

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Maria Ivone Fortunato Laraia

A pessoa com deficiência e o direito ao trabalho

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2009

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Maria Ivone Fortunato Laraia

A pessoa com deficiência e o direito ao trabalho

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito das Relações Sociais, Subárea de Direito do Trabalho, sob a orientação do Professor Doutor Paulo Sérgio João.

SÃO PAULO

2009

BANCA EXAMINADORA

Dedico este trabalho

*Ao meu amado marido Ricardo Laraia, pelo
carinho, apoio e incentivo incondicional em todas as
minhas escolhas.*

*Aos meus filhos Ricardo Fortunato Fortes e Ricardo
Laraia Junior, pelas inúmeras alegrias
proporcionadas.*

*À minha mãe Otília e meu irmão Paulo, pelo
carinho e incentivo.*

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Doutor Paulo Sérgio João pela orientação, sempre acompanhada de valiosas lições de direito do trabalho, devidamente aplicadas neste trabalho e na vida acadêmica.

Ao Professor Ricardo Regis Laraia, sempre presente nos primeiros passos de um longo processo de aprendizado que é ensinar a pensar o direito do trabalho.

À Professora Fabíola Marques, por todas as oportunidades dadas e pelo privilégio de merecer a sua confiança.

Aos meus professores de mestrado da PUC-SP, Pedro Paulo Teixeira Manus, Flávia Piovesan, Marcio Pugliesi e Antônio Carlos Mendes, pelas lições de como entender o direito e aplicá-lo na vida.

Aos professores da especialização da PUC-SP (COGEAE), pela atenção e palavras de incentivo.

E, sobretudo, a Deus, por absolutamente tudo.

RESUMO

LARAIA, Maria Ivone Fortunato. *A pessoa com deficiência e o direito ao trabalho*. 2009. 197 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

A dissertação de mestrado demonstra a trajetória da pessoa com deficiência na busca do reconhecimento de seus direitos, enfocando a proteção prevista em diversos diplomas internacionais voltados à reconstrução dos valores humanos, na Constituição Federal de 1988 e em diversas leis infraconstitucionais. Define quem é a pessoa com deficiência em nosso ordenamento jurídico, ampliando o rol constante nos Decretos ns. 3.298/1999 e 5.296/2004, com fundamento no ordenamento internacional e na jurisprudência. O desenvolvimento dos conceitos de dignidade humana, igualdade e não discriminação são os fundamentos para a criação de ações afirmativas, visando à inclusão social das pessoas com deficiência, e são objeto de uma rápida abordagem. No Brasil, busca-se a equiparação de oportunidades de acesso ao mercado de trabalho da pessoa com deficiência, através da adoção de um sistema de cotas ou reserva legal. O sistema de cotas brasileiro obriga à contratação de pessoas com deficiência no mercado formal de trabalho, por meio de contrato entre empregado e empregador, ou através da utilização de vaga reservada em concurso público. A obrigatoriedade de contratação de pessoas com deficiência, o aumento da fiscalização do Ministério do Trabalho e do Ministério Público do Trabalho e as contratações sem qualquer planejamento são causa de questionamentos legais e sociais. Para garantir a função econômica da empresa e incentivar o sistema de cotas brasileiro, propõe este trabalho a adoção de medidas fiscais e previdenciárias, a criação de subsídios e a alteração na Lei n. 8.742/93, no sentido de acrescentar a previsão de uma suspensão provisória do pagamento do benefício da assistência especial, quando do início da atividade laboral de qualquer espécie, até que a pessoa com deficiência volte à inatividade. A inclusão social das pessoas com deficiência é acompanhada de uma série de questões relevantes, tratadas no trabalho, que devem ser enfrentadas pelo Estado e por toda a sociedade.

Palavras-chaves: Deficiência – Direitos fundamentais – Dignidade humana – Igualdade – Discriminação – Ações afirmativas – Sistema de cotas – Reserva legal – Inclusão social.

ABSTRACT

LARAIA, Maria Ivone Fortunato. *The person with deficiency and the labor right*. 2009. 197 p. Dissertation (Master Degree in Law) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

The master's degree dissertation demonstrates the person with deficiency path in the search of the recognition of his rights, focusing the protection foreseen in several international diplomas destined to the reconstruction of the human values, in the the Federal Constitution of 1988 and in several infraconstitutional laws. It defines the person with deficiency in our juridical system, enlarging the list of the Ordinances ns. 3.298/1999 and 5.296/2004, based in the international legal system and in the jurisprudence. The development of the concepts of human dignity, equality and non discrimination are the foundations for the creation of affirmative actions, seeking to the social inclusion of the persons with deficiency, and they are object of a fast approach. In Brazil, the equalization of access opportunities to the job market for persons with deficiency is looked for through the adoption of a system of quotas or legal reserve. The Brazilian system of quotas forces to the persons with deficiency recruiting in the formal market of work, through contract between employee and employer, or through the use of reserved vacancy in public contest. The compulsory nature of person with deficiency recruiting, the increase of the fiscalization by the Labor Department and by the Labor Public Prosecution Service and the recruitings without any planning are cause of legal and social questions. To guarantee the economical function of the companies and to motivate the Brazilian system of quotas, this work proposes the adoption of fiscal and social security measures, the creation of subsidies and the alteration of the Law n. 8.742/93, in order to increase the forecast of a temporary suspension of the payment of the benefit of the special attendance when of the beginning of a labor activity of any species, until the person with deficiency returns to the inactivity. The person with deficiency social inclusion is accompanied of a series of important subjects, treated by the work, that should be faced by the State and by the whole society.

Keywords: Deficiency – Fundamental rights – Human dignity – Equality – Discrimination – Affirmative actions – System of quotas – Legal reservation – Social inclusion.

“Quem sabe, se tivéssemos tido um coleguinha de classe com deficiência na escola, dividindo a merenda, conversando e brincando no intervalo de aula, nós tivéssemos desenvolvido essa sensibilidade que, muitas vezes nos falta. E estaríamos atentos aos problemas, cobrando das autoridades uma participação mais efetiva. Não como direito da minoria; mas como direito da maioria de ter exposta a preocupação inclusiva em uma sociedade. A falta de ensino inclusivo provoca a separação (ou não explicitação) dos valores, mantendo a nossa insensibilidade para a questão, e permite que a acessibilidade demore 20 anos para ser implantada!”

Luiz Alberto David Araujo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	17
CAPÍTULO I – A PESSOA COM DEFICIÊNCIA.....	21
1.1 A pessoa com deficiência no contexto histórico	21
1.1.1 Antiguidade	21
1.1.2 Idade Média	25
1.1.3 Idade Moderna e Idade Contemporânea.....	27
1.2 A participação da pessoa com deficiência no crescimento econômico e social ao longo da história	30
1.3 Denominação utilizada	32
1.4 Conceito de pessoa com deficiência.....	36
1.4.1 Modelos de conceito de deficiência.....	36
1.4.2 Definição na doutrina	38
1.4.3 Definição legal de pessoa com deficiência.....	39
1.4.4 Definição de pessoa com deficiência para o direito do trabalho	50
1.5 Diferenças entre deficiência, incapacidade e desvantagem.....	51
CAPÍTULO II – A INCLUSÃO SOCIAL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA, SEUS FUNDAMENTOS E AS AÇÕES AFIRMATIVAS	55
2.1 Inclusão social da pessoa com deficiência	55
2.2 Dignidade da pessoa humana	57
2.3 Igualdade	61
2.4 Discriminação.....	67
2.4.1 Formas de discriminação	70
2.5 Ação afirmativa	72
CAPÍTULO III – A PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO ORDENAMENTO INTERNACIONAL.....	75
3.1 Tratados internacionais.....	77
3.1.1 Processo de formação dos tratados internacionais	79
3.1.2 Tratados internacionais de direitos humanos	80

3.2 Proteção internacional no plano global	81
3.2.1 Carta das Nações Unidas.....	82
3.2.2 Declaração Universal dos Direitos Humanos	82
3.2.3 Declaração dos Direitos do Deficiente Mental e Declaração dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência.....	84
3.2.4 Declaração de Salamanca.....	86
3.2.5 Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência	88
3.2.6 Recomendações e convenções da OIT.....	95
3.2.6.1 Recomendação n. 99 da OIT.....	96
3.2.6.2 Convenção n. 111 da OIT	97
3.2.6.3 Convenção n. 117 da OIT	99
3.2.6.4 Convenção n. 159 e Recomendação n. 168 da OIT	100
3.3 Proteção internacional no plano regional.....	101
3.3.1 Convenção da Guatemala.....	103
CAPÍTULO IV – A PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO ORDENAMENTO INTERNO ..	107
4.1 Os direitos das pessoas com deficiência nas Constituições brasileiras.....	107
4.2 Os direitos das pessoas com deficiência na Constituição Federal de 1988	109
4.2.1 Defesa dos direitos das pessoas com deficiência	121
4.2.2 Cláusula pétrea e a interpretação dos direitos fundamentais	128
CAPÍTULO V – ACESSIBILIDADE	131
5.1 Conceito de acessibilidade e barreira.....	131
5.2 Importância do direito à acessibilidade.....	132
5.3 Acessibilidade no direito brasileiro.....	134
5.4 Acessibilidade e o transporte público	139
5.5 Acessibilidade e habilitação para dirigir	141
5.6 Acessibilidade no local de trabalho	142
CAPÍTULO VI – A PESSOA COM DEFICIÊNCIA E O DIREITO AO TRABALHO.....	143
6.1 Inclusão no âmbito do setor público	143
6.2 Inclusão no âmbito do setor privado	149

6.2.1.1 Garantia de acesso ao trabalho: colocações competitiva, seletiva e por conta própria.....	151
6.2.1.2 Regime especial: entidades assistenciais e cooperativas sociais	153
6.2.1.3 Trabalho protegido: oficinas protegidas de produção e oficinas protegidas terapêuticas	154
6.2.2 O sistema de cotas para pessoas com deficiência no setor privado.....	155
6.2.2.1 Previsão legal.....	156
6.2.2.2 Habilitação e reabilitação profissional	157
6.2.2.3 Dispensa de empregados habilitados ou reabilitados	160
6.3 Questões polêmicas	162
6.3.1 Número de empregados	163
6.3.2 Visão monocular.....	167
6.3.3 Terceirização	170
6.3.4 Aprendiz	171
6.3.5 Estágio	172
6.3.6 Teletrabalho	177
6.4 Incentivos ao sistema de cotas.....	180
CONCLUSÃO.....	183
REFERÊNCIAS	187

INTRODUÇÃO

Apesar de não ser nova, a questão da inclusão da pessoa com deficiência na sociedade e no mercado de trabalho nunca teve tamanha importância na legislação de muitos países e em estudos científicos e acadêmicos. Atualmente, está presente nos principais documentos internacionais e nacionais. E não poderia ser diferente. Segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS), existem hoje cerca de 610 milhões de pessoas com deficiência em todo mundo. Desse total, cerca de 386 milhões são economicamente ativas. De acordo com os dados do Censo realizado em 2000 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatístico (IBGE)¹, existem 25 milhões de brasileiros com deficiência física, mental, visual ou motora, congênita ou adquirida, o que representa 14,5% da população. Do total dos casos declarados ao Censo, 8,3% possuem deficiência mental, 4,1% deficiência física, 22,9% deficiência motora, 48,1% deficiência visual e 16,7% deficiência auditiva.

Segundo o Censo 2000, entre 16,6 milhões de pessoas com algum grau de deficiência visual, quase 150 mil se declaram cegos. Entre os 5,7 milhões de brasileiros com algum grau de deficiência auditiva, um pouco menos de 170 mil se declaram surdos.

Os dados do Censo 2000 mostram também que os homens predominam no caso de deficiência mental, física (especialmente no caso de falta de membro ou parte dele) e auditiva, em consonância com as atividades por eles desenvolvidas, eis que submetidos a maiores riscos de acidente que as mulheres. O número elevado de pessoas com deficiência no Brasil deve-se principalmente ao fato de figurar entre os países com maiores índices de acidente de trabalho e violência urbana.

A taxa de escolarização das crianças de 7 a 14 anos de idade com deficiência é de 88,6%, seis pontos percentuais abaixo da taxa de escolarização do total de crianças nessa faixa etária, que é de 94,5%.

As taxas de desemprego entre as pessoas com deficiência podem chegar a 80%, número superior aos demais segmentos da população economicamente ativa.

¹ IBGE e CORDE abrem encontro internacional de estatísticas sobre pessoas com deficiência. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=438&id_pagina=1>. Acesso em: 07 abr. 2009.

Aproximadamente 9 milhões de pessoas com deficiência estão trabalhando. Esse pequeno percentual de pessoas com deficiência presentes no mercado de trabalho aponta a dificuldade de sua inserção.

Trata-se, portanto, de um universo significativo de pessoas que, nos dias de hoje, buscam condições humanas e materiais que lhes permitam viver com independência. O acesso ao mercado de trabalho é decisório na conquista de sua independência. A política de inclusão de todos os tipos de trabalhadores, em busca de um meio ambiente de trabalho que inclua todas as diversas faces culturais e profissionais, é hoje o ideal buscado pela sociedade moderna.

A exclusão das pessoas com deficiência do mercado de trabalho deve-se primeiramente a uma história de marginalização, seguida da utilização de um modelo caritativo utilizado por toda a sociedade, segundo o qual a pessoa com deficiência não seria capaz e, por isso, precisaria da ajuda de todos. Também se deve à falta de cumprimento pelo Estado de seu dever de fornecer ensino com qualidade e igualdade de condições para o exercício de um trabalho digno e produtivo.

A dificuldade na questão da inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho está na multiplicidade de deficiências verificadas e suas origens, na qualificação profissional dos candidatos e na inviabilidade de sua contratação em alguns casos, seja por vedação legal, pelo ramo de atividade, pelas atribuições exigidas, ou ainda pela acessibilidade dos candidatos.

Para o efetivo acesso ao mercado de trabalho, é necessário identificar os obstáculos existentes na sociedade e no ambiente de trabalho, e removê-los. É o que ocorre com o deficiente visual que trabalha em organização que possui arquitetura que facilite o acesso e a circulação e, no decorrer do dia, desenvolve o seu trabalho sem barreiras, pois está munido de instrumentos adaptados às suas necessidades. Eventuais dificuldades verificadas por essa pessoa no ambiente de trabalho não terão relação com sua deficiência física.

O objetivo do presente trabalho é demonstrar que a inclusão social das pessoas com deficiência no âmbito das relações de trabalho é imprescindível à garantia de sua dignidade.

Nesse contexto, foi o trabalho dividido em seis capítulos. No primeiro capítulo, analisaremos a evolução do tratamento verificado no decorrer da história em relação a pessoas com deficiência; qual é a melhor denominação a ser utilizada pela legislação, em estudos científicos e acadêmicos; e como é conceituada a pessoa com deficiência na doutrina e na legislação vigente.

No segundo capítulo, abordaremos os fundamentos do direito da pessoa com deficiência à proteção social, cristalizada em diversos direitos, em especial ao trabalho, a partir do estudo dos conceitos de dignidade da pessoa humana, igualdade e discriminação.

A proteção da pessoa com deficiência no ordenamento internacional global e regional também é objeto de uma breve averiguação lançada no capítulo terceiro, no qual serão analisados alguns diplomas internacionais e a experiência estrangeira, ilustrando a tendência mundial de proteção das minorias que se encontram em situação de desvantagem.

Completando o terceiro capítulo, eis que também faz parte do sistema de proteção legal das pessoas com deficiência, mas colocado em capítulo próprio devido à sua importância, procedemos no capítulo quatro à investigação da evolução constitucional brasileira, no campo de proteção das pessoas com deficiência. Para isso, analisaremos os principais aspectos de todas as Constituições nacionais, os direitos garantidos na Constituição Federal de 1988, a previsão de defesa desses direitos quando violados e como interpretar os direitos fundamentais, à luz da Constituição vigente.

O direito constitucional à acessibilidade, pela sua importância na obtenção dos demais direitos conferidos, será analisado em capítulo próprio. No capítulo quinto, conceituaremos acessibilidade e barreira, e identificaremos a importância da efetivação desse direito para a concretização do direito ao trabalho, em diversos aspectos.

A preocupação sobre os aspectos específicos da inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho, no âmbito do setor público e privado, os modos de acesso ao trabalho, a análise de algumas questões polêmicas e, principalmente, sugestões de incentivos ao sistema de cotas existente são apresentados no último capítulo da dissertação, já encaminhando o leitor para nossa conclusão a respeito do tema.

Como método e técnicas de pesquisa utilizadas na dissertação, destacamos inicialmente as bases lógico-investigatórias, em que se procurou identificar a evolução das denominações utilizadas para as pessoas com deficiência, os modelos de conceito de deficiência, a definição legal de pessoa com deficiência e a evolução no tratamento dado às pessoas com deficiência em diversas fases históricas. Aplicamos ainda o método comparativo sincrônico, cotejando os ordenamentos jurídicos contemporâneos de diplomas internacionais nos planos global e regional, e ainda no ordenamento interno brasileiro, procurando identificar alguns aspectos relevantes de proteção destinada às pessoas com deficiência. Utilizamos ainda o método analítico-sintético, ao explorar documentos e textos jurídicos, e o método indutivo, coletando dados específicos e concatenando as informações colhidas, que serviram como base e confirmação das conclusões trazidas nesta dissertação.

Cumpramos destacar que cada item tratado no trabalho encerra aspectos e problemas merecedores de análise mais profunda, que infelizmente não foram objeto de anotação, diante da necessidade de sua limitação física. Nossa intenção, diante da abrangência do magnífico e fascinante tema tratado, é apenas provocar uma reflexão e lançar algumas considerações como contribuição para o aprofundamento do debate sobre a construção de uma sociedade inclusiva no âmbito das relações de trabalho e auxiliar na busca da afirmação e efetivação do direito de todos a uma vida digna.

CAPÍTULO I – A PESSOA COM DEFICIÊNCIA

1.1 A pessoa com deficiência no contexto histórico

As pessoas com deficiência são vítimas constantes de preconceitos e discriminação. Essa constatação não é um fenômeno recente, nascido com as estruturas sofisticadas das relações de trabalho modernas, nem tampouco verificado apenas em países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, mas sim algo que ocorreu em toda a história da humanidade.

O conhecimento da história certamente nos fará refletir e abandonar os erros verificados e trilhar o caminho da inclusão das pessoas com deficiência: é o paradigma do século XXI.

Sendo assim, não poderíamos deixar de mencionar o tratamento dado às pessoas com deficiência ao longo da história da humanidade, e que ainda hoje reflete nos sistemas jurídico, social e administrativo da nossa sociedade.

1.1.1 Antiguidade

O tratamento dado às pessoas com deficiência na Antiguidade e entre os povos primitivos, segundo diversos relatos históricos mencionados na doutrina, variou da exclusão social ao abandono e da destruição até a proteção, em decorrência do desconhecimento pela ciência e pela medicina das causas pelas quais uma pessoa nascia com alguma deficiência ou a adquiria no decorrer da vida. Prevalecia o preconceito ou o culto de superstições de que seriam amaldiçoadas ou por vezes até abençoadas, não devendo participar da vida em sociedade, em função de suas limitações.

Os que exterminavam as pessoas com deficiência consideravam que a sobrevivência do grupo estaria condenada com a sua manutenção. Os grupos primitivos eram em sua grande maioria nômades e viviam da pesca e da caça, o que resultava no abandono das pessoas com deficiência, pelas dificuldades que tinham em acompanhar o grupo durante os deslocamentos.

Francisco Ferreira Jorge e Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante noticiam que “os povos antigos e mesmo os povos indígenas tinham o costume de tirar a vida do recém-nascido com alguma deficiência física”. Ilustram esses autores que “isso ocorria com rituais próprios, como enterro da criança viva ou jogando-a num abismo e outras tantas formas imagináveis de se tirar vida de alguém”.²

Ricardo Tadeu Marques da Fonseca destaca que “os povos primitivos tratavam-nas das mais diversas formas: muitos, simplesmente, eliminavam-nas, como empecilhos que representavam para a caça e para a marcha natural entre os nômades; outros, ao contrário, protegiam-nas, sustentando-as, no afã de conquistar a simpatia dos deuses, ou como medida de recompensa por mutilações sofridas durante a caça ou durante a guerra”. Ilustra que “os balineses (nativos da Indonésia), por sua vez, são impedidos de manter contato amoroso com pessoas que fujam do padrão estético ou comportamental em vigor”. Acrescenta que “os astecas, de acordo com determinação expressa de Montezuma, confinavam as pessoas com deficiência em campos semelhantes a zoológicos para exposição e para escárnio público”.³

O povo egípcio aplicava a penalidade de mutilação aos condenados por crimes, dentre elas as mutilações das duas mãos, das orelhas, do nariz, da língua etc. Geralmente as mutilações atingiam as partes do corpo utilizadas na execução do crime. Assim se mutilavam as mãos de quem tivesse cometido o crime de furto, a língua de quem difamasse alguém etc. Cibelle Linero Goldfarb acrescenta que no antigo Egito “os médicos acreditavam que as doenças, as deficiências físicas e os problemas mentais graves eram provocados por maus espíritos, por demônios ou por pecados de vidas anteriores que deviam ser pagos. Assim, apenas com a intervenção dos deuses e/ou do poder divino, que era passado aos médicos-sacerdotes, podiam ser debelados tais males”.⁴

Para a civilização hebraica, qualquer doença crônica ou deficiência física, mental ou deformações correspondia a um pecado. A Bíblia, em Levítico 21,16-20, dispõe que:

² JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Direito do trabalho*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. 2, p. 1.049.

³ FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. *A pessoa com deficiência e a lapidação dos direitos humanos: o direito do trabalho, uma ação afirmativa*. São Paulo: LTr, 2006. p. 71.

⁴ GOLDFARB, Cibelle Linero. *Pessoas portadoras de deficiência e a relação de emprego: o sistema de cotas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 26.

Nenhum de seus descendentes, nas futuras gerações, se tiver algum defeito corporal, não poderá oferecer alimento do seu Deus. Não poderá apresentar-se ninguém defeituoso, que seja cego, coxo, atrofiado, deformado, que tenha perna ou braço fraturado, que seja corcunda, anão, que tenha defeito nos olhos ou catarata, que tenha pragas postulentas, ou que seja eunuco.

Os povos primitivos que acolhiam as pessoas com deficiência acreditavam que elas tinham poderes sobrenaturais e as tratavam como pessoas superiores. Outros os protegiam e os sustentavam para buscar a simpatia dos deuses, ou ainda como gratidão aos que se mutilavam nas guerras. Enquanto os hebreus não permitiam que as pessoas com deficiência se tornassem religiosos, por entenderem que tinham sido punidas por Deus, os cegos hindus, por serem considerados pessoas com maior sensibilidade espiritual, eram estimulados a ingressar nas funções religiosas.⁵

A Lei das XII Tábuas, utilizada na Roma antiga, determinava que o *pater familia* eliminasse o filho com deficiência. Os que não eram mortos eram abandonados pelos pais e acolhidos para serem utilizados na mendicância ou vendidos como escravos.

A civilização grega desempenhou grande influência na formação cultural ocidental, pelo seu culto à beleza estética, pela educação helênica, a fama de seus jogos olímpicos, as maratonas, as estátuas de tipos apolíneos e os diversos relatos de práticas relativas às pessoas com deficiência. Esparta e Atenas, apesar de rivais, utilizavam a mesma prática de dar aos soldados feridos na guerra e a seus familiares diversas vantagens.

Em Esparta, as crianças pertenciam ao Estado e suas vidas eram decididas pelas pessoas mais velhas, através do Conselho de Anciãos. Se elas nascessem fracas e com deficiência, eram lançadas do Taigeto, um abismo de mais de 2.400 metros de profundidade, em cerimônia religiosa, para que não fosse transmitida a deficiência para gerações futuras. Os escolhidos para viver eram mandados para o campo a partir de doze anos, onde teriam que se sustentar sozinhos. Se não morressem de fome ou frio, estariam aptos a viver como soldados espartanos⁶. A Lei de Esparta previa que as crianças mal constituídas, os recém-nascidos frágeis ou portadores de deficiência deveriam ser eliminados.

⁵ FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. O trabalho protegido do portador de deficiência. In: Instituto Brasileiro de Advocacia Pública. *Direitos da pessoa portadora de deficiência*. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 136.

⁶ FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da, *A pessoa com deficiência e a lapidação dos direitos humanos: o direito do trabalho, uma ação afirmativa*, cit., p. 71-72.

Em Atenas, era feita uma festa para toda criança, denominada *amphidromia*, na qual o pai tomava a criança em seus braços, logo após o seu nascimento, e a levava solenemente até a sala para apresentá-la aos parentes e amigos e iniciá-la no culto aos deuses. Caso não fosse realizada a festa, era sinal de que a criança não iria sobreviver, cabendo ao pai o extermínio do filho.

As pessoas com deficiência e doentes eram protegidas por um sistema comparável à previdência social, pois todos contribuía para manter os heróis de guerra e sua família. Ricardo Tadeu Marques da Fonseca relata que “os atenienses, por influência da concepção aristotélica da igualdade geométrica, no sentido de atender a cada um segundo o seu merecimento, desenvolveram um sistema semelhante a uma previdência social, contribuindo para o cuidado dos heróis de guerra e de suas famílias. Mantinham-nos porém afastados do convívio social, para que sua ‘saga’ não influenciasse o moral das tropas”.⁷

No Império romano, a conduta de cuidar das pessoas doentes ou com deficiência em decorrência de guerra também ocorria. Ricardo Tadeu Marques da Fonseca acrescenta que “por influência ateniense, também os romanos imperiais agiam da mesma forma. Discutiam, esses dois povos se a conduta adequada seria a assistencial, ou a readaptação desses deficientes para o trabalho que lhes fosse apropriado”.⁸

A figura mitológica de Vulcano (nome romano de Hefesto), um dos doze deuses do Olimpo, filho de Júpiter e Juno, na obra *Ilíada*, de Homero, é um exemplo da concepção antiassistencialista e profissionalizante, bem como do ideal humano de que as deficiências não constituem limitações, eis que um deus, exímio na metalurgia e nas artes marciais, que desposou Vênus, a deusa do amor e da beleza feminina, conseguiu superar a deficiência física nos membros inferiores.

Outro exemplo da mitologia grega é o da disputa entre Júpiter e Juno, na qual Tirésias, que era adivinho, foi punido com a perda da visão por Juno, após tê-lo contrariado, e foi compensado por Júpiter, recebendo o dom da profecia.

⁷ FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da, *A pessoa com deficiência e a lapidação dos direitos humanos: o direito do trabalho, uma ação afirmativa*, cit., p. 72.

⁸ *Ibidem*, mesma página.

Aqueles que protegiam ou simplesmente sustentavam a pessoa com deficiência, nessa fase histórica, buscavam ganhar o reconhecimento dos deuses ou tinham gratidão, pois a mutilação ocorrera em guerra com o inimigo para a proteção do grupo. Relatos existem ainda no sentido da existência de povos que sempre cuidaram das pessoas com deficiência e de outros que evoluíram moral e socialmente, até adquirirem tal conduta.

1.1.2 Idade Média

Gerson Lacerda Pistori, ao justificar o porquê da escolha da Idade Média como objeto de seu trabalho, esclarece que ela:

É um período cronológico muito longo: basicamente corresponde seu início ao final do Império Romano, com a ocorrência das principais invasões bárbaras, até o chamado período da Renascença ocidental, no final do século XV (sem nos referirmos a várias instituições feudais que perduraram por séculos). Por certo que o período da Idade Média alta, reconhecido de forma mais uníssona como tal, entre o século V e o século X, possui um grande interesse histórico, mas não um correspondente interesse jurídico e trabalhista, pois o esfacelamento do Império Romano e de suas instituições afetou a aplicação do Direito estruturado naquele Império, prevalecendo principalmente costumes, quer do período romano, quer das tribos invasoras, majoritariamente germânicas. Além disso, ocorre apenas após o século X uma maior presença do trabalho livre e organizado em grupos, em função do crescimento e ampliação das cidades.⁹

No início da Idade Média, a partir do século V, acreditava-se que as pessoas com deficiência detinham poderes especiais associados a demônios, bruxarias e divindades malignas.

Laís Vanessa Carvalho de Figueiredo Lopes ilustra que:

Na Europa feudal e medieval, muitas pessoas com deficiência passaram a ser aceitas como parte de grupos para trabalhar nas terras ou nas casas de famílias. Mas sempre quando tinha alguma praga, elas eram culpadas pelo mal social. Como reação, milhares de pessoas com deficiência vagavam em penitência para ganhar as chagas ocasionadas na sociedade. Alguns acreditavam que com isso conseguiriam apagar a sua característica. Predominava o horror de ser diferente, pois poderiam ser acusados de males

⁹ PISTORI, Gerson Lacerda. *História do direito do trabalho: um breve olhar sobre a Idade Média*. São Paulo: LTr, 2007. p. 22.

com os quais não tinham nenhuma relação, dentre os quais a magia negra e a bruxaria – prática que os protestantes categorizaram e abominavam.¹⁰

A influência do cristianismo fez com que essa realidade fosse um pouco alterada, ainda que de forma tímida. A doutrina cristã, fundada no sentimento do amor ao próximo, humildade e caridade, veio beneficiar pessoas que possuíam doenças crônicas, bem como deficiência física e mental. Para o cristianismo, cada indivíduo é um ser criado por Deus, ressaltando a importância do homem. Destaca-se, nesse período, a fundação de vários hospitais pela Igreja Católica.

Edilson Soares de Lima, em seu comentário sobre a Idade Média, esclarece que:

A implantação e a solidificação da doutrina cristã trouxeram um tratamento mais digno pela sociedade a todos aqueles que estavam marginalizados, como os escravos e os portadores de quaisquer deficiências. A mudança na sociedade ocorreu porque pela doutrina cristã todos foram criados à imagem e semelhança de Deus, não importando a situação em que a pessoa encontrava-se. Foi uma mudança radical, porque se Deus é perfeito como criou filhos imperfeitos?¹¹

No final da Idade Média, com a dissolução das vassalagens feudais, um número expressivo de trabalhadores não foi absorvido pela manufatura nascente, o que resultou em grande número de mendigos, vagabundos e ladrões. A legislação vigente na Inglaterra previa que os vagabundos sadios seriam flagelados e encarcerados ou amarrados atrás de um carro e açoitados até que o sangue lhes corresse pelo corpo. Na primeira reincidência, além da pena de flagelação, metade da orelha seria cortada. Na segunda reincidência, a pessoa seria enforcada como criminoso irrecuperável e inimigo da comunidade. A legislação da vadiagem mutilava os indivíduos, impingindo-lhes, de um só golpe, a marca visível da deficiência. Como exemplo, temos a prova pelo fogo ou pela água fervente, em que o acusado deveria colocar a mão sobre um ferro quente ou na água fervente. Se três dias depois não aparecesse marca de queimadura, ele era declarado inocente.¹²

¹⁰ LOPES, Laís Vanessa Carvalho de Figueirêdo. Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência da ONU. In: GUGEL, Maria Aparecida; COSTA FILHO, Waldir Macieira da; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes (Orgs.). *Deficiência no Brasil: uma abordagem integral dos direitos das pessoas com deficiência*. Florianópolis: Obra Jurídica, 2007. p. 43.

¹¹ LIMA, Edilson Soares de. *Discriminação positiva e o portador de necessidades especiais*. Tese (Doutorado em Direito do Trabalho) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006. p. 16-17.

¹² ASSIS, Olney Queiroz; POZZOLI, Lafayette. *Pessoa deficiente: direitos e garantias*. 2. ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2005. p. 141.

No período denominado Renascimento, no final da Idade Média, a visão assistencialista verificada até então começou a ceder lugar para uma postura profissionalizante e integrativa das pessoas com deficiência. Era uma nova maneira de ver o mundo. Esse grupo, que até então vivia à margem da sociedade, passou a receber mais atenção das comunidades.

1.1.3 Idade Moderna e Idade Contemporânea

Os hospitais, abrigos e asilos, nessa fase da história, começaram a valorizar o ser humano. Apesar da ideia dominante na sociedade de valorização do homem, muitos eram obrigados a mendigar para conseguir sobreviver.

Na França, em 1656, foram criados os hospitais gerais, que além de hospitais, também detinham a função de asilo, atendendo a pessoas com deficiência. Nesses hospitais gerais (*hospitaux généraux*), as pessoas com deficiência tinham abrigo, alimentação e assistência médica.

Inicialmente, os hospitais e casas de assistência eram mantidas pelos senhores feudais e governantes, com o auxílio da Igreja. Num segundo momento, devido à crise feudal, veio a necessidade da inserção da pessoa com deficiência no sistema de produção ou de que fossem assistidos pela sociedade. Ricardo Tadeu Marques da Fonseca destaca que “em 1723, na Inglaterra, fundou-se a *workhouse*, que se destinava a proporcionar trabalho aos deficientes, mas foi ocupada pelos pobres que alijaram os primeiros daquele programa. Na França, institui-se, em 1547, por Henrique II, assistência social obrigatória para amparar pessoas com deficiência por meio de coletas de taxas”.¹³

Laís Vanessa Carvalho de Figueiredo Lopes ilustra que:

¹³ FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da, *A pessoa com deficiência e a lapidação dos direitos humanos: o direito do trabalho, uma ação afirmativa*, cit., p. 72-73.

No século XV, Lutero, fundador do protestantismo, recomendava fortemente que crianças com deficiência devessem ser jogadas no rio. No século XVI, os leprosos holandeses tiveram todos os seus bens confiscados pelo Estado para sustentar as boas almas que não foram castigadas pela lepra. Não bastasse a enfermidade, as pessoas ainda eram penalizadas pelo preconceito de que fizeram algum mal para merecê-la.¹⁴

Na França criou-se em 1544, sob o reinado de Francisco I, o Grand Bureau des Pauvres, conhecido na época como *Aumône Générale*, que significa esmola geral. Eram essas contribuições que mantinham os hospitais e os doentes pobres.

Ainda sobre as *workhouses*, Cibelle Linero Goldfarb acrescenta que:

Em 1723, a chamada Lei dos Pobres, promulgada por Henrique VIII, na Inglaterra, que autorizava os velhos abandonados e as pessoas portadoras de deficiência a pedir esmolas, foi alterada, autorizando cada paróquia a instituir casas de trabalho ou oficinas (*workhouse*), nas quais deveriam participar os pobres e as pessoas portadoras de deficiência, sob pena de não recebimento de qualquer contribuição. Considerando a ausência de educação e/ou habilitação para o trabalho, a mencionada lei agravou, ainda mais, a situação das pessoas portadoras de deficiência.¹⁵

Na Idade Contemporânea, diversos inventos vieram a facilitar o acesso ao trabalho e a locomoção das pessoas com deficiência, dentre os quais as cadeiras de rodas, bengalas, bastões, muletas, próteses, macas, coletes, veículos adaptados, camas móveis e o sistema Braille.

O sistema Braille, criado pelo professor do Institute Nationale des Jeunes Aveugles, Louis Braille, em 1829, integrou os deficientes visuais na linguagem escrita. Louis Braille feriu o olho esquerdo aos três anos e uma infecção após o ferimento alastrou-se ao olho direito, resultando em sua deficiência visual. Braille desenvolveu sua técnica a partir de um método utilizado em campo de batalha, pois era necessário ler mensagens sem usar a luz. O sistema Braille é lido da esquerda para a direita, com uma ou ambas as mãos. Cada célula Braille permite 63 combinações de pontos e é aplicada em termos matemáticos, científicos, químicos e musicais, ampliando a acessibilidade da pessoa com deficiência visual.

¹⁴ LOPES, Laís Vanessa Carvalho de Figueirêdo. Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência da ONU. In: GUGEL, Maria Aparecida; COSTA FILHO, Waldir Macieira da; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes (Orgs.). *Deficiência no Brasil: uma abordagem integral dos direitos das pessoas com deficiência*. Florianópolis: Obra Jurídica, 2007. p. 43.

¹⁵ GOLDFARB, Cibelle Linero, *Pessoas portadoras de deficiência e a relação de emprego: o sistema de cotas no Brasil*, cit., p. 27.

Os avanços científicos verificados na Idade Moderna, todavia, não foram suficientes para alterar totalmente o preconceito de quem possuía alguma deficiência.

A partir da Revolução Industrial, as guerras, epidemias e anomalias genéticas deixaram de ser as únicas causas motivadoras das deficiências. O trabalho em condições precárias, o excesso das jornadas de trabalho, as atividades em locais insalubres, a alimentação precária e as condições inadequadas para o trabalho passaram a ocasionar acidentes mutiladores e doenças profissionais. As crianças e mulheres passaram a ser utilizadas em maior escala, pois constituíam uma mão-de-obra mais barata.

Na Era Industrial, o homem assumiu o papel de máquina, em um modelo de racionalização e de produtividade do trabalho. Nessa realidade, reinou o preconceito de que a pessoa com deficiência não se ajustava à engrenagem do sistema, assim entendido como uma máquina que não poderia ter uma peça defeituosa.

Por outro lado, a questão da habilitação e reabilitação das pessoas com deficiência passaram a adquirir proporções significativas. Nesse momento histórico, nasceu o Direito do Trabalho e desenvolveu-se o sistema de seguridade social, com o acréscimo da reabilitação dos acidentados, além das atividades assistenciais, previdenciárias e de atendimento à saúde.

Em 1883, Otto von Bismarck introduziu na Alemanha uma legislação especial relativa a seguros sociais, como seguro-doença, seguro contra acidentes do trabalho e seguro de invalidez e velhice.

Documentos apresentados durante o Julgamento de Nuremberg indicam que, no período em que esteve no poder, Adolf Hitler determinou a eliminação de pessoas com deficiência física e mental, por entender que seriam grupos minoritários considerados indesejados, tendo inclusive conferido aos médicos e parteiras o poder de indicar crianças com má-formação, que poderiam ser condenadas à morte. Os documentos reunidos indicam ainda que, enquanto a maior parte das vítimas foi submetida ao extermínio através do genocídio nos campos de concentração, outros foram usados em experimentos médicos.

Após as duas grandes guerras mundiais e o aparecimento de novas formas de deficiência causadas por mutilações, a Europa teve que instituir a prática de integração dessas pessoas ao mercado de trabalho, através do sistema de reserva de cotas.

No século XX, o problema das minorias passou a ser analisado sob o aspecto humanitário, iniciando-se o processo de edificação dos direitos humanos. A inclusão das pessoas com deficiência na sociedade e no mercado de trabalho é um tema presente nos diplomas internacionais e na legislação de diversos países.

Os diplomas internacionais, objeto de estudo do capítulo III da presente dissertação, fundamentam-se no princípio de que as pessoas com deficiência, assim como as demais pessoas, são detentoras de direitos, dentre os quais os de não ser discriminado em função de sua deficiência, à igualdade de tratamento, à educação, saúde e especialmente de ter um trabalho que lhe proporcione independência.

1.2 A participação da pessoa com deficiência no crescimento econômico e social ao longo da história

A capacidade e a competência da pessoa com deficiência tem contribuído para o crescimento econômico e social no decorrer da história, apesar de todas as dificuldades que a afasta do mercado de trabalho.

José Pastore esclarece que “durante muito tempo, os portadores de deficiência física, sensorial ou mental foram objeto de caridade e filantropia. Por ignorância, preconceito e medo, as sociedades evitavam o contato e bloqueavam o seu trabalho”.¹⁶

Conforme Neri Accioly, “os deficientes visuais desenvolvem competências auditivas diferenciadas e os portadores de deficiência auditiva normalmente têm maior facilidade de concentração do que os trabalhadores não deficientes”.¹⁷

¹⁶ PASTORE, José. *A evolução do trabalho humano*. São Paulo: LTr, 2001. p. 57-58.

¹⁷ ACCIOLY, Neri. Diversidade no mercado de trabalho. *Revista Anamatra*, ano 15, n. 44, p. 15, maio 2003.

Nas artes, há obras criadas por pessoas com deficiência, como, por exemplo, Ludwig van Beethoven, que mesmo praticamente surdo, compôs, entre 1802 e 1804, a Sinfonia n. 3, em mi bemol maior, opus 55, intitulada de Eroica, obra sem precedentes na história da música sinfônica, considerada o início do período romântico, na música erudita. Os anos seguintes à Eroica foram ainda de extraordinária fertilidade criativa.

O brasileiro Antônio Francisco Lisboa, o Aleijadinho, mesmo tendo perdido os dedos dos pés, que o obrigavam a andar de joelhos, e, depois de algum tempo, alguns dedos das mãos, mandava que seu escravo Maurício atasse às suas mãos o martelo e os cinzéis para esculpir suas obras barrocas em Minas Gerais

Em Portugal, Antonio Feliciano de Castilho, portador de deficiência visual, com incapacidade total para enxergar desde os seis anos de idade, tornou-se um dos maiores nomes da literatura portuguesa.

Nos Estados Unidos, a escritora, filósofa e conferencista Helen Adams Keller foi uma personagem famosa pelo extenso trabalho que desenvolveu em favor das pessoas com deficiência. Superou os obstáculos da cegueira e da surdez, sendo um dos maiores exemplos de que as deficiências sensoriais não são obstáculos para se obter sucesso profissional.

