) como aprendizes, mas essa cota não se sobrepõe à do art. 93 da lei n. 8.213/91. Esta fica em aberto, porque há pessoa com deficiência sendo qualificada por um certo período. Nesse contexto, a multa não é interessante, pois o importante é incluir. Só se multa quando a empresa não quer contratar.

5) Quais são as maiores dificuldades na inclusão da pessoa com deficiência no meio ambiente de trabalho?

A maior dificuldade é o preconceito, o que acarreta a recusa de pessoas com deficiência para o emprego. Incentivo fiscal é preconceituoso, porque dá a visão de que a pessoa com deficiência é um estorvo, um incapaz. A política de cotas não é favor; é para essa pessoa com deficiência trabalhar como os outros. Não é questão de remuneração, nem caridade, mas inserção.

6) A lei de reserva de vagas para pessoas com deficiência tem eficácia social, isto é, tem sido aceita pela sociedade?

É bem aceita. A entrevistada é otimista quanto à política de cotas. Hoje há uma resistência em contratar, mas depois da contratação, empresários e colegas constatam que as pessoas com deficiência são maravilhosas, disciplinadas, rigorosas, metódicas. Os surdos, por exemplo, são extremamente inteligentes, esclarecidos e politizados. Tudo isso faz bem à imagem da empresa. É motivo de admiração. Se não houvesse a lei e a fiscalização, não se teria a atual quantidade de pessoas com deficiência no mercado.

Apêndice D – Entrevista com Assistente Social do Sistema Nacional de Emprego

Entrevistada: Fátima Almeida. Gerente do atendimento especializado à pessoa com deficiência do SINE/IDT. Bacharel em Serviço Social pela Universidade Estadual do Ceará. Pós-graduada em Recursos Humanos e Gerência Geral.

1) Qual a atuação do SINE/IDT na tutela dos direitos das pessoas com deficiência?

Faz-se todo atendimento igual ao dos demais tipos de trabalhadores (sistema único). Há uma senha preferencial para pessoas com deficiência, gestantes, idosos. Faz-se cadastro do trabalhador com a documentação necessária (como seguro-desemprego e homologação orientada pela SRTE, que é o “passaporte” para o mercado de trabalho). O trabalhador pode ser encaminhado pra fazer curso de informática, que é gratuito.

2) Quais são os instrumentos utilizados pelo SINE para incluir pessoas com deficiência no mercado de trabalho?

Realizam-se oficinas de orientação para o trabalho: como participar de entrevistas, exigências do mundo do trabalho, dinâmicas, como preparar currículo, como se vestir e portar etc. Há orientação profissional feita por psicólogos, que refletem sobre a carreira do trabalhador. O SINE/IDT organiza banco de dados de trabalhadores com deficiência.

As empresas fazem solicitação de vagas pela empresa, geralmente indicando um perfil de trabalhador com deficiência leve, de Ensino Médio completo etc. O SINE, então, negocia pra que se aceite outro perfil, pois isso facilita a inclusão das pessoas com deficiência. O IDT se oferece para ir à empresa para negociar o perfil do trabalhador a se empregar, ver como é o trabalho que será prestado, podendo ministrar palestras de sensibilização, por meio de mostra de estatísticas, exemplos de sucesso em outras empresas e tira-dúvidas sobre a legislação.

3) Quais os principais parceiros do SINE nessa tutela de pessoas com deficiência?

A coordenação dos trabalhos do SINE/IDT é feita pela Secretaria Estadual do Trabalho e Desenvolvimento Social. Seus trabalhos se dão com o apoio do Ministério Público, SRTE,

ONGs, entidades do Sistema “S” e associações de pessoas com deficiência. O IDT não quer se isolar, mas sim colaborar com empresas e sociedade civil.

4) Como as empresas têm respondido à política de cotas para pessoas com deficiência?

Antes da lei n. 8.213/91, havia uma realidade bastante diferenciada. O trabalho de inclusão pelo SINE/IDT começou em 1991 e de março daquele ano até dezembro de 1999, incluíram-se pouco mais de 600 pessoas com deficiência. De janeiro a dezembro de 2000 foram incluídas 830. O SINE, então, já tinha experiência na área, mas faltava o mercado se abrir para a contratação de pessoas com deficiência. De janeiro de 2000 a dezembro de 2010 foram incluídas mais de 15 mil pessoas com deficiência. No Brasil, a média de cumprimento da lei é de 21%.