Arion Sayão Romita aponta diversas pessoas com deficiência que se destacaram na história:

Byron (1788-1824), poeta inglês, que era *clubfoot*, isto é, portador de um pé deformado, torto. Toulouse-Lautrec (1864-1901), pintor francês, sofreu duas quedas de cavalo, o que o deixou anão e estropiado das pernas. Milton (1608-1674), poeta e ensaísta inglês, compôs, entre outras obras, *Paradise Lost* (Paraíso Perdido, 1667) sendo deficiente visual, totalmente cego. Camões (1524-1580), o maior poeta lírico e épico da língua portuguesa, perdeu o olho direito numa batalha contra os mouros em Ceuta, em 1547. Antonio Feliciano de Castilho (1800-1875), poeta, prosador, ensaísta e pedagogo português, padeceu de cegueira desde os seus seis anos.¹⁸

Neri Accioly acrescenta que “uma das pessoas mais influentes no governo britânico de Tony Blair, o ministro de assuntos internos do Reino Unido, David Blunkett, é cego. E o que se pode dizer de nosso atual presidente da República, Luís Inácio Lula da Silva, que perdeu

¹⁸ ROMITA, Arion Sayão. Trabalho do deficiente. *Jornal Trabalhista*, São Paulo, n. 812, p. 6, maio 2000.

um dedo em um acidente de trabalho? Será que estas deficiências atrapalham o desenvolvimento desses profissionais?”¹⁹.

O maestro João Carlos Martins²⁰, considerado um dos maiores intérpretes da obra de Johann Sebastian Bach, teve em sua história uma série de acidentes que impediram o transcurso normal de sua carreira. Por três vezes teve sua união com a música interrompida por decretos médicos que o reputavam incapaz para a profissão. Sem a possibilidade de tocar aos 64 anos, ingressou na Faculdade de Música da FMU para estudar regência. Com a limitação dos movimentos das mãos, que o impede de virar as páginas das partituras, o maestro passou a decorar as páginas²¹. Após incidentes e várias intervenções cirúrgicas, fisioterapia e muita força de vontade, recuperou o movimento de alguns dedos²². A Orquestra Bachiana Jovem, sob a regência do maestro João Carlos Martins, emociona pelo seu exemplo de superação.

Pela importância das pessoas destacadas na história, não há dúvida que a limitação da pessoa com deficiência não implica a redução de suas habilidades. A limitação é superada pela maior dedicação ao trabalho.

1.3 Denominação utilizada

As expressões utilizadas para denominar as pessoas com deficiência evoluíram cercadas por críticas. Da análise da doutrina e da legislação, verificam-se inicialmente diversos termos que enfatizam a discriminação e a deficiência da pessoa. Eram utilizadas

¹⁹ ACCIOLY, Neri, Diversidade no mercado de trabalho, cit., p. 15.

²⁰ O ministro do Tribunal Superior do Trabalho Ives Gandra da Silva Martins Filho menciona que no momento que escrevia o prefácio, seu tio “se apresentava no Carnegie Hall de Nova York, com sua Bachiana Philharmonica, regendo sem batuta (pois não tem força nas mãos para segurá-la) e sem partitura (pois tem de saber de memória todas as partes da orquestra, já que também não tem força nas mãos para virar as páginas). João Carlos Martins é o seu nome. Pianista reconhecido internacionalmente como um dos maiores intérpretes de Bach, sendo o único a gravar toda a obra para teclado do mestre alemão (são 20 CDs), perdeu o movimento da mão direita num acidente jogando futebol e da mão esquerda por artrite acentuada. Lutador, nunca desistiu da música e hoje tem sua própria orquestra, que são suas mãos” (Prefácio. In: GUGEL, Maria Aparecida; COSTA FILHO, Waldir Macieira da; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes (Orgs.). *Deficiência no Brasil: uma abordagem integral dos direitos das pessoas com deficiência*. Florianópolis: Obra Jurídica, 2007. p. 15).

²¹ “UM HOMEM que acredita que a música sempre vence” (J. C. Martins). Disponível em <<http://www.trtsp.jus.br/html/noticias/orquestra2.htm>>. Acesso em: 06 abr. 2009.

²² ORQUESTRA Bachiana Jovem emociona plateia ao fim da semana Ruy Barbosa. Disponível em: <http://lxsed-dwp.srv.trt02.gov.br/internet/noticia.php?cod_noticia=2860>. Acesso em: 06 abr. 2009.

expressões como *aleijado, anormal, cego, defeituoso, deficiente, descapacitado, desvalido, excepcional, impedido, incapacitado, indivíduo de capacidade limitada, inválido, manco, minorado, minusválido, pessoa deficiente, retardado e surdo-mudo*, dentre outras.

No dicionário Houaiss²³, o termo “deficiência” significa a perda de quantidade ou qualidade, falta, carência, perda de valor, falha ou franqueza. Também é sinônimo de imperfeição.

Para o termo “excepcional”, verificamos um significado denotativo positivo. São citados “excelente”, “incomum”, “extraordinário”. O sentido conotativo de “excepcional” utilizado, todavia, é negativo.

A legislação estrangeira utiliza terminologia específica, cujas traduções também revelam o despreparo no tratamento dado pelo legislador. Citamos como exemplo a Alemanha, que utiliza a denominação *behinderung*, a Argentina, que usa a terminologia *discapacitados*, os Estados Unidos, que utilizam as expressões *persons with disabilities* ou *handicapped persons*, a Espanha, que adota as denominações *discapacitados, minusválidos ou inválidos*, a França, que utiliza *handicapés*, a Itália que denomina *disabili*, Portugal que denomina *diminuídos ou pessoas deficientes* e a Província de Quebec, que adota as terminologias *personne handicapée* ou *handicapé*.

Diversas expressões ganharam, com o decorrer dos tempos, feição pejorativa e discriminatória, sendo aos poucos rejeitadas. Ainda hoje a discussão pauta-se em qual a melhor terminologia a ser utilizada, sendo comumente utilizadas as expressões: “pessoas portadoras de deficiência”, “pessoas portadoras de necessidades especiais”, “pessoas com necessidades especiais”, “pessoa especial” e “pessoa com deficiência”. Ricardo Tadeu Marques da Fonseca pontua que “todas elas demonstram uma transformação de tratamento que vai da invalidez e incapacidade à tentativa de nominar a característica peculiar da pessoa, sem estigmatizá-la”.²⁴

²³ HOUAISS, Antonio. *Novo dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. Disponível em: <<http://houaiss.uol.com.br/busca.jhtm?verbete=defici%EAncia&styp=K>>. Acesso em: 13 abr. 2009.

²⁴ FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da, *A pessoa com deficiência e a lapidação dos direitos humanos: o direito do trabalho, uma ação afirmativa*, cit., p. 270.

Quem utiliza e defende a denominação “pessoas com necessidades especiais” fundamenta que a terminologia “pessoas portadoras de deficiência” é imprópria, pois o significado das palavras “deficiente” e “deficiência” está intimamente ligado à falta, carência de algo, e ainda porque “deficiência” é antônimo de eficiência, o que resultaria em rotular essa pessoa como não eficiente já na sua denominação.

O termo “pessoas com necessidades especiais” recebe críticas, pois sendo muito amplo, pode abarcar além da pessoa com deficiência, outras categorias, tais como os idosos, gestante, superdotados, enfim, todos aqueles que necessitam um tratamento diferenciado, podendo suscitar digressões e conflitos desnecessários. Além disso, toda pessoa pode, mesmo que temporariamente, apresentar alguma necessidade especial, todavia nem sempre haverá a necessidade da utilização das normas de proteção previstas na legislação vigente.

Entendemos que a denominação genérica quanto a “pessoas com necessidades especiais” não exprime claramente a quem se dirige, eis que abrange uma imensidão de pessoas, o que acaba por dificultar a sua inclusão social. A sociedade precisa conhecer a deficiência, discutir, debater e sugerir formas de retirar as barreiras existentes, tais como o problema da acessibilidade ao trabalho.

A expressão “pessoas portadoras de deficiência” também vem sendo abandonada internacionalmente porque enfatiza que a pessoa carrega, porta ou conduz uma deficiência. Na verdade a deficiência está com a pessoa ou na pessoa. Luiz Alberto David Araujo²⁵ sustenta que a expressão pessoas portadoras de deficiência 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.

A doutrina critica ainda a terminologia “pessoas portadoras de deficiência”, defendendo a utilização da expressão “pessoas com necessidades especiais”, pois uma pessoa que é superdotada não porta uma deficiência no sentido de falta, todavia também possui necessidades especiais para que seja incluída na sociedade. Isso porque a falta ou carência não está na pessoa com deficiência ou em suas limitações físicas, mas sim na dificuldade de

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

inclusão social, e nesse sentido tanto a pessoa com deficiência quanto a pessoa superdotada estão sujeitas aos mesmos problemas.

O termo “pessoas portadoras de deficiência” não associa a pessoa com deficiência física, mental ou sensorial (auditiva e visual) a uma falta de eficiência no desempenho de suas atividades. A capacidade e eficiência para o trabalho de uma pessoa com deficiência em algumas atividades não será diferente de uma pessoa que não as possua e será superada pela maior dedicação ao trabalho e pelo grau de acessibilidade da sociedade, quando ela implicar alguma limitação.

Segundo Luiz Alberto David Araujo²⁶, na “Constituição de 1967, com a Emenda n. 1 de 1969, encontramos a expressão ‘deficiente’ para cuidar desse grupo minoritário de pessoas que hoje compreende aproximadamente quinze por cento da população brasileira. A Emenda Constitucional n. 12 cuidava de implementar a primeira defesa específica desse grupo vulnerável, mencionando o termo *deficiente*”. Acrescenta o autor que “á época, o avanço constitucional foi comemorado, com a garantia de acesso a espaços públicos, com proibição de preconceito e de qualquer forma de discriminação”. O termo, todavia, era discriminatório, pois, como já salientado anteriormente, ressaltava a incapacidade da pessoa.

A Constituição Federal de 1988, diversamente das anteriores, que utilizaram expressões hoje afastadas como “deficiente” e “excepcional”, avançou e adota as terminologias “portador de deficiência” e “pessoas portadoras de deficiência”:

Artigo 7º - (...)

XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência.

Artigo 37 - (...)

VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão.

A expressão “pessoa com deficiência” é a mais utilizada internacionalmente e é reconhecida pela Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência, assinada pelo Brasil. Esse termo é o mais adequado, pois não esconde a limitação existente e ao mesmo tempo não

²⁶ ARAUJO, Luiz Alberto David. A proteção constitucional das pessoas com deficiência e o cumprimento do princípio da dignidade da pessoa humana. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coords.). *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 204.

a associa a algo que a pessoa carrega ou porta, dando a impressão que a deficiência a ela não pertence.

Em nosso estudo, todavia, utilizaremos duas terminologias: pessoa com deficiência, que é adotada internacionalmente, ou pessoa portadora de deficiência, utilizada pela Constituição Federal de 1988 e pela legislação pátria em vigor, pois ambas abrangem qualquer tipo de deficiência, sem atenuar algo que deve ser discutido e enfrentado pela sociedade, sem rodeios e sem máscaras.

1.4 Conceito de pessoa com deficiência

O conceito de pessoa com deficiência tem evoluído com o passar dos tempos, seguindo as mudanças ocorridas na sociedade, na cultura, bem como com as conquistas alcançadas.

Identificar quem possui deficiência não é tarefa fácil, mas necessária quando se tem a pretensão de questionar as políticas sociais existentes para atender suas necessidades.

A ideia inicial de que pessoa com deficiência é a que possui alguma restrição física ou mental deve ser abandonada, pois englobaria toda a sociedade. Além de inúmeras limitações transitórias, com o avanço da idade, todos nós certamente teremos alguma restrição física ou mental.

Faremos um estudo, primeiramente, dos modelos de deficiência utilizados mundialmente, seguido das várias definições oferecidas por alguns autores, em especial de uma definição para o presente estudo, e a seguir a definição dada pela legislação.

1.4.1 Modelos de conceito de deficiência

As deficiências, de acordo com um dado da Organização Mundial da Saúde (OMS), no mundo inteiro é de 10%, mas o banco de dados da DISTAT, da Organização das Nações

Unidas (ONU), que compila as estatísticas de diversos países, menciona números que vão de 0,3% (na Tailândia) a 20% (na Nova Zelândia)²⁷. Não existe uma definição única de deficiência, pois cada país elabora o seu entendimento do que seria ela. Há diversas maneiras de interpretar e conceituar deficiência, eis que ela se manifesta sob diversas formas.

Ainda há a definição internacional de deficiência. Existem quatro principais modelos de entendimento do que venha a ser deficiência: os modelos caritativo, médico, social e o baseado em direitos.²⁸

O modelo caritativo vê a pessoa com deficiência como vítima da sua incapacidade. A deficiência é vista como um déficit. As pessoas com deficiência não seriam capazes, por esse modelo, de levar uma vida independente. Elas sofrem e, por isso, precisam de serviços especiais, instituições especiais, pois são diferentes. Elas precisam de ajuda, simpatia e caridade.

De acordo com o modelo médico, também chamado de individual, as pessoas com deficiência têm problemas físicos que precisam ser curados. O objetivo dessa abordagem é “normalizar” as pessoas com deficiência. A questão da deficiência é limitada ao plano individual, e é a pessoa com deficiência que precisa ser mudada, não a sociedade ou o meio em que ela vive. Elas necessitam de serviços especiais, escolas especiais e professores de educação especial.

O modelo social vê a deficiência como um resultado do modo como a sociedade está organizada. Se a sociedade estiver mal organizada, a pessoa com deficiência será discriminada e terá barreiras de acessibilidade, institucional e atitudinais que impedirão a sua participação efetiva na sociedade e a sua independência. Em resumo, a deficiência não depende apenas do indivíduo, mas de toda a sociedade.

²⁷ Versão revista do manual que foi originalmente parte integrante do projeto “Documento de Estratégia para Redução da Pobreza e Deficiência”, iniciado por Judy Heumann, Disability Advisor of the World Bank, com o apoio de um fundo alemão. (Disponível em: <<http://www.making-prsp-inclusive.org/pt/6-deficiencia/61-o-que-e-deficiencia/613-a-definicao-da-oms.html>>. Acesso em: 13 abr. 2009).

²⁸ Ibidem.

O modelo baseado em direitos é semelhante ao do modelo social. Por ele, a sociedade precisa mudar para garantir que todos, inclusive as pessoas com deficiência, tenham oportunidades iguais. A legislação e as políticas públicas proporcionarão essa mudança. O modelo baseado em direitos tem fundamento nos direitos humanos que todos podem reivindicar. Os dois elementos principais desse modelo são o empoderamento, assim entendido como a participação das pessoas com deficiência, e a responsabilidade das instituições públicas em implementar os direitos das pessoas com deficiência.

1.4.2 Definição na doutrina

Luiz Alberto David Araujo afirma que “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 de se relacionar, de se integrar na sociedade. O grau de dificuldade para integração social é que definirá quem é ou não portador de deficiência”.²⁹

Sandro Nahmias Melo conceitua pessoas com deficiência como “pessoas com certos níveis de limitação, física, mental ou sensorial, associados ou não que demandam ações compensatórias por parte dos próprios portadores, do Estado e da sociedade, capazes de reduzir ou eliminar tais limitações, viabilizando a integração social dos mesmos”.³⁰

Rubens Valtecídes Alves considera pessoa com deficiência aquela “incapaz de se desenvolver integralmente ou parcialmente, e de atender às exigências de uma vida normal, por si mesma, em virtude de diminuição, congênita ou não, de suas faculdades físicas ou mentais”.³¹

²⁹ ARAUJO, Luiz Alberto David, *A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência*, cit., p. 23-24.

³⁰ MELO, Sandro Nahmias. *O direito ao trabalho da pessoa portadora de deficiência: o princípio constitucional da igualdade: ação afirmativa*. São Paulo: LTr, 2004. p. 52-53.

³¹ ALVES, Rubens Valtecídes. *Deficiente físico: novas dimensões da proteção ao trabalhador*. São Paulo: LTr, 1992. p. 44.

1.4.3 Definição legal de pessoa com deficiência

O conceito legal de pessoa com deficiência foi desenvolvido a partir de diversos instrumentos internacionais e também nacionais.

A Resolução n. 2.542/75 da ONU, que proclamou a Declaração dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência, com a finalidade de promover níveis de vida mais elevados, trabalho permanente para todos, condições de progresso e desenvolvimento econômico e social, define pessoa com deficiência como sendo “aquele indivíduo que, devido a seus ‘déficits’ físicos ou mentais, não está em pleno gozo da capacidade de satisfazer, por si mesmo, de forma total ou parcial, suas necessidades vitais e sociais, como faria um ser normal”.

A OMS, em 1980, por meio de um comitê de especialistas, elaborou um manual denominado Classificação Internacional de Deficiências, Incapacidades e Desvantagens (CIDID), que conceitua deficiência com sendo qualquer perda ou anormalidade de estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica.

A Convenção n. 159, elaborada pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) em 20 de junho de 1983, define pessoas com deficiência em seu artigo 1º como sendo “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”.

A Convenção da Guatemala para a eliminação de todas as formas de discriminação contra as pessoas com deficiência, assinada em 1999, ratificada pelo Poder Legislativo e promulgada pelo Decreto n. 3.956, de outubro de 2001, dispõe que deficiência “significa uma restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária, causada ou agravada pelo ambiente econômico e social”.

A Convenção da ONU denominada Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, aprovada em dezembro de 2006, subscrita pelo Brasil em março de

2007, e ratificada em 9 de julho de 2008, através do Decreto Legislativo n. 186, define pessoas com deficiência como sendo “aquelas que têm impedimentos de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas”.

A Constituição Federal de 1988, no artigo 7º, enumera os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais e proíbe, em seu inciso XXXI, “qualquer discriminação no tocante a salário e critério de admissão do trabalhador portador de deficiência.” Todavia, não define quem seria considerada pessoa com deficiência.

O artigo 1º da Lei n. 7.853/89, estabelece “normas gerais que asseguram o pleno exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas portadoras de deficiências, e sua efetiva integração social, nos termos da lei”. A lei que dispõe sobre o apoio às pessoas com deficiência e sua integração social, da mesma forma que a Constituição Federal, não fornece conceito algum sobre quem deve ser considerado pessoa com deficiência.

O Decreto n. 914, de 6 de setembro de 1993, que regulamentava a Lei n. 7.853/89, em seu artigo 3º, conceituava pessoa com deficiência. A base desse decreto foi o conceito anteriormente mencionado, conferido pela OMS.

Artigo 3º - Considera-se pessoa portadora de deficiência aquela que apresenta, em caráter permanente, perdas ou anormalidades de sua estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica, que geram incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano.

O Decreto n. 914/93 foi alterado pelo Decreto n. 3.298, de 20 de dezembro de 1999 que, ao regulamentar a Lei n. 7.853³², de 24 de outubro de 1989, definiu para efeitos legais, em seu artigo 3º, o que seria deficiência, deficiência permanente e incapacidade, e em seu artigo 4º enumerou que seria considerada uma pessoa portadora de deficiência aquela que se enquadrasse nas categorias de deficiências física, auditiva, visual, mental e múltipla.

³² Essa lei dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências.

O Decreto n. 3.298/99, por sua vez, foi alterado pelo Decreto n. 5.296, de 2 de dezembro de 2004, que conferiu nova redação ao seu artigo 4º.

Importante mencionar que o Decreto n. 3.298/99, em seu artigo 3º, inciso I, define deficiência como sendo “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 humano”.

O inciso II do artigo 3º do Decreto n. 3.298/99 define deficiência permanente como sendo “aquela que ocorreu ou se estabilizou durante um período de tempo suficiente para não permitir recuperação ou ter probabilidade que se altere, apesar de novos tratamentos”.

Já o inciso III do artigo 3º do Decreto n. 3.298/99 define incapacidade como sendo “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”.

O Decreto n. 5.296/2004 regula a Lei n. 10.048/2000, que dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, bem como a Lei n. 10.098/2000³³, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade às pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida.

O artigo 5º, parágrafo 1º, I, do Decreto n. 5.296/2004 dispõe que será considerada pessoa portadora de deficiência, além das previstas na Lei n. 10.690/2003³⁴, aquela que possui

³³ A Lei n. 10.098, de 19.12.2000, definiu as pessoas portadora de deficiência e as pessoas com mobilidade reduzida (art. 2º, III) como aquelas que, temporária ou permanentemente, têm limitada sua capacidade de relacionar-se com o meio e de utilizá-lo.

³⁴ A Lei n. 10.690/2003, mencionada no artigo 5º, parágrafo 1º, I do Decreto n. 5.296/2004, dispõe sobre isenção de IPI nos automóveis de passageiros, e em seu artigo 2º, altera a redação do artigo 1º, IV, parágrafos 1º e 2º da Lei n. 8.989/95. O inciso IV do artigo 1º da Lei n. 8.989/95, menciona “pessoas portadoras de deficiência física, visual, mental severa ou profunda, ou autista (...). O parágrafo 1º do artigo 1º da Lei n. 8.989/95, também considera pessoa portadora de deficiência física aquela que apresenta alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzem dificuldades para o desempenho de funções. O parágrafo 2º do artigo 1º da Lei n. 8.989/95 considera ainda pessoa portadora de deficiência visual aquela que apresenta acuidade visual igual ou menor que 20/200 (tabela de Snellen) no melhor olho, após a melhor correção, ou campo visual inferior a 20 graus, ou ocorrência simultânea de ambas as situações.

limitação ou incapacidade para o desempenho de atividade e se enquadra nas categorias: a) deficiência física; b) deficiência auditiva; c) deficiência visual; d) deficiência mental; e e) deficiência múltipla.

Na categoria de pessoa com deficiência física, prevista na alínea “a” do inciso I do parágrafo 1º do artigo 5º do Decreto n. 5.296/2004, foram acrescentadas a ostomia e o nanismo à redação anterior, disposta no inciso I do artigo 4º do Decreto n. 3.298/99. Consoante o Decreto n. 5.296/2004, deficiência física é “alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções”.

Pedro de Alcântara Kalume³⁵ esclarece que se deve entender por:

- paraplegia: perda transitória ou definitiva da capacidade de realizar movimentos devido à ausência de forma muscular de ambos os membros inferiores. A causa mais frequente é a lesão medular;
- paraparesia: perda parcial das funções motoras dos membros inferiores;
- monoplegia: perda total das funções motoras de um só membro (podendo ser membro superior ou membro inferior);
- monoparesia: perda parcial das funções motoras de um só membro (podendo ser membro superior ou membro inferior);
- tetraplegia: perda total das funções motoras dos membros inferiores e superiores;
- tetraparesia: perda parcial das funções motoras dos membros inferiores e superiores;
- triplegia: perda total das funções motoras em três membros;
- triparesia: perda parcial das funções motoras em três membros;
- hemiglegia: paralisia da metade do corpo. Compromete a metade da face, braço e pernas do mesmo lado. Relaciona-se a infartos, hemorragias ou tumores do sistema nervoso central;
- hemiparesia: perda parcial das funções motoras de um hemisfério do corpo (direito ou esquerdo);
- ostomia: uma intervenção cirúrgica que permite criar uma comunicação entre o órgão interno e o exterior, com a finalidade de eliminar os dejetos do organismo. A nova abertura que se cria com o exterior, chama-se ostoma. A ostomia que afeta o aparelho digestivo chama-se ostomia digestiva e o conteúdo eliminado para o exterior são as fezes; já a ostomia urinária é

³⁵ KALUME, Pedro de Alcântara. *Deficientes*: ainda um desafio para o governo e para a sociedade. São Paulo: LTr, 2006. p. 21-23.

aquela que afeta o aparelho urinário e o conteúdo eliminado para o exterior é a urina. A cirurgia de ostomia tem salvado vidas e melhorado a saúde de milhares de brasileiros. A razão para se criar uma ostomia ocorre por perfurações acidentais no abdômen, câncer no reto, no intestino grosso e na bexiga. Neste último caso, a bexiga deve ser removida, e a urina é desviada para uma ostomia. O desvio da urina também será necessário em pacientes com ferimentos ou anormalidades congênitas que impedem a bexiga de funcionar normalmente;

- amputação ou ausência de membros: perda total de um determinado segmento de um membro (superior ou inferior);
- paralisia cerebral: lesão de uma ou mais áreas do sistema nervoso central, tendo como consequência, alterações psicomotoras, podendo ou não causar deficiência mental;
- nanismo: anomalia do desenvolvimento com insuficiência do crescimento somático. Pode ter causas diversas. Na espécie humana e nos outros animais superiores, é mais comum que seja provocado por disfunção endócrina, com deficiência funcional da tireóide ou da hipófise. Nas plantas, muitas vezes, decorre de uma haploidia;
- membros com deformidade congênita ou adquirida: pessoa que nasce com deformidade dos membros superiores ou inferiores: sem mãos ou pés, completos; com braços ou pernas atrofiados.

A deficiência auditiva, antes prevista no inciso II do artigo 4º do Decreto n. 3.298/99, foi completamente alterada pela alínea “b” do inciso I do parágrafo 1º do artigo 5º do Decreto n. 5.296/2004. A redação anterior foi elaborada da seguinte forma:

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

- a) de 25 a 40 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.

A nova redação, dada pelo Decreto n. 5.296/04 definiu deficiência auditiva como sendo a “perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (db) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500 Hz, 1.000 Hz, 2.000 Hz e 3.000 Hz.”

A redação anterior disposta no inciso III do artigo 4º do Decreto n. 3.298/99, que conceituava a deficiência visual, também foi completamente alterada pelo Decreto n. 5.296/2004. A antiga redação assim dispunha:

III - deficiência visual – acuidade visual igual ou menor que 20/200 no melhor olho, após a melhor correção, ou campo visual inferior a 20º (tabela de Snellen), ou ocorrência simultânea de ambas as situações.

A nova redação prevista na alínea “c” do inciso I do parágrafo 1º do artigo 5º do Decreto n. 5.296/2004 dispõe que deficiência visual significa “cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60º, ou a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores.”

A utilização da expressão de ambos os olhos e não apenas do melhor olho veio corrigir algumas situações, como, por exemplo, a das pessoas com visão monocular, ou seja, a cegueira de um olho, tecnicamente chamada de ambliopia, abordada em item específico no presente trabalho.

Deficiência mental, nos termos da alínea “d” do inciso I do parágrafo 1º do artigo 5º do Decreto n. 5.296/2004, é o “funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como:

1. comunicação;
2. cuidado pessoal;
3. habilidades sociais;
4. utilização dos recursos da comunidade;
5. saúde e segurança;
6. habilidades acadêmicas;
7. lazer; e
8. trabalho;

Cibelle Linero Goldfarb³⁶ observa que “a legislação infraconstitucional, ao inserir como condição para a caracterização da deficiência mental a sua manifestação antes dos 18 anos de idade, restringe a hipótese, não permitindo a inclusão de pessoas com deficiências manifestadas já na vida adulta”.

Cristiane Ribeiro da Silva³⁷ ensina que existe distinção entre doença mental e deficiência mental. Para a autora, “doença mental é uma das situações que caracterizam os chamados ‘transtornos mentais’, aos quais se refere a Lei n. 10.216/2000, lei esta que dispõe

³⁶ GOLDFARB, Cibelle Linero, *Pessoas portadoras de deficiência e a relação de emprego: o sistema de cotas no Brasil*, cit., p. 122.

³⁷ SILVA, Cristiane Ribeiro da. O direito ao trabalho da pessoa portadora de deficiência e os efeitos da interdição. *Revista LTr Legislação do Trabalho*, São Paulo, ano 73, n. 2, p. 1.229, fev. 2009.

sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. Os transtornos mentais abrangem outras situações, além da doença mental, onde o transtorno chega a um nível de verdadeira patologia, como é o caso dos psicóticos e esquizofrênicos”. Deficiência mental, por sua vez, é “o desenvolvimento mental incompleto, ou seja, a pessoa tem uma capacidade intelectual diminuída (por problemas genéticos ou por ausência de estimulação), que fica evidente desde o nascimento ou mais tarde, mas sempre até o final da adolescência. Na deficiência mental, a pessoas não dispõe de ‘instrumentos intelectuais’ que a façam ter total compreensão, pelo menos em parte, com a estimulação adequada e convivência social”. Dessa forma, doença mental e deficiência mental não podem ser confundidas ou usadas como sinônimo.

A deficiência múltipla é a “associação de duas ou mais deficiências”, segundo a alínea “e” do inciso I do parágrafo 1º do artigo 5º do Decreto n. 5.296/2004, que manteve a redação do Decreto n. 3.298/99.

O artigo 5º, parágrafo 1º, II, do Decreto n. 5.296/2004 estabelece ainda que será considerada uma pessoa com mobilidade reduzida aquela que, não se enquadrando no conceito de pessoa portadora de deficiência, tenha por qualquer motivo, dificuldade de movimentar-se, permanente ou temporariamente, gerando redução efetiva da mobilidade, flexibilidade, coordenação motora e percepção.

O parágrafo 2º do mesmo artigo 5º do Decreto n. 5.296/2004 confere a aplicação de atendimento priorizado ainda a pessoas que não são portadoras de deficiência e não se encontram com a mobilidade reduzida. Acrescenta que também terão tratamento preferencial as pessoas com idade igual ou superior a sessenta anos, gestantes, lactantes e pessoas com criança de colo.

Luiz Alberto David Araujo, ao comentar a existência de deficiências não aparentes, destaca ainda ser necessário divulgar certas deficiências desconhecidas de grande parte das pessoas, quer por ter incidência pequena, quer por envolver aspectos não visíveis. O autor destaca que “o deficiente de audição ou de locomoção é logo notado, enquanto, por exemplo, uma pessoa portadora de deficiência de metabolismo não pode, sequer, ser identificada”.³⁸

³⁸ ARAUJO, Luiz Alberto David, *A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência*, cit., p. 40.

Verificamos que a definição de quem deve ser considerado pessoa com deficiência não foi criada pela Lei n. 7.853/89, que dispõe sobre o apoio às pessoas com deficiência e sua integração social. A definição foi construída através de decretos. São os Decretos ns. 914/93, 3.298/99 e 5.296/2004 que definem quem deve ser considerado pessoa com deficiência. Como sabemos, apenas a lei pode criar direitos e obrigações, sendo função do decreto apenas operacionalizar a lei. Ao mencionar quem seria considerada pessoa com deficiência, o decreto cria direito.

Luiz Alberto David Araujo³⁹ observa que “o decreto regulamentar foi além de sua tarefa precípua, qual seja, tornar operacionalizável a lei. Ele foi adiante e definiu quem é pessoa com deficiência, o que a lei genérica (não a de escopo próprio, cuidando de tema específico) não fez, diga-se de passagem. Ao assim agir, ultrapassou os limites da legalidade, criando hipóteses que contemplaram direitos e obrigações por decreto, sendo que o tema é reservado à lei”.

Questionável a postura da Administração Pública que utiliza o rol constante no decreto, como se ele pudesse ter criado direitos e obrigações. O rol restritivo do decreto está em desacordo com a política de inclusão das pessoas com deficiência. A interpretação correta em relação ao rol constante no decreto é a de que as pessoas que estão nele previstas se enquadram na definição de pessoa com deficiência, todavia, como a previsão veio lançada em um diploma que não poderia criar direitos, outras pessoas também poderão ser enquadradas na condição de pessoa com deficiência. Em outras palavras, o rol constante nos decretos seria apenas exemplificativo, não afastando outras pessoas com direito à inclusão social.

Decisão inédita nesse sentido foi a de uma engenheira agrônoma⁴⁰ que foi aprovada em quarto lugar em concurso para o cargo de analista ambiental do Ibama, na cota de deficientes, teve o seu ingresso negado por uma junta médica e conseguiu na Justiça Federal o direito de ser nomeada para o cargo. A insuficiência renal crônica que possui gera a perda lenta, progressiva e irreversível das funções renais e diversos sintomas, dentre os quais

³⁹ ARAUJO, Luiz Alberto David. Em busca de um conceito de pessoa com deficiência. In: GUGEL, Maria Aparecida; COSTA FILHO, Waldir Macieira da; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes (Orgs.). *Deficiência no Brasil: uma abordagem integral dos direitos das pessoas com deficiência*. Florianópolis: Obra Jurídica, 2007. p. 17.

⁴⁰ A engenheira agrônoma Samara Costa Belém fez o concurso em 2005 e já conta com o prolongamento do caso, pois acredita que o órgão vai recorrer – a decisão é de primeira instância. O Ibama não respondeu se recorrerá.

anemia, pressão alta, edema nos olhos e nos pés. A engenheira faz diálise à noite para de dia poder trabalhar, toma diversos remédios, não pode carregar peso e tem problema de pressão. Para a juíza Isa Tânia Barão Pessoa da Costa, da 13ª Vara Federal do Distrito Federal, apesar da “nefropatia grave não estar elencada no Decreto n. 3.298/99”, ele considera deficiência “toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano”. Além desse fundamento, a juíza afirma ainda em sua sentença que a OMS conceitua estruturas do corpo como “partes anatômicas como órgãos, membros e seus componentes”.⁴¹

Luiz Alberto David Araujo⁴² observa que a norma vigente definidora de quem é pessoa portadora de deficiência é a constante da Convenção de Guatemala. Ensina que “não podemos, portanto, desprezar o conceito legal trazido pela convenção internacional que tem *status* de lei ordinária. Como lei ordinária, incorporou-se ao sistema legislativo brasileiro, após a ratificação pelo Congresso Nacional e após a promulgação pelo Presidente da República. Desta forma, o conceito vigente de pessoa com deficiência é aquele adotado pela Convenção que, como se verifica, é genérico, e não é usado para uma determinada finalidade⁴³ (...). A norma geral prepondera sobre a especial, razão da predominância do conceito sobre qualquer outro específico”.

O conceito de pessoa com deficiência aparece ainda no artigo 2º do Projeto de Lei do Senado n. 6 (substitutivo), de 2003, de autoria do senador Paulo Paim (PT-RS), denominado Estatuto da Pessoa com Deficiência:

Considera-se deficiência toda restrição física, intelectual ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária e/ou atividades remuneradas, causada ou agravada pelo ambiente econômico e social, dificultando sua inclusão social, enquadrada em uma das seguintes categorias:

I - Deficiência física:

⁴¹ REIS, Thiago; PICHONELLI, Matheus. Mulher com insuficiência renal pode disputar concurso como deficiente, diz Justiça. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u547211.shtml>>. Acesso em: 13 abr. 2009.

⁴² ARAUJO, Luiz Alberto David, Em busca de um conceito de pessoa com deficiência, cit., p. 17.

⁴³ O autor esclarece que a Convenção da Guatemala é norma genérica sem escopo específico, que cuida da questão de forma ampla e sem qualquer finalidade específica. Acrescenta que “não cuida apenas de isenção tributária ou de acessibilidade, mas revela o comportamento do Estado brasileiro diante de uma importante tarefa mundial, incorporando, na forma constitucional, o instrumento internacional à legislação ordinária”.

a) alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros ou face com deformidade congênita ou adquirida;

b) lesão cerebral traumática: compreendida como uma lesão adquirida, causada por força física externa, resultando em deficiência funcional total ou parcial ou deficiência psicomotora, ou ambas, e que comprometem o desenvolvimento e/ou desempenho social da pessoa, podendo ocorrer em qualquer faixa etária, com prejuízos para as capacidades do indivíduo e seu meio ambiente;

II - Deficiência auditiva:

a) perda unilateral total;

b) perda bilateral, parcial ou total média de 41 dB (quarenta e um decibéis) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500Hz, 1.000Hz, 2.000Hz e 3.000Hz

III - Deficiência visual:

a) visão monocular;

b) cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,5 e 0,05 no melhor olho e com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60°, ou a ocorrência simultânea de qualquer uma das condições anteriores;

IV - Deficiência intelectual: funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação no período de desenvolvimento cognitivo antes dos 18 (dezoito) anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como: a) comunicação; b) cuidado pessoal; c) habilidades sociais; d) utilização dos recursos da comunidade; e) saúde e segurança; f) habilidades acadêmicas; g) lazer; h) trabalho.

V – Surdocegueira: compreende a perda concomitante da audição e da visão, cuja combinação causa dificuldades severas de comunicação e compreensão das informações, prejudicando as atividades educacionais, vocacionais, sociais e de lazer, necessitando de atendimentos específicos, distintos de iniciativas organizadas para pessoas com surdez ou cegueira;

VI - Autismo: comprometimento global do desenvolvimento, que se manifesta tipicamente antes dos 3 (três) anos, acarretando dificuldades de comunicação e de comportamento, caracterizando-se frequentemente por ausência de relação, movimentos estereotipados, atividades repetitivas, respostas mecânicas, resistência a mudanças nas rotinas diárias ou no ambiente e a experiências sensoriais;

VII - Condutas típicas: comprometimento psicossocial, com características específicas ou combinadas, de síndromes e quadros psicológicos, neurológicos e/ou psiquiátricos, que causam atrasos no desenvolvimento e prejuízos no relacionamento social, em grau que requeira atenção e cuidados específicos em qualquer fase da vida;

VIII - Deficiência múltipla: associação de duas ou mais deficiências, cuja combinação acarreta comprometimentos no desenvolvimento global e desempenho funcional da pessoa e que não podem ser atendidas em uma só área de deficiência.

§ 1º - Considera-se também deficiência a incapacidade conceituada e tipificada pela Classificação Internacional de funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF).

§ 2º - Entende-se como deficiência permanente aquela definida em uma das categorias dos incisos ou do parágrafo 1º deste artigo e que se estabilizou durante um período de tempo suficiente para não permitir recuperação ou ter probabilidade de que se altere, apesar de novos tratamentos.

§ 3º - As categorias e suas definições expressas nos incisos e parágrafo 1º não excluem outras decorrentes de normas regulamentares a serem estabelecidas pelo Poder Executivo, ouvido o Conselho Nacional da Pessoa com Deficiência.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, se aprovado na forma apresentada⁴⁴, irá incluir a face com deformidade congênita ou adquirida, excluir a exceção prevista no Decreto n. 5.296/2004 de que as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções estariam excetuadas, acrescentar a lesão cerebral traumática, a visão monocular, alterar a denominação deficiência mental para deficiência intelectual, acrescentar a surdocegueira, o autismo, as condutas típicas e a deficiência múltipla. Além disso, considerará deficiência a incapacidade conceituada e tipificada pela Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF). O texto conterà um rol taxativo, podendo ser admitidos outros tipos de deficiência incluídas pelo Poder Executivo, ouvido o Conselho Nacional da Pessoa com Deficiência (§ 3º do art. 2º). O Estatuto Nacional da Pessoa com Deficiência prevê que o Poder Executivo, por regulamento, poderá criar direitos e obrigações, hipótese não contemplada pelo nosso sistema constitucional.

Diante de um possível conflito de leis, após a aprovação do Projeto de Lei do Estatuto da Pessoa com Deficiência, qual será o melhor critério de aplicação da definição de pessoa com deficiência para a concessão de seus direitos: a prevista no Estatuto, que possui uma cláusula mais fechada, com as hipóteses determinadas, ou a prevista na Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência, que é mais genérica e, por esse motivo, abarcaria hipóteses hoje não imaginadas no Estatuto?

⁴⁴ O Projeto de Lei do Senado n. 6 (substitutivo), de 18 de fevereiro de 2003, de autoria do senador Paulo Paim, que institui o Estatuto do Portador de Deficiência, recebeu parecer favorável à matéria, nos termos do substitutivo da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa, em 12 de dezembro de 2006, restando aprovada a matéria. Nos termos do artigo 91, parágrafo 3º a 5º do Regimento Interno, ficou aberto o prazo de cinco dias úteis para interposição de recurso, por um décimo da composição da Casa, sem que tivesse isso ocorrido. Aprovada pela Comissão de Direitos Humanos e Legislativa Participativa, a matéria foi encaminhada ao Primeiro Secretário da Câmara dos Deputados em 22 de dezembro de 2006, para revisão do projeto, nos termos do artigo 65 da Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=54729&p_sort=DESC&cmd=sort>. Acesso em: 26 maio 2009.

Cibelle Linero Goldfarb⁴⁵ entende que “a delimitação do público que se quer incluir no mercado formal de trabalho, com a implementação do sistema de cotas, encontra-se prevista (...) em (...) um rol restritivo de hipóteses”.

Luiz Alberto David Araujo⁴⁶, sobre o tema, ensina que “o ideal seria a conjunção dos dois tipos de normas, servindo a ideia geral como princípio a ser aplicado (dentro de um subsistema legal da pessoa com deficiência) e outra mais específica, como uma das formas a definir pessoas com deficiência, sem, no entanto, entender a questão como taxativa”.

Esse foi o motivo de organizar este item como um subsistema em formação, no qual as ideias se complementam. Entendemos que as regras mais abertas prevista na convenção internacional são norteadoras dos direitos das pessoas com deficiência, não impedindo que outras pessoas enquadradas na mesma situação prevista sejam contempladas; as regras mais fechadas, hoje os decretos, e posteriormente o Estatuto da Pessoa com Deficiência, são critérios úteis e de fácil aplicação do conceito de pessoa com deficiência à maioria dos casos existentes, sendo o seu rol meramente exemplificativo.

1.4.4 Definição de pessoa com deficiência para o direito do trabalho

Entendemos que um conceito de pessoa com deficiência no âmbito do direito do trabalho poderia ser construído a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência, ressalvando a amplitude da Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência. Sendo assim, para o presente estudo, consideramos que pessoa com deficiência é aquela que possui alguma restrição física, intelectual ou sensorial, possui alguma incapacidade conceituada e tipificada pela Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF), não excluindo outras que podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária e/ou atividades remuneradas, causada ou agravada pelo ambiente econômico e social, dificultando sua inclusão social e sua inserção no

⁴⁵ GOLDFARB, Cibelle Linero, *Pessoas portadoras de deficiência e a relação de emprego: o sistema de cotas no Brasil*, cit., p. 120-121

⁴⁶ ARAUJO, Luiz Alberto David, *Em busca de um conceito de pessoa com deficiência*, cit., p. 21.

mercado de trabalho e nele se manter e desenvolver, necessitando de medidas que visem à efetivação da igualdade de oportunidades, bem como o acesso e a manutenção do emprego.

1.5 Diferenças entre deficiência, incapacidade e desvantagem

Deficiência, incapacidade e desvantagem são conceitos diversos que não podem ser confundidos e precisam ser diferenciados.

A Lei n. 7.853/89, que dispõe sobre o apoio às pessoas com deficiência e sua integração social, não define esses conceitos. O Decreto n. 3.298/1999, editado para regulamentar a Lei n. 7.853/89 é que define no Brasil o que constitui deficiência, deficiência permanente e incapacidade.

Nos termos do artigo 3º, I, deficiência é “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 humano”.

O Decreto n. 3.298/99, no inciso II do mesmo artigo, acrescenta que a deficiência permanente é “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”.

A incapacidade, por sua vez, de acordo com o artigo 3º, III, é “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”.

O conceito de deficiência, incapacidade e desvantagem também foi elaborado pelo Secretariado Nacional de Reabilitação da OMS⁴⁷, com o objetivo de utilizar uma linguagem específica nas pesquisas e na execução de ações:

Deficiência: perda ou anormalidade de estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica, temporária ou permanente. (..)

Incapacidade: restrição, resultante de uma deficiência, da habilidade para desempenhar uma atividade considerada normal para o ser humano. (...)

Desvantagem: prejuízo para o indivíduo, resultante de uma deficiência ou uma incapacidade, que limita ou impede o desempenho de papéis de acordo com a idade, sexo, fatores sociais e culturais. (...)

Dessa forma, a pessoa com deficiência possui uma perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica, que gera limitações que, considerando a idade, o sexo e os fatores socioculturais, não teria se não houvesse essa deficiência. Essa limitação, no entanto, não o torna absolutamente incapaz para o desempenho de suas atividades normais ou laborais, pois podem ser superadas com a utilização de equipamentos, adaptações, meios ou recursos especiais. A pessoa com deficiência precisa apenas encontrar uma compatibilidade entre o trabalho oferecido e a sua limitação.

A incapacidade, por sua vez, surge em função da deficiência ou é resposta do indivíduo à deficiência psicológica, física, sensorial ou outra apresentada, diante de algum comportamento social da vida.

A desvantagem caracteriza-se pela incompatibilidade entre a capacidade individual para a realização de alguma atividade e a expectativa do próprio indivíduo ou do grupo social em que ele está inserido. Trata-se da dificuldade nas habilidades necessárias para a inserção na sociedade.

Segundo Rubens Valtecídes Alves, considerar uma “pessoa portadora de deficiência física” como “incapaz” equivale a reduzi-la a um ser inútil e isso não coaduna com a realidade. Em alguns casos, os “deficientes físicos” não podem exercer certos trabalhos, mas, na maioria das situações, são trabalhadores em potencial, como qualquer outra pessoa.⁴⁸

⁴⁷ AMIRALIAN, Maria L. T. et al. Conceituando deficiência. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 34, n. 1, p. 97-103, fev. 2000. Disponível em: <http://www.scielosp.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-8910200000100017>. Acesso em: 18 abr. 2009.

⁴⁸ ALVES, Rubens Valtecídes, *Deficiente físico: novas dimensões da proteção ao trabalhador*, cit., p. 44.

Exemplificando a diferença em uma situação concreta: uma pessoa com poliomielite teria como deficiência a paralisia⁴⁹, a incapacidade constituiria a dificuldade de andar⁵⁰ e a desvantagem o limite encontrado no desempenho de algumas atividades que necessitam da utilização do movimento do corpo prejudicado pela paralisia.⁵¹

Cibelle Linero Goldfarb menciona outro exemplo: “Uma pessoa surda porta uma deficiência (ou seja, uma perda/anomalia da estrutura física); tal deficiência acarreta restrições, como o recebimento de informações; essas restrições caracterizam a incapacidade e, como consequência dessa incapacidade, a pessoa encontra-se em desvantagem para algumas atividades, como trabalhar, dirigir ou assistir a um filme.”⁵²

Para reduzir ou afastar as incapacidades, existem equipamentos, adaptações, meios ou recursos especiais, como menciona o artigo 3º, III, do Decreto n. 3.298/99, que devem ser implementados pelo Estado e por toda a sociedade, através de políticas de habilitação e reabilitação profissional, bem como educacionais e de saúde, tais como o acesso a próteses, a órteses, a possibilidade de intervenções médicas, aos meios de transporte, à educação, a um meio ambiente de trabalho acessível e a treinamento, dentre outros.

⁴⁹ Para a designação de uma deficiência, utiliza-se um adjetivo ou um substantivo.

⁵⁰ Para designar a incapacidade, utiliza-se um verbo no infinitivo, como por exemplo, a incapacidade de falar, de ouvir, de andar, de aprender etc.

⁵¹ Para designar a desvantagem, utiliza-se a dificuldade encontrada pela pessoa para desempenhar os papéis de sobrevivência no meio social.

⁵² GOLDFARB, Cibelle Linero, *Pessoas portadoras de deficiência e a relação de emprego: o sistema de cotas no Brasil*, cit., p. 37.

CAPÍTULO II – A INCLUSÃO SOCIAL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA, SEUS FUNDAMENTOS E AS AÇÕES AFIRMATIVAS

2.1 Inclusão social da pessoa com deficiência

Diante das referências históricas, verificamos que as sociedades, em maior ou menor grau, tendiam à exclusão social das pessoas com deficiência, caracterizando violação aos direitos humanos. A edificação dos direitos humanos e, em especial, dos conceitos de dignidade da pessoa humana, igualdade e não discriminação, levaram à implementação de ações afirmativas, visando à inclusão das pessoas com deficiência.

Romeu Kazumi Sasaki ilustra que:

Podemos afirmar que a semente do paradigma da inclusão foi plantada pela Disabled Peoples International, uma organização não governamental criada por líderes com deficiência, quando seu livreto *Declaração de princípios*, de 1981, definiu o conceito de equiparação de oportunidades (apud Driedger & Enns, 1987, p. 2-3): “O processo mediante o qual os sistemas gerais da sociedade, tais como meio físico, a habitação e o transporte, os serviços sociais e de saúde, as oportunidades de educação e trabalho, e a vida cultural e social, incluídas as instalações esportivas e de recreação, são feitos acessíveis para todos. Isto inclui a remoção de barreiras que impedem a plena participação das pessoas deficientes em todas estas áreas, permitindo-lhes assim alcançar uma qualidade de vida igual à de outras pessoas.”⁵³

A doutrina diferencia sociedade integrativa e inclusiva. A sociedade integrativa seria aquela que proporciona oportunidades às pessoas excluídas que consigam efetivamente superar os obstáculos, através de uma política de igualdade de oportunidades apenas.

A sociedade inclusiva, segundo Ricardo Tadeu Marques da Fonseca, “constrói condições de acolhimento de todos, vindo na direção das demandas inerentes às diversidades. A remoção de barreiras arquitetônicas, a adequação de transporte público, as políticas de ação afirmativa estimulando contratações para o trabalho, as escolas inclusivas e, ainda, a inclusão nos esportes, turismo, lazer, recreação, nas artes, cultura e religião revelam um impulso social

⁵³ SASSAKI, Romeu Kazumi. Inclusão: o paradigma do século 21. *Inclusão: Revista da Educação Especial*, p. 19-23, out. 2005. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/revistainclusao1.pdf>>. Acesso em: 25 jul. 2009.

no sentido de acolhimento, como se a sociedade abraçasse a todos, agindo em favor de atrair eficazmente todos os grupos sociais, que abandonam, então, os ‘guetos institucionais’ e passam a conviver em todos os espaços públicos”.

A construção de uma sociedade inclusiva é um grande avanço em comparação à ideia de uma sociedade que observa tão somente a igualdade de condição.

Eugênia Augusta Gonzaga Fávero diferencia integração de inserção, da seguinte forma:

Na integração, a sociedade admite a existência das desigualdades sociais e, para reduzi-las, permite a incorporação de pessoas que consigam “adaptar-se”, por méritos exclusivamente seus. Ainda, a integração pressupõe a existência de grupos distintos que podem vir a se unir. (...) Enquanto que, incluir, significa, antes de tudo, “deixar de excluir”. Pressupõe que todos fazem parte de uma mesma comunidade e não grupos distintos. Assim, para “deixa de excluir”, a inclusão exige que o Poder Público e a sociedade em geral ofereçam as condições necessárias para todos. Portanto, diferentemente da integração, não se espera a inserção apenas daquele que consegue “adaptar-se”, mas garante a adoção de ações para evitar a exclusão. E, diante da desigualdade já presente, exige que se faça uso de medidas positivas, quotas aliadas a políticas públicas, por exemplo, para a sua redução.⁵⁴

Importante mencionar que, em grande parte da doutrina, na jurisprudência e até mesmos nos diplomas nacionais e internacionais, as expressões inclusão social e integração social são usadas como sinônimas, todavia não geram qualquer dúvida diante do contexto em que são utilizadas e do resultado a que visam.

A afirmação de parte da doutrina que a sociedade deveria primeiramente se adaptar para depois ter condições para poder incluir a pessoa com deficiência, e que só assim o processo seria verdadeiramente bilateral, não é verdadeira. A humanidade já teve toda a sua existência para a adaptação diante de todas as minorias discriminadas, mas como desenhado na história, não conseguiu muito progresso nesse sentido. A adaptação de qualquer ser humano a uma determinada sociedade é efetuada diariamente e, para isso, devemos primeiramente retirar as barreiras arquitetônicas e sociais que impedem a sua inclusão.

⁵⁴ FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. *Direitos da pessoa com deficiência: garantia de igualdade na diversidade*. Rio de Janeiro: WVA, 2004. p. 37-38.

Na ótica do trabalho, a sociedade inclusiva passa a tratar a pessoa com deficiência como cidadãos hábeis. Suas qualidades como profissional são valorizadas, respeitadas as limitações de suas deficiências. As pessoas com deficiência que foram favorecidas por políticas de assistência social apenas em função da deficiência passam a ter oportunidades reais de trabalho e independência, fora do âmbito da tutela das organizações assistenciais.

Não conseguiríamos entender as normas jurídicas relativas que buscam a inclusão das pessoas com deficiência sem associá-las às normas que têm a finalidade de dar fundamento à ordem social prevista em nossa Constituição Federal⁵⁵, que tem como base o primado do trabalho e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais. Passaremos a tratar de seus fundamentos: a dignidade da pessoa humana, a igualdade e a não discriminação.

2.2 Dignidade da pessoa humana

A grande preocupação com a inclusão social dos que se encontram em desvantagem é melhor compreendida quando consideramos que o objetivo maior da humanidade é privilegiar a dignidade da pessoa humana.

Luiz Antonio Rizzato Nunes ensina que, apesar de alguns autores entenderem que a isonomia é a principal garantia constitucional, o principal direito fundamental constitucionalmente garantido é o da dignidade da pessoa humana. Esclarece que “é ela, a dignidade, o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço da guarda dos direitos individuais. A isonomia serve, é verdade, para gerar equilíbrio real, porém visando a concretizar o direito à dignidade. É a dignidade que dá a direção, o comando a ser considerado primeiramente pelo intérprete”.⁵⁶

Ingo Wolfgang Sarlet ensina que “a ideia do valor intrínseco da pessoa humana deita raízes já no pensamento clássico e no ideário cristão”. Acrescenta que “tanto no Antigo quanto no Novo Testamento podemos encontrar referências no sentido de que o ser humano

⁵⁵ “Artigo 193 - A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.”

⁵⁶ NUNES, Luiz Antonio Rizzato. A dignidade da pessoa humana e o papel do julgador. *Revista do Advogado*, São Paulo, AASP, ano 27, n. 95, p. 129, dez. 2007.

foi criado à imagem e semelhança de Deus, premissa da qual o cristianismo extraiu a consequência – lamentavelmente renegada por muito tempo por parte das instituições cristãs e seus integrantes (basta lembrar as crueldades praticadas pela “Santa Inquisição”) – de que o ser humano – e não apenas os cristãos – é dotado de um valor próprio e que lhe é intrínseco, não podendo ser transformado em mero objeto ou instrumento”.⁵⁷

Apesar do entendimento de que a dignidade da pessoa humana é um valor intrínseco de cada um, irrenunciável e inalienável, conceituar a dignidade da pessoa humana é uma tarefa difícil porque se trata de um termo vago e impreciso.

Sendo um valor inerente a toda pessoa humana, a dignidade existe até mesmo onde o direito ainda não a reconheceu. A dignidade independe inclusive do comportamento verificado na sociedade, da capacidade da pessoa, da raça, do credo e do sexo. Uma pessoa que comete um ato entendido como criminoso tem dignidade. Mesmo uma pessoa absolutamente incapaz possui dignidade. Cristiane Ribeiro da Silva define incapaz a pessoa que “naturalmente dotada de capacidade de direito, é portadora de alguma deficiência que a impede de agir por si só na esfera civil. Por não ter discernimento ou não poder expressar sua vontade de forma duradoura, não pode exercer pessoalmente, com autonomia, os atos da vida jurídica, apenas podendo fazê-lo com a assistência de outrem, ou por representação”.⁵⁸

Todavia, as condições de fruição e preservação da dignidade dependem da sociedade e do Estado em que a pessoa vive, sendo esse o elemento mutável da dignidade. Isso explica o motivo da dignidade da pessoa humana na antiguidade clássica ter uma relação direta com a posição social do indivíduo⁵⁹, e de ainda hoje se utilizar pena de morte, caso em que a dignidade humana é observada apenas no modo utilizado para provocar a morte.

⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 29-30.

⁵⁸ SILVA, Cristiane Ribeiro da, O direito ao trabalho da pessoa portadora de deficiência e os efeitos da interdição, cit., p. 1.231.

⁵⁹ “No pensamento filosófico e político da antiguidade clássica, verifica-se que a dignidade (*dignitas*) da pessoa humana dizia, em regra, com a posição social ocupada pelo indivíduo e o seu grau de reconhecimento pelos demais membros da comunidade, daí poder falar-se em uma quantificação e modulação da dignidade, no sentido de se admitir a existência de pessoas mais dignas ou menos dignas.” (SARLET, Ingo Wolfgang, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, cit., p. 30).

Luiz Antonio Rizzato Nunes aponta que a dignidade nasce com a pessoa, é inata a ela, mas nenhum indivíduo é isolado. Ele nasce, cresce e vive no meio social. Acrescenta: “Ter-se-á, então, de incorporar no conceito de dignidade uma qualidade social como limite à possibilidade de garantia. Ou seja, a dignidade só é garantia ilimitada se não ferir outra.”⁶⁰

Para Ingo Wolfgang Sarlet⁶¹, a dignidade possui uma dupla dimensão: a) dimensão defensiva, na qual se verifica a autonomia da pessoa, vista como algo inerente ao ser humano, que não pode ser alienado ou perdido, sendo a dignidade um limite à atuação do Estado e da comunidade; e, b) dimensão protetiva, assistencial ou prestacional, em que a dignidade necessita da proteção por parte da comunidade e do Estado.

Sendo assim, o Estado tem obrigação de respeitar a dignidade da pessoa humana, que é o limite de sua atuação, e, ao mesmo tempo, tem a obrigação de garantir a dignidade de inúmeras formas, dentre elas proporcionando a inclusão social.

Ingo Wolfgang Sarlet conceitua dignidade da pessoa humana como “a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse 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 corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”.⁶²

O princípio da dignidade da pessoa humana é atualmente utilizado como fundamento para a elaboração das diversas normas de proteção no âmbito global, regional e local, para o pleito dos cidadãos, a elaboração das decisões judiciais e as ações governamentais.

⁶⁰ NUNES, Luiz Antonio Rizzato, A dignidade da pessoa humana e o papel do julgador, cit., p. 131.

⁶¹ SARLET, Ingo Wolfgang, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, cit., p.47-50.

⁶² *Ibidem*, p. 62.

A Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência faz menção à dignidade da pessoa com deficiência em diversos artigos.⁶³

A dignidade da pessoa humana, originariamente tratada como um valor moral, também foi incorporada ao nosso ordenamento jurídico. Prevista no artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988, é fundamento da República Federativa do Brasil. Para a preservação da dignidade humana, o Estado deve utilizar meios que assegurem a igualdade de direitos entre as pessoas.

No rol dos direitos individuais prescritos na Constituição Federal de 1988, temos ainda o direito geral de liberdade (art. 5º, II) e, decorrente dele, a liberdade para o exercício do trabalho (art. 1º, IV), valor também eleito como fundamento da República Federativa do Brasil, e cuja implementação importa no reconhecimento da dignidade humana. No artigo 6º da Constituição Federal de 1988, temos disposto ainda o direito ao trabalho, que aliado ao inciso XXXI do artigo 7º⁶⁴, prescreve o direito de oportunidade para o exercício do trabalho, pela pessoa com deficiência, e a proibição de qualquer discriminação.

A dignidade da pessoa humana se relaciona ainda com o princípio da igualdade e da não discriminação. A aparente dicotomia entre o princípio da igualdade de todos perante a lei (art. 5º, *caput*, da CF) e o tratamento diferenciado conferido às pessoas com deficiência será estudada a seguir, para que se entenda que o tratamento diferenciado às pessoas com deficiência não fere o princípio constitucional da igualdade.

⁶³ “Preâmbulo – Os Estados da presente Convenção, lembrando os princípios consagrados na Carta das Nações Unidas, que reconhecem a dignidade e o valor inerentes e os direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana como o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo; (...) Convencidos de que uma convenção internacional geral e integral para promover e proteger os direitos e a dignidade das pessoas com deficiência prestará uma significativa contribuição para corrigir as profundas desvantagens sociais das pessoas com deficiência e para promover sua participação na vida econômica, social e cultural, em igualdade de oportunidades, tanto nos países desenvolvidos como naqueles em desenvolvimento. (...) Artigo 1º - Propósito - O propósito da presente Convenção é o de promover, proteger e assegurar o desfrute pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por parte de todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua inerente dignidade. (...) Artigo 3º - Princípios gerais - Os princípios da presente Convenção são: o respeito pela dignidade inerente, independência da pessoa, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e autonomia individual. (...) Artigo 8º - Conscientização - 1 - Os Estados-partes se comprometem a dotar medidas imediatas, efetivas e apropriadas para: conscientizar toda a sociedade, inclusive as famílias, sobre as condições das pessoas com deficiência e fomentar o respeito pelos direitos e pela dignidade das pessoas com deficiência;”

⁶⁴ “Artigo 7º - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;”

2.3 Igualdade

A discussão acerca da igualdade existe desde o início da história humana e assumiu diversos aspectos. Trata-se do alicerce da ideia de justiça. Para dar continuidade à análise das conquistas das pessoas com deficiência e para que as políticas antidiscriminatórias possam ser discutidas, é necessário primeiramente delinear o sentido e o alcance do princípio da igualdade.

Aristóteles discorreu sobre a ideia de igualdade vinculando-a com a justiça. Importante registrar que a igualdade defendida por Aristóteles era apenas relativa, no sentido de atribuir a cada um, o que é seu. A contribuição aristotélica para o direito, no entanto, é de grande importância porque definiu um conceito de igualdade, embora sem grande peso do ponto de vista social, pois não considerou que as desigualdades existentes à época resultavam em privilégios para alguns em prejuízos dos outros, impondo a revisão e a evolução do conceito de igualdade.

Tercio Sampaio Ferraz Junior, em análise ao livro V da *Ética a Nicômaco* de Aristóteles, afirma que a distinção entre justiça comutativa – a virtude da proporcionalidade entre as coisas de sujeitos pressupostamente iguais entre si – e a justiça distributiva – a virtude da proporcionalidade entre as coisas de sujeitos diferentes – aponta para a igualdade como cerne da justiça.⁶⁵

Conforme Ricardo Tadeu Marques da Fonseca, “estabelecem-se duas correntes tradicionais acerca da conceituação da igualdade. A primeira tem origem grega (*epiqueia*), aristotélica, e se revela como uma forma de corrigir as distorções da lei abstrata para se buscar a solução justa aplicável ao caso concreto. A segunda deriva da concepção romana (*aequitas*), que interpreta a equidade como um mecanismo de criação da lei”.⁶⁶

Rousseau⁶⁷ concebeu, na espécie humana, duas espécies de desigualdades: uma que chamou de natural ou física, por ser estabelecida pela natureza, e que consiste na diferença

⁶⁵ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 348.

⁶⁶ FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. *O trabalho da pessoa com deficiência*. São Paulo: LTr, 2006. p. 132.

⁶⁷ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 159.

das idades, da saúde, das forças do corpo e das qualidades do espírito ou da alma; e outra, que chamou de desigualdade moral ou política, por depender de uma espécie de convenção a ser estabelecida, ou pelo menos autorizada, pelo consentimento dos homens. Acrescentou que esta consiste nos diferentes privilégios que alguns usufruem em prejuízo dos outros, como, por exemplo, serem mais ricos, mais reverenciados, mais poderosos do que eles, ou mesmo em se fazerem obedecer por eles. Rousseau⁶⁸ afirma ainda que a desigualdade apenas é perceptível no estado de natureza, e que nele sua influência é quase nula.

Javier de Lucas⁶⁹ afirma com propriedade que “*la naturaleza nos ha hecho desiguales, como muestra a las claras el mismo hecho del nacimiento, que ofrece no sólo la diversidad, sino también la desigualdad en condiciones físicas, en salud, etc. Por nacimiento somos absolutamente desiguales, hasta dividir el mundo en dos a partir del género: hombres o mujeres*”.

A existência de diferenças de fato entre homens e mulheres, entre raças, entre nacionais e estrangeiros, dentre outras tantas, não afasta a necessidade da busca da igualdade. Em essência, como seres, não há como não reconhecer a igualdade entre os homens.

A questão da tutela das pessoas com deficiência está fundamentada no princípio da igualdade. O conteúdo jurídico do princípio da igualdade é dúplice e pressupõe a igualdade formal e a igualdade material. Igualdade formal é aquela verificada perante a lei, também chamada de igualdade jurídica; a igualdade material é a igualdade real, a igualdade na lei, também chamada na doutrina de igualdade social.

Segundo Francisco Gérson Marques de Lima, o princípio da igualdade “atende à dicotomia *igualdade formal – igualdade material*. Efetivamente, para ser alcançada a igualdade real, o tratamento (jurídico) há de ser diferenciado entre os desiguais, pois a igualdade pressupõe juízo de valoração subjetivo, em maior ou menor grau, segundo a

⁶⁸ ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*, cit., p. 200.

⁶⁹ LUCAS, Javier de. *La igualdad ante la ley*. In: GARZON VALDÉS, Ernesto; LAPORTA, Francisco J. *El derecho y la justicia*. Madrid: Trotta, 2000. p. 493.

circunstância fática. Contudo, o arbítrio encontrado nessa *avaliação* não pode ser desprovido de fundamento razoável”.⁷⁰

Bobbio, ao analisar a igualdade diante da lei, afirma que “das várias determinações históricas da máxima que proclama a igualdade de todos os homens, a única universalmente acolhida – qualquer que seja o tipo de Constituição em que esteja inserida e qualquer que seja a ideologia na qual esteja fundamentada – é a que afirma que todos os homens são iguais perante a lei, ou, com outra formulação, a lei é igual para todos”. E acrescenta que a igualdade perante a lei exclui qualquer discriminação arbitrária seja por parte do juiz ou do legislador, entendendo como discriminação arbitrária aquela introduzida, não eliminada sem uma justificativa ou não justificada (sendo nesse caso injusta).⁷¹

Celso Antônio Bandeira de Mello ensina que “para desate do problema é insuficiente recorrer à notória afirmação de Aristóteles, assaz de vezes repetida, segundo cujos termos a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. Sem contestar a inteira procedência do que nela se contém e reconhecendo, muito ao de ministro, sua validade como ponto de partida, deve-se negar-lhe o caráter de termo de chegada, pois entre um e outro extremo serpeia um fosso de incertezas cavado sobre a intuitiva pergunta que aflora ao espírito: quem são os iguais e quem são os desiguais?”⁷² e acrescenta “quando é vedado à lei estabelecer discriminações? Ou seja: quais os limites que adversam este exercício normal, inerente à função legal de discriminar?”⁷³

O mesmo autor responde a essas questões e esclarece o que vem a ser o princípio da igualdade, firmando as seguintes conclusões:

Há ofensa ao preceito constitucional da isonomia 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, elementos não residentes nos fatos, situações ou pessoas por tal

⁷⁰ LIMA, Francisco Gérson Marques de. *Igualdade de tratamento nas relações de trabalho*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 26-27.

⁷¹ BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. 5. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002. p. 25-28.

⁷² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed., 8. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 10-11.

⁷³ *Ibidem*, p. 13.

modo 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, *discrimens*, desequiparações que não foram professadamente assumidos por ela de modo claro, ainda que por via implícita.⁷⁴

Perelman, por sua vez, afirma que “a igualdade de tratamento nada mais é senão a consequência lógica de nos encontrarmos diante de membros da mesma categoria; daí decorre o fato de não os distinguirmos, não estabelecermos diferenças entre eles, de que, respeitando a justiça formal, os tratamos da mesma forma. Agir segundo a regra é aplicar um tratamento igual a todos os que a regra não distingue”. E continua: “Nossa análise mostra que, contrariamente à opinião corrente, não é a noção de igualdade que constitui o fundamento da justiça, mesmo formal, mas o fato de aplicar uma regra a todos os membros de uma categoria essencial. A igualdade de tratamento não passa de uma consequência lógica do fato de nos atermos à regra.”⁷⁵

Na aspiração da igualdade real ou material que de fato iguale as condições desiguais de cada um, fez-se necessária a criação de lei geral, abstrata e impessoal, que incidisse sobre todos igualmente. Modernamente, proclamam as Constituições, e a brasileira no *caput* do artigo 5º, que “todos são iguais perante a lei”. Trata-se de norma de direito fundamental, eis que inserida no Título II (Dos direitos e garantias fundamentais) da Constituição Federal. É um direito fundamental ou princípio objetivo, que se projeta em todo o ordenamento jurídico, tem aplicabilidade imediata⁷⁶ e está imune ao poder constituinte reformador.⁷⁷

O princípio da igualdade perante a lei encontra-se enunciado nas Constituições francesas de 1791, 1793 e 1795; no artigo 1º da Carta de 1814; no artigo 6º da Constituição belga de 1830; no artigo 24 do Estatuto Albertino (que regeu a monarquia italiana); na

⁷⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, cit., p. 74 e 75.

⁷⁵ PERELMAN, Chaim. *Ética e direito*. 2. tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 42.

⁷⁶ “Artigo 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...) § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

⁷⁷ “Artigo 60 - A Constituição poderá ser emendada mediante: (...) § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir (...) IV - os direitos e garantias individuais (...)”

Emenda XIV, de 1868, da Constituição dos Estados Unidos; no artigo 190, parágrafo 1º, da Constituição de Weimar de 1919; no artigo 7º, parágrafo 1º da Constituição austríaca de 1920; no artigo 71 da Constituição búlgara de 1947; e no artigo 3º da Constituição italiana de 1948.

A Constituição Federal de 1988 reforça essa igualdade com outras normas ou busca a igualdade dos desiguais pela outorga de direitos sociais. Dessa forma, visa à erradicação de desigualdades sociais e regionais, quando iguala homens e mulheres em direitos e obrigações⁷⁸, proíbe diferenciação salarial, de exercício de função ou de critérios de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil⁷⁹, e ainda qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão de trabalhador portador de deficiência⁸⁰, dentre outras previsões constitucionais, ou qualquer outra discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais.⁸¹

Importante lembrar que não cabe invocar a igualdade onde a Constituição explícita ou implicitamente permite que haja a desigualdade. São exemplos a aposentadoria da mulher com menor idade que o homem⁸², a propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens privativa a brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos⁸³, os direitos políticos conferidos apenas aos brasileiros⁸⁴, a proibição do brasileiro naturalizado de exercer vários cargos acessíveis apenas aos brasileiros natos⁸⁵, entre outros diversos exemplos.

Luiz Alberto David Araujo esclarece que “a regra está garantindo o direito à igualdade formal, protegendo a pessoa com deficiência de qualquer forma de discriminação. Isso não

⁷⁸ “Artigo 5º (...) I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;”

⁷⁹ “Artigo 7º (...) XXX - proibição de diferenças salariais, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;”

⁸⁰ “Artigo 7º (...) XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; (...)”

⁸¹ “Artigo 5º (...) XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;”

⁸² “Artigo 40.(...) III (...) a) sessenta e cinco anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade e trinta de contribuição, se mulher (...).”

⁸³ “Artigo 222 - A propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens é privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, ou de pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede no País (...).”

⁸⁴ “Artigo 14 (...) § 2º (...) Não podem alistar-se como eleitores os estrangeiros e, durante o período do serviço militar os conscritos (...).”

⁸⁵ “Artigo 12 (...) § 3º - São privativos de brasileiro nato os cargos: I - de Presidente e Vice-Presidente da República; II - de Presidente da Câmara dos Deputados; III - de Presidente do Senado Federal; IV - de Ministro do Supremo Tribunal Federal; V - da carreira diplomática; VI - de oficial das Forças Armadas; VII - de Ministro de Estado da Defesa (...).”

significa que as pessoas com deficiência estejam habilitadas, por exemplo, a pretender qualquer trabalho. Deverá haver uma compatibilidade entre a deficiência apresentada e a tarefa que se pretende desenvolver”.⁸⁶

Não obstante a existência de limites à sua inserção no mercado de trabalho, o que deve prevalecer é a política da inclusão social. Essa inclusão permite que se houver dúvidas no sentido da possibilidade ou não da pessoa com deficiência desenvolver uma mencionada atividade, deve-se permitir que ela a desenvolva. Algumas limitações podem ser superadas com estudos sobre a gestão da diversidade.

Luiz Alberto David Araujo observa que muitas “vezes, por desconhecimento dos recrutadores de mão-de-obra, muitos empregadores não permitem pessoas com deficiência em determinadas funções, em razão de certas limitações. Essas limitações podem ser perfeitamente contornáveis com ajudas específicas tecnológicas. Um computador, com determinado *software*, pode permitir que uma pessoa com deficiência desenvolva uma série de atividades que não seriam possíveis antes de tal aporte tecnológico”.⁸⁷

Apesar do direito estrangeiro distinguir entre a igualdade perante a lei e a igualdade na lei, entre nós a doutrina e a jurisprudência já firmaram o entendimento de que a igualdade perante a lei possui o mesmo significado que no exterior se dá à igualdade na lei. Assim, o princípio tem como destinatário tanto o legislador como o aplicador da lei.⁸⁸

A igualdade jurídica não pode, contudo, eliminar algumas desigualdades, como, por exemplo, a econômica. Daí o conceito positivo de igualdade, significando que iguais oportunidades a todos deverão ser propiciadas pelo Estado, bem como o conceito realista, que reconhece que os homens são desiguais sob múltiplos aspectos, mas pugna pela igualdade proporcional, com tratamentos iguais aos substancialmente iguais e desiguais aos desiguais, para que as diferenças sejam supridas e se alcance a igualdade substancial. A doutrina é unânime em afirmar que a igualdade não se restringe em nivelar os homens diante da norma legal, mas impede que o legislador, ao elaborar a lei, o faça em desconformidade com a isonomia. A regra também é válida para o aplicador da lei.

⁸⁶ ARAUJO, Luiz Alberto David, A proteção constitucional das pessoas com deficiência e o cumprimento do princípio da dignidade da pessoa humana, cit., p. 205.

⁸⁷ *Ibidem*, mesma página.

⁸⁸ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 74.

Por outro lado, a busca da igualdade não deve considerar apenas a igualdade dos indivíduos, em prejuízo da igualdade dos grupos, sob pena de provocar injustiça. Essa é a razão do legislador publicar, progressivamente, leis setoriais que importam diferenças nas formações e nos grupos sociais, como, por exemplo, as normas aplicáveis às pessoas com deficiência.

Nesse contexto, a Constituição Federal de 1988 garante vagas reservadas em concurso público para pessoas com deficiência, previsão que obriga à observância da igualdade material.⁸⁹

O direito à igualdade veda a discriminação quando existe um tratamento desigual e, ao mesmo tempo, discrimina para compensar desigualdades de oportunidades e de tratamento. A discriminação também precisa ser estudada, eis que ela fere a honra do trabalhador e sua condição de ser humano digno de respeito perante os demais.

2.4 Discriminação

A efetivação do princípio da igualdade nas relações de trabalho seria alcançada através da proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão da pessoa com deficiência, salvo se for considerada legítima. Todavia, não basta a vedação à discriminação, é preciso a efetiva proteção de todos contra atos discriminatórios, e ainda, muitas vezes, discriminar para conseguir igualar aqueles que estão em situação de desvantagem.

Fabíola Marques entende que “a ideia de não discriminação, decorrente do princípio da igualdade, caracteriza-se como um princípio proibitivo, por intermédio do qual se procura impedir o tratamento desigual e desvantajoso para grupos particulares de trabalhadores, como as mulheres, por exemplo”.⁹⁰

⁸⁹ “Artigo 37 (...) VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão;”

⁹⁰ MARQUES, Fabíola. *Equiparação salarial por identidade no direito do trabalho brasileiro*. São Paulo: LTr, 2002. p. 15.

Apesar do princípio da não discriminação estar ligado ao princípio da igualdade, ele ultrapassa o conceito de igualdade perante a lei, pois traz a ideia de usufruto dos direitos fundamentais por todos.

A respeito da proibição da discriminação, Pedro Paulo Teixeira Manus⁹¹ observa:

Na mesma linha de evitar discriminação, o inciso XXXI afirma: “proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência”. Eis aqui uma questão que tem ficado à margem de garantias asseguradas aos trabalhadores, ressaltando-se apenas alguns casos de estabilidade provisória assegurada a acidentados que, em razão de sequelas, passam por processo de readaptação ao trabalho. Em realidade, a nosso ver, o inciso em questão surge como marco efetivo de atenção ao deficiente enquanto trabalhador.

Maria Aparecida Gugel ensina que a discriminação “pode ser uma ação, ou omissão, que tem por objetivo restringir direitos das pessoas ou grupos, desfavorecendo-os. Trata-se da discriminação negativa, criminosa”.⁹²

Cristina Paranhos Olmos por sua vez, ilustra que “a discriminação consiste, basicamente, em tratar de maneira diferente determinada pessoa por motivo não justificável”.⁹³

O conceito de discriminação nas relações de trabalho elaborado por Firmino Alves Lima, por sua vez, fundamenta-se em ato ocorrido até mesmo depois da relação de trabalho e ainda que não vinculado ou integrante da relação de trabalho. Segundo o autor, “há discriminação nas relações de trabalho quando um ato ou comportamento do empregador, ocorrido antes, durante ou depois da relação de trabalho, implica uma distinção, exclusão, restrição ou preferência, baseado em uma característica pessoal ou social, sem motivo razoável e justificável, que tenha por resultado a quebra do igual tratamento e a destruição, o comprometimento, o impedimento, o reconhecimento ou o usufruto de direitos e vantagens

⁹¹ MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Direito do trabalho*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 305.

⁹² GUGEL, Maria Aparecida. *Pessoas com deficiência e o direito ao trabalho*. Florianópolis: Obra Jurídica, 2007. p. 89.

⁹³ OLMOS, Cristina Paranhos. *Discriminação na relação de emprego e proteção contra a dispensa discriminatória*. São Paulo: LTr, 2008. p. 25.

trabalhistas asseguradas, bem como direitos fundamentais de qualquer natureza, ainda que não vinculados ou integrantes da relação de trabalho”.⁹⁴

Nos diversos tratados internacionais, objeto de estudo do próximo capítulo, em especial a Convenção n. 111 da OIT⁹⁵ e a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, conhecida como Convenção de Guatemala⁹⁶, temos a conceituação de discriminação e o compromisso de eliminar progressivamente todas as formas de discriminação.

No direito brasileiro, encontramos diversos dispositivos voltados ao combate à discriminação. A Constituição Brasileira, em seu artigo 3º, IV, estabelece que constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil “promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. O artigo 5º, XLI e XLII, dispõe que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” e que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”. O artigo 7º, XXXI, por sua vez, acrescenta a “proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência”.

No plano infraconstitucional, temos ainda, no que se refere à discriminação no trabalho, a Lei n. 9.029/95. Nos termos do artigo 1º dessa Lei, a dispensa será discriminatória quando se der em razão de discriminação por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade. Nesse caso, é facultativo ao empregado optar entre a reintegração,

⁹⁴ LIMA, Firmino Alves. *Mecanismos antidiscriminatórios nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2006. p. 135.

⁹⁵ “1. Para os fins da presente Convenção o termo ‘discriminação’ compreende: a) toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão. b) qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão que poderá ser especificada pelo Membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados.”

⁹⁶ O termo “discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência” significa toda diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, antecedente de deficiência, consequência de deficiência anterior ou percepção de deficiência presente ou passada que tenha o efeito ou propósito de impedir ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício por parte das pessoas portadoras de deficiência de seus direitos humanos e suas liberdades fundamentais (art. I - 2.a).

com o ressarcimento integral da remuneração de todo o período de afastamento, ou o pagamento em dobro da remuneração desse período de afastamento.

2.4.1 Formas de discriminação

A doutrina classifica a discriminação de diversas formas: negativa, positiva, direta, indireta, oculta e legítima.

A discriminação é chamada de negativa quando existe a adoção de critérios desiguais em relação a sujeitos que possuem os mesmos direitos. Ela pode decorrer de racismo, preconceito ou concepções estereotipadas. Racismo é o conjunto de teorias e crenças que estabelecem uma hierarquia entre as raças e etnias. Preconceito é um julgamento prévio mediante generalização ou mistificação, sem um exame crítico. O estereótipo, embora possua nome complicado, funciona com um carimbo: uma vez carimbados os membros de um determinado grupo como possuidores deste ou daquele atributo, deixa-se de avaliar os membros do grupo pelas reais qualidades e julga-se automaticamente pelo carimbo.

A discriminação positiva é aquela exteriorizada em política sociais do Estado e, portanto, de ações públicas ou privadas destinadas a eliminar situações de desigualdade em determinados grupos socialmente fragilizados. O Estado assume uma postura ativa para a inclusão de minorias. O conceito de minoria não é um conceito numérico, mas sim a possibilidade de acesso às oportunidades sociais. Podemos citar as cotas para negros em universidades como exemplo de uma discriminação positiva.

A classificação de discriminação em direta, indireta e oculta, apontada por Ricardo Tadeu Marques da Fonseca, “implica sistemas distintos, de acordo com a tradição jurídica que emana da América do Norte, mais especificamente dos Estados Unidos e Canadá, e da Europa, em especial da França e Inglaterra”.⁹⁷

⁹⁷ FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da, *A pessoa com deficiência e a lapidação dos direitos humanos: o direito do trabalho, uma ação afirmativa*, cit., p. 158.

A discriminação direta é explícita e consciente, podendo ser constatada analisando o ato discriminatório. Como exemplo desse tipo de discriminação, podemos citar os classificados de empregos com a menção de vagas para pessoas com boa aparência, ou acrescida da solicitação de envio de *curriculum* acompanhado de foto atual do candidato.

A discriminação indireta é aquela que não aparece imediatamente por ser regra aplicável a todos os empregados, todavia possui indiretamente um efeito discriminatório, por impedir que apenas um empregado ou um grupo de empregados consiga ser incluído na regra. Não existe por parte do agente que discrimina a vontade de discriminar. É o resultado da regra que foi aplicada indistintamente que dirá se a prática foi ou não discriminatória. É o que ocorre com algumas práticas utilizadas em empresas, que acabam impedindo o acesso de diversos candidatos ao emprego, como, por exemplo, a exigência de inglês fluente para trabalhar em empresa nacional que não utiliza essa língua.

Oriunda do direito francês, a discriminação oculta distingue-se da indireta apenas no aspecto intencional. A medida neutra utilizada oculta uma intenção discriminatória. É o que ocorre quando se verifica que em determinada empresa existe a contratação de candidatos que tenham apenas uma cor de pele, religião, etc.

A discriminação legítima é aquela que pode ser justificada juridicamente diante da necessidade de habilidades técnicas específicas, o que excluiria o acesso de algum grupo específico de pessoas a alguns tipos de atividades. É o que ocorre em atividades em que o desempenho físico, dos sentidos ou mesmo do sexo sejam essenciais para o seu desempenho. Como exemplo de discriminação legítima a título ilustrativo, podemos citar a discriminação de pessoas com deficiência visual dos que não possuam uma limitação visual na contratação para exercer a função de motorista de ambulância e a admissão de mulheres no concurso para o preenchimento de cargo da polícia feminina.

Para a verificação da discriminação legítima, é necessário identificar os fatores discriminatórios. Se os fatores discriminatórios forem permitidos, não haverá discriminação.

Embora necessárias, as medidas legais que proíbem as práticas discriminatórias não coíbem essas práticas no emprego. A discriminação, como visto, se manifesta de diversas formas. A tutela das minorias se faz necessária ainda através de ações afirmativas.

2.5 Ação afirmativa

Como o combate às diversas formas de discriminação através da incorporação do princípio da igualdade nos diversos ordenamentos jurídicos e da vedação expressa de práticas discriminatórias não foram suficientes para afastar as desigualdades sociais, coube ao Estado o enfrentamento da questão, através da implementação de ações afirmativas, também chamadas de discriminação positiva.