Depois que começam a incluir pessoas com deficiência, as empresas mudam de posição. Quebram-se paradigmas. Vê-se uma questão humanística, porque os empregados sem deficiência passam a se espelhar e se orgulhar dos colegas com deficiência.

5) Quais são as maiores dificuldades na inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho?

Falta de acessibilidade e preconceito são pontos que muito dificultam. O terceiro é a qualificação. Mas quando a empresa quer contratar, ela contrata.

Nota-se que há uma carência muito grande em políticas públicas de educação para pessoas com deficiência. É preciso também melhoria da escolarização delas. É comum tanto a Pessoas com como sem deficiência ter problemas de arranjar emprego.

A SRTE orienta a empresa a vir ao SINE para buscar empregados, em caso de descumprimento de política de cotas. Fazem TAC, estipulando prazos, calculando, por exemplo, quantas pessoas com deficiência devem ser empregadas por mês até se chegar o cumprimento da política de cotas. Se isso não for verificado, o MPT conhece do caso e chama o SINE para tentar abrir caminhos. A inclusão depende da cultura da empresa, de um modo geral. Se o presidente compra a ideia de inclusão, a empresa cumpre a cota.

O SINE tem uma capilaridade grande, com 37 agencias no estado do Ceará. Tem-se tentado pautar pelo diálogo, pela negociação. A SRTE tem dever de fiscalizar, o MPT de cumprir a lei

e o SINE de, em sintonia, encaminhar o trabalhador, dialogar e empregar a pessoa com deficiência.

Muitas das pessoas com deficiência empregadas no próprio SINE ocupam cargos de chefia, sem que a deficiência interfira em suas funções, justamente por seu desenvolvimento pessoal.

6) A lei de reserva de vagas para pessoas com deficiência tem eficácia social, isto é, tem sido aceita pela sociedade?

Os números mostram que houve queda na inclusão de pessoas com deficiência. No Estado do Ceará isso não tem ocorrido. A inclusão antes e depois do decreto tem matizes bastante diferentes.

As pessoas com deficiência têm necessidades de saúde, remuneração, ir e vir. A sociedade tem de estar cônica de que a pessoa com deficiência deve ser incluída e sua cidadania reconhecida. Mas é preciso trabalhar a sociedade para que haja mais ações e políticas públicas para melhorar qualificação, educação. O empresariado deve fazer a acessibilidade e trabalhar com os preconceitos. O preconceito deve ser trabalhado dentro das escolas, já que não se nasce com preconceito, mas se deve desenvolver diuturnamente o processo de inclusão.

Apêndice E – Entrevista com Professora universitária

Entrevistada: Vanda Magalhães Leitão. Doutora em Educação Brasileira pela Universidade Federal do Ceará. Diretora da Secretaria de Acessibilidade UFC Inlui. Professora do Programa de Pós-Graduação em Educação Brasileira e da Graduação em Pedagogia. Coordenadora do Curso de Graduação de Letras-Libras.

1) O que é educação inclusiva? Como se deu seu interesse por essa temática?

A educação inclusiva abrange a inclusão de todos os segmentos marginalizados. É um ramo da educação especial. O MEC fala de Educação Especial na perspectiva de inclusão. Começou com a assinatura da Declaração de Salamanca de 1994 (trata sobre Princípios, Políticas e Práticas na Área das Necessidades Educativas Especiais). Entende-se que todas as pessoas com deficiência devem ser incluídas em escolas regulares, no sistema regular de ensino. As escolas especializadas para pessoas com deficiência serviriam de apoio às regulares, passando a ter atendimento educacional especializado.

As pessoas com deficiência têm diferenças entre si e dentro do mesmo grupo de deficiência. O interesse da professora pela temática começou desde o fim de sua graduação em pedagogia pela UFC. Chegou a trabalhar na Secretaria de Educação de Fortaleza e foi também diretora da APAE. Passou a preparar professores para lidar educação especial.

2) Ainda existe o debate sobre em que escola se por a criança com deficiência, se em escola especial ou em escola comum? Por que?

Tudo que propõe mudança na sociedade traz contrapontos e conflitos; isso é normal. A lei impõe que todas as crianças estejam em sistema regular de ensino. Pais de crianças com deficiência mental têm temor de vê-las nas escolas. Os pais têm medo do “*bullying*”. Alguns pais querem que seus filhos fiquem nas escolas regulares, lutando a favor da proposta governista. De uma forma ou de outra, a escola deve garantir a escolarização e desenvolvimento lingüístico da criança com essas necessidades especiais. Se a criança com deficiência não participa desses movimentos, não há inclusão.