A ação afirmativa ou discriminação positiva é política de que se vale da diferenciação para proporcionar igualdade para aqueles que estão em desvantagem social ou, em outras palavras, para assegurar o equilíbrio social. Visam a deter os efeitos das desigualdades prévias e duradouras causadas por alguma grave desvantagem, quando se instala a percepção de que a igualdade real transcende a mera aspiração formal de igualdade, pois as sociedades, histórica e culturalmente, são excludentes.⁹⁸

Maria Aparecida Gugel conceitua ação afirmativa como “a adoção de um conjunto de medidas legais e de políticas públicas que objetivam eliminar as diversas formas e tipos de discriminação que limitam oportunidades de determinados grupos sociais”.⁹⁹

José Joaquim Gomes Canotilho¹⁰⁰, de forma clara, leciona:

A partir do princípio da igualdade e dos direitos de igualdade específicos consagrados na constituição, a doutrina deriva esta função primária e básica dos direitos fundamentais: assegurar que o Estado trate os seus cidadãos como cidadãos fundamentalmente iguais. E acrescenta, esta função de não discriminação alarga-se a todos os direitos. Tanto se aplica aos direitos, liberdades e garantias pessoais (ex. não discriminação em virtude de religião), como aos direitos dos trabalhadores (ex. direito ao emprego e formação profissional). Alarga-se de igual modo aos direitos a prestações de saúde, habitação). É com base nesta função de discriminação que se discute o problema das quotas (ex.: parlamento paritário de homens e mulheres) e o problema das *affirmative actions* tendentes a compensar a desigualdade de oportunidades (ex. quotas de deficientes). É ainda com uma acentuação-radicalização da função antidiscriminatória dos direitos fundamentais que alguns grupos minoritários defendem a efectivação plena dos direitos numa sociedade multicultural e hiperinclusiva (ex. direitos dos homossexuais, direitos das mães solteiras, direitos das pessoas portadoras de HIV).

⁹⁸ CORRÊA, Lélío Bentes. Discriminação no trabalho e ação afirmativa no Brasil. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, ano 1, n. 2., p. 83-90, jan./mar. 2002.

⁹⁹ GUGEL, Maria Aparecida, *Pessoas com deficiência e o direito ao trabalho*, cit., p. 21.

¹⁰⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 385-386.

Norberto Bobbio, analisando as razões que tornariam uma discriminação justificada, conclui que elas seriam estabelecidas com base em opções de valor naquele momento histórico¹⁰¹. Seriam essas opções que justificariam as ampliações dos direitos.

Chaim Perelman, no mesmo sentido, afirma que “o que constitui uma boa razão para justificar uma desigualdade de tratamento pode variar conforme as sociedades e as épocas”. E acrescenta, “é interessante examinar, na legislação e na jurisprudência de diversos sistemas de direito, a maneira pela qual evoluíram as concepções concernentes às razões que justificam as discriminações. Como tal evolução é vinculada à evolução das ideologias, a maneira pela qual se justificam as desigualdades nos esclarecerá sobre a evolução das mentalidades numa dada sociedade”¹⁰².

Assim, para garantir a igualdade perante a lei, os critérios de diferenciação utilizados nas ações afirmativas devem privilegiar o princípio da igualdade, a fim de eliminarem as desvantagens sociais. Isto é, as ações afirmativas devem conciliar o princípio da igualdade no sentido de dar iguais oportunidades a todos os que estão na mesma condição.

As ações afirmativas começaram a ser observadas na década de 60 nas Cortes Superiores norte-americanas. Cibelle Linero Goldfarb esclarece que:

(...) inicialmente, nos Estados Unidos da América, falava-se em ações afirmativas de um modo genérico (com base no *National Labor Relations* de 1935), ou seja, não bastava a simples adesão ao princípio da não discriminação, cabia a tomada de medidas em prol de dar publicidade quanto à abertura de vagas para as minorias e mulheres, cabia aos empregadores terem ciência da adesão voluntária de seus empregados à representação sindical, dentre outras medidas voluntárias ou não, dentro ou fora do local de trabalho.

Posteriormente, com a Ordem Executiva 10.925, de 1961, expedidas pelo Presidente John F. Kennedy, a terminologia “ações afirmativas” passou a ser utilizada também dentro de um contexto racial ou étnico, até que na década de 70, particularmente a partir da Ordem Executiva 11.246, de 1965, do Presidente Lyndon Johnson, passou-se a falar em diretrizes envolvendo metas e prazos e, em 1971, foi expedida uma diretriz decisiva no sentido de determinar metas e prazos para o aumento da contratação de minorias e mulheres, passando, então, as ações afirmativas a compreenderem um conceito numérico, envolvendo metas e cotas.¹⁰³

¹⁰¹ BOBBIO, Norberto, *Igualdade e liberdade*, cit., p. 28.

¹⁰² PERELMAN, Chaim, *Ética e direito*, cit., p. 216-217.

¹⁰³ GOLDFARB, Cibelle Linero, *Pessoas portadoras de deficiência e a relação de emprego: o sistema de cotas no Brasil*, cit., p. 114.

No Brasil, temos como exemplo a adoção de ações afirmativas relativas à inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho, tanto em carreiras públicas, quanto em empregos no setor privado, percentuais de mulheres em candidaturas eleitorais e ainda algumas iniciativas no que diz respeito à inclusão de negros nas universidades.

O presente estudo abordará as políticas públicas instituídas para a proteção, inclusão social e o acesso ao trabalho das pessoas com deficiência.

CAPÍTULO III – A PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO ORDENAMENTO INTERNACIONAL

Após a Segunda Guerra Mundial, durante a qual as atrocidades efetuadas pelos nazistas foram justificadas por opiniões supostamente científicas a respeito da supremacia da raça ariana sobre as demais, deu-se especial importância à questão das minorias. O problema das minorias deixou de ser apenas analisado sob o aspecto político e passou a ser visto pelo prisma humanitário, mais amplo, sem a limitação territorial. Iniciou-se o processo de edificação dos direitos humanos.

Após as duas guerras mundiais e o aumento do número de pessoas com deficiência de locomoção, de audição e de visão, a proteção das pessoas com deficiência pelo Estado passou a ser necessária.

No âmbito internacional, os instrumentos formam um complexo conjunto de regras, podendo apresentar diversos âmbitos de aplicação e um aparato jurídico próprio, quando consideramos o componente geográfico-espacial. Daí a classificação utilizada neste trabalho, que teve a preocupação de separar os sistemas global, regional e local de proteção dos direitos humanos, especialmente direcionado para o nosso tema, que é a pessoa com deficiência.

As convenções internacionais integram o sistema global de proteção e são produzidas no âmbito da ONU, na qual estão representados os Estados da comunidade internacional, que nelas são denominados de Estados-partes.

Além do sistema global, temos ainda o sistema regional de proteção, que busca a proteção de direitos no âmbito de uma região. Atualmente, há três planos regionais de proteção: o europeu, o interamericano e o africano. Ainda estão em formação mais dois sistemas: o árabe e o asiático.

No plano local, também chamado de interno, temos a Constituição Federal de 1988 que, já em seu preâmbulo, institui um Estado Democrático “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 e comprometida na ordem interna e internacional”.

Nos termos do artigo 1º da Constituição Federal de 1988, são fundamentos do Estado Democrático de Direito a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (incs. II, III e IV), dentre outros.

Os incisos I a IV do artigo 3º da Constituição Federal, por sua vez, dispõem como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. A leitura desses artigos demonstra a preocupação constitucional em garantir a dignidade da pessoa humana e o bem-estar social.

Além dos direitos civis e políticos (capítulos I, III, IV e V), incluem ainda os direitos sociais os direitos e garantias fundamentais previstos no título II da Constituição Federal de 1988 (capítulo II). As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (art. 5º, § 1º, da CF).

Flávia Piovesan observa que o princípio da aplicação imediata dessas normas “realça a força normativa de todos os preceitos constitucionais referentes a direitos, liberdades e garantias fundamentais, prevendo um regime jurídico específico endereçado a tais direitos. Vale dizer, cabe aos Poderes Públicos conferir eficácia máxima e imediata a todo e qualquer preceito definidor de direito e garantia fundamental. Tal princípio intenta assegurar a força dirigente e vinculante dos direitos e garantias de cunho fundamental, ou seja, objetiva tornar tais direitos prerrogativas diretamente aplicáveis pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário”.¹⁰⁴

O artigo 4º da Constituição Federal dispõe que a República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelo princípio da prevalência dos direitos humanos. Dessa forma, deve-se considerar para a proteção dos direitos humanos o sistema internacional como

¹⁰⁴ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 8. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 35-36.

um todo, e não apenas o regramento interno. O dispositivo indica ainda que as políticas em matéria de direitos humanos a serem adotadas devem respeitar os preceitos internacionais.

Flávia Piovesan afirma que “a partir do momento em que o Brasil se propõe a fundamentar suas relações com base na prevalência dos direitos humanos, está ao mesmo tempo reconhecendo a existência de limites e condicionamentos à noção de soberania estatal. Isto é, a soberania do Estado brasileiro fica submetida a regras jurídicas, tendo como parâmetro obrigatório a prevalência dos direitos humanos. Rompe-se com a concepção tradicional de soberania estatal absoluta, reforçando o processo de sua flexibilização e relativização, em prol da proteção dos direitos humanos. Esse processo é condizente com as exigências do Estado Democrático de Direito constitucionalmente pretendido”.¹⁰⁵

Outra previsão constitucional de grande importância para o estudo do direito internacional dos direitos humanos é a que dispõe que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte (art. 5º, § 2º, da CF).

Pretende-se, neste capítulo, examinar como os tratados internacionais ingressam na ordem jurídica interna brasileira e o impacto desses diplomas internacionais no direito do trabalho brasileiro, diante das previsões constantes em nosso texto constitucional, especialmente no que diz respeito às pessoas com deficiência.

3.1 Tratados internacionais

Tratados internacionais são acordos escritos obrigatórios, celebrados entre sujeitos de direito internacional, que se comprometem a observá-los de acordo com os critérios do direito internacional.

José Francisco Rezek conceitua tratado como “todo acordo formal concluído entre sujeitos de direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos”.¹⁰⁶

¹⁰⁵ PIOVESAN, Flávia, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, cit., p. 40.

¹⁰⁶ REZEK, José Francisco. *Direito internacional público*. 5. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 14.

A Convenção de Viena, concluída em 23 de maio de 1969, veio disciplinar o processo de formação dos tratados internacionais. É a chamada Lei dos Tratados.

O artigo 6º da Convenção de Viena dispõe que “todo Estado possui capacidade para concluir tratados”. Sendo assim, apenas será considerado Estado-parte aquele que expressamente consentir em sua adoção. Importante mencionar que na ordem internacional, há tratados entre Estados e organizações internacionais e entre organizações internacionais, o que vem alterando o conceito de que os tratados eram firmados apenas entre Estados. Por isso, a substituição no nosso conceito de tratado internacional de que ele será firmado entre dois ou mais sujeitos de direito internacional, e não apenas entre Estados-partes.

Os tratados internacionais são obrigatórios aos Estados-partes, pois eles expressamente consentiram em sua adoção. Nem mesmo o direito interno poderá justificar o não cumprimento do tratado.

Nos tratados internacionais, deverá ser observado o princípio da boa-fé, eis que, nos termos do artigo 3º, parágrafo 1º, da Convenção de Viena, “um tratado deve ser interpretado de boa-fé e de acordo com o significado de seus termos e seu contexto à luz de seu objetivo e propósitos”.

José Francisco Rezek afirma que o direito internacional “é indiferente ao método eleito pelo Estado para promover a recepção da norma convencional por seu ordenamento jurídico. Importa-lhe tão só que o tratado seja de boa fé, cumprido pelas partes”.¹⁰⁷

A livre aprovação dos termos do acordo é a única forma de criar obrigações legais entre Estados soberanos, não podendo ser alegadas, após o consenso entre as partes, dificuldades de ordem interna ou constitucional para justificar o não cumprimento de suas obrigações. O artigo 52 da Convenção de Viena dispõe, inclusive, que o tratado internacional será nulo se sua aprovação for obtida mediante ameaça ou pelo uso da força, em violação aos princípios de direito internacional consagrados pela Carta da ONU.

¹⁰⁷ REZEK, José Francisco, *Direito internacional público*, cit., p. 83.

Para que haja a adesão do maior número possível de Estados, o mecanismo criado foi a reserva. Segundo a Convenção de Viena, reserva é “uma declaração unilateral feita pelo Estado, quando da assinatura, ratificação, acessão, adesão ou aprovação de um tratado, com o propósito de excluir ou modificar o efeito jurídico de certas previsões do tratado, quando de sua aplicação naquele Estado”. Diversos autores criticam essa reserva, afirmando que ela é usada muitas vezes para enfraquecer o efeito dos tratados internacionais. Todavia, nos termos do artigo 19 da Convenção, “um Estado poderá formular uma reserva no momento de assinar, ratificar, aceitar ou aprovar um tratado ou de aderir ao mesmo, a menos: a) que a reserva esteja proibida pelo tratado; b) que o tratado disponha que possam ser feitas apenas determinadas reservas e dentre as quais não figure a reserva de que se trate; ou c) que, nos casos previstos nas alíneas ‘a’ e ‘b’, a reserva seja incompatível com o objeto e o fim do tratado”. Dessa forma, as reservas utilizadas com a intenção de enfraquecer o efeito dos tratados internacionais são inadmissíveis.

São sinônimos de tratado internacional convenção, pacto, protocolo, carta, convênio, tratado ou acordo internacional. Os tratados internacionais podem vir acompanhados de protocolo, que possui uma natureza suplementar.

3.1.1 Processo de formação dos tratados internacionais

O processo de formação dos tratados internacionais segue as normas de cada Estado, mas, em regra, tem início com uma negociação entre as partes. Após a negociação, o órgão do Poder Executivo assina o tratado, que indica somente que é autêntico e definitivo, não havendo ainda obrigação entre as partes. A assinatura é chamada de aceite precário ou provisório.

Depois da assinatura pelo Executivo, o tratado deve ser aprovado pelo Poder Legislativo, seguido da ratificação do Poder Executivo. A ratificação do tratado pelo Poder Legislativo é o aceite definitivo, após o qual o Estado fica obrigado no plano internacional a observar o tratado.

Carlos Roberto Husek ensina que a ratificação é “ato unilateral com o que o copartícipe da feitura de um tratado expressa em definitivo sua vontade de se responsabilizar, nos termos do tratado, perante a comunidade internacional. Acrescenta o mesmo autor que é “ato unilateral, discricionário e irrevocável (*pacta sunt servanda*), não se retirando, como é óbvio, a possibilidade de o Estado vir, no fundo, a denunciar o tratado”.¹⁰⁸

No Brasil, os atos necessários para que o tratado possa produzir efeitos são a celebração do tratado pelo Presidente da República, a aprovação pelo Congresso Nacional, mediante decreto legislativo, e a posterior ratificação pelo Presidente da República. Após esses atos, o descumprimento de suas obrigações resulta em responsabilização internacional.

3.1.2 Tratados internacionais de direitos humanos

Nos termos do artigo 5º, parágrafo 2º da Constituição Federal, “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. A Constituição Federal, portanto, inclui os direitos e garantias constantes em tratados internacionais de que o Brasil seja parte, conferindo natureza de norma constitucional.

Flávia Piovesan ensina que “o direito brasileiro faz opção por um sistema misto disciplinador dos tratados, sistema que se caracteriza por combinar regimes jurídicos diferenciados: um regime aplicável aos tratados de direitos humanos e outro aplicável aos tratados tradicionais. Enquanto os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos – por força do art. 5º, § 2º - apresentam hierarquia constitucional, os demais tratados internacionais apresentam hierarquia infraconstitucional”.¹⁰⁹

O tratamento constitucional conferido aos tratados de direitos humanos decorre também da prioridade constitucional dos direitos fundamentais e do princípio da dignidade humana.

¹⁰⁸ HUSEK, Carlos Roberto. *Curso de direito internacional público*. 4. edição. São Paulo: LTr, 2002. p. 62.

¹⁰⁹ PIOVESAN, Flávia, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, cit., p. 67 e 68.

Para fortalecer ainda mais os argumentos, a Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, acrescentou o parágrafo 3º ao artigo 5º da Constituição Federal, que dispõe: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas à Constituição.”

Tendo os tratados de direitos humanos uma natureza constitucional, os direitos por eles protegidos passam a constituir cláusulas pétreas e não podem ser abolidos por emendas constitucionais, de acordo com o disposto no parágrafo 4º do artigo 60 da Constituição Federal.

Conclui-se, diante de todos os argumentos lançados, que as normas previstas em tratados internacionais de direitos humanos ingressam no ordenamento jurídico como normas equivalentes às normas constitucionais. Todavia, esse não tem sido o entendimento do Supremo Tribunal Federal, eis que tem decidido que os tratados internacionais de direitos humanos ingressam no ordenamento jurídico como norma infraconstitucional.

3.2 Proteção internacional no plano global

No plano global, os diplomas internacionais que versam sobre os direitos humanos são tratados de uma forma mais ampla, baseados na não discriminação e na dignidade da pessoa humana. A seguir estudaremos a Carta das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, as Declarações dos Direitos do Deficiente Mental e das Pessoas Portadoras de Deficiência, a Declaração de Salamanca, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e as Recomendações ns. 99 e 168 e Convenções ns. 111, 117 e 159 da OIT.

3.2.1 Carta das Nações Unidas

A Carta das Nações Unidas, promulgada em 26 de junho de 1945, nos seus artigos 1º, 3 e 55, apesar de não adotar a expressão discriminação, deixa claro que não são aceitas distinções fundadas em raça, sexo, língua, religião ou de outra natureza.

3.2.2 Declaração Universal dos Direitos Humanos

A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, pela Resolução n. 217, por 48 votos a zero, com abstenção da Bielorrússia, Checoslováquia, Polônia, Arábia Saudita, Ucrânia, União Soviética, África do Sul e Iugoslávia. O projeto foi redigido pelo jurista e humanista francês René Cassin, para substituir a Declaração de Direitos de 1789.¹¹⁰

Tal diploma não possui qualquer valor de obrigatoriedade para os Estados, sendo seu valor moral. No artigo I, consigna que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”.

Embora não faça menção expressa à pessoa com deficiência, ela dispõe, em seu artigo XXIII, 1, que “toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego”.

O diploma dispõe, em seu artigo II, que toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e liberdades estabelecidas na Declaração, sem distinção de qualquer espécie, não tendo adotado a expressão discriminação, *in verbis*:

Artigo II -

1. Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidas nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

¹¹⁰ LIMA, Firmino Alves, *Mecanismos antidiscriminatórios nas relações de trabalho*, cit., p. 288-289.

2. Não será tampouco feita qualquer distinção fundada na condição política, jurídica ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente, sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania.

A expressão discriminação consta do artigo VII que, ao proclamar a igualdade entre os homens, garante proteção contra qualquer discriminação que viole a Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação. Todavia a expressão ainda não tinha uma definição explícita, devendo ser entendida como a não aplicação, em condição de igualdade, dos preceitos e dos direitos previstos.

Arnaldo Sussekind ensina que a Declaração Universal dos Direitos Humanos não constitui um tratado efetivamente, mas sim uma fonte de máxima hierarquia no mundo do direito, por consagrar princípios fundamentais da ordem jurídica internacional que devem caracterizar a civilização contemporânea.¹¹¹

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, por ter um escopo abrangente e universal, por si só já seria um instrumento suficiente para garantir proteção a todos os direitos humanos. Todavia, a ONU, ainda na fase de elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos, iniciou um processo paralelo de proteção especializada contra certos tipos de violação e para determinados grupos de indivíduos, cujas características especiais exigiam atenção particular e normas específicas mais pormenorizadas, a saber: minorias raciais, mulheres, pessoas submetidas a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, crianças, migrantes e pessoas com deficiência.

Apesar de alguns entenderem que esse processo denota uma tendência à especialização e à multiplicação dos direitos humanos, a atenção particularizada não representa qualquer ruptura da sua concepção universalista.

A busca de meios para assegurar garantias especiais aos indivíduos e grupos mais vulneráveis apenas fortalece o caráter universal dos direitos dispostos na Declaração Universal. A proteção especializada é verificada em declarações, que possuem natureza referencial, e não compulsória, e em convenções internacionais, que são normas cogentes, quando ratificadas.

¹¹¹ SUSSEKIND, Arnaldo. *Direito internacional do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTR, 2000. p. 21.

O processo de normas particularizadas teve início em 1947, com a decisão do Conselho Econômico e Social (ECOSOC), no sentido de se elaborar uma convenção sobre o genocídio. Essa decisão culminou com a adoção pela Assembleia Geral da Resolução 260 A (III), em 9 de dezembro de 1948, estabelecendo a Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio. Essa convenção foi incluída no conjunto de instrumentos internacionais em que se baseia a atuação dos tribunais especiais constituídos pelo Conselho de Segurança da ONU para o julgamento de indivíduos indiciados por crimes contra a humanidade nos conflitos da Bósnia e Ruanda.

No âmbito da ONU, juntamente com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, existem hoje oito convenções internacionais reputadas como essenciais, por sua ampla e constante aplicabilidade, que compõem o cerne do sistema jurídico-normativo internacional dos direitos fundamentais do ser humano. São elas: 1) o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; 2) o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos; 3) a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial; 4) a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher; 5) a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes; 6) a Convenção sobre os Direitos da Criança; 7) a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de suas Famílias e 8) a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência..

Dessa relação de diplomas da ONU, estudaremos a seguir, diante de sua importância para o presente trabalho, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, além das Declarações dos Direitos do Deficiente Mental e das Pessoas Portadoras de Deficiência, da Declaração de Salamanca, das Recomendações 99 e 168 e Convenções 111, 117 e 159 da OIT.

3.2.3 Declaração dos Direitos do Deficiente Mental e Declaração dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência

A Declaração dos Direitos do Deficiente Mental, promulgada pela Assembleia Geral da ONU em 20 de dezembro de 1971, é um diploma específico sobre os direitos das pessoas com deficiência intelectual. Assegura os direitos de gozar os mesmos direitos das demais

peessoas, à atenção médica e aos tratamentos exigidos pelo seu caso, como também os direitos à educação, à capacitação profissional, à reabilitação e à orientação que lhes permitam desenvolver ao máximo suas aptidões e possibilidades (arts. 1º e 2º da Declaração).

A Declaração prevê ainda os direitos à segurança econômica, a um nível de vida condigno, a exercer uma atividade produtiva ou alguma outra ocupação útil (art. 3º), bem como de ser protegido de toda exploração e de todo abuso ou tratamento degradante (art. 6º, 1ª parte).

O diploma dispõe ainda que, sempre que possível, a pessoa com deficiência intelectual deve residir com sua família, ou em um lar que substitua o seu, e participar das diferentes formas de vida em sociedade. O lar que vive deve receber assistência. Se for necessário interná-lo em estabelecimento especializado, o ambiente e as condições de vida desse estabelecimento devem se assemelhar ao máximo aos da vida normal artigo (art. 5º da Declaração).

A Declaração dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência, promulgada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 9 de dezembro de 1975, passou a abranger todas as pessoas com deficiência.

Esse diploma reiterou algumas questões já tratadas pela Declaração de Direitos do Deficiente Mental, como por exemplo, os direitos civis e políticos, ao convívio familiar e de ser protegida contra exploração e tratamento de natureza discriminatória, abusiva ou degradante (arts. 4º, 9º e 10º da Declaração).

O termo “pessoas deficientes” foi definido como 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 (art. 1º da Declaração).

A Declaração destaca que as pessoas com deficiência gozarão de todos os direitos estabelecidos, sem exceção e sem qualquer distinção ou discriminação com base em raça, cor, sexo, língua, religião, opiniões políticas ou outras, origem social ou nacional, estado de saúde, nascimento ou qualquer outra situação que diga respeito à pessoa com deficiência ou à sua

família. As pessoas com deficiência têm direito a respeito por sua dignidade humana e os mesmos direitos fundamentais que as demais pessoas, o que implica, antes de tudo, o de desfrutar uma vida decente, tão normal e plena quanto possível (arts. 2º e 3º da Declaração).

As pessoas com deficiência, nos termos da Declaração, possuem direito a tratamento médico, psicológico e funcional, incluindo-se aparelhos protéticos e ortóticos, à reabilitação médica e social, educação, treinamento vocacional e reabilitação, assistência, aconselhamento, serviços de colocação e outros que lhes possibilitem o máximo desenvolvimento de sua capacidade e habilidades e que acelerem o processo de sua integração social (art. 6º da Declaração).

Todos os temas tratados nos treze artigos da Declaração dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência foram ampliados e complementados pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, de 6 de dezembro de 2006, que também é objeto de estudo neste capítulo.

3.2.4 Declaração de Salamanca

A Declaração de Salamanca, de 10 de junho de 1994, foi aprovada pela Assembleia Geral da ONU através da Resolução n. 48/96 e elenca as regras padrão sobre a equalização de oportunidades para as pessoas com deficiência, que demanda que os Estados assegurem que a educação da pessoa com deficiência seja parte integrante do sistema educacional.

Reuniram-se em Salamanca, Espanha, de 7 a 10 de junho de 1994, mais de 300 participantes, representando 92 governos e 25 organizações internacionais, a fim de promover o objetivo da educação para todos, examinando as mudanças fundamentais de políticas necessárias para desenvolver a abordagem da educação inclusiva, capacitando as escolas para atender a todas as crianças, sobretudo as que têm necessidades educativas especiais.¹¹²

¹¹² Disponível em: <http://www.eenet.org.uk/newsletters/news8/eenet_news8_por.pdf>. Acesso: 22 jul. 2009.

É considerado um dos mais importantes diplomas internacionais que visam à educação inclusiva, juntamente com a Convenção sobre os Direitos da Criança (1988) e da Declaração Mundial sobre Educação para Todos (1990).

O princípio que orienta a Declaração de Salamanca é o de que escolas deveriam acomodar todas as crianças, independentemente de suas condições físicas, intelectuais, sociais, emocionais e linguísticas. Elas deveriam incluir crianças deficientes e superdotadas, de rua, que trabalham, de origem remota ou de população nômade, pertencentes a minorias linguísticas, étnicas ou culturais, e de outros grupos desvantajados ou marginalizados. Tais condições geram uma variedade de diferentes desafios aos sistemas escolares (item 3 - da estrutura de ação em educação especial).

A educação especial definida na Declaração é a que apoia e acolhe a diversidade dos alunos. Ela entende que uma mudança de perspectiva social é imperativa. Esclarece que por um tempo demasiadamente longo os problemas das pessoas com deficiência foram criados por uma sociedade que não habilita, que presta mais atenção nos impedimentos do que nos seus potenciais (item 4 - da estrutura de ação em educação especial).

Para a Declaração de Salamanca, o princípio fundamental da escola inclusiva é o de que todas as crianças devem aprender juntas, sempre que possível, independentemente de quaisquer dificuldades ou diferenças que elas possam ter. As escolas inclusivas devem reconhecer e responder às necessidades diversas de seus alunos, acomodando ambos os estilos e ritmos de aprendizagem, e assegurando uma educação de qualidade a todos, através de um currículo apropriado, arranjos organizacionais, estratégias de ensino, uso de recursos e parceria com as comunidades (item 6 - das orientações em nível regional e internacional da Convenção).

Entendemos que a educação inclusiva é o caminho mais eficaz para combater as atitudes discriminatórias e superar diversas barreiras existentes na construção de uma sociedade inclusiva.

3.2.5 Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência

Visando à proteção global especializada das pessoas com deficiência, foi celebrada a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 6 de dezembro de 2006 e subscrita pelo Brasil em 30 de março de 2007. A Convenção e seu Protocolo facultativo foram ratificados pelo Congresso Nacional em 9 de julho de 2008, através Decreto Legislativo n. 186, de 9 de julho de 2008, e todos os seus artigos são de aplicação imediata.¹¹³

A ratificação da Convenção se deu sob a égide do parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal, eis que obteve a aprovação, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, de três quintos dos votos dos respectivos membros, equivalendo a emenda constitucional.

Essa Convenção teve participação direta de ONGs de pessoas com deficiência, que tiveram voz ativa na sua elaboração, e está inserida num processo constante de inovação na construção dos direitos humanos.

Sandra Morais de Brito Costa ilustra que os 192 países da ONU adotaram, por unanimidade, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.¹¹⁴

Esse diploma contém cinquenta artigos que asseguram à pessoa com deficiência muitos direitos humanos e liberdades fundamentais, dentre os quais destacamos: direitos econômicos, sociais e culturais (art. 4, 2), à igualdade e não discriminação (art. 5), de acessibilidade (art. 9), à vida (art. 10), à igualdade (art. 12), de acesso à justiça (art. 13), à liberdade e segurança (arts. 14 e 18), à vida e inclusão na comunidade (art. 19), à liberdade de expressão e de opinião e acesso à informação (art. 21), à privacidade (art. 22), à educação (art. 24), à saúde (art. 25), habilitação e reabilitação (art. 26), ao trabalho e emprego (art. 27), à participação na vida política (art. 29), à cultura, recreação, lazer e esporte (art. 30), entre outros.

¹¹³ Disponível em: <<http://www.bengalalegal.com/convencao.php#1>>. Acesso em: 18 maio 2009.

¹¹⁴ COSTA, Sandra Morais de Brito. *Dignidade humana e pessoa com deficiência*. São Paulo: LTr, 2008. p. 68.

O Preâmbulo do diploma é composto de vinte e cinco diretrizes (diretrizes “a” a “y”) que demonstram seus fundamentos inovadores.¹¹⁵

O propósito da Convenção vem expresso logo no seu primeiro artigo e dispõe que “é o de promover, proteger e assegurar o desfrute pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por parte de todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua inerente dignidade”. Sendo assim, sua finalidade é a de defender os direitos humanos e as liberdades fundamentais das pessoas com deficiência, promovendo sua dignidade humana.

O conceito de pessoa com deficiência, previsto na segunda parte do artigo 1 desse documento internacional, é inovador e em consonância com o seu Preâmbulo, que adverte ser a deficiência um conceito em evolução e resultado das barreiras atitudinais e ambientais que impedem sua plena e efetiva participação na sociedade, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. O conceito, da forma como está apresentado, supera o modelo caritativo, que externa a visão meramente médica da questão, e implementa o modelo social, que atribui à deficiência uma condição inerente à diversidade humana, ficando, portanto, em um segundo plano. O conceito está assim delineado: “Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas

¹¹⁵ Dentre as diretrizes previstas no Preâmbulo, merecem destaque: a - relembra os princípios consagrados na Carta das Nações Unidas, que reconhecem a dignidade e o valor inerentes e os direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana como o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo; b - reconhece que as Nações Unidas, na Declaração Universal dos Direitos Humanos e nos Pactos Internacionais sobre Direitos Humanos, proclamou e concordou que toda pessoa faz jus a todos os direitos e liberdades ali estabelecidos, sem distinção de qualquer espécie; c - reafirma a universalidade, a indivisibilidade, a interdependência e a inter-relação de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, bem como a necessidade de que todas as pessoas com deficiência tenham a garantia de poder desfrutá-los plenamente, sem discriminação; (...) e - reconhece que a deficiência é um conceito em evolução e que ela resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras de atitudes e ambientais que impedem sua plena e efetiva participação na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas; (...) h - reconhece também que a discriminação contra qualquer pessoas, por motivo de deficiência, configura uma violação da dignidade e do valor inerentes ao ser humano; (...) k - preocupa-se com o fato de que, não obstante esses diversos instrumento e compromissos, as pessoas com deficiência continuam a enfrentar as barreiras contra sua participação como membros iguais da sociedade e as violações de seus direitos humanos em todas as partes do mundo; (...) n - reconhece a importância, para as pessoas com deficiência, de sua autonomia e independência individuais, inclusive da liberdade para fazer as próprias escolhas; (...) v - reconhece a importância da acessibilidade aos meios físico, social, econômico e cultural, à saúde, à educação e à informação e comunicação, para possibilitar às pessoas com deficiência o pleno desfrute de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais; (...) y - declara que uma convenção internacional geral e integral para promover e proteger os direitos e a dignidade das pessoas com deficiência prestará uma significativa contribuição para corrigir as profundas desvantagens sociais das pessoas com deficiência e para promover sua participação na vida econômica, social e cultural, em igualdade de oportunidades, tanto nos países desenvolvidos como nos em desenvolvimento.

barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas.”

Ricardo Tadeu Marques da Fonseca, em artigo sobre a Convenção, afirma que o conceito de pessoa com deficiência:

(...) é revolucionário, porque defendido pelos oitocentos representantes das organizações não governamentais presentes nos debates, os quais visavam à superação da conceituação clínica das deficiências (as legislações anteriores limitavam-se a apontar a deficiência como uma incapacidade física, mental ou sensorial). A intenção acatada pelo corpo diplomático dos Estados-membros, após longas discussões consiste no deslocamento do conceito para a combinação entre esses elementos médicos com fatores sociais, cujo efeito é determinante para o exercício dos direitos pelos cidadãos com deficiência. Evidencia-se, então, a percepção de que a deficiência está na sociedade, não nos atributos dos cidadãos que apresentem.¹¹⁶

O artigo 2 apresenta as definições, para os propósitos da Convenção, de comunicação¹¹⁷, língua¹¹⁸, discriminação¹¹⁹, ajustamento razoável¹²⁰ e desenho universal.¹²¹

O artigo 3 da Convenção é também de grande importância, eis que elenca os seus princípios, que buscam garantir a independência, a autonomia e a inclusão social das pessoas com deficiência; são eles: a. o respeito pela dignidade inerente, independência da pessoa, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e autonomia individual; b. a não discriminação; c. a plena e efetiva participação e inclusão na sociedade; d. o respeito pela

¹¹⁶ FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. A ONU e o seu conceito revolucionário de pessoa com deficiência. *Revista LTr Legislação do Trabalho*, São Paulo, ano 72, n. 3, p. 265, mar. 2008.

¹¹⁷ “Comunicação” abrange as línguas, a visualização de textos, o braile, a comunicação tátil, os caracteres ampliados, os dispositivos de multimídia acessível, assim como a linguagem simples, escrita e oral, os sistemas auditivos e os meios de voz digitalizada e os modos, meios e formatos aumentativos e alternativas de comunicação, inclusive a tecnologia da informação e comunicação.

¹¹⁸ “Língua” abrange as línguas faladas, de sinais e outras formas de comunicação não falada.

¹¹⁹ “Discriminação por motivo de deficiência” significa qualquer diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, com o propósito ou efeito de impedir ou impossibilitar o reconhecimento, o desfrute ou o exercício, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais nas esferas política, econômica, social, cultural, civil ou qualquer outra. Abrange todas as formas de discriminação, inclusive a recusa de adaptação razoável.

¹²⁰ “Ajuste razoável” significa a modificação necessária e adequada e os ajustes que não acarretem um ônus desproporcional ou indevido, quando necessários em cada caso, a fim de assegurar que as pessoas com deficiência possam desfrutar ou exercer, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos humanos e liberdades fundamentais.

¹²¹ “Desenho universal” significa o projeto de produtos, ambientes, programas e serviços a serem usados, na maior medida possível, por todas as pessoas, sem que seja necessário um projeto especializado ou ajustamento. O “desenho universal” não deverá excluir as ajudas técnicas para grupos específicos de pessoas com deficiência, quando necessárias.

diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade; e. a igualdade de oportunidades; f. a acessibilidade; g. a igualdade entre o homem e a mulher e; h. o respeito pelas capacidades em desenvolvimento de crianças com deficiência e respeito pelo seu direito a preservar sua identidade. Esses princípios são normas direcionadas ao aplicador da Convenção, para que promova a dignidade da pessoa com deficiência, superando o modelo caritativo e eliminando os obstáculos culturais, tecnológicos e físicos para a sua efetiva inclusão social.

No artigo 4 estão elencadas as obrigações gerais dos Estados-partes para a plena realização de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais das pessoa com deficiência, dentre elas medidas antidiscriminatórias, cooperação internacional e a elaboração e implementação de legislação e políticas para a execução da Convenção.

A Convenção esclarece que para promover a igualdade e eliminar a discriminação, os Estados deverão assegurar uma adaptação razoável, não constituindo como discriminatórias as medidas específicas necessárias para acelerar ou alcançar a efetiva igualdade das pessoas com deficiência (art. 5, 3 e 4).

O artigo 8 dispõe sobre o compromisso do Estado em conscientizar a sociedade e as famílias quanto à condição da pessoa com deficiência, no sentido de fomentar o respeito por seus direitos e dignidade, combater os estereótipos, preconceitos e práticas nocivas e promover a consciência sobre as suas capacidades e contribuições.

O tema acessibilidade é tratado de forma abrangente pela Convenção, abordando as medidas que deverão ser tomadas pelo Estado para assegurar o acesso ao meio físico, transporte, informação e comunicação, que deverão incluir a identificação e eliminação de obstáculos e barreiras à acessibilidade em edifícios, rodovias, meios de transporte e outras instalações internas e externas, inclusive escolas, moradia, instalação médica, local de trabalho, etc. (art. 9).

O direito à vida (art. 10), que num primeiro momento parece ser desnecessário estar expresso em uma Convenção especializada, deve-se ao fato de em alguns países haver legislação que permite o aborto eugênico, denominação utilizada na hipótese de aborto quando há risco da criança nascer com uma deficiência grave. Os avanços da medicina

trouxeram em alguns países a relativização da vida, o que é inadmissível, pois o direito à vida é idêntico para a mãe e para o filho.

O artigo 12 dispõe sobre o reconhecimento de que as pessoas com deficiência têm capacidade legal em igualdade de condições com as demais, devendo o Estado tomar todas as medidas apropriadas e efetivas para assegurá-la, inclusive quanto ao igual direito de possuir e herdar bens, de controlar as próprias finanças e de ter igual acesso a empréstimos bancários, hipotecas e outras formas de crédito financeiro, devendo, inclusive, assegurar que as pessoas com deficiência não sejam arbitrariamente destituídas de seus bens.

A educação inclusiva, realizada no sistema educacional geral e no ensino fundamental gratuito, de qualidade e compulsório, com as adaptações de acordo com as necessidades, é um direito reconhecido pela Convenção (art. 24). A educação inclusiva assegura à pessoa com deficiência a possibilidade de aprender as habilidades necessárias à vida e ao desenvolvimento social. Trata-se de norma de extrema importância, eis que a educação é a base para o sucesso de qualquer política de inclusão. A escola é a principal forma de convívio social fora da família.

O Estado deverá ainda tomar medidas apropriadas para empregar professores, inclusive professores com deficiência, habilitados para o ensino da língua de sinais e/ou Braille, e para capacitar profissionais e equipes atuantes em todos os níveis de ensino (art. 24, 4).

Ricardo Tadeu Marques da Fonseca acrescenta que:

As escolas especiais desenvolveram, em décadas no Brasil, um trabalho muito elogiável, até porque supriram o vazio estatal. Não se quer, com isso, eliminá-las ou não se reconhecer a sua importância histórica. É mister, porém, que o conhecimento por elas acumulado seja compartilhado por toda a sociedade, iniciando-se uma gestão pública e privada da gestão, com vistas a romper o isolamento que tem caracterizado a educação de crianças, jovens e adultos com deficiência no Brasil, isolamento esse que se irradia para todos os outros setores da vida social. A Convenção é categórica nesse sentido.¹²²

¹²² FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da, A ONU e o seu conceito revolucionário de pessoa com deficiência, cit., p. 265.

O artigo 27 é de extrema importância para o presente trabalho, pois reconhece o direito das pessoas com deficiência ao trabalho e emprego, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. Para isso, proíbe a discriminação baseada na deficiência, no recrutamento, contratação e admissão, permanência no emprego, ascensão profissional e condições seguras e salubres de trabalho (art. 27, 1, “a”). Protege os direitos das pessoas com deficiência, inclusive quanto ao direito a ter iguais oportunidades e igual remuneração por trabalho de igual valor (art. 27, 1, “b”).

Prevê que o Estado deverá salvaguardar e promover a realização do direito ao trabalho, inclusive daqueles que tiverem adquirido uma deficiência no emprego, adotando medidas apropriadas, incluídas na legislação, com a finalidade de promover oportunidades de trabalho autônomo, empreendedorismo, desenvolvimento de cooperativas e estabelecimento de negócio próprio, empregar pessoas com deficiência no setor público e no setor privado, mediante políticas e medidas apropriadas, que poderão incluir programas de ação afirmativa, incentivos e outras medidas (art. 27, 1, “f”, “g” e “h”).

A Convenção faz menção à liberdade no trabalho, proibindo o trabalho escravo, servil, forçado ou compulsório, em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 27, 2).

O direito a um padrão adequado de vida para si e sua família, incluindo alimentação, vestuário e moradia adequados, bem como à melhoria constante de seu padrão de vida e à proteção social, também estão previstos na Convenção, assegurando uma vida digna (art. 28).

A pessoa com deficiência tem direito de participar da vida cultural, de recreação, lazer e esporte, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. O Estado deve assegurar medidas apropriadas para que elas consigam desfrutar do acesso a materiais culturais em formatos acessíveis, do acesso a programas de televisão, cinema, teatro e outras atividades culturais, do acesso a locais ou serviços de eventos culturais, tais como teatros, museus, cinemas, bibliotecas e serviços turísticos, bem como monumentos e locais de importância cultural nacional (art. 30).

A partir do artigo 31, a Convenção prevê mecanismos para a sua implementação, dentre eles estatísticas e coleta de dados, cooperação internacional, implementação e

monitoramento nacional, Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, relatórios dos Estados-partes, dentre outros.

Com a assinatura do Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, sem a declaração prevista no artigo 8¹²³, o Brasil reconheceu a competência do Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência para receber e considerar as petições elaboradas por pessoas ou grupo de pessoas que tenham sido vítimas de violação das disposições constantes na Convenção, pois, para que o Comitê receba a petição, é necessário que ela seja proveniente de um Estado-parte e que, além disso, ele seja signatário do Protocolo.

Importante observar que a petição poderá ser tanto individual quanto encaminhada por organizações ou terceiras pessoas que representem o indivíduo que sofreu a violação de direito.

A petição encaminhada ao Comitê deverá observar determinados requisitos de admissibilidade previstos no artigo 2 da Convenção. Dessa forma, o Comitê irá considerar inadmissível a petição quando: for anônima; constituir abuso do direito submeter a comunicação; for incompatível com as disposições da Convenção; a mesma matéria já tiver sido examinada pelo Comitê ou tiver sido ou estar sendo examinada em um outro procedimento de investigação ou resolução internacional; não foram esgotados todos os recursos domésticos disponíveis. Essa não deve ser a regra se a aplicação dos recursos estiver demorando injustificadamente ou se ela provavelmente não trouxer solução efetiva; estiver precariamente fundamentada ou não for suficientemente substanciada; ou quando os fatos objeto da comunicação ocorreram antes da entrada em vigor do Protocolo, salvo se continuaram ocorrendo após aquela data.

Satisfeitos os requisitos de admissibilidade e recebida a comunicação pelo Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, o Estado-parte deverá submeter ao Comitê explicações ou declarações por escrito, esclarecendo a matéria e a eventual solução adotada (art. 3 do Protocolo).

¹²³ “Artigo 8 - Todo Estado-parte poderá, quando da assinatura ou ratificação do presente Protocolo ou de sua adesão a ele, declarar que não reconhece a competência do Comitê, a que se referem os artigos 6 e 7.”

Antes de decidir, o Comitê poderá transmitir ao Estado-parte pertinente um pedido para que tome as medidas provisórias que forem necessárias para evitar possíveis danos irreparáveis à vítima ou às vítimas da violação alegada (art. 4, 1 do Protocolo).

Após examinar a comunicação, o Comitê irá enviar suas sugestões e recomendações ao Estado-parte. Essa decisão, entretanto, não tem força obrigatória ou vinculante, não havendo qualquer sanção prevista no caso de descumprimento. Todavia, embora não haja sanção, uma condenação no âmbito internacional causa ao Estado descumpridor consequências no plano político, ao causar constrangimentos políticos e moral, mediante o chamado *power of embarrassment*.

O Comitê adota ainda medidas no sentido de monitorar e fiscalizar o Estado-parte. Nos termos de seu artigo 6, ele poderá designar que um ou mais de seus membros realize uma investigação e efetue relatório. Caso se justifique e o Estado-parte consinta, a investigação poderá até incluir uma visita ao seu território.

O fato do Brasil ter assinado a Convenção, e principalmente o Protocolo Facultativo, é de grande importância, pois, no âmbito internacional, será considerado um país que promove, protege e assegura o desfrute pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por parte de todas as pessoas com deficiência, promovendo o respeito pela sua inerente dignidade, propósitos da Convenção.

3.2.6 Recomendações e convenções da OIT

As recomendações e convenções da OIT também têm papel importante na definição de discriminação. Seus textos são referência para a conceituação de discriminação por vários autores nacionais e internacionais.

A OIT foi constituída em 1919 com o Tratado de Versailles e, de acordo com o artigo 427, tem como objetivos a igualdade de tratamento dos trabalhadores, igual remuneração para homens e mulheres e igualdade de tratamento econômico aos trabalhadores que residam legalmente em cada país. A entidade declarou ainda, conforme texto adotado na 86ª

Conferência Internacional do Trabalho, em junho de 1998, em seu artigo 2º, “d”, como princípio relativo aos direitos fundamentais do trabalho, a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação.

A OIT é um organismo especializado da ONU que procura fomentar a justiça social e os direitos humanos e trabalhistas internacionalmente reconhecidos.

Possui estrutura tripartite, única no sistema da ONU, na qual os representantes dos trabalhadores e dos empregadores (“interlocutores sociais”) participam em situação de igualdade com os governos na formação das políticas e programas.

A OIT adotou diversas convenções e recomendações com o objetivo de promover o princípio da igualdade de oportunidade no âmbito do trabalho, em categorias específicas, tais como migrantes (Convenção n. 143), trabalhadores idosos (Convenção n. 162), trabalhadores com responsabilidade familiar (Convenção n. 156), dentre outras.

A ONU, através da Resolução n. 31/123, proclamou o ano de 1981 como o Ano Internacional das Pessoas com Deficiência (*International Year for Disabled Person*). Em 1992, a ONU estabeleceu o dia 3 de dezembro como sendo o Dia Internacional das Pessoas com Deficiência.

3.2.6.1 Recomendação n. 99 da OIT

A Recomendação n. 99, de 25 de junho de 1955, da OIT, dispõe sobre a reabilitação profissional das pessoas com deficiência, aborda princípios e métodos de orientação vocacional e treinamento profissional, meios de aumentar oportunidades de emprego para as pessoas com deficiência, emprego protegido e disposições especiais para crianças e jovens com deficiência¹²⁴. Define reabilitação profissional como parte de um contínuo e coordenado processo, abrangendo o provimento de serviços profissionais, tais como orientação vocacional, treinamento profissional e colocação seletiva, destinados a capacitar a pessoas com deficiência a conseguir manter um emprego conveniente.

¹²⁴ Disponível em: <<http://www.maragabrigilli.com.br/normas-internacionais>>. Acesso em: 17 jul. 2009.

Cibelle Linero Goldfarb destaca que, segundo a Recomendação n. 99, “as medidas para aumentar as oportunidades de obtenção e manutenção de emprego pelas pessoas com deficiência devem ser tomadas, tanto quanto possível, em estreita cooperação com organizações de empregadores e de trabalhadores e devem se pautar nos seguintes princípios: (a) as pessoas portadoras de deficiência devem gozar, do mesmo modo que as pessoas não portadoras de deficiência, da oportunidade de serem admitidas em trabalho para o qual estejam qualificadas; (b) as pessoas portadoras de deficiência devem ter a ampla oportunidade de aceitar o trabalho que lhes convenha com empregadores de sua própria escolha; e (c) devem ser enfatizadas as habilidades e as capacidades de trabalho das pessoas portadoras de deficiência”.¹²⁵

A Recomendação prevê ainda que sempre que compatível com a política nacional, o emprego de pessoas portadoras de deficiência deve ser promovido mediante: (a) contratação pelos empregadores de um percentual de pessoas portadoras de deficiência que não acarrete a dispensa de outros trabalhadores; (b) reserva de determinadas ocupações para pessoas portadoras de deficiência; (c) dispositivos que permitam dar às pessoas portadoras de graves deficiências oportunidades de emprego ou preferência em certas ocupações consideradas adequadas; e (d) incentivo para a criação e a instalação de cooperativas ou outros estabelecimentos similares geridos por pessoas portadoras de deficiência, ou em seu nome.

3.2.6.2 Convenção n. 111 da OIT

Entre as numerosas convenções da OIT, merece destaque a Convenção n. 111, aprovada na 42ª Reunião da Conferência Internacional do Trabalho, realizada em Genebra, em 1958, que entrou em vigor no plano internacional em 15 de junho de 1960, foi aprovada pelo Decreto Legislativo n. 104, de 24 de novembro de 1964, ratificada pelo Brasil em 26 de novembro de 1965, promulgada pelo Decreto n. 62.150, de 19 de janeiro de 1968, e vige no território brasileiro desde 26 de novembro de 1966. Ela é a mais importante norma antidiscriminatória vigente no plano internacional e nacional nas relações trabalhistas.

¹²⁵ GOLDFARB, Cibelle Linero, *Pessoas portadoras de deficiência e a relação de emprego: o sistema de cotas no Brasil*, cit., p. 44-45.

Em seu preâmbulo, estabelece que a discriminação constitui uma violação dos direitos definidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, em observância aos preceitos da Convenção da Filadélfia, no sentido de que todos os homens têm direito ao progresso material e ao desenvolvimento espiritual em liberdade e dignidade, em segurança econômica, com oportunidades iguais.

Em seu artigo 1, a Convenção n. 111 da OIT trata da discriminação nas relações de trabalho e fornece definição bastante clara desse termo:

1. Para os fins da presente Convenção o termo “discriminação” compreende: Toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão.
Qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão que poderá ser especificada pelo Membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados.

A Convenção esclarece ainda que:

2. As distinções, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para determinado emprego não são consideradas como discriminação.
3. Para fins da presente Convenção as palavras “emprego” e “profissão” incluem o acesso à formação profissional, ao emprego e às diferentes profissões, como também as condições de emprego.

A Convenção n. 111 da OIT deixa aberta a enumeração de práticas discriminatórias para, que os Estados-membros possam incluir quaisquer outras, nas formas ali previstas. Esse aspecto é fundamental, pois permite abranger motivos discriminatórios não mencionados pela OIT.

A Convenção n. 111 da OIT não leva em consideração o objetivo do ato discriminatório, mas apenas seu efeito. Não é necessária a busca ou a prova da intenção do empregador em caso de discriminação, mas apenas a verificação concreta dos resultados previstos na norma, para que reste caracterizado o ato como discriminatório.¹²⁶

¹²⁶ Os atos discriminatórios são velados, com o uso de desculpas e pretextos, e não são diretos. Para camuflar o motivo discriminatório, indica-se, por exemplo, a ausência de vaga ou de espaço físico, para a não contratação de um candidato a uma vaga de emprego. Discrimina-se sem dizer claramente que se está discriminando. Por isso que basta, para a configuração do ato discriminatório, o resultado discriminatório.

O item 2 do artigo 1º da Convenção 111 admite as distinções, exclusões ou preferências quando elas forem fundadas em qualificações para um determinado emprego. Plenamente aceitável que em algumas hipóteses haja distinções, exclusões ou preferências, desde que seja em função da natureza da tarefa a ser executada.

O artigo 2º da Convenção 111 estabelece o compromisso dos países signatários em definir e aplicar uma política nacional que tenha por fim promover, por métodos adequados às circunstâncias e aos usos nacionais, a igualdade de oportunidades e de tratamento em matéria de emprego e profissão, com o objetivo de eliminar toda a discriminação. A Convenção prevê inclusive o dever de promulgar leis e encorajar os programas de educação próprios, bem como revogar disposições legislativas e modificar todas as disposições ou práticas administrativas que sejam incompatíveis com a política de não discriminação em matéria de emprego ou profissão.

Esta Convenção é de grande importância, pois, após sua aprovação verificou-se que existem diversas formas de manifestação de discriminação e que depende de todos, assim entendidos a sociedade e o Estado, desenvolver mecanismos para a sua eliminação.

3.2.6.3 Convenção n. 117 da OIT

A Convenção n. 117 possui determinações expressas de proteção contra a discriminação por um rol bastante extenso de motivos, entre eles raça, cor, sexo, crença, associação tribal, filiação sindical, em respeito a diversas situações laborais, em especial na legislação trabalhista, acordos coletivos, admissões, recrutamento, promoções, oportunidades de aperfeiçoamento profissional, condições de trabalho, condições de higiene, saúde e bem-estar, disciplina e participação nas negociações coletivas e níveis de salário. Estabelece também que deverão ser adotadas todas as medidas práticas e possíveis, no sentido de reduzir quaisquer diferenças nos níveis de salário, resultantes de discriminação pelos motivos nela expostos.

3.2.6.4 Convenção n. 159 e Recomendação n. 168 da OIT

Sobre o tema reabilitação profissional e emprego das pessoas com deficiência, a OIT promulgou ainda a Convenção n. 159 e a Recomendação n. 168.

Firmino Alves Lima ilustra que “a questão da reabilitação profissional e emprego de pessoas com deficiência é extremamente grave nos EUA, onde a exclusão social dos portadores é muito ampla e intensa, com efeitos extremamente danosos”.¹²⁷

A Convenção n. 159 foi aprovada na 69ª Reunião da Conferência Internacional do Trabalho, em 20 de junho de 1983, em Genebra, entrando em vigor no plano internacional em 20 de junho de 1985. Foi aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 129, de 22 de maio de 1991, ratificada em 18 de maio de 1990, promulgada pelo Decreto Legislativo n. 129, de 22 de maio de 1991, e vige desde 18 de maio de 1991.

A Convenção n. 159, elaborada pela OIT em 20 de junho de 1983 e promulgada no Brasil através do Decreto n. 129, de 22 de maio de 1991, dispõe sobre a política de reabilitação profissional e emprego das pessoas deficientes.

O primeiro documento elaborado pela OIT a definir pessoa com deficiência foi a Recomendação n. 99, cujo conceito foi reiterado na Recomendação n. 168, de 1983, e aperfeiçoado na Convenção n. 159.

Define pessoa com deficiência em seu artigo 1º, como sendo “todas as pessoas cujas possibilidades de obter e conservar um emprego adequado e de nele progredir fiquem substancialmente reduzidas devido a uma deficiência de caráter físico ou mental devidamente comprovada”.

O mencionado diploma tem por finalidade a aplicação de política que assegure a existência de medidas adequadas de reabilitação profissional, ao alcance de todas as categorias de pessoas deficientes, e promova oportunidades de emprego para as pessoas deficientes no mercado regular de trabalho (art. 3º).

¹²⁷ LIMA, Firmino Alves, *Mecanismos antidiscriminatórios nas relações de trabalho*, cit., p. 306.

A política de reabilitação profissional e emprego deverá ter como base o princípio de igualdade de oportunidade entre os trabalhadores com deficiência e dos trabalhadores em geral. As medidas positivas especiais necessárias para atingir a igualdade efetiva de oportunidade e de tratamento não devem ser vistas como discriminatórias em relação aos demais trabalhadores sem deficiência (art. 4º). Importante verificar que a Convenção n. 159 utiliza a expressão “medidas positivas especiais” para referir-se às ações afirmativas.

As autoridades deverão adotar medidas para proporcionar e avaliar os serviços de orientação e formação profissional, colocação, emprego e outros semelhantes, para que as pessoas com deficiência possam obter, conservar e progredir no emprego, inclusive na zona rural e nas comunidades distantes (arts. 7º e 8º).

A Recomendação n. 168 foi editada pela ONU em 1º de junho de 1983, na 69ª Conferência em Genebra e regulamenta a Convenção n. 159. Dentre suas principais previsões, estão a reabilitação profissional em áreas rurais, contribuições de empregadores, dos trabalhadores e das pessoas com deficiência na formulação de políticas específicas.

Ricardo Tadeu Marques da Fonseca ensina que a Convenção n. 159 “assume importância primordial, de vez que representa a posição mais atual do organismo internacional (...). O seu princípio basilar esteia-se na garantia de um emprego adequado e da possibilidade de integração ou reintegração das pessoas com deficiência nas sociedades”. O mesmo autor esclarece que a Recomendação n. 168, que trata de reabilitação profissional e do emprego de pessoas com deficiência, regulamentou a Convenção n. 159 e incorporou os conceitos da Recomendação n. 99, de 1955, sobre habilitação e reabilitação profissional.¹²⁸

3.3 Proteção internacional no plano regional

No plano regional, os diplomas internacionais podem refletir com maior relevância os valores históricos de uma região específica, vindo a complementar a tutela global conferida pelos demais diplomas internacionais. Como já mencionado, cada sistema regional possui um sistema de proteção diferenciado. O sistema interamericano tem como principal instrumento a

¹²⁸ FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da, *O trabalho da pessoa com deficiência*, cit., p. 78 e 79.

Convenção Americana dos Direitos Humanos de 1969, que estabelece a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana para apreciar as comunicações apresentadas.

Assim, no plano internacional regional, os principais instrumentos de proteção são a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, a Carta Internacional Americana de Garantias Sociais, a Carta da Organização dos Estados Americanos, a Convenção Americana dos Direitos Humanos, a Declaração Sociolaboral do Mercosul e a Convenção Interamericana para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, também chamada de Convenção da Guatemala.

Vamos inicialmente fazer um breve comentário sobre esses diplomas, em relação às previsões quanto à discriminação, fazendo um estudo mais detalhado apenas da Convenção da Guatemala, diante de sua importância para o presente tema.

A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, celebrada em abril de 1948 em Bogotá, na Colômbia, afirma em seu artigo II que “todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direitos e deveres consagrados nesta Declaração sem distinção de raça, língua, crença, ou qualquer outra”.

A Carta Internacional Americana de Garantias Sociais, de 1948, em seu artigo 2º, dispõe que “consideram-se como básicos no direito social dos países americanos os seguintes princípios: (...) d) a trabalho igual deve corresponder igual remuneração, qualquer que seja o sexo, raça, credo ou nacionalidade do trabalhador”.

A Carta da Organização dos Estados Americanos, de 1967, dispõe no artigo 43, “a”, que “todos os seres humanos, sem distinção de raça, sexo, nacionalidade, credo ou condição social, têm o direito ao bem-estar material e a seu desenvolvimento espiritual em condições de liberdade, dignidade, igualdade de oportunidades e segurança econômica”.

A Convenção Americana dos Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, utiliza a expressão discriminação em várias disposições, todavia não a define, afirmando a não discriminação como um de seus princípios.

O artigo 6º estabelece a proibição da escravidão e o artigo 24 a igualdade perante a lei “sem discriminação”.

A Declaração Sociolaboral do Mercosul, em seu artigo 1º, consagra a não discriminação como princípio, garantindo a igualdade efetiva de direitos, tratamento e oportunidade no emprego e ocupação, utilizando-se das expressões “sem distinção ou exclusão” pelos motivos apontados no texto.

3.3.1 Convenção da Guatemala

A Convenção Interamericana para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, de 7 de junho de 1999, aprovada pelo Decreto Legislativo n. 198, de 13 de julho de 2001, ratificada no mesmo ano e promulgada pelo Decreto n. 3.956, de 8 de outubro de 2001, também chamada de Convenção da Guatemala, cuida da discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência e tem por objetivo preveni-los e eliminá-los, bem como propiciar a sua plena integração à sociedade (art. II).

Esclarece que o termo “discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência” significa toda diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, antecedente de deficiência, consequência de deficiência anterior ou percepção de deficiência presente ou passada que tenha o efeito ou propósito de impedir ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício por parte das pessoas portadoras de deficiência de seus direitos humanos e suas liberdades fundamentais (art. I, 2, “a”).

A Convenção da Guatemala esclarece que a diferenciação ou preferência adotada pelo Estado-parte para promover a integração social ou o desenvolvimento pessoal dos portadores de deficiência não deve limitar o direito à igualdade dessas pessoas e que elas não devem ser obrigadas a aceitá-la (art. I, 2, “b”). Esse artigo prevê a possibilidade da utilização pelo Estado de ação afirmativa, sem que haja afronta ao princípio da igualdade. Ressalva ainda que a pessoa com deficiência não é obrigada a aceitar a diferenciação ou preferência, podendo optar ou não pela utilização das ações afirmativas.

Para alcançar os objetivos da Convenção da Guatemala, os Estados-partes comprometem-se a tomar diversas medidas:

Artigo III

1. Tomar as medidas de caráter legislativo, social, educacional, trabalhista, ou de qualquer outra natureza, que sejam necessárias para eliminar a discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência e proporcionar a sua plena integração à sociedade, entre as quais as medidas abaixo enumeradas, que não devem ser consideradas exclusivas:

- a) medidas das autoridades governamentais e/ou entidades privadas para eliminar progressivamente a discriminação e promover a integração na prestação ou fornecimento de bens, serviços, instalações, programas e atividades, tais como o emprego, o transporte, as comunicações, a habitação, o lazer, a educação, o esporte, o acesso à justiça e aos serviços policiais e as atividades políticas e de administração;
- b) medidas para que os edifícios, os veículos e as instalações que venham a ser construídos ou fabricados em seus respectivos territórios facilitem o transporte, a comunicação e o acesso das pessoas portadoras de deficiência;
- c) medidas para eliminar, na medida do possível, os obstáculos arquitetônicos, de transporte e comunicações que existam, com a finalidade de facilitar o acesso e uso por parte das pessoas portadoras de deficiência;
- d) medidas para assegurar que as pessoas encarregadas de aplicar a Convenção e a legislação interna sobre esta matéria estejam capacitadas a fazê-lo.

E ainda:

Artigo IV - (...)

1. Cooperar entre si a fim de contribuir para a prevenção e eliminação da discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência.
2. Colaborar de forma efetiva no seguinte:
 - a) pesquisa científica e tecnológica relacionada com a prevenção das deficiências, o tratamento, a reabilitação e a integração na sociedade de pessoas portadoras de deficiência; e
 - b) desenvolvimento de meios e recursos destinados a facilitar ou promover a vida independente, a auto-suficiência e a integração total, em condições de igualdade, à sociedade das pessoas portadoras de deficiência.

O diploma prevê a participação de representantes de organizações de pessoas com deficiência, de organizações não governamentais que trabalham nessa área ou, se essas organizações não existirem, de pessoas com deficiência, na elaboração, execução e avaliação de medidas e políticas para aplicar a Convenção.

Prevê ainda a criação de canais de comunicação eficazes que permitam difundir entre as organizações públicas e privadas que trabalham com pessoas com deficiência os avanços

normativos e jurídicos ocorridos para a eliminação da discriminação contra as pessoas com deficiência.

Pelo estudo dos diversos diplomas internacionais existentes nos âmbitos global e regional, conclui-se que o combate à discriminação deve ser efetuado por diversos mecanismos antidiscriminatórios, postos à disposição de todos, para que se tenha um resultado eficaz. Não basta a previsão legal de punição, mas é necessário incentivar a convivência harmoniosa das diferenças e das diversas faces culturais e profissionais, praticando o respeito que toda pessoa humana deve receber, em face de sua dignidade.

Após o estudo da evolução dos instrumentos internacionais, veremos no próximo capítulo as previsões constantes no ordenamento interno sobre a proteção dos direitos das pessoas com deficiência, partindo das normas constantes nas Constituições anteriores, até a atual Constituição Federal de 1988, e depois estudaremos a legislação infraconstitucional.

CAPÍTULO IV – A PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO ORDENAMENTO INTERNO

Em cada momento da nossa história, os legisladores incorporaram nas Constituições e na legislação infraconstitucional o que a sociedade da época consagrou como ideal de justiça.

A proteção das pessoas com deficiência em nosso ordenamento jurídico não decorreu da conscientização do problema após a ocorrência das guerras mundiais, mas sim diante da verificação de um grande número de deficiências resultantes de acidentes de trânsito, de acidentes de trabalho, de carência alimentar e da falta de saneamento básico.

No ordenamento brasileiro, há algumas previsões de proteção ao bem jurídico da isonomia, tais como os artigos 3º, IV, 5º, *caput* e 7º, XXX, da Constituição Federal, 5º, 373-A e 461 da CLT, e ainda, para estimular a inclusão das pessoas com deficiência no mercado formal de trabalho, em empresas públicas e privadas, há a previsão dos artigos 7º, XXXI, e 37, VIII, da Constituição Federal, da Lei n. 7.853/89 e do Decreto n. 3.298/99 (que regulamenta a Lei n. 7.853/89), que serão objeto de estudo.

4.1 Os direitos das pessoas com deficiência nas Constituições brasileiras

A Constituição Imperial, outorgada em 25 de março de 1824, nossa primeira Constituição, previa em seu artigo 179, XIII, que “a lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, o recompensará em proporção dos merecimentos de cada um”. Garantia ainda no inciso XIV do mesmo artigo que “todo o cidadão pode ser admitido aos Cargos Públicos, Políticos, ou Militares, sem outra diferença, que não dos seus talentos, e virtudes”.

A Constituição da República promulgada em 24 de fevereiro de 1891, que vigorou durante toda a República Velha, foi fortemente inspirada na Constituição dos Estados Unidos da América. Ela dispunha, no parágrafo 2º do artigo 72, que “todos são iguais perante a lei” e acrescentava que a República “não admite privilégios de nascimento, desconhece foros de nobreza e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias,

bem como os títulos nobiliárquicos e de conselho”. No artigo 73, mencionava que “os cargos públicos civis ou militares são acessíveis a todos os brasileiros”. O artigo 75, por sua vez, dispunha que “a aposentadoria só poderá ser dada aos funcionários públicos em caso de invalidez no serviço da Nação”. Ela não proibia a discriminação por motivo de cor de pele, ou de sexo.

A segunda Constituição da República, promulgada em 16 de julho de 1934, por sua vez, em seu artigo 121, parágrafo 1º, “a”, proibiu a diferenciação salarial para um mesmo trabalho, por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil. Em seu artigo 121, parágrafo 1º, “h”, criou a previdência, através de contribuição igual da União, do empregador e do empregado, visando a proteger a velhice, a invalidez, a maternidade e os casos de acidente de trabalho ou de morte. O artigo 138 do mesmo diploma determinava que incumbia à União, Estados e Municípios, nos termos das leis respectivas, assegurar amparo aos desvalidos, estimular a educação eugênica, proteger a juventude contra toda a exploração, bem como contra o abandono físico, moral e intelectual e adotar medidas legislativas e administrativas tendentes a restringir a moralidade e a morbidade infantis.

A Constituição de 1937, inspirada no modelo fascista italiano e na Carta Política polonesa, resultou de um golpe de estado e foi outorgada por Getúlio Vargas. A previsão constitucional de que “todos são iguais perante a lei” não tinha efetividade, eis que era característica dessa Constituição a enorme concentração de poderes nas mãos do chefe do Executivo.

A Constituição promulgada em 18 de setembro de 1946 ratificou os deveres anteriormente conferidos e, no artigo 157, XVI e XVII, determinou ainda a previdência, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, em favor da maternidade e contra as consequências da doença, da velhice, da invalidez e da morte, e a obrigatoriedade de instituição do seguro pelo empregador contra acidentes do trabalho.

A Constituição brasileira de 15 de março de 1967 trouxe como novidade, no artigo 158, XIX, a criação de colônias de férias e clínicas de repouso e convalescença, mantidas pela União. Ela trouxe ainda, no parágrafo 1º do mesmo artigo, a disposição de que “nenhuma prestação de serviço de caráter assistencial ou de benefício compreendido na previdência social será criada, majorada ou estendida, sem a correspondente fonte de custeio total”.

A Emenda Constitucional n. 1 de 1969 previa a igualdade, bem como que lei especial iria dispor sobre a assistência à maternidade, à infância e à adolescência e sobre a educação de excepcionais. Foi a primeira proteção específica da pessoa com deficiência no nosso ordenamento jurídico.

A Emenda Constitucional n. 12 avançou ainda mais no que se refere à inserção das pessoas com deficiência, ao dispor, em seu artigo único, que “é assegurado aos deficientes a melhoria de sua condição social e econômica especialmente mediante: I - educação especial e gratuita; II - assistência, reabilitação e reinserção na vida econômica e social do País; III - proibição de discriminação, inclusive quanto à admissão no trabalho ou ao serviço público e a salário”.

As normas previstas na Constituição Federal de 1988 serão estudadas com maior atenção em tópico próprio, diante de seus avanços em relação aos direitos das pessoas com deficiência.

4.2 Os direitos das pessoas com deficiência na Constituição Federal de 1988

Ao longo da Constituição Federal de 1988, foram assegurados direitos às pessoas com deficiência, em diversos aspectos. O tratamento dado a elas inaugurou uma visão mais preocupada com a inclusão social e rompeu com o modelo assistencialista vigente até a sua promulgação.

O artigo 1º da Constituição Federal de 1988 consigna que o Brasil é uma República Federativa, constituindo-se em Estado Democrático de Direito, tendo como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e; V - o pluralismo político. Dentre esses fundamentos, destacamos, inicialmente, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho.

A cidadania com fundamento constitucional tem um sentido amplo. O cidadão é um titular de direitos fundamentais, da dignidade da pessoa humana e da participação política. O cidadão, além de ser titular de direitos, também possui obrigações, dentre elas o respeito à dignidade do outro e o dever de contribuir para a construção de uma sociedade melhor. Nesse contexto, faz-se necessária a providência estatal para que os direitos fundamentais sejam alcançados.

A dignidade da pessoa humana, já estudada no capítulo II, incluída como fundamento constitucional, é de extrema importância, eis que deve ser considerada em toda interpretação constitucional. O Estado Democrático de Direito foi criado para proporcionar o bem comum a todos, o que só é alcançado com a observância do princípio da dignidade da pessoa humana.

O trabalho na Antiguidade era considerado degradante. Apenas a vida contemplativa e militar era valorizada. Restava aos servos e escravos o desenvolvimento das atividades laborais.

O trabalho como um valor social, fundamento do nosso Estado Democrático de Direito, está baseado em sua função principal, que é a de criar riquezas através de bens e serviços desenvolvidos por toda a sociedade. O valor social do trabalho é tutelado em diversos dispositivos, como os direitos à igualdade de tratamento sem discriminação nas relações de trabalho e a uma remuneração que assegure uma existência digna, dentre outros.

A Constituição Federal de 1988, no artigo 3º, traça os seus objetivos, sendo a base constitucional das ações afirmativas:

Artigo 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Diante dos fundamentos e dos objetivos expressos na Constituição, fica clara a exigência de uma postura pró-ativa, tanto do Estado, quanto dos Poderes Legislativo,

Executivo, Judiciário e da sociedade, para que se implementem medidas para alcançar os objetivos propostos.

O Estado deverá promover os direitos fundamentais, em todas as suas faces, às pessoas com deficiência, mediante uma política pública de inclusão social.

Os fundamentos impostos pela Constituição Federal devem ser observados pelo Poder Legislativo no momento da elaboração de leis, para que se tenha segurança jurídica.

O Poder Judiciário, por sua vez, irá interpretar os dispositivos constitucionais e infraconstitucionais de forma a reconhecer os direitos e garantias assegurados a todos, considerando os fundamentos e objetivos constantes na Constituição Federal.

A Constituição Federal de 1988 destina algumas normas expressamente à pessoa com deficiência, dentre elas os direitos à vida, à igualdade, à habilitação e reabilitação profissional, ao trabalho, à educação, à eliminação de barreiras arquitetônicas e acesso ao transporte, à livre expressão, à saúde, à aposentadoria, ao lazer e à assistência especial, além do direito à igualdade e à não discriminação, já estudados no capítulo II deste trabalho.

O direito à vida vem delineado no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal de 1988¹²⁹. A vida é a fonte primária de todos os demais direitos garantidos pelo nosso ordenamento jurídico.

José Afonso da Silva define vida, no contexto constitucional, da seguinte forma:

Vida, no texto constitucional (art. 5º, *caput*), não será considerada apenas no seu sentido biológico de incessante autoatividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva. Sua riqueza significativa é de difícil apreensão porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente, sem perder sua própria identidade. É mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte. Tudo que interfere em prejuízo deste fluir espontâneo e incessante contraria a vida. (...) Por isso é que ela constitui a fonte primária de todos os outros bens jurídicos. De

¹²⁹ “Artigo 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...).”

nada adiantaria a Constituição assegurar outros direitos fundamentais – como a igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem-estar –, se não erigisse a vida humana num desses direitos. No conteúdo de seu conceito se envolvem o direito à dignidade da pessoa humana (...), o direito à privacidade (...), o direito à integridade moral e, especialmente, o direito à existência.¹³⁰

O direito à vida pressupõe ainda o direito a viver com dignidade, princípio fundamental do nosso Estado Democrático de Direito, previsto no inciso II do artigo 1º da Constituição Federal. Dessa forma, para que seja assegurado o direito de permanecer vivo com dignidade, vivendo em sociedade, necessário ainda que outros direitos sejam garantidos pelo Estado e pela sociedade.

O direito à igualdade, que fundamenta todos os demais direitos conferidos às pessoas com deficiência, bem como a possibilidade do Estado implementar ações afirmativas para que elas sejam colocadas em situação de igualdade perante as demais, já foi tratado no capítulo II, diante de sua importância para este trabalho.

O inciso IV do artigo 203 da Constituição Federal dispõe que a assistência social “será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: (...) IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integridade à vida comunitária”.

A habilitação tem a finalidade de preparar a pessoa com deficiência para que ingresse no mercado de trabalho. A reabilitação profissional, por sua vez, tem a finalidade de reinserir no mercado de trabalho a pessoa que se tornou deficiente em decorrência de acidente ou doença profissional. A habilitação e a reabilitação profissional representam um avanço quando comparada a anterior, eis que cuidava apenas da readaptação e da reeducação de segurados que recebiam auxílio-doença, aposentados e pensionistas inválidos. No texto constitucional em vigor, diversamente, a habilitação e a reabilitação profissional alcançam todos.

O direito à habilitação e à reabilitação profissional, diante da sua importância no contexto do direito ao trabalho, assim como o direito ao trabalho, serão abordados no capítulo VI.

¹³⁰ SILVA, José Afonso da, *Comentário contextual à Constituição*, cit., p. 66.

O direito à educação, previsto no rol constitucional de direitos sociais, é o caminho mais eficaz para combater as atitudes discriminatórias e superar diversas barreiras existentes na construção de uma sociedade inclusiva. Nos termos do artigo 208, inciso III: “O dever do Estado com educação será efetivado mediante a garantia de: (...) III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;”.

Apesar das escolas especializadas terem sido de grande importância, as crianças sem deficiência conviverem com crianças com deficiência constitui um aprendizado fundamental na criação de uma sociedade inclusiva, pois há uma assimilação natural da diversidade humana. Daí a preocupação da Constituição Federal em priorizar o ensino educacional das pessoas com deficiência na rede regular de ensino.

Luiz Alberto David Araujo, sobre o tema, ilustra que:

Quem sabe, se tivéssemos tido um coleguinha de classe com deficiência na escola, dividindo a merenda, conversando e brincando no intervalo de aula, nós tivéssemos desenvolvido essa sensibilidade que, muitas vezes nos falta. E estaríamos atentos aos problemas, cobrando das autoridades uma participação mais efetiva. Não como direito da minoria, mas como direito da maioria de ter exposta a preocupação inclusiva em uma sociedade. A falta de ensino inclusivo provoca a separação (ou não explicitação) dos valores, mantendo a nossa insensibilidade para a questão, e permite que a acessibilidade demore 20 anos para ser implantada!¹³¹

Ricardo Tadeu Marques da Fonseca observa que:

A marcha na direção ao centro da vida social, no entanto, necessita avançar, pois, tal como se dá com as oficinas protegidas de trabalho, a escola especial para cegos, para surdos ou para deficientes mentais acaba se tornando um “gueto” que pode trazer conquistas, mas também pode afastar do convívio coletivo os alunos que lá se matriculam. O Ministério Público Federal vem, por isso, tomando medidas no sentido de se encetarem políticas públicas para que as escolas comuns recebam todas as crianças ou adolescentes com qualquer tipo de deficiência, moderada ou severa.¹³²

O direito à educação das pessoas com deficiência também é tutelado no artigo 227, parágrafo 1º e inciso II da Constituição Federal, nos seguintes termos:

¹³¹ ARAUJO, Luiz Alberto David, A proteção constitucional das pessoas com deficiência e o cumprimento do princípio da dignidade da pessoa humana, cit., p. 209.

¹³² FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da, *A pessoa com deficiência e a lapidação dos direitos humanos: o direito do trabalho, uma ação afirmativa*, cit., p. 251.

Artigo 227 - É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 1º - O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida a participação de entidades não governamentais e obedecendo aos seguintes preceitos:

(...)

II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sensorial e mental, bem como de integração social do adolescente portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos.

Seguindo esse raciocínio, o Estado e a sociedade devem caminhar no sentido de possibilitar primeiramente um ensino inclusivo. Luiz Alberto David Araujo esclarece que “trocaríamos, portanto, *velocidade do ensino* por *tolerância no convívio*. Num escambo em que abriríamos mão temporariamente da quantidade de técnica, ganharíamos em tolerância e sensibilidade, o que abriria caminho para recuperar, com grande folga, o tempo *perdido* do ensino mais cadenciado”.¹³³

O direito à eliminação de barreiras arquitetônicas e o acesso ao transporte, previsto nos artigos 5º, XV, 227, parágrafo 2º e 244 da Constituição Federal, é uma das formas mais importantes de viabilizar a inclusão das pessoas com deficiência, eis que possibilita a acesso com independência às escolas, prédios públicos e particulares, e especialmente aos locais de trabalho. Pela importância de tal direito, estampado em diversas normas constitucionais e infraconstitucionais, ele será objeto de estudo do capítulo V.

O direito à livre expressão vem assegurado nos incisos IV, IX e XIV do artigo 5º da Constituição Federal¹³⁴. Nos termos do artigo 17 da Lei n. 10.098/2000, “o Poder Público promoverá a eliminação de barreiras na comunicação e estabelecerá mecanismos e alternativas técnicas que tornem acessíveis os sistemas de comunicação e sinalização às pessoas portadora de deficiência sensorial e com dificuldade de comunicação, para garantir-

¹³³ ARAUJO, Luiz Alberto David, A proteção constitucional das pessoas com deficiência e o cumprimento do princípio da dignidade da pessoa humana, cit., p. 208.

¹³⁴ “Artigo 5º - (...) IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; (...) IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; (...) XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;”

lhes o direito de acesso à informação, à comunicação, ao trabalho, à educação, ao transporte, à cultura, ao esporte e ao lazer”. A utilização de legendas, narradores, tecla SAP em sistemas de televisão analógica ou digital, sistema Braille, códigos e sinais sonoros e vocais se faz necessária para se ter acesso à informação e para a construção de uma sociedade verdadeiramente inclusiva.

O direito à saúde está previsto nos artigos 196 e 227 da Constituição Federal, ambos inseridos no Título VIII (Da Ordem Social), que tem como base o primado do trabalho e como objetivo o bem-estar e a justiça social.

Nos termos do artigo 196 da Constituição Federal, “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. O artigo 227 estabelece que “é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito (...) à saúde”.

O direito à saúde apenas foi elevado à condição de direito fundamental do homem na Constituição Federal de 1988. A saúde está diretamente relacionada com o direito à vida com dignidade.

José Afonso da Silva, sobre o direito à saúde, ensina:

É espantoso como um bem extraordinariamente relevante à vida humana só na Constituição de 1988 tenha sido elevado à condição de direito fundamental do homem. E há de informar-se pelo princípio de que o direito igual à vida de todos os seres humanos significa também que, nos casos de doença, cada um tem um tratamento condigno de acordo com o estado atual da ciência médica, independentemente de sua situação econômica, sob pena de não ter muito valor sua consagração em normas constitucionais.¹³⁵

O direito à saúde abrange a sua manutenção e a utilização de medidas preventivas. Na manutenção da saúde, será garantido o acesso das pessoas com deficiência nos estabelecimentos de saúde públicos e privados, e de seu adequado tratamento, garantido o atendimento domiciliar de saúde ao deficiente grave não internado, e desenvolvidos

¹³⁵ SILVA, José Afonso da, *Comentário contextual à Constituição*, cit., p. 767.

programas de saúde voltados para as pessoas com deficiência, com a participação da sociedade. Como exemplo de medidas preventivas, está a promoção de ações preventivas, como as referentes ao planejamento familiar, aconselhamento genético, acompanhamento da gravidez, do parto, da nutrição da gestante e da criança, controle da gestação e do feto de alto risco, detecção precoce das doenças crônico-degenerativas e outras doenças que levam à incapacidade, prevenção de acidentes do trabalho e de trânsito, reabilitação da pessoa com deficiência, com a utilização de ajuda técnica, dentre outras (art. 2º da Lei n. 7.853/89).

A Constituição Federal, no seu artigo 23, determina ainda que “é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (...) II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência”.

O direito à aposentadoria é fixado no artigo 201 da Constituição Federal:

Artigo 201 - A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

I - cobertura dos eventos de doenças, invalidez, morte e idade avançada;

A aposentadoria é o “direito constitucional fundamental do trabalhador de continuar a perceber, em pecúnia, valor legalmente estipulado destinado à sua manutenção, sem a contraprestação material correspondente em atividade, após ter oferecido o seu labor à sociedade pelo período e nas condições previstas no sistema jurídico”.¹³⁶

Comporta três modalidades ou espécies: a aposentadoria por invalidez, a compulsória e a aposentadoria espontânea, também chamada voluntária.

A aposentadoria por invalidez decorre do reconhecimento da incapacidade laborativa permanente do beneficiário, declarado por perícia médica. Decorre, portanto, da ausência de condições físicas ou psíquicas de permanecer exercendo a atividade, podendo ser requerida ou decidida *ex officio*, por questões de interesse público.

¹³⁶ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 411.

A compulsória independe de requerimento do beneficiário, não exige qualquer requisito (tempo de contribuição, de serviço, etc.) e é concedida a partir da data em que o beneficiário alcança a idade limite.

Já a aposentadoria espontânea poderá ser por idade ou por tempo de contribuição e depende do cumprimento dos requisitos previstos em lei e da vontade do beneficiário. Na aposentadoria espontânea por idade, leva-se em conta apenas a idade atingida, e na espontânea por tempo de contribuição, leva-se em conta o tempo de contribuição e a idade.

Importante consignar que ainda temos a aposentadoria especial, que é espécie do gênero aposentadoria espontânea por tempo de contribuição. A aposentadoria especial foi prevista para aqueles segurados que trabalham, conforme a atividade profissional, em atividades consideradas penosas, insalubres ou perigosas.

No que diz respeito à pessoa com deficiência, a aposentadoria será adquirida sob a perspectiva da invalidez, diante da perda da capacidade laboral. A aposentadoria, nesse caso, por força do artigo 475 da CLT, não extingue o contrato de trabalho, que ficará suspenso, mantendo a pessoa o direito à reabilitação profissional.