3) Quais as dificuldades encontradas pelos professores na lida com crianças com deficiência?

A responsabilidade recai sobre o professor. Devem-se encontrar caminhos para inclusão respeitosa garantindo inclusão. Nas escolas privadas, quando recebem aluno com deficiência, geralmente a família contrata professor auxiliar para acompanhar a criança. Na escola pública, a criança com deficiência é mais uma na sala de aula.

A inclusão tem sido complicada. Não há um sistema de apoio ao professor da criança com deficiência. Algumas professoras dão uma atividade extra a este aluno, deslocando-o das atividades comuns. Quando há uma criança surda, deve haver intérprete de Libras. As crianças chegam a escola sem saber Libras, pois nasceram em famílias ouvintes, que resistem à ideia do filho ser surdo, desejando que o filho fale português e não Libras. Nesse sentido, o intérprete é inútil, pois a criança não conhece a língua.

4) Como a Universidade tem abordado a temática da educação inclusiva?

É um tema que vem sendo discutido há muito tempo, desde a reforma do currículo do curso de graduação em pedagogia em 1987, com a inclusão de disciplinas de Educação Especial. A UFC submeteu projetos ao “Projeto Incluir”, do MEC, em que se propõem ações que discutem acessibilidade física, pedagógica e acessibilidade em seus vários aspectos. A “Secretaria de Acessibilidade UFC Incluir” surgiu nesse contexto. Uma de suas metas era a criação de uma instância na universidade para discutir sobre os alunos com a deficiência. O Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão, em 30 de agosto de 2010, criou a secretaria. Hoje, na matrícula, se o aluno se identificar como pessoa com deficiência, é encaminhado para pesquisa própria no sistema do Módulo Acadêmico.

5) A educação inclusiva da pessoa com deficiência a tem preparado para o mercado de trabalho?

A inserção do aluno na escola regular é muito recente. As escolas não se preocupam com a formação profissional. Há uma distância nesses objetivos de Educação Profissional. Os CEFETs têm essa preocupação em inclusão de alunos com deficiência, a exemplo do CEFET-

SC. As APAES têm setores de formação profissional com convênios no mercado de trabalho, sendo as pessoas com deficiência acompanhadas pela própria ONG.

6) Quais as dificuldades que uma pessoa com deficiência pode encontrar para trabalhar?

Muitas empresas não ocupam vagas, porque as pessoas com deficiência não tem qualificação. Este é o grande gargalo, pois eles não tem formação profissional. O ensino médio não prepara para formação profissional.

Muitas das pessoas surdas, por exemplo, acomodam-se. É algo muito mais comportamental, por ser resquício de seu tratamento como incapazes. Eles se apropriam do estigma. Outros surdos são mais ativos e alguns militam por uma escola bilíngüe, não aceitando inserção na escola regular.

Apêndice F – Entrevista com Surdo servidor público

Entrevistado: Fábio Luiz Benício Maia Nogueira. Servidor Público com cargo de Administrador da Pró-Reitoria de Planejamento da Universidade Federal do Ceará. Mestrando em Administração de Empresas pela Universidade de Fortaleza.

1) Como você adquiriu a surdez? Qual a atitude tomada por sua família e você para lidar com ela?

Nasceu surdo. Na época, havia pouca tecnologia para desenvolver seu tratamento. É o segundo filho na família e o único surdo. Quem mais se preocupou com a inclusão foi sua mãe, que pôs o filho aos oito anos em escola para surdos (Instituto Filippo Smaldone – instituição religiosa italiana que utilizava o método oralista de ensino). Depois foi estudar em colégio comum, em que enfrentou dificuldades com professor que não sabia lidar com ele; faltava adaptação. Em sua sala, encontrou colegas surdos em quem confiava mais. Não quis cursar faculdade em Fortaleza. Foi a Porto Alegre estudar Fisioterapia na Universidade Luterana do Brasil. Trouxe as idéias de lá pra Fortaleza e lutou pela igualdade de educação dos surdos em Fortaleza, que era muito atrasada. Fez, então, vestibular para Administração de Empresas na UNICE – Ensino Superior. Só quando cursava o quarto semestre, a faculdade contratou intérprete de Libras.

2) Você considera a surdez uma doença? Quais as principais dificuldades de um surdo no dia-a-dia?