O direito ao lazer vem previsto no rol de direitos sociais fundamentais do artigo 6º da Constituição Federal. Esse direito também está previsto no artigo 227, que impõe como dever “da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito (...) ao lazer”. Esse direito está diretamente relacionado aos outros direitos fundamentais e diz respeito especialmente direito à saúde, à cultura e ao acesso, compreendendo atividades do físico, dos sentidos e da mente. Através do lazer, as necessidades físicas e psicológicas do ser humano são supridas.

Para a efetivação do direito ao lazer, necessário vencer as barreiras físicas, sistemáticas e atitudinais. Não basta eliminar apenas as barreiras físicas, fazendo com que a pessoa com deficiência esteja no local desejado, é preciso proporcionar condições para que utilize os eventos culturais ou esportivos.

Projetos de acessibilidade ao lazer já estão sendo implementados. A primeira ópera com descrição e tradução para deficientes no Estado de São Paulo – a ópera italiana

Cavalleria rusticana, de Pietro Mascagni – foi apresentada em 28 de julho de 2009. As legendas em português foram projetadas acima do palco, mas os deficientes visuais ganharam fones de ouvido para ouvir a tradução simultânea do italiano para o português e a descrição de cenas não verbais durante o intervalo dos diálogos. O audiodescritor ficou em uma cabine e usou um equipamento da tradução simultânea. Algumas cenas apenas gestuais, como um beijo, um aperto de mão ou um gesto, ajudam a entender a história. Além dos gestos dos personagens, o audiodescritor relata, durante os intervalos, os detalhes do figurino, do cenário e a entrada e saída dos atores do palco. A pessoa com deficiência visual pode ir ao espetáculo acompanhada de seu cão-guia, recebe o programa do espetáculo em Braille e tem ajuda de monitores. Todas as óperas encenadas no Theatro São Pedro, local de apresentação dessa ópera, passarão a contar com o recurso da audiodescrição.¹³⁷

Romeu Kazumi Sasaki classifica as barreiras ao lazer em seis dimensões e exemplifica da seguinte forma:

1) barreiras arquitetônicas, nos terminais de transporte aéreo, rodoviário e ferroviário, hotéis, museus e teatro (...); 2) barreiras atitudinais, como falta de previsão de acesso aos planos turísticos (...); 3) barreiras comunicacionais: não existem roteiros em Braille, guias que conheçam Libras (...); 4) barreiras metodológicas, como a falta de treinamento para os operadores de turismo, a condução, o acesso, a transmissão de informações para as pessoas com deficiência física, mental e sensorial, ou seja, é o *modus operandi*; 5) barreiras instrumentais, acesso a equipamentos e ferramentas que fazem parte dos locais de visita turística; e 6) barreiras programáticas, invisíveis e existentes nos decretos, leis, regulamentos, política públicas que impedem ou dificultam acesso de certas pessoas a atrações turísticas.¹³⁸

O incentivo à diversão pode inclusive despertar a vontade da pessoa com deficiência de desenvolver uma atividade com a qual se identifica profissionalmente, o que se observa em atletas e músicos.

O direito à assistência especial está previsto no artigo 203, inciso V, da Constituição Federal:

¹³⁷ UMA ÓPERA comentada para ajudar deficientes: Cavalleria Rusticana contará com tradução e audiodescritor. *O Estado de S. Paulo*, 29 jul. 2009, ano 130, n. 42.288, Caderno Cidades/Metrópole, p. C10.

¹³⁸ SASSAKI, Romeu Kazumi. *Emprego apoiado como forma de inclusão de pessoas com deficiência severa no mercado de trabalho*, São Paulo: Livraria WVA, 2003. p. 35.

Artigo 203 - A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente da contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: (...)

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprove não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

O benefício não é uma retribuição pelo trabalho prestado, nem um benefício previdenciário. Por tratar-se de um benefício assistencial de prestação continuada, é garantido independentemente do beneficiário ter contribuído para o regime previdenciário; é um ganho fixado em decorrência do dever de assistência social do Estado às pessoas com deficiência necessitadas, para que tenham condição de suprir os gastos para a sua subsistência.

O inciso V do artigo 2º da Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS – Lei n. 8.742/93) dispõe, entre os seus objetivos, o de garantir “1 (um) salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família”.

Nos termos da LOAS, devem ser consideradas: 1) pessoa com deficiência: a pessoa incapacitada para a vida independente e para o trabalho (art. 20, § 2º); 2) família: o conjunto de pessoas elencadas no artigo 16 da Lei 8.213/91, desde que vivam sob o mesmo teto, ou seja, o cônjuge ou companheiro, filho não emancipado, menor de 21 anos ou inválido, pais, irmão não emancipado, de qualquer condição, inclusive enteado ou menor tutelado que são equiparados a filho, menor de 21 anos ou inválido (art. 20, § 1º); e 3) família incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência: aquela cuja renda mensal *per capita* seja inferior a um quarto do salário mínimo (art. 20, § 3º).

O retorno ao trabalho implica na perda do benefício, o que tem dificultado ainda mais a inclusão de pessoas com deficiência no mercado formal de trabalho. Nos termos do parágrafo 2º do artigo 20 da Lei n. 8.742/93, “para efeito de concessão deste benefício, a pessoa portadora de deficiência é aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho”.

Na contramão das políticas de inclusão social, algumas famílias que sobrevivem do benefício desestimulam o crescimento profissional da pessoa com deficiência, temendo perder

a sua fonte de sustento. Isso obriga a pessoa com deficiência a complementar a renda familiar através de um trabalho informal. Para alterar esse quadro, necessária uma revisão do parágrafo 2º do artigo 20 da Lei n. 8.742/93, no sentido de acrescentar a previsão de uma suspensão provisória do pagamento do benefício, quando do início da atividade laboral de qualquer espécie; se a pessoa com deficiência retornasse, por qualquer motivo, à inatividade, o benefício voltaria a ser pago automaticamente, porque a pessoa com deficiência não pode ser considerada capaz para a vida independente, sem um trabalho que lhe forneça essa condição.

Para conseguir um trabalho e mostrar sua capacidade, a pessoa com deficiência, precisa romper o mito social de que é incapaz e improdutiva, e ainda o mito familiar de que é frágil e depende da família para a realização de todas as atividades.

O desenvolvimento do trabalho da pessoa com deficiência é necessário não apenas por possibilitar sua independência, mas também como uma forma de convívio e inclusão social.

Sobre a incapacidade para o trabalho e a incapacidade para a vida, Luciana Toledo Távora Niess e Pedro Henrique Távora Niess esclarecem que:

A incapacidade para o trabalho e a incapacidade para a vida independente devem ser avaliadas em razão da deficiência apresentada, com base nas condições pessoais do requerente. Não há fórmula prática que possa atestar, de forma generalizada, a incapacidade para o trabalho ou a dependência. Aliás, embora possam ser considerados requisitos distintos, não há precisa autonomia ou separação entre incapacidade para o trabalho e dependência, sendo a primeira um dos aspectos que determina a segunda.¹³⁹

Após quase vinte anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, remanesce um longo caminho a percorrer para a implementação de todos os valores constitucionais para a inclusão das pessoas com deficiência. É dever de toda a sociedade unir esforços para a construção de uma sociedade inclusiva e dever do Estado a garantia dos direitos fundamentais.

¹³⁹ NIESS, Luciana Toledo Távora; NIESS, Pedro Henrique Távora. *Pessoas portadoras de deficiência no direito brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 90 e 91.

4.2.1 Defesa dos direitos das pessoas com deficiência

A tutela jurisdicional, que no Estado liberal era direcionada apenas ao indivíduo, após as grandes transformações sociais e o surgimento do Estado social, passou a ser prestada ao grupo de forma coletiva. O homem cidadão também tem o direito de exigir do Estado a implementação dos direitos fundamentais previsto no ordenamento jurídico, utilizando o direito fundamental à tutela coletiva.

Dessa forma, quando falamos em defesa dos direitos da pessoa com deficiência, temos que pensar que a tutela pode ser efetuada de forma individual, coletiva e pela sociedade.

A pessoa com deficiência pode individualmente propor ação perante o Poder Judiciário, desde que demonstre o prejuízo causado por ação ou omissão da Administração Pública ou de particulares, para que cesse o prejuízo ou para obter a reparação do dano causado.

A Constituição Federal prevê ainda que pela via individual seja possível o uso de mandado de injunção sempre que houver falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (art. 5º, LXXI, da CF). O mandado de injunção irá garantir ao impetrante a possibilidade de possuir um direito que, embora esteja contemplado na Constituição Federal, não lhe é assegurado, pela falta de norma regulamentadora que possibilite o exercício do direito. A decisão do mandado de injunção será utilizada apenas pelo seu impetrante, devido à sua natureza individual. O sujeito passivo do mandado de segurança será o responsável pela regulamentação, e não o responsável pelo cumprimento ou deferimento do direito pretendido.

A tutela coletiva, também chamada de interesse coletivo *lato sensu*, abrange dois tipos de interesses: os essencialmente coletivos, interesses difusos e interesses coletivos, e os que possuem natureza coletiva na forma com que são tutelados, os interesses individuais homogêneos.

Interesses ou direitos difusos, nos termos Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), são os direitos transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato (art. 81, I, da Lei n. 8.078/90).

Para Joselita Nepomuceno Borba, “os interesses difusos têm seus domínios concretos assentados em bens fundamentais: ambiente, qualidade de vida, saúde, segurança, espaços vivenciais humanizados, conservação de recursos naturais, razão pela qual, como destaca Antonio Cordeiro, ‘são objectivos de manifesto interesse público, cometidos, aliás, em primeira linha, como não poderia deixar de ser, ao próprio Estado’”.¹⁴⁰

Os interesses ou direitos coletivos em sentido estrito são os transindividuais de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base (art. 81, II, da Lei n. 8.078/90).

Os interesses ou direitos individuais homogêneos são os decorrentes de origem comum (art. 81, III, da Lei n. 8.078/90).

Para identificação dos interesses ou direitos mencionados podemos citar como elementos diferenciadores o sujeito, o objeto, a origem e as suas consequências.

O sujeito, quando estivermos diante de um interesse difuso, será indeterminável, pois atinge toda a sociedade indistintamente. No interesse coletivo, o sujeito será determinável e compatível com certo grupo, categoria ou classe. Se o interesse tutelado for individual homogêneo, o sujeito será determinado.

O objeto será indivisível na hipótese de interesse difuso, pois impossível que a lesão ocorra sem prejuízo de um número indeterminável de titulares. O objeto também será indivisível quando estivermos diante de um interesse coletivo, pois a lesão tem repercussão de forma equivalente para todos os componentes de um certo grupo, categoria ou classe. No interesse individual homogêneo, o objeto será divisível, atribuindo a cada indivíduo a sua quota do direito individual que foi tutelado de forma coletiva.

¹⁴⁰ BORBA, Joselita Nepomuceno. *Efetividade da tutela coletiva*. São Paulo: LTr, 2008. p. 57.

O direito difuso se origina em uma situação fática, sem fundamentos ou liames jurídicos anteriores. No direito coletivo, diferentemente, houve uma relação jurídica base anterior. No direito individual homogêneo, a origem do fato que ensejou o interesse foi comum.

Como consequências, no interesse difuso, podemos citar: não são apropriáveis individualmente; não são transmissíveis; não se sujeitam a renúncia ou transação; sua defesa em juízo é sempre promovida por substituição processual, sem que o titular do direito possa assumir sua defesa, ou seja, o legitimado não coincide com o titular do direito material. No interesse coletivo, podemos mencionar as seguintes consequências: não são apropriáveis individualmente; não são transmissíveis; não se sujeitam a renúncia ou transação; sua defesa em juízo é sempre promovida por substituição processual, sem que o titular do direito possa tomar o lugar do legitimado. Já no interesse individual homogêneo, temos as seguintes consequências: são apropriáveis individualmente; são transmissíveis; estão sujeitos a renúncia ou transação; sua defesa em juízo é efetuada pelo próprio titular do interesse, exceto quando a lei expressamente autoriza forma diversa de tutela (art. 6º do CPC).

A Constituição Federal de 1988 dispõe de instrumentos coletivos para a defesa e garantia dos direitos fundamentais conferidos às pessoas com deficiência, dentre eles o mandado de segurança coletivo, a ação civil pública e o inquérito civil.

O mandado de segurança coletivo, previsto no artigo 5º, LXX, da Constituição Federal, em nada difere do mandado de segurança individual, ressalvadas as situações previstas em lei. Trata-se de hipótese de substituição processual.

Pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados. Parte da doutrina e da jurisprudência admite a legitimidade ativa do Ministério Público, pois trata-se de mecanismo para a tutela de direitos metaindividuais.

Será utilizado nos casos de ofensa a direito líquido e certo e em oposição a atos revestidos de ilegalidade ou abuso de poder, desde que inexista recurso específico ou *habeas*

corpus para a tutela do direito. Podem ser defendidos pelo mandado de segurança coletivo os interesses difusos e os interesses coletivos em sentido estrito.

Manoel Antonio Teixeira Filho, mencionando os dois aspectos fundamentais que diferenciam o mandado de segurança coletivo e o mandado de segurança individual, esclarece:

1. para a impetração do primeiro somente estão legitimadas as pessoas mencionadas no inciso LXX do artigo 5º da Constituição Federal, ao passo que, no tocante ao segundo, a legitimidade obedecerá à regra geral, inscrita no artigo 3º do Código de Processo Civil;
2. o primeiro se destina à proteção de direitos coletivos, assim entendidos os que se referem a um grupo de pessoas, indistintamente consideradas do ponto de vista subjetivo, sendo que o segundo visa à tutela de direitos individuais, vale dizer, de pessoas que são subjetivamente identificadas na causa.¹⁴¹

A finalidade do mandado de segurança coletivo é facilitar o acesso à justiça, eis que permite a defesa de direitos, sem que haja a multiplicidade de ações com o mesmo objeto.

A ação civil pública foi criada pela Lei n. 7.347/85, passou a ser uma das formas de defesa constitucional de direitos na Constituição Federal de 1988 e é complementada pelas disposições prevista no Código de Defesa do Consumidor. A ação civil pública é destinada à proteção de interesses difusos e coletivos, dentre eles os inerentes às pessoas com deficiência.

Maria Aparecida Gugel destaca que:

Na condição de instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, ao Ministério Público incumbe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (*caput*, art. 127, Constituição), com legitimidade para propor a ação civil pública (art. 129, III, Constituição), instrumento processual apto à defesa dos interesses metaindividuais, assim entendidos os difusos e coletivos (art. 1º, IV, da Lei n. 7.347/85 - LACP).¹⁴²

O artigo 5º da Lei 7.347/85, com as alterações da Lei 11.488/2007, dispõe que têm legitimidade para propor a ação civil pública principal e cautelar:

¹⁴¹ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Curso de direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2009. v. 3, p. 2.971-2.972.

¹⁴² GUGEL, Maria Aparecida, *Pessoas com deficiência e o direito ao trabalho*, cit., p. 219.

- I - o Ministério Público;
- II - a Defensoria Pública;
- III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;
- IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;
- V - a associação que, concomitantemente:
 - a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;
 - b) inclua entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Nos termos do artigo 129 da Constituição Federal:

São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

(...)

IX - (...)

§ 1º - A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei.

A Constituição Federal, no inciso XXI do artigo 5º, estabelece que “as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente”.

O artigo 3º da Lei 7.853/89, por sua vez, dispõe que “as ações civis públicas destinadas à proteção de interesses coletivos ou difusos das pessoas portadoras de deficiência poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela União, Estados, Municípios e Distrito Federal; por associação constituída há mais de 1 (um) ano, nos termos da lei civil, autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista que inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção das pessoas portadoras de deficiência”.

Sendo assim, todos os entes mencionados estão legitimados a propor ação civil pública com vistas a proteger os direitos de pessoas com deficiência.

Dentre as formas de ofensa ao interesse difuso, coletivo e individual homogêneo, podemos citar o direito à educação, saúde, formação profissional, trabalho e acessibilidade. Nas relações de trabalho, temos como exemplo: a não observância ao disposto no artigo 93 da

Lei n. 8.213/91, que estabelece a obrigatoriedade de empresas com mais de 100 empregados contratarem pessoas com deficiência; o direito de acesso aos edifícios e prédios; o direito à reserva de vagas em concurso público; a criação de serviços especializados em habilitação e reabilitação.

A sentença de uma ação civil pública poderá prever uma condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, sob pena de multa diária.

A coisa julgada na sentença da ação civil pública será oponível *erga omnes*, exceção verificada quando for julgada improcedente por falta de provas, quando poderá qualquer legitimado ingressar com outra ação com idêntico fundamento, mas valendo-se de novas provas. A sentença que julgar a improcedência ou carência da ação civil pública ficará sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois que for confirmada pelo Tribunal.

Importante destacar que nas ações públicas, coletivas ou individuais, em que se discutam interesses relacionados à deficiência das pessoas, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente (art. 5º da Lei n. 7.853/89). O Ministério Público, diante da legitimidade que lhe foi atribuída, atua efetivamente e em conjunto com o Ministério do Trabalho, na fiscalização e investigação das empresas que não cumprem o determinado em lei, através da instauração de inquéritos civis públicos. O inquérito civil tem como função servir de instrumento investigatório do Ministério Público, bem como visa a obter o ajustamento da conduta investigada.

O parágrafo 1º do artigo 8º da Lei n. 7.347/85 dispõe que o Ministério Público “poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis”.

O inciso III do artigo 129 da Constituição Federal estabelece ainda como função institucional do Ministério Público “III - promover o inquérito civil (...), para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

Renato Saraiva esclarece que também “a Lei Complementar n. 75/93 (LOMPU), no artigo 84, II, definiu a competência do Ministério Público do Trabalho, no âmbito de suas atribuições, de instaurar inquérito civil e outros procedimentos administrativos, sempre que cabíveis, para assegurar a observância dos direitos sociais dos trabalhadores”. Acrescenta que o inquérito civil público “constitui numa investigação administrativa realizada previamente pelo Ministério Público, objetivando colher elementos e provas que determinem o manejo, ou não, da respectiva ação civil pública ou de outra medida judicial cabível”.¹⁴³

Caso a legislação não esteja sendo cumprida, cabe ao Ministério Público do Trabalho, firmar um termo de ajustamento de conduta (art. 5º, § 6º, da Lei n. 7.347/85). O termo de ajustamento de conduta possui validade de dois anos e o seu descumprimento, sujeita a empresa infratora ao pagamento de multa, reversível ao Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT). A fiscalização do cumprimento do compromisso assumido será efetuada pela Delegacia Regional do Trabalho ou pelo Ministério Público do Trabalho.

João Baptista Cintra Ribas ilustra que:

No início de 2008, o Ministério do Trabalho e Emprego divulgou em seu *site* que, em 2007, 22.314 pessoas com algum tipo de deficiência passaram a trabalhar com carteira assinada. Isso se deve à intensificação das ações fiscais do próprio Ministério do Trabalho e do Ministério Público do Trabalho nos últimos anos. Auditores fiscais e promotores públicos vêm batendo nas portas das empresas e, para aquelas que têm colocado barreiras às contratações e sequer apresentam alternativa para inclusão das pessoas com deficiência no mundo do trabalho, a resposta tem sido as autuações e a aplicação de multas pesadas.¹⁴⁴

A sociedade também tem o seu papel na defesa dos direitos das pessoas com deficiência. O texto constitucional, nos artigos 1º e 3º, prestigia como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I) e o bem-estar de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV). Resumidamente, temos nesses artigos a previsão constitucional do dever de todos de defender e possibilitar a inclusão social daqueles que por qualquer motivo estejam impossibilitados de exercer esse direito.

¹⁴³ SARAIVA, Renato. *Curso de direito processual do trabalho*. 4. ed. São Paulo: Método, 2007. p. 722.

¹⁴⁴ RIBAS, João Baptista Cintra. Por que empregar pessoas com deficiência? In: CARVALHO-FREITAS, Maria Nivalda de; MARQUES, Antônio Luiz (Orgs.). *Trabalho e pessoas com deficiência: pesquisa, práticas e instrumentos de diagnóstico*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 211.

As futuras gerações certamente estarão preparadas para entender as diferenças existentes entre as pessoas, serem mais tolerantes na aceitação dessas diferenças e ajudar aqueles que possuem qualquer tipo limitação a superá-las.

Respeitado o direito da maioria de se relacionar com uma minoria, poderá a sociedade ajudar no seu processo de inclusão. Inversamente a esse raciocínio, a minoria também tem o direito de conviver com a maioria, de participar das atividades dentro de suas limitações, de expor suas necessidades e mostrar quando necessita de ajuda e quando não necessita, da mesma forma que as demais pessoas.

Luiz Alberto David Araujo, sobre o tema, ilustra que a convivência é importante “para que saibamos, quando encontrarmos um cadeirante, o que dizer, para que saibamos perguntar ‘precisa de ajuda’, e não simplesmente imaginar que ele sempre precisa de ajuda. As pessoas com deficiência precisam de ajuda às vezes; e não precisam de ajuda em outras situações”.¹⁴⁵

4.2.2 Cláusula pétrea e a interpretação dos direitos fundamentais

Alguns direitos e garantias recebem em nosso ordenamento jurídico a mais sólida proteção constitucional. A cláusula pétrea retira do legislador constituinte a possibilidade de deliberar acerca de emenda tendente a abolir direitos e garantias.

Nos termos do inciso IV do parágrafo 4º do artigo 60 da Constituição Federal, “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais”.

A interpretação literal desse dispositivo levaria o leitor a afirmar que o objeto da proteção constitucional seriam apenas “os direitos e garantias individuais” previstos no artigo 5º, inserido no capítulo I do título II da Constituição Federal.

Todavia, a interpretação que nos parece mais correta é a que afirma que não estariam protegidos apenas os direitos e garantias do artigo 5º. São vários os argumentos: 1) o título II

¹⁴⁵ ARAUJO, Luiz Alberto David, A proteção constitucional das pessoas com deficiência e o cumprimento do princípio da dignidade da pessoa humana, cit., p. 207.

recebeu a nova denominação “direitos e garantias fundamentais”, pois os direitos sociais foram incluídos nesse capítulo apenas na atual Constituição; na anterior, os direitos sociais estavam positivados no capítulo da ordem econômica e social, e o título recebia a denominação de “direitos e garantias individuais”; 2) o constituinte confundiu direitos fundamentais com direitos individuais; ou 3) deveríamos considerar que os direitos fundamentais evoluíram.

Ingo Wolfgang Sarlet aponta que:

Dentre as inovações, assume destaque a situação topográfica dos direitos fundamentais, positivados no início da Constituição, logo após o preâmbulo e os princípios fundamentais, o que, além de traduzir maior rigor lógico, na medida que os direitos fundamentais constituem parâmetro hermenêutico e valores superiores de toda a ordem constitucional e jurídica, também vai ao encontro da melhor tradição do constitucionalismo na esfera dos direitos fundamentais. Além disso, a própria utilização da terminologia “direitos e garantias fundamentais” constitui novidade, já que as Constituições anteriores costumavam utilizar a denominação “direitos e garantias individuais”, desde muito superada e manifestamente anacrônica, além de desafinada em relação à evolução recente no âmbito dos direitos constitucional e internacional. A acolhida dos direitos fundamentais sociais em capítulo próprio no catálogo dos direitos fundamentais ressalta, por sua vez, de forma incontestável sua condição de autênticos direitos fundamentais, já que nas Cartas anteriores os direitos sociais se encontravam positivados no capítulo da ordem econômica e social.¹⁴⁶

Nesse sentido, Maria da Graças Almeida Pamplona, afirma que “percebe-se, sem muito esforço, um novo equívoco conceitual realizado pelo constituinte de 1988 que, no artigo 60, parágrafo 4º, confundiu direitos fundamentais com direitos individuais”.¹⁴⁷

No mesmo sentido, Paulo Bonavides ensina que:

Com efeito, introduzida e positivada em grau máximo de intangibilidade no parágrafo 4º do artigo 60, deve-se entender que a rigidez formal de proteção estabelecida em favor dos conteúdos ali introduzidos, nomeadamente os respeitantes às duas acepções ora examinadas, não abrange apenas o teor material da primeira geração, herdados pelo constituinte contemporâneo, senão que se estende por igual aos direitos da segunda dimensão, a saber, os direitos sociais.¹⁴⁸

¹⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 66.

¹⁴⁷ PAMPLONA, Maria das Graças Almeida. *Direito constitucional*. São Paulo: Federal, 2005. p. 103.

¹⁴⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 640-641.

Os direitos e garantias fundamentais previstos no título II da Constituição Federal não abrangem apenas os direitos e garantias individuais, como defendido pela tradição liberal, mas sim todo o rol do artigo 5º da Constituição Federal, inserido no capítulo I, e ainda os direitos sociais previstos no artigo 6º, e inseridos no capítulo II.

Entende-se por direitos fundamentais os que permitem ao ser humano que sobreviva com dignidade; dentre eles destacamos, sem o rigor de uma ordem de importância, a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados, dentre outros.

Sem a garantia dos direitos sociais, a dignidade humana, princípio fundamental da Constituição Federal, não seria alcançada. Não poderíamos falar em erradicação da pobreza ou redução das desigualdades sociais e regionais sem garantir a manutenção do direito à educação, à saúde e ao trabalho.

O artigo 60, parágrafo 4º, IV, portanto, é mais um dispositivo constitucional de proteção dos direitos das pessoas com deficiência. Admitir que o legislador constituinte altere ou suprima os direitos constitucionalmente garantido às pessoas com deficiência seria autorizar o retrocesso social, tese absolutamente inadmissível, diante do ordenamento nacional e internacional.

Os direitos sociais inseridos na ordem jurídica interna passam a gozar da vedação do retrocesso. José Joaquim Gomes Canotilho afirma que o princípio da proibição de retrocesso social é formulado mediante a consideração de que o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas (lei da segurança social, lei do subsídio de desemprego, lei do serviço de saúde) deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial.¹⁴⁹

Outra inovação que não poderia deixar de ser mencionada é a disposição do parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, segundo a qual os direitos e garantias fundamentais são de aplicabilidade imediata e não possuem um cunho programático.

¹⁴⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 327.

CAPÍTULO V – ACESSIBILIDADE

5.1 Conceito de acessibilidade e barreira

Acessibilidade, nos termos do inciso I do artigo 8º do Decreto n. 5.296, de 2 de dezembro de 2004, é a “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”.

Romeu Kazumi Sasaki classifica acessibilidade em seis dimensões: arquitetônica, comunicacional, metodológica, instrumental, programática e atitudinais:

Acessibilidade arquitetônica, sem barreiras ambientais físicas em todos os recintos internos e externos da escola e nos transportes coletivos; Acessibilidade comunicacional, sem barreiras na comunicação interpessoal (face a face, língua de sinais, linguagem corporal, linguagem gestual etc.), na comunicação escrita: jornal, revista, livro, carta, apostila etc., incluindo textos em Braille, textos com letras ampliadas para quem tem baixa visão, *notebook* e outras tecnologias assistivas para comunicar e na comunicação virtual, acessibilidade virtual);

Acessibilidade metodológica, sem barreiras nos métodos e técnicas de estudo (adaptações curriculares, aulas baseadas nas inteligências múltiplas, uso de todos os estilos de aprendizagem, participação do todo de cada aluno, novo conceito de avaliação de aprendizagem, novo conceito de educação, novo conceito de logística didática etc), de ação comunitária (metodologia social, cultural, artística etc. baseada em participação ativa) e de educação dos filhos (novos métodos e técnicas nas relações familiares etc.);

Acessibilidade instrumental, sem barreiras nos instrumentos e utensílios de estudo (lápiz, caneta, transferidor, régua, teclado de computador, materiais pedagógicos), de atividades da vida diária (tecnologia assistiva para comunicar, fazer a higiene pessoal, vestir, comer, andar, tomar banho etc.) e de lazer, esporte e recreação: dispositivos que atendam às limitações sensoriais, físicas e mentais, etc.;

Acessibilidade programática; sem barreiras invisíveis embutidas em políticas públicas (leis, decretos, portarias, resoluções, medidas provisórias etc.), em regulamentos (institucionais, escolares, empresariais, comunitários etc.) e em normas de um geral;

Acessibilidade atitudinal, por meio de programas e práticas de sensibilização e de conscientização das pessoas em geral e da convivência na diversidade humana resultando em quebra de preconceitos, estigmas, estereótipos e discriminações.¹⁵⁰

¹⁵⁰ SASSAKI, Romeu Kazumi, *Inclusão: o paradigma do século 21*, cit., p. 23.

As barreiras, de acordo com o inciso II do artigo 8º do Decreto n. 5.296/2004, são “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 às informações”.

O Decreto n. 5.296, de 2 de dezembro de 2004, diferencia as barreiras existentes em barreira urbanística, barreiras nas edificações, nos transportes e nas comunicações e informações, da seguinte forma:

- a) barreira urbanística: 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 transporte; 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;

As barreiras são classificadas na doutrina em físicas, sistêmicas ou de atitudinais. As barreiras físicas são os degraus, buracos, obstáculos nas ruas, como por exemplo, lixeiras que impedem ou dificultam que o usuário com deficiência visual ou cadeirante consiga transitar livremente. As barreiras sistêmicas são as relacionadas a políticas, como ocorre nas alterações das políticas de ensino, que não oferecem serviços destinados especificamente às necessidades daquele grupo. As barreiras atitudinais dizem respeito à própria sociedade que ainda carrega preconceitos, não sabe como conviver com ela e não criou ainda uma política de inclusão social.

5.2 Importância do direito à acessibilidade

A inclusão das pessoas com deficiência na sociedade pressupõe a criação de metas visando à sua independência, autonomia e a capacidade de realização, afastando todas as barreiras existentes. A questão da acessibilidade é, portanto, um tema relevante no presente trabalho e constitui um direito instrumental do exercício de cidadania.

Sem que tenha acesso aos transportes públicos, às escolas, aos prédios, dentre outros, as pessoas com deficiência não podem ser incluídas com independência na sociedade.

A acessibilidade tem como função ainda o ganho de autonomia e mobilidade. Por isso, a criação e dever de respeito por todos às vagas reservadas em estacionamentos, sinalização em elevadores e rampas de acesso que atendam às regras técnicas. Essas regras observam quem são os beneficiados, quais as suas necessidades e o melhor local para a sua criação.

Dentre as barreiras urbanas que passam despercebidas no nosso cotidiano, são exemplos as lixeiras fabricadas em forma de cogumelo e que estão presentes em quase todos os prédios e residências da nossa cidade. Esse formato é uma armadilha para quem possui deficiência visual, porque a guia utilizada não consegue mostrar, diante da pouca distância entre a pessoa e a ponta da base da lixeira, a barreira existente.

A acessibilidade é também uma preocupação internacional e vem sendo objeto de discussão. Dentre os diplomas que dispõe sobre o tema, citamos, a título exemplificativo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos¹⁵¹, a Convenção de Guatemala¹⁵² e a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência¹⁵³. Desde 1981, ano declarado pela ONU como o Ano Internacional dos Portadores de Deficiência, o tema ganhou mais importância nos diplomas internacionais.

¹⁵¹ “Artigo 13 - I. Todo homem tem direito à liberdade de locomoção e residência dentro das fronteiras de cada Estado.”

¹⁵² “Artigo 3º - Para alcançar os objetivos desta Convenção, os Estados-partes comprometem-se a: (...) a) medidas das autoridades governamentais e/ou entidades privadas para eliminar progressivamente a discriminação e promover a integração na prestação ou fornecimento de bens, serviços, instalações, programas e atividades, tais como o emprego, o transporte, as comunicações, a habitação, o lazer, a educação, o esporte, o acesso à justiça e aos serviços policiais e as atividades políticas e de administração; b) medidas para que os edifícios, os veículos e as instalações que venham a ser construídos ou fabricados em seus respectivos territórios facilitem o transporte, a comunicação e o acesso das pessoas portadoras de deficiência; c) medidas para eliminar, na medida do possível, os obstáculos arquitetônicos, de transporte e comunicações que existam, com a finalidade de facilitar o acesso e uso por parte das pessoas portadoras de deficiência;”

¹⁵³ “Artigo 4 - (...) f. Realizar ou promover a pesquisa e o desenvolvimento de produtos, serviços, equipamentos e instalações com desenho universal, conforme definidos no artigo 2 da presente Convenção, que exijam o mínimo possível de adaptação e cujo custo seja o mínimo possível, destinado a atender às necessidades específicas de pessoas com deficiência, a promover sua disponibilidade e seu uso e a promover o desenho universal quando da elaboração de normas e diretrizes;”

O impedimento à pessoa com deficiência, portanto, não depende dela, mas sim da relação entre as pessoas com deficiência e o seu ambiente. Quando o ambiente for acessível, haverá, conseqüentemente, a equiparação das oportunidades.

5.3 Acessibilidade no direito brasileiro

O direito fundamental de todas as pessoas ir e vir, previsto no inciso XV do artigo 5º da Constituição Federal, está normatizado de forma específica nos artigos 227, parágrafo 2º, e 244 da Constituição Federal.

O artigo 227, parágrafo 2º, garante a acessibilidade da pessoa com deficiência aos edifícios de uso público e aos veículos de transporte coletivo¹⁵⁴. Completando essa determinação, o artigo 244¹⁵⁵ não só garante a acessibilidade, como também dispõe que as adaptações dos logradouros, edifícios de uso público e veículos de transporte coletivo devem atingir os já existentes, deixando claro que a regra não se aplica apenas às novas construções ou aos novos meios de transporte coletivo, mas também àqueles que já estavam construídos ou em funcionamento.

Os artigos 227, parágrafo 2º, e 244 foram regulamentados pelas Leis ns. 10.048, de 8 de novembro de 2000 e 10.098, de 19 de dezembro de 2000.

A Lei n. 10.048/2000 entrou em vigor em 9 de novembro de 2000, data de sua publicação, e deu prioridade de atendimento às pessoas especificadas em seu artigo 1º, dispondo que terão prioridade de atendimento “as pessoas portadoras de deficiência, os idosos com idade igual ou superior a sessenta e cinco anos, as gestantes, as lactantes e as pessoas acompanhadas por crianças de colo”.

¹⁵⁴ “Artigo 227 - (...) § 2º - A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios públicos e de uso público e a fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas com deficiência.”

¹⁵⁵ “Artigo 244 - A lei disporá sobre a adaptação dos logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo atualmente existentes a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência, conforme o disposto no artigo 227, parágrafo 2º.”

O artigo 3º dessa mesma Lei prevê que as empresas públicas de transporte e as concessionárias de transporte coletivo reservarão assentos, devidamente identificados, aos idosos, gestantes, lactantes, pessoas portadoras de deficiência e pessoas acompanhadas por crianças de colo, assegurando a acessibilidade nos transportes.

A Lei n. 10.098/2000, por sua vez, estabelece as normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade às pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, mediante a supressão de barreiras e de obstáculos nas vias e espaços públicos, no mobiliário urbano, na construção e reforma de edifícios e nos meios de transporte e comunicação (art. 1º). Em seu artigo 2º, define acessibilidade como a “possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, dos espaços, mobiliários e equipamentos urbanos, das edificações, dos transportes e dos sistemas e meios de comunicação, por pessoa com deficiência ou mobilidade reduzida”. Essa lei ainda dispõe que decreto regulamentar disciplinaria os prazos de sua efetivação.

O Decreto n. 5.296, de 02 de dezembro de 2004, que regulamenta as Leis ns. 10.048/2000 e 10.098/2000, fixou, nos artigos 19, parágrafos 1º e 2º, 23, parágrafo 8º e 24, parágrafo 2º, prazos de trinta a quarenta e oito meses para o cumprimento da norma. Importante mencionar que esse decreto revogou os artigos 50 a 54 do Decreto n. 3.298/99, que estabelecia resumidamente como seria a acessibilidade na Administração Pública Federal. O Decreto n. 5.296 de 2 de dezembro de 2004, estabelece detalhadamente as condições gerais da acessibilidade no capítulo III, a implementação da acessibilidade arquitetônica e urbanística no capítulo IV, a acessibilidade aos serviços de transporte coletivo no capítulo V, o acesso à informação e à comunicação no capítulo VI, as ajudas técnicas no capítulo VII e o Programa Nacional de Acessibilidade no capítulo VIII, para que haja a possibilidade de derrubar todas as barreiras existentes.

Luiz Alberto David Araujo, indignado com as Leis ns. 10.048/2000 e 10.098/2000, bem como com o Decreto n. 5.296/2004, que revelam total descaso com o comando constitucional previsto no artigo 227, parágrafo 2º, da Constituição Federal, menciona num breve resumo que foram:

(...) 12 anos para elaboração da lei ordinária; mais 4 anos para o decreto regulamentar, tarefa singela do Poder Executivo. Portanto 16 anos! E, para cumprimento, mais 48 meses, ou seja, 20 anos! Estamos, finalmente, em 2008, ultrapassando o último prazo fixado. Finalmente teremos (ao menos, no plano teórico), um país acessível! No entanto, para surpresa de todos, tramita no Congresso Nacional projeto de lei que cria o Estatuto da Pessoa com Deficiência. E, os prazos, a prevalecer o Estatuto, serão reabertos para adaptação dos equipamentos urbanos. Se o projeto de estatuto pudesse representar uma sistematização dos direitos das pessoas com deficiência, apenas esse retrocesso (aliás, proibido pelo sistema) já seria suficiente para que fosse aguardada a sua rejeição. Há inconstitucionalidade clara, por cláusula de retrocesso, no projeto mencionado.¹⁵⁶

A Lei n. 11.126, de 27 de junho de 2005, regulamentada pelo Decreto n. 5.904, de 21 de setembro de 2006, dispõe sobre o direito da pessoa com deficiência visual de ingressar e permanecer em ambientes de uso coletivo acompanhada de cão-guia.

O cão-guia, depois de socializado e treinado, terá livre acesso em todos os locais públicos ou privados de uso coletivo, sendo vedada a exigência do uso de focinheiras nos animais. A exceção é verificada quando o local se tratar de estabelecimento de saúde nos setores de isolamento, quimioterapia, transplante, assistência a queimados, centro cirúrgico, central de material e esterilização, unidade de tratamento intensivo e semi-intensivo, em áreas de preparo de medicamentos, farmácia hospitalar, em áreas de manipulação, processamento, preparação e armazenamento de alimentos, e em casos especiais ou determinados pela comissão de controle de infecção hospitalar dos serviços de saúde. É proibido o ingresso de cão-guia em locais onde seja obrigatória a esterilização individual. Mesmo quando convenção, regimento interno ou regulamento condominial tenha previsão de restrição a animais, a pessoa com deficiência visual e a família hospedeira ou de acolhimento poderão manter em sua residência o cão-guia (art. 1º e §§).

O Decreto n. 5.904/2006 conceitua no inciso I do artigo 2º a deficiência visual como sendo a “cegueira na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,3º e 0,05º no melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60 graus; ou a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores”. Conceitua ainda cão-guia como “animal castrado,

¹⁵⁶ ARAUJO, Luiz Alberto David, A proteção constitucional das pessoas com deficiência e o cumprimento do princípio da dignidade da pessoa humana, cit., p. 209.

isento de agressividade, de qualquer sexo, de porte adequado, treinado com o fim exclusivo de guiar pessoas com deficiência visual” (art. 2º, VIII). O cão-guia deve possuir carteira e plaqueta de identificação expedidas por centro de treinamento de cães-guias ou instrutor autônomo. O usuário de cão-guia deve portar carteira de identificação do cão-guia e, quando treinado por instituição estrangeira, deve ser acompanhada de uma tradução simples do documento para o português, além dos documentos referentes à saúde do cão-guia, que devem ser emitidos por médico veterinário com licença para atuar no território brasileiro, credenciado no órgão regulador de sua profissão.

Ricardo Tadeu Marques da Fonseca ilustra que:

No Brasil, os cegos preferem as bengalas táteis, cuja utilização garante-lhes total autonomia, sendo necessário apenas um treinamento prévio para o aprendizado da técnica correta. Os maiores obstáculos são a ausência de semáforos com sinais sonoros e de equipamentos telefônicos públicos, conhecido como “orelhões”, cujo desenho não possibilita que os cegos deles se desviem apenas com o uso da bengala. Recomenda-se, por isso, que se faça uma proteção no piso dos orelhões, consistente em uma pequena elevação, muito menor que um degrau, ou um sinal tátil que possa alertar o deficiente visual.¹⁵⁷

A Norma NBR 9050:2004 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) dispõe sobre acessibilidade a edificações, mobiliários, espaços e equipamentos urbanos. Em seu item 1, conceitua que o seu objetivo é:

- 1.1 estabelecer critérios e parâmetros técnicos a serem observados quando do projeto, construção, instalação e adaptação de edificações, mobiliários, espaços e equipamentos urbanos às condições de acessibilidade;
- 1.2 no estabelecimento desses critérios e parâmetros técnicos foram consideradas diversas condições de mobilidade e de percepção do ambiente, com ou sem a ajuda de aparelhos específicos, como: próteses, aparelhos de apoio, cadeiras de rodas, bengalas de rastreamento, sistemas assistivos de audição ou qualquer outro que venha a completar necessidades individuais;
- 1.3 proporcionar à maior quantidade possível de pessoas, independentemente de idade, estatura ou limitação de mobilidade ou percepção, a utilização de maneira autônoma e segura do ambiente, edificações, mobiliários, equipamentos urbanos e elementos;
 - 1.3.1 todos os espaços, edificações, mobiliários e equipamentos urbanos que vierem a ser projetados, construídos, montados ou implantados, bem como as reformas e ampliações de edificações e equipamentos urbanos, devem atender ao disposto nesta Norma para serem considerados acessíveis;

¹⁵⁷ FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da, *A pessoa com deficiência e a lapidação dos direitos humanos: o direito do trabalho, uma ação afirmativa*, cit., p. 253 e 254.

1.3.2 edificações e equipamentos urbanos que venham a ser reformados devem ser tornados acessíveis. Em reformas parciais, a parte reformada deve ser tornada acessível;

1.3.3 as edificações residenciais multifamiliares, condomínios e conjuntos habitacionais devem ser acessíveis em suas áreas de uso comum, sendo facultativa a aplicação do disposto nesta Norma em edificações unifamiliares;

1.3.4 as entradas e áreas de serviço ou de acesso restrito, tais como casas de máquinas, barriletes, passagem de uso técnico etc., não necessitam ser acessíveis.

A NBR 9050:2004 da ABNT apresenta algumas definições, dentre as quais as de acessibilidade¹⁵⁸, acessível¹⁵⁹, barreira arquitetônica, urbanística ou ambiental¹⁶⁰, deficiência¹⁶¹, desenho universal¹⁶², linha-guia¹⁶³ e pessoa com mobilidade reduzida¹⁶⁴, indispensáveis para o estudo do tema acessibilidade.

A NBR 9050:2004 da ABNT está em consonância com: a Lei Federal n. 9.503/97; o Código de Trânsito Nacional; a NBR 9077:2001, que dispõe sobre os procedimentos nas saídas de emergência em edifícios; a NBR 9283:1986, que dispõe sobre a classificação do mobiliário urbano; a NBR 9284:1986, que dispõe sobre a classificação do equipamento urbano; a NBR 10283:1988, que dispõe sobre as especificações dos revestimentos eletrolíticos de metal e plásticos sanitários; a NBR 10989:1999, que versa sobre o sistema de iluminação de emergência; a NBR 11003:1990, que dispõe sobre o método de ensaio e de determinação da aderência das tintas; e da NBR 13994:2000, que dispõe sobre elevadores de passageiros e elevadores para transporte de pessoas com deficiência. A NBR 13994:2000 indica as condições necessárias aos elevadores de passageiros, com o objetivo de dotá-los de características para transportar pessoas com deficiência que se locomovem sem o auxílio de

¹⁵⁸ “Acessibilidade: possibilidade e condição de alcance, percepção e entendimento para a utilização com segurança e autonomia de edificações, espaço, mobiliário, equipamento urbano e elementos.”

¹⁵⁹ “Acessível: espaço, edificação, mobiliário, equipamento urbano e elemento que possa ser alcançado, acionado, utilizado e vivenciado por qualquer pessoa, inclusive aquelas com mobilidade reduzida. O termo acessível implica tanto acessibilidade física como de comunicação.”

¹⁶⁰ “Barreira arquitetônica, urbanística ou ambiental: qualquer elemento natural, instalado ou edificado que impeça a aproximação, transferência ou circulação no espaço, mobiliário ou equipamento urbano.”

¹⁶¹ “Deficiência: redução, limitação ou inexistência das condições de percepção das características do ambiente ou de mobilidade e de utilização de edificações, espaço, mobiliário, equipamento urbano e elementos, em caráter temporário ou permanente.”

¹⁶² “Desenho universal: aquele que visa a atender a maior gama de variações possíveis das características antropométricas e sensoriais da população.”

¹⁶³ “Linha-guia: qualquer elemento natural ou edificado que possa ser utilizado como guia de balizamento para pessoas com deficiência visual que utilizem bengala de rastreamento.”

¹⁶⁴ “Pessoa com mobilidade reduzida: aquela que, temporariamente ou permanentemente, tem limitada sua capacidade de relacionar-se com o meio e de utilizá-lo. Entende-se por pessoa com mobilidade reduzida, a pessoa com deficiência, idosa, obesa, gestante e outros.”

terceiros, com indicativos de sinais visuais e acústicos para atender, por exemplo, a pessoas com deficiência auditiva e visual.

Nos edifícios de uso privado em que seja obrigatória a instalação de elevadores, deverão ser atendidos os requisitos mínimos de acessibilidade, tais como: a) percurso acessível que una as unidades habitacionais com o exterior e com as dependências de uso comum; b) percurso acessível que una a edificação à via pública, às edificações e aos serviços anexos de uso comum e aos edifícios vizinhos; c) cabine do elevador e respectiva porta de entrada acessível para pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida.

5.4 Acessibilidade e o transporte público

A Lei Orgânica do Município de São Paulo, em seu artigo 227, impõe a garantia de acesso das pessoas com deficiência, por meio da eliminação de barreiras arquitetônicas, a logradouros e a edifícios públicos e particulares de frequência aberta ao público, garantindo-lhes a livre circulação, bem como a adoção de medidas semelhantes quando da aprovação de novas plantas de construção e a adaptação ou eliminação dessas barreiras em veículos coletivos.

A SPTrans, empresa que gerencia o transporte coletivo na Capital, possui um serviço de transporte sem ônus para pessoas com deficiência que possuem dificuldade de locomoção chamado Atende. O Metrô de São Paulo também concede passe livre às pessoas com deficiência.

O Metrô, em parceria com o Departamento de Arquitetura da FIAM/FAAM da Faculdade FMU, inaugurou um mapa tátil medindo 80 cm por 80 cm na Estação Santa Cecília, para facilitar a circulação nos arredores da estação e auxiliar a compreensão do espaço urbano. Um outro projeto da mesma Faculdade, desenvolvido em conjunto com a Fundação Dorina Nowill para Cegos, também lançou um mapa tátil com os principais pontos da região. Os desenhos em relevo e as informações em código Braille auxiliam a identificar as ruas e os principais estabelecimentos do bairro, como hospitais, igrejas, restaurantes e a Estação Santa Cruz do Metrô. Os dados também estão impressos em tinta, com alto contraste,

para ajudar pessoas com pouca visão¹⁶⁵. Mapas como esses são de grande utilidade naquela região, por causa do grande número de entidades assistenciais ali situadas. São trinta e cinco instituições localizadas nos bairros da Vila Clementino, Vila Mariana, Aclimação, Paraíso e Bela Vista, que formam o Projeto Conexão. Além disso, os mapas táteis educam toda a sociedade quanto à importante questão da acessibilidade.

A Lei n. 8.899, de 29 de junho de 1994, garante, em seu artigo 1º, o “passe livre às pessoas portadoras de deficiência, comprovadamente carentes, no sistema de transporte coletivo interestadual.” Essa lei foi regulamentada pelo Decreto n. 3.691, de 19 de dezembro de 2000.

O Decreto n. 3.691/2000 prevê, em seu artigo 1º, que as “empresas permissionárias e autorizatárias de transporte interestadual de passageiros reservarão dois assentos de cada veículo, destinado a serviço convencional, para ocupação das pessoas beneficiadas pelo artigo 1º da Lei n. 8.899, de 29 de junho de 1994”.

A Portaria n. 1, de 9 de janeiro de 2001 do Ministério dos Transportes, em seu artigo 1º, concede passe livre às pessoas com deficiência, comprovadamente carente, observada a sistemática do Decreto n. 3.691/2000, que regulamenta a Lei n. 8.899/94, que por sua vez dispõe sobre o transporte de pessoas com deficiência no sistema de transporte interestadual. A pessoa com deficiência carente deve avisar a companhia de transporte com seis horas de antecedência da viagem. Se não houver beneficiário do “passe livre”, os dois lugares reservados poderão ser colocados à venda.

O passe livre não é concedido nos transportes aéreos e náuticos. Essa falta de previsão legal para outros tipos de transporte, que não o coletivo interestadual rodoviário e ferroviário, por vezes prejudica o atendimento médico das pessoas com deficiência carentes de cidades que não possuem hospitais mais aparelhados, que geralmente estão localizados em grandes centros. Em algumas localidades brasileiras, sequer os transportes rodoviário e ferroviário existem, sendo necessária a utilização de transporte náutico. É preciso considerar que nosso país possui uma dimensão continental e a realidade verificada nos grandes centros não é a

¹⁶⁵ ACESSIBILIDADE: SP ganha primeiros mapas táteis. *O Estado de S. Paulo*, 11 abr. 2009, ano 130, n. 42.179, Caderno Cidades/Metrópole, p. C6.

mesma dos seus confins. Necessária a inclusão dos transportes aéreos e náuticos na relação dos passes livres para as pessoas com deficiência carentes.

5.5 Acessibilidade e habilitação para dirigir

O Código de Trânsito Brasileiro (Lei n. 9.503, de 23.09.1997) prevê, no seu artigo 147, parágrafo 4º, assim como a Lei n. 9.602, de 21 de janeiro de 1998, que dispõe sobre legislação de trânsito, prevê, no do artigo 2º, parágrafo 4º, o direito da pessoa com deficiência física, mental ou de progressividade de doença que possa diminuir a capacidade para conduzir o veículo consiga habilitação para dirigir automóvel. A habilitação será concedida após exame de aptidão física e mental renovável a cada cinco anos, ou a cada três anos para condutores com mais de sessenta e cinco anos de idade, podendo a renovação ser diminuída por proposta do perito examinador. O parágrafo 3º do artigo 147 da Lei 9.503/97 e o parágrafo 3º do artigo 2º da Lei 9.602/98 prevêem ainda que se o condutor exercer atividade remunerada com o veículo, deverá ser incluída ainda uma avaliação psicológica preliminar e complementar.

As Resoluções do Conselho Nacional de Trânsito (Contran) ns. 51, de 21 de maio de 1998, e 8, de 19 de novembro de 1998, vedam a pessoa com deficiência visual (item 3.7.3), com deficiência física (10.3) e o condutor de veículos adaptados a exercerem atividade remunerada (item 10.2).

Essa proibição não poderia ser aplicada indistintamente a todas as pessoas com deficiência, pois para que o trabalho fosse possível, bastaria a inclusão de exames complementares e uma avaliação psicológica preliminar, em consonância com as previsões comentadas das Leis ns. 9.503/97 e 9.602/98. Para que a inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho seja plenamente alcançada, essa vedação não poderá ser mantida, sob pena de configurar discriminação.

5.6 Acessibilidade no local de trabalho

Não basta a integração da pessoa com deficiência no ambiente de trabalho, através de políticas públicas de acessibilidade arquitetônica, comunicacional, metodológica e instrumental, para que o caminho da inclusão social no ambiente de trabalho seja percorrido satisfatoriamente: é preciso introduzir uma política interna de eliminação das barreiras atitudinais.

A política interna de eliminação das barreiras atitudinais utilizada pelas empresas poderá ser implementada por programas e práticas de sensibilização e de conscientização dos demais funcionários e da convivência com a diversidade humana no ambiente de trabalho.

CAPÍTULO VI – A PESSOA COM DEFICIÊNCIA E O DIREITO AO TRABALHO

O Brasil optou pela adoção de um sistema de cotas ou reserva legal para a inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho. O sistema de cotas brasileiro atua no mercado formal de trabalho, por meio de contrato entre empregado e empregador, ou através da utilização de vaga reservada em concurso público.

Após a imposição legal de contratação de pessoas com deficiência, as empresas passaram a ter um interesse maior em sua admissão e em como gerir seu trabalho. A maior dificuldade na contratação está no preconceito de alguns empregadores de que a pessoa com deficiência é incapaz de desempenhar funções além das mecânicas, repetitivas e manuais. Os empregadores alegam ainda a falta de profissionais qualificados.

Os obstáculos encontrados pela pessoa com deficiência, por sua vez estão nas barreiras: arquitetônicas, sejam as barreiras ambientais físicas em todos os recintos internos e externos dos prédios público e privados, seja o deslocamento e acesso aos transportes coletivos; comunicacionais, na dificuldade de se ter acesso universal às informações através da linguagem de sinais, escrita em Braille, etc.; metodológicas, nas técnicas de estudo, aprendizagem, etc.; instrumentais, pela dificuldade de acesso aos utensílios para estudo, atividades da vida diária, etc; programáticas, nas políticas públicas de inclusão social; e atitudinais, devidas à pouca sensibilização da sociedade em conviver com a diversidade humana.

O sistema compulsório foi utilizado para estimular a inclusão e, para efeitos didáticos, será dividido em inclusão no âmbito dos setores público e privado.

6.1 Inclusão no âmbito do setor público

A fixação dos critérios a serem observados no momento da contratação será previsto em lei (art. 37, VIII, da CF).

Segundo a legislação, é assegurado à pessoa com deficiência o direito de se inscrever em concurso público, em igualdade de condições com os demais candidatos, para provimento de cargo e emprego cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que é portador, sendo reservado no mínimo o percentual de cinco por cento em face da classificação obtida, concorrendo em todas as vagas (art. 37, e seu § 1º, do Dec. n. 3.298/99).

A Lei n. 8.112/90 foi a primeira disposição legal acerca da reserva de vagas no serviço público civil da União, das autarquias e das fundações públicas federais cujo artigo 5º, parágrafo 2º, estabelece que “às pessoas portadoras de deficiência é assegurado o direito de se inscrever em concurso público para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras; para tais pessoas serão reservadas até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso”.

Os editais dos concursos devem informar o número de vagas existentes e o total correspondente à reserva destinada às pessoas com deficiência, as atribuições e tarefas essenciais dos cargos, a previsão de adaptação das provas, do curso de formação e do estágio probatório, conforme a deficiência do candidato e a exigência de apresentação, no ato da inscrição, de laudo médico atestando a espécie e grau ou nível de deficiência (art. 39, I, II, III e IV, do Dec. n. 3.298/99).

Para a utilização da vaga reservada, no ato de sua inscrição o candidato deve optar entre utilizar a vaga ou não. Optando pela utilização da vaga, ele deve declarar a sua condição. Independentemente da condição informada na inscrição, a publicação do resultado não deve fazer nenhuma distinção entre os que optaram pela vaga reservada, eis que a lista de aprovados será única e observará a ordem geral de classificação.

Luiz Alberto David Araujo entende que:

Caso haja, dentre os primeiros candidatos (na lista geral) pessoas com deficiência, elas serão nomeadas, ocuparão os lugares que ocuparam na lista geral, apesar de terem sido inscritas para a vaga reservada. Ou seja, fizeram o concurso, foram aprovadas e não necessitaram do benefício constitucional. Não se utilizam as vagas reservadas, apesar de terem feito inscrição para elas. Terminada a classificação geral, com o preenchimento das vagas regulares, começa o preenchimento das vagas reservadas. Se foram dez reservadas, por exemplo, verifica-se, dentro das inscrições para as vagas reservadas, quantos candidatos obtiveram nota superior ao mínimo exigido

para o concurso, quer dizer, os candidatos habilitados para o serviço público (aprovados, mas ainda não classificados). Esses candidatos ocuparão as vagas reservadas. Serão as maiores médias, desde que superiores ao mínimo, e desde que já estejam na lista geral. Assim, estaremos prestigiando as pessoas com deficiência que necessitam do benefício e não qualquer pessoa com deficiência.¹⁶⁶

Concordamos com essa opinião, pois se não fosse assim, partiríamos do pressuposto de que todas as pessoas com deficiência precisariam do benefício, o que sabemos não corresponde à realidade. O benefício da vagas reservadas deve ser utilizado por quem precisa.

Entendimento no sentido de que essa pessoa então não deveria utilizar a opção pela vaga reservada seria equivocado, pois, primeiro, no momento da inscrição, ela não saberia que o seu desempenho seria melhor que o da média geral daqueles que não se utilizaram da vaga reservada e, segundo, caso ela não optasse no momento da inscrição e sabendo que com a sua média apenas conseguiria uma das vagas reservadas, não poderia fazer a declaração nesse momento. Como já mencionado, para a utilização da vaga reservada, o candidato deve, no ato de sua inscrição, optar entre utilizar a vaga ou não.

Questão importante sobre o assunto diz respeito à possibilidade da utilização do percentual de vagas destinada as pessoas com deficiência em um concurso de provas e títulos para juiz.

O Conselho Nacional de Justiça estabeleceu novas regras para concurso de juiz em todo o país. Ele aprovou a Resolução n. 75, fixando critérios para os exames de acesso à carreira. O concurso será realizado em cinco fases, que incluem avaliações escrita e oral, exames de sanidade física e mental e psicotécnico, sindicância sobre a vida social do candidato e análise dos títulos acumulados. Para ser aprovado, o candidato tem de obter uma média mínima de 6 pontos. Além dessas alterações, 5% das vagas são reservadas a candidatos com deficiência.¹⁶⁷

¹⁶⁶ ARAUJO, Luiz Alberto David, A proteção constitucional das pessoas com deficiência e o cumprimento do princípio da dignidade da pessoa humana, cit., p. 206.

¹⁶⁷ CNJ irá estabelecer novas regras para concurso de juiz. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=2743:concursos-para-juiz-deverprever-cotas-para-portadores-de-deficiia&catid=1:notas&Itemid=675>. Acesso em: 18 maio 2009.

Edilson Soares de Lima ilustra que o procurador do trabalho Ricardo Tadeu Marques da Fonseca “em certa data, prestou concurso de provas e de títulos para juiz do trabalho da 2ª Região, tendo sido reprovado no exame médico (na época não existia equipe multiprofissional). Antes da reprovação no exame médico, fora, salvo engano, bem sucedido nas duas primeiras provas do certame (...). Logo em seguida à reprovação no exame médico, prestou concurso e foi aprovado como procurador do trabalho. É procurador do MPT já há alguns anos. Também é mestre e doutor em direito. Vamos considerar que, hipoteticamente, haja na carreira da Procuradoria seis procuradores deficientes visuais, nesse número incluindo Ricardo. Abre-se uma vaga num Tribunal Regional do Trabalho destinada ao quinto constitucional da classe do Ministério Público do Trabalho. O Ministério Público forma a lista sêxtupla com esses seis procuradores, únicos inscritos e que cumprem as exigências constitucionais para concorrer. Indaga-se: o Tribunal respectivo poderia devolver a lista ao MPT? Pensamos que não. Só restará ao Tribunal o caminho de formar a lista tríplice. O que queremos dizer, em síntese: o candidato não pode ser juiz de primeiro grau, mas poderá ser de segundo”.¹⁶⁸

A tese anteriormente levantada por Edilson Soares de Lima foi confirmada. Ricardo Tadeu Marques da Fonseca, reprovado no concurso para juiz do Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo por ser cego há 20 anos, foi nomeado, em 17 de julho de 2009, desembargador do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná, tornando-se o primeiro magistrado deficiente visual do país.¹⁶⁹

Quanto à indagação da possibilidade ou não de acesso ao cargo de juiz por uma pessoa com deficiência visual, entendemos que a visão física não é o principal recurso utilizado para ser proferido um julgamento. Diversos elementos são utilizados para a elaboração de uma sentença pelo magistrado, como sua competência, conhecimento da legislação, do direito e da realidade brasileira, seu senso de justiça e sua dedicação. A utilização de um assistente que leia os processos, verifique as provas produzidas e escreva em papel as sentenças proferidas pelo juiz pode ser equiparada à utilização de um laudo pericial para que se tenha ciência de determinada matéria que não se tenha conhecimento técnico, não sendo, portanto, a deficiência visual impedimento para o exercício das funções de juiz. A tecnologia em

¹⁶⁸ LIMA, Edilson Soares de, *Discriminação positiva e o portador de necessidades especiais*, cit., p. 59.

¹⁶⁹ Disponível em: <<http://www.swbrasil.org.br/site/default.php?cod=noticias&id=997>>. Acesso em: 20 jul. 2009.

evolução também possibilita que textos de voz sejam transformados em textos escritos, e outros avanços certamente tornarão o conhecimento do conteúdo do processo mais acessível ao juiz deficiente visual.

Na contratação por empresas públicas, que necessitam que o ingresso se dê por concurso público, o candidato que necessite tratamento diferenciado nos dias do concurso poderá requerê-lo, indicando as condições diferenciadas de que necessita para a realização da prova (art. 40, § 1º, do Dec. n. 3.298/99). Poderá ainda, se houver necessidade de tempo adicional para a realização da prova, da mesma forma requerê-lo, possibilitando competir em situação de igualdade (art. 40, § 2º, do Dec. n. 3.298/99).

Em consonância com o princípio da igualdade, a pessoa com deficiência, resguardadas as condições especiais já mencionadas, participará em igualdade de condições com os demais candidatos, no que concerne ao conteúdo das provas, à avaliação e critérios de aprovação, horário, local de aplicação das provas e à nota mínima exigida para todos os demais candidatos (art. 41 do Dec. n. 3.298/99). Dessa forma, um candidato com deficiência visual terá direito à elaboração de uma prova em Braille, podendo inclusive ter um tempo maior de prova. Sabemos que os livros em Braille são caros, difíceis de serem encontrados e que não há um treinamento constante de leitura, necessário para que a pessoa desenvolva uma leitura rápida em um concurso. Todavia, as questões e métodos de aplicação, correção e aprovação serão os mesmos para todos os candidatos.

Luiz Alberto David Araujo observa que “a igualdade deve estar presente, quer na elaboração de regras claras, que permitam a participação das pessoas com deficiente no certame, com a fixação de nota mínima, para o preenchimento das vagas reservadas (só ingressará no cargo a pessoa com deficiência que atingiu o nível mínimo exigido pelo concurso, razão pela qual todo concurso público deve ter nota mínima de aprovação a partir de 1988), quer ainda na fixação de normas peculiares que permitam que a pessoa com deficiência possa superar eventual dificuldade”. E acrescenta que isso “não significa quebrar a igualdade, mas estabelecê-la, implementá-la, cuidando de sua aplicação real”.¹⁷⁰

¹⁷⁰ ARAUJO, Luiz Alberto David, A proteção constitucional das pessoas com deficiência e o cumprimento do princípio da dignidade da pessoa humana, cit., p. 206.

Edilson Soares de Lima esclarece que “é inaplicável a reserva de vagas no caso de provimento de cargo em comissão ou função de confiança, de livre nomeação e exoneração. Do mesmo modo, é inaplicável a regra quando se tratar de cargo ou emprego público em carreira que exija aptidão plena do candidato. Podemos citar os casos de militar e de delegado de polícia. Não há que se extrair daí qualquer discriminação negativa”.¹⁷¹

Além da reserva de cargos e empregos públicos pela Administração pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, o Estado brasileiro ainda demonstra o seu compromisso com as propostas internacionais estudadas, ao instituir, no âmbito da Administração pública federal, o Programa Nacional de Ações Afirmativas, criado pelo Decreto n. 4.228, de 13 de maio de 2002. Esse diploma expressa a necessidade de promover, no âmbito interno, os instrumentos internacionais de que o Brasil seja parte sobre o combate à discriminação e a promoção da igualdade (art. 3º, IX). Determina, ainda, nos termos de seu artigo 2º, medidas administrativas e de gestão estratégica, entre outras, que garantam: a) a realização de metas percentuais de participação de afrodescendentes, mulheres e pessoas portadoras de deficiência no preenchimento de cargos em comissão do grupo direção e assessoramento superiores – DAS (art. 2º, I); b) a observância, nas licitações promovidas por órgãos da Administração pública federal, de critério adicional de pontuação, a ser utilizado para beneficiar fornecedores que comprovem a adoção de políticas compatíveis como os objetivos do programa (art. 2º, III); e, c) a inclusão, nas contratações de empresas prestadoras de serviços, bem como de técnicos e consultores no âmbito de projetos desenvolvidos em parceria com organismos internacionais, de dispositivo estabelecendo metas percentuais de participação de afrodescendentes, mulheres e pessoas portadoras de deficiência.

Isso demonstra a tendência de que: 1) a pessoa com deficiência, que esteja qualificada, tenha garantida a sua participação em cargos em comissão, que são de livre nomeação, de assessoramento superior, que em regra detêm maior responsabilidade e salário; 2) nas licitações, os fornecedores que comprovem a adoção de políticas de inclusão, se beneficiem de um critério adicional de pontuação; 3) nas contratações de empresas prestadoras de

¹⁷¹ LIMA, Edilson Soares de, *Discriminação positiva e o portador de necessidades especiais*, cit., p. 60.

serviços, bem como de técnicos e consultores, haja a necessidade de políticas de inclusão social de afrodescendentes, mulheres e pessoas com deficiência.

6.2 Inclusão no âmbito do setor privado

O artigo 23, inciso II, da Constituição Federal dispõe que é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência. Dessa forma, todas essas entidades têm a obrigação constitucional de dar proteção e garantias às pessoas com deficiência. Quando a competência é comum, a prestação do serviço por uma entidade não exclui a competência-dever da outra. As entidades mencionadas cumprem função pública de prestação de serviços a toda a sociedade.

Nesse contexto constitucional, a Lei n. 7.853/89, concretizando os princípios da igualdade e da não discriminação, estabelece “normas gerais que asseguram o pleno exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas portadoras de deficiências, e sua efetiva integração social.” (art. 1º da Lei n. 7.853/89).

No que se refere à formação profissional e ao trabalho, atribui ao Poder Público e seus órgãos as tarefas de: a) apoiar a formação profissional e garantir acesso aos serviços concernentes, inclusive aos cursos regulares voltados à formação profissional; b) se empenhar para o surgimento e a manutenção de empregos, inclusive de tempo parcial, destinados às pessoas portadoras de deficiência que não tenham acesso aos empregos comuns; c) promover ações eficazes que propiciem a inserção, nos setores públicos e privados, de pessoas portadoras de deficiência; d) adotar legislação específica que discipline a reserva de mercado trabalho, em favor das pessoas portadoras de deficiência, nas entidades da Administração pública e do setor privado, e regulamentar a organização de oficinas e congêneres integradas ao mercado de trabalho e a situação, nelas, das pessoas portadoras de deficiência (art. 2º, III, da Lei n. 7.853/89).

O Decreto n. 3.298, de 20 de dezembro de 1999, que regulamentou a Lei n. 7.853/89, por sua vez, criou a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência. Em sua seção IV, garante o acesso ao trabalho.

As ações voltadas à formação profissional e ao trabalho da pessoa com deficiência adotam o conceito fixado pelo Decreto n. 3.298/99, que considera “deficiência: – toda perda ou anormalidade de uma estrutura e/ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano; 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 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”.

O artigo 34 do Decreto 3.298/99 dispõe que a finalidade primordial da política de emprego é a inserção da pessoa portadora de deficiência no mercado de trabalho ou sua incorporação ao sistema produtivo, mediante regime especial de trabalho protegido.

O empregador que se recusar, sem justa causa, a empregar uma pessoa com deficiência, pratica crime. A conduta criminosa está prevista nos incisos II e III do artigo 8º da Lei n. 7.853/89:

Artigo 8º - Constitui crime punível com reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa:

I - recusar, suspender, procrastinar, cancelar ou fazer cessar, sem justa causa, a inscrição de aluno em estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, público ou privado, por motivos derivados da deficiência que porta;

II - obstar, sem justa causa, o acesso de alguém a qualquer cargo público, por motivos derivados de sua deficiência;

III - negar, sem justa causa, a alguém, por motivos derivados de sua deficiência, emprego ou trabalho;

IV - recusar, retardar ou dificultar internação ou deixar de prestar assistência médico-hospitalar e ambulatorial, quando possível, à pessoa portadora de deficiência;

V - deixa de cumprir, retardar ou frustrar, sem justo motivo, a execução de ordem judicial expedida na ação civil a que alude esta Lei;

VI - recusar, retardar ou omitir dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil objeto desta Lei, quando requisitados pelo Ministério Público.

Somente na ocorrência de uma justa causa pode o empregador obstar ou negar, à pessoa com deficiência, o acesso ao cargo público, emprego ou trabalho. Essa justa causa pode ser verificada, por exemplo, na ausência de profissionais disponíveis para o trabalho. Não pode a empresa empregar uma mão-de-obra que não existe. O motivo da justa causa, para não configurar crime, deve ser o mesmo motivo que justificaria a impossibilidade de acesso a cargo público, emprego ou trabalho de qualquer outra pessoa. Os critérios de admissão, da mesma forma, devem ser os mesmos aplicáveis a todos os demais trabalhadores.

Maria Aparecida Gugel acrescenta:

(...) o agente poderá praticar o crime não só no momento da admissão do trabalhador com deficiência, mas também no curso do contrato de trabalho ao, por exemplo, negar-lhe uma promoção ou rescindir o contrato de trabalho em razão da deficiência.

Um exemplo de conduta típica de negar o emprego é a alegação do empregador para a não contratação da pessoa com deficiência de que o ambiente de trabalho não lhe é acessível. Ora, é obrigação do empregador tornar todos os ambientes acessíveis aos seus empregados, inclusive aos empregados com deficiência, lembrando que está a cargo do empregador lançar mão de todos os elementos tecnológicos assistivos e das normas regulamentares correspondentes para tornar a atividade funcional ao trabalhador com deficiência.¹⁷²

Trataremos a seguir das garantias de acesso ao mercado de trabalho, para a sua efetiva inclusão social, através das colocações competitiva, seletiva e por conta própria, da incorporação ao sistema produtivo mediante regime especial, através das entidades assistenciais e das cooperativas, e do trabalho protegido, realizado em oficinas protegidas de produção e em oficinas protegidas terapêuticas.

6.2.1.1 Garantia de acesso ao trabalho: colocações competitiva, seletiva e por conta própria

O artigo 35 do Decreto n. 3.298/99 enumera três modalidades de inserção no âmbito das empresas privadas: as colocações competitiva, seletiva e por conta própria.

¹⁷² GUGEL, Maria Aparecida, *Pessoas com deficiência e o direito ao trabalho*, cit., p. 237-238.

A colocação competitiva independe da adoção de procedimentos especiais para concretização, mas não exclui a possibilidade de uso de apoios especiais que permitam compensar restrições que a pessoa possui (art. 35, I, do Dec. n. 3.298/99). O trabalho da pessoa com deficiência na modalidade de colocação competitiva é um autêntico contrato de emprego, dentro dos termos gerais dos artigos 2º e 3º da CLT.

A colocação seletiva, por sua vez, é a que depende da adoção de procedimentos e apoios especiais para concretização (art. 35, II, do Dec. n. 3.298/99). São considerados procedimentos especiais os meios utilizados para a contratação de pessoas que, devido ao seu grau de deficiência, transitória ou permanente, exija condições especiais, tais como jornada variável, horário flexível, proporcionalidade de salário, ambiente de trabalho adequado às suas especificidades, entre outros (art. 35, § 2º, do Dec. n. 3.298/99). A definição de procedimentos especiais também possui a mesma redação no artigo 5º da Instrução Normativa n. 20/2001 do Ministério do Trabalho e Emprego. A definição de apoios especiais tem previsão nos artigos 35, parágrafo 3º, do Decreto n. 3.298/99 e 6º da Instrução Normativa n. 20/2001 do Ministério do Trabalho e Emprego, que se referem à orientação e supervisão técnicas que auxiliem e tornem possível a compensação das limitações funcionais motoras, sensoriais ou mentais do portador de deficiência, de forma a possibilitar a ele a plena utilização de suas capacidades, em condição de normalidade.

Nas colocações competitiva e seletiva, o processo de contratação é o regular e são assegurados todos os direitos trabalhistas e previdenciários. Dessa forma, esses tipos de contratação só serão considerados para efeito de inclusão na cota se o empregado for registrado.

Já a colocação por conta própria, ou promoção por conta própria, nos termos da lei, fica a cargo da própria pessoa, que poderá trabalhar mediante trabalho autônomo, cooperativo ou em regime de economia familiar, com vista à emancipação econômica e financeira (art. 35, I, do Dec. n. 3.298/99). Essa modalidade se trata de trabalho sem vínculo empregatício.

6.2.1.2 Regime especial: entidades assistenciais e cooperativas sociais

Ana Amélia Mascarenhas Camargos¹⁷³ ensina que as entidades assistenciais estão reguladas pela Portaria GM/TEM n. 772, de 26 de agosto de 1999, e prevê a possibilidade do portador de deficiência, regularmente registrado por atividade assistencial, prestar serviços a empresas com fins terapêuticos ou de desenvolvimento de capacidade laborativa. E acrescenta a autora que se “essa prestação não se estender por mais de seis meses, é reconhecida como treinamento, visando à capacitação e inserção do portador de deficiência no mercado de trabalho, não caracterizando vínculo empregatício com o tomador ou com a entidade sem fins lucrativos, de natureza filantrópica”.

O parágrafo único do artigo 34 do Decreto 3.298/99 dispõe que nos casos de deficiência grave ou severa, o cumprimento do disposto em seu *caput* poderá ser efetivado mediante a contratação das cooperativas sociais, previstas na Lei n. 9.867, de 10 de novembro de 1999. A Lei n. 9.867/99 dispõe sobre a criação e o funcionamento de cooperativas sociais, visando à sua integração social.

As cooperativas sociais, constituídas com a finalidade de inserir as pessoas em desvantagem no mercado econômico por meio do trabalho, fundamentam-se no interesse geral da comunidade em promover a pessoa humana e a integração social dos cidadãos (art. 1º da Lei n. 9.867/99).

Entre suas atividades, estão incluídas a organização e gestão de serviços socio sanitários e educativos e o desenvolvimento de atividades agrícolas, industriais, comerciais e de serviços (art. 1º, I e II, da Lei n. 9.867/99).

São consideradas pessoas em desvantagens para os efeitos da Lei das Cooperativas Sociais os deficientes físicos e sensoriais, os deficientes psíquicos e mentais, as pessoas dependentes de acompanhamento psiquiátrico permanente, os egressos de hospitais psiquiátricos, os dependentes químicos, os egressos de prisões, os condenados a penas

¹⁷³ CAMARGOS, Ana Amélia Mascarenhas. *Direito do trabalho no terceiro setor*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 133.

alternativas à detenção e os adolescentes em idade adequada ao trabalho e situação familiar difícil do ponto de vista econômico, social ou afetivo (art. 1º, I, II, III, IV, VI e VII, da Lei n. 9.867/99).

Nos termos do parágrafo 2º do artigo 3º da Lei n. 9.867/99, a organização do trabalho nas cooperativas sociais, especialmente no que diz respeito a instalações, horários e jornadas, deverá levar em conta e minimizar as dificuldades gerais e individuais das pessoas que nelas trabalharem, devendo executar programas especiais de treinamento, com o objetivo de aumentar a produtividade e a independência econômica e social. O estatuto da cooperativa poderá prever uma ou mais categorias de sócios voluntários, que lhes prestem serviços gratuitamente e não estejam incluídos na definição de pessoas em desvantagem (art. 4º da Lei n. 9.867/99).

As cooperativas não podem ser meras intermediadoras de mão-de-obra ou mesmo empregadoras, sob pena de, havendo subordinação, restar configurado um vínculo de emprego entre os cooperados e a cooperativa ou entre os cooperados e o tomador de serviços.

Segundo o artigo 4º da Lei n. 9.867/99, “o estatuto da cooperativa social poderá prever um ou mais categorias de sócios voluntários, que lhes prestem serviços gratuitamente, e não estejam incluídos na definição de pessoas em desvantagem”. Sendo assim, poderá existir o trabalho voluntário na cooperativa social de pessoas que não estejam incluídas na definição de pessoas em desvantagem.

6.2.1.3 Trabalho protegido: oficinas protegidas de produção e oficinas protegidas terapêuticas

O Decreto n. 3.298/99 prevê ainda o trabalho em dois tipos de oficinas protegidas: as oficinas protegidas de produção e a oficina protegida terapêutica (art. 35, §§ 4º e 5º, do Dec. n. 3.298/99). Essas oficinas são indispensáveis em alguns casos de deficiência e têm a finalidade de habilitação e integração social das pessoas com deficiência, adolescentes ou adultas, para posterior ingresso no mercado de trabalho. Elas são unidades que funcionam em relação de dependência com entidades públicas ou beneficentes de assistência social.

As pessoas com deficiência terão o trabalho protegido quando possuírem deficiência muito grave que impossibilite ou torne muito difícil o trabalho fora das oficinas, em qualquer outra modalidade de contrato de trabalho. Esse trabalho era típico da fase do assistencialismo e da fase da integração da pessoa com deficiência, e sua utilização na atual fase da inclusão social da pessoa com deficiência somente ocorrerá em casos de deficiência muito severa.

A oficina protegida de produção tem por objetivo desenvolver programa de habilitação profissional para adolescentes e adultos portadores de deficiência, provendo-os com trabalho remunerado, com vista à emancipação econômica e pessoal (art. 35, § 4º, do Dec. n. 3.298/99).

O objetivo da oficina protegida terapêutica é a integração social por meio de atividades de adaptação e capacitação para o trabalho de adolescentes e adultos que, devido ao seu grau de deficiência, transitória ou permanente, não possam desempenhar atividade laboral no mercado competitivo de trabalho ou em oficina protegida de produção (art. 35, § 5º, do Dec. n. 3.298/99). O período de adaptação e capacitação para o trabalho de adolescentes e adultos portadores de deficiência em oficina protegida terapêutica não caracteriza vínculo empregatício.

Sandra Morais de Brito Costa ilustra que “as oficinas protegidas, que funcionam dentro das entidades sem fins lucrativos, pretendem fazer da atividade ocupacional um meio de socialização da pessoa com deficiência. Geralmente, apenas as oficinas protegidas de produção ensejam vínculo de emprego da pessoa com deficiência com a entidade”.¹⁷⁴

6.2.2 O sistema de cotas para pessoas com deficiência no setor privado

Há três modalidades de sistema de reserva de mercado de trabalho ou sistema de cotas: cota legal, cota terceirizada e cota-contribuição.

¹⁷⁴ COSTA, Sandra Morais de Brito, *Dignidade humana e pessoa com deficiência*, cit., p. 64.

O sistema de cota legal é o que existe no Brasil. Possui cotas progressivas e é empregado em empresas privadas e públicas.

No sistema de cota terceirizada, que é adotado na França, a empresa contrata diretamente ou terceiriza através de entidades de trabalho protegido, para cumprir sua cota.¹⁷⁵

No sistema de cota-contribuição, tanto a sociedade como as empresas têm a responsabilidade de integrar as pessoas com deficiência. Busca-se a oportunidade de emprego e, caso não haja, paga-se uma contribuição.

6.2.2.1 Previsão legal

O sistema de cotas para pessoas com deficiência no âmbito das empresas privadas¹⁷⁶ está previsto no artigo 93 da Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre planos de benefícios da Previdência Social. Na contratação por empresas privadas com mais de 100 funcionários, deverá ser observado o percentual de 2% a 5% dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, na proporção de 2% para empresas que possuem até 200 empregados, 3% para as empresas que tenham de 201 a 500 funcionários, 4% para aquelas com 501 a 1.000 funcionários e 5% para as que tenham mais de 1.001 funcionários (art. 93 da Lei n. 8.213/91).

O artigo 36 do Decreto n. 3.298/99 repetiu as disposições do artigo 93 da Lei n. 8.213/91 e acrescentou alguns dispositivos relativos ao conceito de pessoa portadora de

¹⁷⁵ Os trabalhadores terceirizados, no entanto, não podem ultrapassar o percentual de 50% da cota obrigatória. As empresas francesas, para cumprir sua cota, dispõem ainda da contratação direta, do pagamento de contribuição, ou contratam uma parte e pagam contribuições para completar a cota.

¹⁷⁶ Em Portugal, a Lei n. 38, de 18 de agosto de 2004, que define as bases gerais do regime jurídico da prevenção, habilitação, reabilitação e participação da pessoa com deficiência, em seu artigo 28, dispõe: “Quotas de emprego: 1 - As empresas devem, tendo em conta a sua dimensão, contratar pessoas com deficiência, mediante contrato de trabalho ou de prestação de serviço, em número até 2% do total dos trabalhadores. 2 - O disposto no número anterior pode ser aplicável a outras entidades empregadoras nos termos a regulamentar. 3 - A Administração Pública deve proceder à contratação de pessoas com deficiência em percentual igual ou superior a 5%”. A lei portuguesa não prevê penalidade para as empresas que deixarem de observar o disposto no artigo 38, determinando que cabe ao governo a aprovação de normas necessárias à implementação da lei. O direito português garante a proteção contra a discriminação, bem como o direito de exigir do Estado condições que viabilizem o acesso aos direitos constitucionalmente garantidos às pessoas com deficiência.

deficiência habilitada, cabendo ao Ministério do Trabalho e Emprego efetuar fiscalização, avaliação e controle das empresas, dentre outras disposições.

Cibelle Linero Goldfarb observa que “(i) a lei desconsiderou a receita bruta anual da empresa; (ii) o número de trabalhadores indiretos e (iii) a atividade empresarial”¹⁷⁷. E acrescenta que “45% do emprego formal estão em empresas de menor porte, não sujeitas à legislação”.

Marcelo Côrtes Nery ilustra que “estabelecimentos com menos de 100 funcionários, que por lei não têm obrigação de contratar pessoas com deficiência, apresentam uma taxa de empregabilidade média de pessoas portadoras de deficiência de 1,05%, inferior ao conjunto de empresas”.¹⁷⁸

Quanto à formalização do contrato de trabalho, não há regra específica que a diferencie das demais, aplicando-se as normas gerais previstas na CLT.

Os beneficiários do sistema de cotas são as pessoas com deficiência, cujo conceito foi objeto de estudo no capítulo I, e os trabalhadores reabilitados. A habilitação das pessoas com deficiência e a reabilitação profissional dos trabalhadores serão estudadas a seguir.