Surdez não é doença; é algo natural. Doença é uma inflamação no ouvido; surdez é algo natural. Deficiência auditiva ocorre com as pessoas que não convivem, que não sabem libras, que não buscam por seus direitos. Os surdos são o contrário. É preciso motivação e evitar o isolamento. A sociedade precisa mudar politicamente e interagir com surdos.

3) Você teve dificuldades em arranjar um emprego? Por que?

Teve sorte em arranjar emprego. Um de seus primeiros trabalhos foi realizado na Secretaria Estadual do Trabalho e Desenvolvimento Social, tendo chefe também pessoa com deficiência, só que física (motora).

4) Como foi o concurso público para servidor da UFC?

Para realizar a inscrição, teve que apresentar teste de audiometria para provar deficiência a médico perito. A UFC contratou intérprete de libras, mas o entrevistado realizou a prova no mesmo tempo que os demais candidatos.

5) Como foi a integração em seu setor e com os demais servidores?

Admiraram o seu trabalho. Alguns pensaram que era estrangeiro, por causa do sotaque [é surdo oralizado]. Teve que lutar para abrir consciência na mente das pessoas.

6) Você acha importante a política de reserva de vagas de trabalho para pessoas com deficiência? Considera-a efetiva?

Muito importante. A luta das pessoas com deficiência tem que continuar. A sociedade é muito fechada. Faltam intérpretes de surdos. Deve haver valorização do servidor surdo.

7) Existe um culpado pela falta de inclusão social das pessoas com deficiência?

Primeiro: em relação à pessoa com deficiência, o surdo não tem culpa, mas o deficiente auditivo pode ter. Em segundo lugar, vem a exclusão realizada pela sociedade. Em terceiro, vem o Governo, que não se importa com muitas pessoas com deficiência. Os surdos têm que lutar pelos seus direitos.

Apêndice G – Entrevista com Surda empregada celetista²⁵⁰

Entrevistada: Raphaella Magalhães Cunha Maranhão. Analista da Companhia Energética do Ceará (Coelce). Bacharel em Ciências Contábeis.

1) Como você adquiriu a surdez?

Minha mãe adquiriu rubéola durante a gravidez. O médico, vizinho da minha mãe, desconfiou da doença porque ela estava com as manchinhas pelo corpo, mas não contou para ela. Mas minha mãe disse que se soubesse do caso, não faria aborto de jeito nenhum! Ela é a favor da vida, assim como eu!

2) Você considera a surdez uma doença? Quais as principais dificuldades de um surdo no dia-a-dia?

Não. Doença, nunca! Apenas uma deficiência. Por exemplo: Se o surdo não for oralizado, isso dificulta muito. No trabalho ele encontra mil e uma dificuldades pela falta de comunicação, pelo fato de não ter intérprete. Eu já fui ajudar alguns surdos, os menores aprendizes, para compreender as tarefas e o dia-a-dia do trabalho, fato que melhorou bastante depois disso.

No meu caso, eu também tenho algumas limitações como não poder atender ao telefone no trabalho, participar de reuniões quando se trata de videoconferência por não pegar a leitura labial etc.

3) Você teve dificuldades em arranjar um emprego? Por que?

Não. Dou graças a Deus por ter nascido Surda, porque se não fosse eu não teria conseguido um emprego desse!

²⁵⁰ Respostas ao questionário feitas via correio eletrônico. Transcreveu-se, com poucas adaptações, o discurso da entrevistada. Daí as respostas estarem em primeira pessoa do singular.

Depois de quatro a cinco meses - não me recordo - da minha formatura trabalhei num escritório de Contabilidade durante sete meses. Um ano após a minha graduação em Ciências Contábeis eu consegui um grande emprego onde trabalho até hoje! São dez anos de trabalho dedicado!

4) Como foi a seleção para o cargo que você ocupa na empresa em que trabalha?

Primeiro fui ao SINE, atual IDT - Instituto de Desenvolvimento do Trabalho, onde a Fátima Almeida, gerente da Unidade da Pessoa com Deficiência do SINE/IDT, me indicou o local da oportunidade e depois fiz exame psicotécnico e então, eu passei!

5) E a integração em seu setor e com os demais empregados?

Alguns me ajudam e me apóiam. São pessoas prestativas que nem todo lugar se consegue ter! Mas são raras essas pessoas, são pouquíssimas.

6) Você acha importante a política de reserva de vagas de trabalho para pessoas com deficiência? Considera-a efetiva?

Claro que sim! Os deficientes são também cidadãos e têm todo o direito de exercer a cidadania! Por que não? Nem sempre as empresas cumprem a cota de contratação de deficientes.