6.2.2.2 Habilitação e reabilitação profissional

Nos termos do artigo 203 e seu inciso IV, da Constituição Federal, a pessoa com deficiência tem direito a habilitação e reabilitação, independentemente de contribuição à seguridade social.¹⁷⁹

O artigo 89 da Lei 8.213/91 dispõe que a “habilitação e a reabilitação profissional e social deverão proporcionar ao beneficiário incapacitado parcial ou totalmente para o

¹⁷⁷ GOLDFARB, Cibelle Linero, *Pessoas portadoras de deficiência e a relação de emprego*: o sistema de cotas no Brasil, cit., p. 123

¹⁷⁸ NERY, Marcelo Côrtes. *As empresas e as cotas para pessoas com deficiência*. Disponível em: <www.fgv.br/cps/deficiencia_br/cps/menu.htm>. Acesso em: 13 jul. 2005.

¹⁷⁹ “Artigo 203 - A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: (...) IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária.”

trabalho, e às pessoas portadoras de deficiência, os meios para (re)educação e de (re)adaptação profissional e social indicados para a participação do mercado de trabalho e do contexto em que vive”.

Portanto, as pessoas com deficiência habilitadas e os trabalhadores reabilitados serão beneficiários da política implementada.

A reserva de cargos nas empresas está prevista na lei previdenciária, na subseção II da Lei n. 8.213/91, que dispõe sobre a habilitação e reabilitação. Nessa mesma subseção, o artigo 92 prevê que concluído o processo de habilitação ou reabilitação social e profissional, a Previdência Social emitirá certificado individual que indicará as atividades que poderão ser exercidas pelo beneficiário, o que pode levar, em um primeiro momento, à interpretação de que somente preencherá a vaga nas empresas a pessoa habilitada ou reabilitada que possui certificação da Previdência Social.

Todavia, a definição de pessoa com deficiência habilitada como sendo a que concluiu 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, ou aquela com certificado de conclusão de processo de habilitação ou reabilitação profissional fornecido pelo Instituto Nacional do Seguro Social (art. 36, § 2º, do Dec. n. 3.298/99), é a melhor, por ser um conceito mais amplo, que também inclui educação profissional. Também será considerada pessoa com deficiência habilitada aquela que, não tendo se submetido a processo de habilitação ou reabilitação, esteja capacitada para o exercício da função (art. 36, § 3º, do Dec. n. 3.298/99).

As pessoas com deficiência habilitadas, portanto, não se confundem com os segurados da Previdência Social que foram afastados por doença ou invalidez. A habilitação tem o objetivo de possibilitar que a pessoa com deficiência adquira qualificação prática e os conhecimentos necessários para o seu ingresso no mercado de trabalho.

Maria Aparecida Gugel conceitua pessoa com deficiência habilitada como:

1) aquela que concluiu o 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, ou aquela com certificado de conclusão de processo de habilitação ou reabilitação profissional fornecido pelo INSS; 2) aquela que, não tendo se submetido a processo de habilitação ou reabilitação, esteja capacitada para o exercício de uma função.¹⁸⁰

O beneficiário do processo de reabilitação é a pessoa que possui alguma deficiência, qualquer que seja a natureza, agente causal, ou grau de severidade (art. 17 do Dec. n. 3.298/99). O processo geralmente acontece após serem vítimas de acidentes ou doenças, resultantes ou não do ambiente de trabalho. O trabalhador reabilitado da Previdência Social é um dos destinatários da reserva de cargos em empresas com 100 ou mais empregados, nos termos do artigo 93 da Lei n. 8.213/91. No caso de ser empregado em empresa com menos de 100 funcionários, após a cessação do auxílio-doença acidentário e da fruição da garantia no emprego de no mínimo 12 meses, via de regra, será demitido.¹⁸¹

Maria Aparecida Gugel, apontando dados estatísticos quanto à duração do auxílio doença acidentário, alerta que:

Até fevereiro de 2006 apontam para 91.786 benefícios sendo que 38,26% das pessoas nele permanecem até doze meses, o restante delas engrossa a estatística de permanência por mais de sete anos, sob os efeitos do benefício previdenciário. No Brasil o beneficiário reabilitado com dificuldades retorna ao mercado de trabalho. A maioria não consegue o retorno ou emaranha-se na informalidade, na tentativa de resguardar os valores percebidos do benefício. Diferentemente, em outros países, como Dinamarca, Alemanha, Israel, Países Baixos, Suécia e Estados Unidos, registram-se grandes taxas de retorno ao trabalho de até 73% após um ano, e até 72% após dois anos com a adoção de medidas de reabilitação focadas no trabalho e no seu próprio ambiente de trabalho.¹⁸²

A reabilitação é compreendida como um processo de duração limitada e com objetivo definido, destinado a permitir que a pessoa com deficiência alcance o nível físico, mental ou social funcional ótimo, proporcionando-lhe os meios de modificar sua própria vida, podendo

¹⁸⁰ GUGEL, Maria Aparecida, *Pessoas com deficiência e o direito ao trabalho*, cit., p. 89.

¹⁸¹ Para corrigir essa distorção da lei, Maria Aparecida Gugel propõe a alteração do sistema de ação afirmativa do artigo 93 da Lei n. 8.213/91, por meio de reserva de cargos, tornando-a condizente com nossa realidade em relação ao porte e número de empresas existentes em funcionamento no país. Com a medida, todas, ou quase todas as empresas arcariam com a responsabilidade social de manter em seus quadros os empregados acometidos de doença profissional ou acidente de trabalho que deram causa (*Pessoas com deficiência e o direito ao trabalho*, cit., p. 88).

¹⁸² GUGEL, Maria Aparecida, *Pessoas com deficiência e o direito ao trabalho*, cit., p. 83-84.

compreender medidas visando a compensar a perda de uma função ou uma limitação funcional e facilitar reajustes sociais (art. 17, § 1º, do Dec. n. 3.298/99).

O artigo 89, parágrafo único, da Lei n. 8.213/91, dispõe que a reabilitação profissional compreende “a) o fornecimento de aparelho de prótese, órtese e instrumentos de auxílio para locomoção quando a perda ou redução da capacidade funcional puder ser atenuada por seu uso e dos equipamentos necessários à habilitação ou reabilitação social e profissional; b) a reparação ou a substituição dos aparelhos mencionados, desgastados pelo uso normal ou por ocorrência estranha à vontade do beneficiário e c) o transporte do acidentado do trabalho, quando necessário”.

Cibelle Linero Goldfarb ilustra que “os serviços de habilitação e reabilitação profissional no Brasil são limitados, estimando-se, em 2001, a existência de cerca de 30 centros de reabilitação com um total de 2.500 profissionais para todo o país, os quais não conseguem atender aos mais de 100 mil portadores de deficiência que solicitam ajuda anualmente”.¹⁸³

Diante da realidade existente no nosso país, e acompanhando o entendimento de diversos doutrinadores, entendemos que a pessoa com deficiência pode ser admitida diretamente pelas empresas privadas, independentemente do processo de habilitação ou reabilitação, quando demonstrar que é capaz para desempenhar as atividades necessárias ao preenchimento do cargo oferecido.

6.2.2.3 Dispensa de empregados habilitados ou reabilitados

A dispensa de trabalhador reabilitado ou de pessoa com deficiência habilitada, ao final de contrato por prazo determinado superior a noventa dias, e a imotivada, no contrato por prazo indeterminado, somente poderá ocorrer após a contratação de substituto em condições semelhantes (art. 93, § 1º, da Lei n. 8.213/91).

¹⁸³ GOLDFARB, Cibelle Linero, *Pessoas portadoras de deficiência e a relação de emprego: o sistema de cotas no Brasil*, cit., p. 126.

Sendo assim, a pessoa com deficiência não possui estabilidade no emprego, podendo o seu empregador, por iniciativa própria, rescindir a qualquer tempo o contrato de trabalho existente. Terá, no entanto, que contratar outra pessoa com deficiência para que preencha a cota prevista na lei.

Edílson Soares de Lima entende que a previsão do parágrafo 1º do artigo 93 da Lei n. 8.213/91 prescreve uma estabilidade aos empregados reabilitados ou habilitados. O autor observa que “se já é difícil um trabalhador em plenas condições conseguir nova colocação no mercado, o que se dizer daquele trabalhador reabilitado ou habilitado”.¹⁸⁴

Quanto à reintegração do empregado reabilitado sem a imediata contratação de substituto em condição semelhante, assim se manifestou o Tribunal Superior do Trabalho:

Recurso de revista. Empregado reabilitado. 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. Decisão regional em consonância com o posicionamento de que 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. Com a criação de reserva de mercado para beneficiários reabilitados da Previdência Social ou trabalhadores portadores de deficiência, 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 artigo 93 da Lei n. 8.213/91 e b) no parágrafo 1º do artigo 93 da Lei n. 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 redação categórica do parágrafo 1º em comento evidencia a autonomia semântica do enunciando normativo que encerra: a dispensa imotivada do trabalhador reabilitado ou deficiente físico habilitado depende, sempre, da prévia contratação de substituto em condição semelhante. Recurso de revista não-conhecido. (TST – RR n. 164/2003-028-01-00.8, 3ª Turma, rel. Min. Rosa Maria Weber, j. 13.05.2009, *DEJT*, de 05.06.2009).

Recurso de revista. Empregado portador de deficiência física ou reabilitado. Reintegração. Artigo 93, parágrafo 1º, da Lei n. 8.213/91. O direito do empregador efetuar a dispensa do empregado portador de deficiência física

¹⁸⁴ LIMA, Edilson Soares de, *Discriminação positiva e o portador de necessidades especiais*, cit., p. 58.

ou reabilitado está condicionado à contratação de outro empregado em condição semelhante. Portanto, o não atendimento de expressa determinação legal, inserida no parágrafo 1º do artigo 95 da Lei n. 8.213/91, gera o direito do empregado à reintegração no emprego, diante da nulidade da dispensa. Tal disposição legal visa a resguardar os direitos consagrados inclusive constitucionalmente (art. 7º, XXXI) de um grupo de trabalhadores que demandam uma assistência especial. Recurso de revista conhecido e desprovido. (TST – RR n. 277/2004-002-17-00.4, 6ª Turma, rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, j. 03.09.2008, *DJ*, de 05.09.2008).

Recurso de revista. Garantia de emprego. Deficiente físico. Comprovação do cumprimento da cota legal após a dispensa do reclamante. O artigo 93, parágrafo 1º, da Lei n. 8.213/91 estabelece garantia indireta de emprego, pois condiciona a dispensa do trabalhador reabilitado ou deficiente habilitado 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. Na hipótese vertente, o Tribunal Regional assentou que, em 25.06.2003, data de encerramento da fiscalização do Ministério do Trabalho e Emprego da empresa, a reclamada apresentou documentos comprobatórios do cumprimento da cota legal, devidamente atestado pelo órgão fiscalizador. Evidenciada a contratação de substituto em condição semelhante à da reclamante, não há falar, a partir de então, em direito à reintegração, pois validado o direito potestativo de rescisão unilateral do contrato de trabalho pelo empregador. Remanesce, todavia, o direito aos salários desde a dispensa da reclamante, efetivada sem o cumprimento do dever disposto no artigo 93, parágrafo 1º, da Lei n. 8.213/91, até a efetiva contratação do substituto. Descontos fiscais e previdenciários – responsabilidade pelo recolhimento. A responsabilidade pelo recolhimento das contribuições fiscais e previdenciárias é do empregador, mas quem suporta o ônus é o empregado, em relação à parte que lhe compete, ainda que o pagamento decorra de condenação judicial. Aplicação do disposto na Súmula n. 368 do TST, nos artigos 43 da Lei n. 8.212/91 e 46 da Lei n. 8.541/92 e na Consolidação dos Provimentos da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho. Recurso de revista conhecido e parcialmente provido. (TST – RR n. 991/2004-003-17-00.9, 3ª Turma, rel. Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, j. 22.08.2007, *DJ*, de 14.09.2007).¹⁸⁵

6.3 Questões polêmicas

Algumas questões polêmicas quanto ao sistema de cotas de emprego para pessoas com deficiência, serão abordadas a seguir: número de empregados, visão monocular, terceirização, aprendiz, estagiário e teletrabalho.

¹⁸⁵ Disponível em: <<https://aplicacao.tst.jus.br/consultaunificada2>>. Acesso em: 26 jun. 2009.

6.3.1 Número de empregados

O sistema de cotas para pessoas com deficiência, no âmbito das empresas privadas, está previsto nos artigos 93 da Lei n. 8.213/91 e 36 do Decreto n. 3.298/99, que mencionam a obrigatoriedade do preenchimento de 2% a 5% dos cargos da empresa com 100 ou mais empregados, não esclarecendo se esse número tem como base de cálculo os empregados da empresa como um todo ou de cada estabelecimento.

Primeiramente, devemos considerar que empresa e estabelecimento possuem conceitos diversos e não podem ser confundidos. Segundo Messias Pereira Donato:

Na ótica econômica, segundo se lê no artigo 1.142 do Código Civil, o estabelecimento é “todo complexo de bens organizado, para o exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária”. Segue regras próprias, inclusive quanto à responsabilidade do adquirente, em caso de venda, à luz do artigo 1.1.46. Sob a visão do direito do trabalho, o estabelecimento é um conjunto ordenado de meios, por meio do qual se exercita e se desenvolve a organização do trabalho. O estabelecimento dispõe de dirigentes, de pessoal a este subordinado, utiliza-se de outros meios instrumentais, de acordo com a natureza da atividade que desenvolve, mas, em última instância, depende da direção da empresa ou da sociedade empresária. É possível não reunir todo o pessoal no mesmo lugar, como se dá com os trabalhadores em domicílio, os teletrabalhadores, em relação ao pessoal que trabalha na sede do estabelecimento, como também não ocupar local fixo, a exemplo das atividades circenses (...).¹⁸⁶

Para Evaristo de Moraes Filho:

Do conceito doutrinário de empresa, ressaltam os seguintes elementos: a) trata-se de atividade de uma pessoa natural ou jurídica, que é o empresário; b) esta pessoa reúne pessoas e os bens materiais e imateriais para a consecução do seu objetivo; c) nada impede que a empresa e o empresário se confundam, sem trabalho alheio (...); d) o escopo desejado é a satisfação de necessidades econômicas, isto é, a finalidade é econômica; e) uma empresa pode dispor de um estabelecimento, com o qual se confunde materialmente, ou de mais de um.¹⁸⁷

Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena acrescenta:

¹⁸⁶ DONATO, Messias Pereira. *Curso de direito individual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2008, p. 134.

¹⁸⁷ MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antonio Carlos Flores de. *Introdução ao direito do trabalho*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2007. p. 256.

Não há empresa sem estabelecimento, um único se exige. Pensar diversamente será admitir o processo (que já é reunião de meios, com destinação a um fim) produtivo natural, inorgânico, desgarrado. Tampouco se concebe estabelecimento sem empresa. A organização técnica dirige-se a um resultado econômico. Uma unidade colhê-lo-á.¹⁸⁸

Ademais, nos termos do artigo 10, parágrafo 1º, da Instrução Normativa n. 20 do Ministério do Trabalho e Emprego, de 26 de janeiro de 2001, para a aferição dos percentuais, deve ser considerado o número de empregados da totalidade dos estabelecimentos da empresa. Além disso, a regra a ser aplicada deverá ser sempre a mais benéfica aos beneficiários dos cargos, o que equivale a afirmar que a base de cálculo a ser considerada será 2% a 5% dos cargos da empresa em todo o território nacional. Exemplificando: a) se a empresa possui menos que 100 funcionários por estabelecimento, mas na sua totalidade possui mais de 100 e menos de 200 funcionários, deverá observar o percentual de 2% previsto na lei; b) se ela possui cerca de 100 funcionários em seus estabelecimentos, mas na sua totalidade possui mais de 1.001 funcionários, o percentual a ser observado será de 5%, e não de 2%. Existindo número fracionado no resultado da aplicação do percentual sobre a base de cálculo da empresa, o número de pessoas com deficiência a serem contratadas será arredondado para cima.

Cibelle Linero Goldfarb, no mesmo sentido, entende que a lei prevê o “preenchimento de 2% a 5% dos cargos da empresa com cem ou mais empregados, ou seja, não há que se falar em número de empregados por estabelecimento”.¹⁸⁹

Na opinião de Maria Aparecida Gugel, “quando se tratar de empresas com vários estabelecimentos, com diferentes CNPJs, o cálculo da reserva recairá sobre o total de empregados, somados todos os empregados de todos os estabelecimentos”. Acrescenta que:

Essa hipótese decorre dos padrões estabelecidos pela própria CLT que claramente diferencia a empresa (considerada uma atividade organizada para a produção de bens e serviços visando lucro) do estabelecimento (o local em que o empresário exerce o comércio). Uma empresa pode estar constituída em um ou mais estabelecimentos comerciais.¹⁹⁰

¹⁸⁸ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*. 2. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: LTr, 1999. p. 186-187.

¹⁸⁹ GOLDFARB, Cibelle Linero, *Pessoas portadoras de deficiência e a relação de emprego: o sistema de cotas no Brasil*, cit., p. 135.

¹⁹⁰ GUGEL, Maria Aparecida, *Pessoas com deficiência e o direito ao trabalho*, cit., p. 90.

No mesmo sentido se pronunciou o Tribunal Superior do Trabalho:

Recurso de revista. Reintegração. Deficiente físico. Empresa com mais de 100 (cem) empregados. Artigo 93 da Lei n. 8.213/91. O v. acórdão regional observou a disposição do artigo 93 da Lei n. 8.213/91, que obriga a empresa com 100 (cem) ou mais empregados 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 hipótese vertente está registrado que a reclamada possui mais de 100 (cem) empregados em seu quadro. O dispositivo refere à quantidade de empregados na empresa, e não em cada estabelecimento, como quer fazer crer a reclamada. Ressalte-se, por oportuno, que o parágrafo 1º do preceito estabelece garantia indireta de emprego, pois condiciona a dispensa do trabalhador reabilitado ou deficiente habilitado 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. Honorários advocatícios. O Tribunal Regional deferiu a verba honorária tão-só com fundamento no princípio da sucumbência, a despeito do autor não estar assistido pelo seu sindicato. São indevidos os honorários advocatícios, à luz da Orientação Jurisprudencial n. 305 da C. SBDI-1 e da Súmula n. 219/TST. Recurso de revista parcialmente conhecido e provido. (TST –RR n. 129/2002-002-22-00.0, 8ª Turma, rel. Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, j. 05.12.2007, *DJ*, de 14.12.2007).¹⁹¹

Sanada a dúvida quanto ao número de pessoas com deficiência ou empregados habilitados a serem contratados pelas empresas, temos ainda mais uma questão pertinente a ser analisada: a distribuição desses funcionários na empresa ou nos estabelecimentos.

Sobre essa questão, Cibelle Linero Goldfarb afirma que “pode a empresa contratar parte das pessoas portadoras de deficiência em um estabelecimento, parte em outro, ou mesmo contratar todos para a prestação de serviços em um único estabelecimento, deixando de manter empregados portadores de deficiência em outros estabelecimentos (independentemente de contarem com mais de 100 empregados)”. A autora conclui que “contanto que a empresa efetivamente cumpra a legislação, não importa que a mesma mantenha estabelecimento sem empregados portadores de deficiência, ou seja, uma vez cumprida a cota, com base no número total de empregados da empresa, não pode o auditor fiscal do trabalho exigir o cumprimento da lei também no estabelecimento objeto da fiscalização”.¹⁹²

¹⁹¹ Disponível em: <<https://aplicacao.tst.jus.br/consultaunificada2>>. Acesso em: 26 jun. 2009.

¹⁹² GOLDFARB, Cibelle Linero, *Pessoas portadoras de deficiência e a relação de emprego: o sistema de cotas no Brasil*, cit., p. 136.

Se entendermos que na distribuição desses funcionários não há qualquer critério a ser respeitado, o objetivo maior de toda a questão, que é a inclusão das pessoas com deficiência no ambiente de trabalho, não será alcançado. A distribuição desses funcionários na empresa deverá ter como critério a obrigatoriedade da inserção da pessoa com deficiência no local onde a função a ser desempenhada era exercida. O ideal é inserir a pessoa com deficiência, desde que possível, em todos os estabelecimentos da empresa.

Temos que considerar que, além do direito da pessoa com deficiência ao trabalho e o direito à inclusão em todos os estabelecimentos da empresa, ainda há o direito das pessoas sem deficiência de conviver com as pessoas com deficiência. Essa convivência é necessária, quando consideramos que o modelo ideal a ser seguido é o modelo social, que entende que a deficiência não depende apenas do indivíduo, mas de toda a sociedade. Se diversamente entendêssemos que cumprido o modelo baseado em direitos previstos nas políticas públicas as mudanças aconteceriam normalmente, bastaria inserirmos todas as pessoas necessárias para o alcance da cota em um estabelecimento, que a empresa cumpriria sua função. Não parece uma solução razoável.

O auditor fiscal do trabalho, constatando que naquele estabelecimento não existe a inserção de pessoas com deficiência, deverá verificar os motivos que levaram a empresa a agir dessa forma. Se constatado que a empresa determinou que as pessoas com deficiência ficassem exclusivamente em um determinado estabelecimento e impossibilitou o acesso nos demais estabelecimentos, sem qualquer motivo relacionado ao local do desenvolvimento habitual da atividade desenvolvida, certamente se estará diante de uma empresa que desempenha uma conduta discriminatória em relação às pessoas com deficiência. Essa empresa cumpre a cota legal, mas não se preocupa em desenvolver ambientes acessíveis para as pessoas com deficiência em todos os seus estabelecimentos. O auditor fiscal, nessa hipótese, deverá exigir o cumprimento da lei naquele estabelecimento.

6.3.2 Visão monocular

O portador da chamada visão monocular, diagnóstico comum nos consultórios oftalmológicos, possui algum trauma ocular, doença que atingem a mácula (região do olho responsável pela visão central) ou doença do nervo óptico.

Quando a visão do olho contralateral é boa, poderá ter uma vida normal, diversamente daquele que possui um traumatismo raquimedular ou amputação. Isso porque, em alguns casos, o olho humano tem a capacidade de substituir o outro sem que haja incapacidade. Havendo alguma limitação no olho contralateral, poderá existir uma perda da noção espacial, pois existe uma redução do campo visual e da noção de profundidade e, conseqüentemente, uma limitação dos reflexos.

Mesmo se possuir limitações, não é pacífico o entendimento de que o portador da visão monocular poderá concorrer a vagas de deficientes. Não sendo conferido esse direito, eventual disputa de vaga para emprego com uma pessoa normal resulta em desigualdade de tratamento. A almejada igualdade material não se verifica.

O Decreto n. 5.296/2004, que regula a Lei n. 10.048/2000, que dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e a Lei n. 10.098/2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, conferiu nova redação ao inciso III do artigo 4º do Decreto n. 3.298/99. O seu artigo 5º, parágrafo 1º, I, enumera as pessoas portadoras de deficiência, além das previstas na Lei n. 10.690/2003, e a sua alínea “c” define a deficiência visual como “cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica, a baixa visão, que significa acuidade entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60%; ou a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores.”

A Lei n. 10.690/2003 isenta do imposto sobre produtos industrializados (IPI) os automóveis de passageiros de fabricação nacional e, em seu artigo 2º, qualifica pessoa portadora de deficiência visual como a que apresenta acuidade visual igual ou menor que

20/200 (tabela de Snellen) no melhor olho, após a melhor correção, ou campo inferior a 20°, ou a ocorrência simultânea de ambas as situações, mesma previsão constante na redação original do artigo 4º do Decreto n. 3.298/99.

A nova redação do artigo 4º, III, do Decreto n. 3.298/99 não qualifica a visão monocular como sendo uma deficiência visual, mas considera parâmetros de acuidade visual estipulados na visão do melhor olho, ou da somatória dos dois olhos.

Muito embora não haja previsão legal nos decretos e lei mencionados quanto ao portador de visão monocular, a Resolução n. 80, de 19 de novembro de 1998, do Contran prevê a possibilidade de que ele possua habilitação para a direção de veículos das categorias “A” ou “B”, desde que decorridos seis meses da perda da visão, sendo vedada a atividade remunerada¹⁹³. A impossibilidade de realizar atividade remunerada é idêntica à previsão constante na mesma resolução quanto ao deficiente físico, tratada em artigo diverso.¹⁹⁴

Nessa linha de raciocínio, e considerando a nova redação do artigo 4º, III, do Decreto n. 3.298/99, entendemos que o portador de visão monocular se enquadra na penúltima hipótese da deficiência visual, qual seja, “casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60%”, não havendo mais a possibilidade de utilização apenas de parâmetros de acuidade visual do melhor olho.

Mesmo que considerássemos que a visão monocular não está contemplada no inciso III do artigo 4º do Decreto n. 3.298/99, que enumera quem é considerada pessoa portadora de deficiência visual, utilizando a interpretação sistemática desse dispositivo, em conjunto com os incisos I e II do artigo 3º do mesmo Decreto, chegaríamos à conclusão de que a ausência de um olho é uma deficiência. A deficiência considerada pelo Decreto n. 3.298/99 é “toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere

¹⁹³ “3.4 A acuidade e campo visual deverão apresentar: 3.4.1 Para direção de veículos da categoria “A”: (...) 3.4.1.3 o candidato à categoria “A” portador de visão monocular que satisfizer os índices acima só poderá ser liberado para dirigir decorridos 6 meses da perda da visão, devendo o laudo médico indicar o uso de capacete de segurança com viseira protetora, sem limitação de campo visual, sendo vedada atividade remunerada. (...) 3.5 Para direção de veículos da categoria “B”: (...) 3.5.3 o candidato à categoria “B” portador de visão monocular só poderá ser liberado para dirigir decorridos 6 meses da perda da visão, sendo vedada atividade remunerada.”

¹⁹⁴ “10.2 A junta médica especial de que trata este artigo, para fins de adaptação do veículo para o deficiente físico, deverá observar as seguintes indicações: (...) 10.3 Ao condutor de veículo adaptados será vedada a atividade remunerada.”

incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano”. A deficiência em análise seria ainda permanente, como disposto no inciso II do artigo 3º do mesmo Decreto, pois é “aquela que ocorreu ou se estabilizou durante um período de tempo suficiente para não permitir a recuperação ou ter probabilidade de que se altere, apesar de novos tratamentos”.

Supremo Tribunal Federal, em recurso ordinário em mandado de segurança¹⁹⁵, manteve o direito de um portador de visão monocular a ocupar cargo de técnico judiciário do Tribunal Superior do Trabalho. O autor do mandado de segurança resumidamente pleiteava o direito de concorrer, na condição de portador de deficiência, a uma das vagas abertas pelo edital de concurso público para provimento de cargo de técnico judiciário no Tribunal Superior do Trabalho. O Tribunal, sob a justificativa de que o autor, conquanto era cego do olho esquerdo, tinha plena capacidade visual do olho direito, tendo que concorrer em pé de igualdade com os candidatos não portadores de deficiência, negou o direito a concorrer no concurso. O ato combatido foi fundamentado no artigo 4º, III, do Decreto n. 3.298/99, que regulamentou a Lei n. 7.853/89, e dispõe que somente é considerada portadora de deficiência visual a pessoa que tenha acuidade igual ou menor que 20/200 no “melhor olho”. Sendo assim, alcançando o olho direito do candidato o máximo de sua capacidade (20/20), já não haveria como incidir o regulamento em questão. O candidato impetrou mandado de segurança, alegando que pelo fato de enxergar por meio de um único órgão, a comparação “melhor olho” se tornou inviável. Garantiu sua participação no concurso através de liminar concedida e obteve classificação em sexto lugar no concurso. Denegada a segurança, o candidato recorreu, tendo a Turma dado provimento ao recurso por votação unânime, resumidamente pelas seguintes razões: a) o preâmbulo da Constituição de 1988 erige a igualdade e a justiça, como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos; b) o valor social do trabalho constitui um dos fundamentos da República; e, c) pela nova redação do artigo 4º do Decreto n. 3.298/99, se a visão do recorrente é monocular, por melhor que seja seu olho bom, estará ele aquém de 60% da potencialidade máxima dos dois órgãos da visão humana.

¹⁹⁵ “Direito constitucional e administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança. Concurso público. Candidato portador de deficiência visual. Ambliopia. Reserva de vaga. Inciso VIII do artigo 37 da Constituição Federal. Parágrafo 2º do artigo 5º da Lei n. 8.112/90. Lei n. 7.853/89. Decretos ns. 3.298/99 e 5.296/2004.” (STF – ROMS n. 26.071-1; 1ª Turma, rel. Min. Carlos Brito, DJU, de. 01.02.2008).

O Projeto de Lei n. 20/2008, de autoria do senador Flávio Arns, foi vetado em 1º de agosto de 2008, sob o argumento de contrariar a tendência buscada de se estabelecer um modelo único de classificação de deficiência, adotada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, que tramita no Congresso Nacional. Os Projetos de Lei ns. 7.460/2006, da ex-deputada Mariângela Duarte, 339/2007, do senador Papaleo Paes e 6/2003 substitutivo (Estatuto da Pessoa com Deficiência), do senador Paulo Paim, definem a visão monocular como deficiência visual e aguardam aprovação.

No Estado do Espírito Santo, a Lei estadual n. 8.775/2007 define a visão monocular como uma deficiência visual. Nesse Estado, estão garantidos aos monoculares todos os direitos já previstos para os demais deficientes pelo Decreto n. 3.298/99, dentre eles o de concorrer a vagas destinadas às pessoas com deficiência, em concursos públicos.

Toda a polêmica e diversos precedentes embasaram a recente formulação da Súmula n. 377 do STJ, que teve com o relator o ministro Arnaldo Esteves Lima, dispondo que “o portador de visão monocular tem direito de concorrer, em concurso público, às vagas reservadas aos deficientes”. As referências legais da nova Súmula foram a Constituição Federal (art. 37, VIII), a Lei n. 8.112/90 (art. 5º, § 2º) e o Decreto n. 3.298/99 (arts. 3º, 4º e 37, III).

6.3.3 Terceirização

Outra questão que merece ser tratada é a que diz respeito à possibilidade de uma empresa não contratar diretamente as pessoas com deficiência habilitadas e, ao mesmo tempo, cumprir sua cota pela contratação de uma empresa de prestação de serviços que possua essa mão-de-obra.

Apesar de num primeiro momento existirem alguns argumentos favoráveis, como a possibilidade de, durante a prestação de serviços da pessoa com deficiência, ser fornecido pela tomadora dos serviços treinamento e habilitação profissional, tanto a prestadora como a tomadora dos serviços devem preencher individualmente a cota prevista em lei. O artigo 35 do Decreto n. 3.298/99 enumera as modalidades de inserção no âmbito das empresas privadas

e, dentre elas, não existe qualquer menção à possibilidade de contratação indireta para o cumprimento da cota.

A contratação dos serviços será possível, todavia o preenchimento das cotas pela empresa tomadora de serviços que possua mais de 100 funcionários será possível apenas se contratar pessoas com deficiência diretamente.

6.3.4 Aprendiz

A Lei n. 11.180/2005, que instituiu o Projeto Escola de Fábrica, o Programa Universidade para Todos (PROUNI) e o Programa de Educação Tutorial (PET), alterou os artigos 428 e 433 da CLT, que dispõem sobre o contrato de aprendizagem.

O contrato de aprendizagem é um contrato de trabalho especial, pois é um contrato por prazo determinado, salvo para as pessoas com deficiência¹⁹⁶, para o desenvolvimento de trabalho relacionado com sua formação técnico-profissional metódica, compatível com seu desenvolvimento físico, moral e psicológico. O aprendiz, portanto, é empregado com idade de 14 a 24 anos, não sendo aplicada a idade máxima a aprendiz portador de deficiência (art. 428, § 5º, da CLT).

Também será considerado aprendiz o empregado inscrito em programa de aprendizagem desenvolvido por entidades sem fins lucrativos, registrada no Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, que tenha por objetivo a assistência ao adolescente e a educação profissional. São exemplos o menor patrulheiro e o guarda mirim, dentre outros.

Não há, portanto, qualquer impedimento na contratação de pessoa com deficiência como aprendiz. O instituto da aprendizagem mostra-se como um importante instrumento de sua qualificação e inclusão social por meio do trabalho, eis que, ao término do contrato de aprendiz, poderá integrar o quadro de empregados.

¹⁹⁶ CLT: “Artigo 428 – (...) § 1º - O contrato de aprendizagem não poderá ser estipulado por mais de 2 (dois) anos, exceto quando se tratar de aprendiz portador de deficiência.”

O Decreto n. 5.598/2005, que regulamenta a contratação de aprendizes, dispõe que os “estabelecimentos de qualquer natureza são obrigados a empregar e matricular nos cursos dos Serviços Nacionais de Aprendizagem número de aprendizes equivalente a cinco por cento, no mínimo, e quinze por cento, no máximo, dos trabalhadores existentes em cada estabelecimento, cujas funções demandem formação profissional (art. 9º do Dec. n. 5.598/2005).

Com essa previsão, se tem um ponto polêmico, que deverá ser analisado: existe a possibilidade de acumulação da cota-aprendizagem e da reserva de vagas para pessoa com deficiência?

Entendemos que essa acumulação não é possível, muito embora inicialmente estimule a contratação de aprendiz com deficiência e a sua permanência como trabalhador contratado.

A cota-aprendizagem e a reserva de vagas para pessoa com deficiência possuem finalidades e condições próprias. Enquanto a aprendizagem visa a atender o direito de profissionalização do aprendiz, a reserva de cargos para as pessoas com deficiência já pressupõe uma habilitação prévia.

Na aprendizagem, o empregador irá acompanhar a preparação profissional do aprendiz e poderá mantê-lo no futuro, após o termo da aprendizagem, na condição de trabalhador, em cargo reservado, previsto na Lei n. 8.213/91.

6.3.5 Estágio

A Lei n. 11.788, de 25 de setembro de 2008, chamada Lei do Estágio de Estudantes, é resultado da necessidade de reconhecer novos direitos a essa categoria, diante da sua finalidade educativa, bem como da verificação da crescente banalização e desvirtuamento desse instituto.

Ela revogou a Lei n. 6.494, de 7 de dezembro de 1977, que dispunha sobre o estágio de estudantes de cursos de nível superior, profissionalizante de 2º grau e de escolas especiais.

Também revogou a Lei n. 8.859, de 23 de março de 1994, que introduziu a previsão de estágio para estudantes de escolas de educação especial no parágrafo 1º da Lei n. 6.494/77.

A previsão de estágio para estudantes de escolas de educação especial, portanto, não é novidade, e agora está lançada no *caput* do artigo 1º da Lei n. 11.788/2008:

Estágio é ato educativo escolar supervisionado, desenvolvido no ambiente de trabalho, que visa à preparação para o trabalho produtivo de educandos que estejam frequentando 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.

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. 1º, § 2º, da Lei n. 11.788/2008).

O estágio para alunos de escolas de educação especial, nelas incluídos os alunos com deficiência com deficiência física, sensorial e mental, se mostra mais uma ferramenta de preparo para a inserção no ambiente de trabalho, estando em consonância com os preceitos constitucionais que garantem a educação aliada ao trabalho, presentes nos artigos 205¹⁹⁷ e 227¹⁹⁸, bem como no inciso II do parágrafo 1º do artigo 227.¹⁹⁹

O concedente do estágio e a instituição de ensino devem disponibilizar, se necessário, serviços de apoio especializado para atender às peculiaridades da pessoa portadora de deficiência, nos termos do artigo 29 do Decreto n. 3.298/99, tais como:

¹⁹⁷ “Artigo 205 - A educação, direito de todos e dever do estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.”

¹⁹⁸ “Artigo 227 - É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

¹⁹⁹ “Artigo 227 - (...) § 1º - (...) II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos.”

- I - adaptação dos recursos instrumentais: material pedagógico, equipamento e currículo;
- II - capacitação dos recursos humanos: professores, instrutores e profissionais especializados; e
- III - adequação dos recursos físicos: eliminação de barreiras arquitetônicas, ambientais e de comunicação.

O estágio oferecido à pessoa com deficiência deverá ser adaptado à característica e necessidade de sua deficiência.

Podem oferecer estágio as pessoas jurídicas de direito privado e os órgãos da Administração pública direta, autárquica e fundacional de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como profissionais liberais de nível superior devidamente registrados em seus respectivos conselhos de fiscalização profissional. Dessa forma, advogados devidamente registrados na OAB poderão conceder estágio.

O estagiário assemelha-se ao empregado, mas distingue-se dele pela finalidade do trabalho desenvolvido, bem como por opção do legislador, que expressamente assim dispõe. Nos termos do artigo 3º da Lei n. 11.788/2008 e seus incisos, o estágio não cria vínculo empregatício de qualquer natureza, desde que: observados os requisitos da matrícula e frequência regular do educando em curso de educação superior, de educação profissional, de ensino médio, da educação especial e nos anos finais do ensino fundamental, na modalidade profissional de educação de jovens e adultos, atestados pela instituição de ensino; haja a celebração de termo de compromisso entre o educando, a parte concedente do estágio e a instituição de ensino e a compatibilidade entre as atividades desenvolvidas no estágio e as previstas no termo de compromisso. A Lei é expressa no sentido de que havendo o descumprimento de qualquer desses requisitos, ou ainda de qualquer obrigação contida no termo de compromisso, se caracterizará vínculo de emprego do educando com a parte concedente do estágio, para todos os fins da legislação trabalhista e previdenciária (art. 3º, § 2º, da Lei n.11.788/2008).

A jornada de atividade em estágio, apesar da previsão de que será definida de comum acordo entre a instituição de ensino, a parte concedente e o aluno estagiário ou seu representante legal, deverá ser compatível com as atividades escolares, e não poderá ultrapassar quatro horas diárias e vinte horas semanais, no caso de estudantes de educação especial e dos anos finais do ensino fundamental, na modalidade profissional de educação de

jovens e adultos, nem ultrapassar seis horas diárias e trinta horas semanais, no caso de estudantes do ensino superior, de educação profissional de nível médio e do ensino médio regular.

A duração do estágio não poderá exceder dois anos, exceto quando se tratar de estagiário portador de deficiência (art. 11 da Lei n.11.788/2008).

A Lei n.11.788/2008 determina que o número máximo de estagiários em relação ao quadro de pessoal das entidades concedente de estágio deverá atender à seguinte proporção (art. 17):

- I - de 1 (um) a 5 (cinco) empregados: 1 (um) estagiário;
- II - de 6 (seis) a 10 (dez) empregados: até 2 (dois) estagiários;
- III - de 11 (onze) a 25 (vinte e cinco) empregados: até 5 (cinco) estagiários;
- IV - acima de 25 (vinte e cinco) empregados: até 20% (vinte por cento) de estagiários.

Esse percentual não é aplicado aos estagiários de nível superior e de nível médio profissional (art. 17, § 4º, da Lei n.11.788/2008).

O convênio de concessão de estágio celebrado entre as instituições de ensino e entes públicos e privados não é obrigatório, mas facultativo (art. 8º da Lei), todavia não dispensa o termo de compromisso entre o educando, a parte concedente do estágio e a instituição de ensino.

A fixação do percentual previsto no artigo 17 da Lei n.11.788/2008 tem por base de cálculo todos os empregados do estabelecimento e, na hipótese da parte concedente contar com várias filiais ou estabelecimentos, os percentuais previstos nos incisos desse artigo serão aplicados a cada um deles (art. 17, §§ 1º e 2º, da Lei n.11.788/2008).

Entendemos que, diante da finalidade do estágio, que é especificamente a formação educativa, a limitação baseada no número total de empregados existente no estabelecimento mostra-se equivocada. A preocupação do legislador de impedir os desvios nos contratos de estágio só não se mostra tão prejudicial porque essa limitação não é aplicada aos estagiários de curso de nível superior e médio profissionalizante.

José Eduardo Haddad alerta que “segundo a Associação Brasileira de Estágios (Abres), a restrição pode resultar na demissão de 300 mil jovens, pois reduziria o poder de contratação das empresas de micro e médio porte, que são as que mais oferecem vagas aos estagiários”.²⁰⁰

O parágrafo 5º do artigo 17 da Lei n. 11.788/2008 assegura que 10% das vagas oferecidas pela parte concedente do estágio devem ser preenchidas por pessoas com deficiência. A medida é necessária, diante da busca para estimular a inclusão social, bem como a adaptação e desenvolvimento da profissão.

O percentual de 10% assegurado às pessoas com deficiência será garantido apenas quando o concedente tiver mais de 10 estagiários. Essa interpretação decorre da leitura dos incisos I a IV do artigo 17 da Lei n. 11.788/2008 e do seu parágrafo 5º. A lei é omissa em relação ao critério que deverá ser utilizado quando o cálculo do percentual resultar em um número fracionado, todavia o parágrafo 3º do artigo 17 orienta no sentido de ser facultativo o arredondamento para o número inteiro imediatamente superior.

José Eduardo Haddad entende que o percentual de 10% assegurado “não encontra qualquer embasamento técnico que o sustente”. E acrescenta:

Vamos, por certo, nos deparar com as mesmas polêmicas que vigoram para as chamadas ‘cotas’ para deficientes físicos previstas na legislação previdenciária, sem embargo da realidade atual do ensino para essa parcela da população, cujo acesso é difícil e desincentivado pela falta de medidas que propiciem a eles oportunidade de estudo.²⁰¹

Importante ainda a previsão do artigo 15 da Lei n. 11.788/2008, que dispõe que “a manutenção de estagiários em desconformidade com esta Lei caracteriza vínculo de emprego do educando com a parte concedente do estágio para todos os fins da legislação trabalhista e previdenciária”. O texto da lei confere aos fiscais amplos poderes para fiscalizar e eventualmente declarar a existência de vínculo empregatício entre as partes.

²⁰⁰ HADDAD, José Eduardo. O estágio profissional e a alteração na sua regulamentação. *Revista LTr Legislação do Trabalho*, São Paulo, ano 73, n. 5, p. 608, maio 2009.

²⁰¹ *Ibidem*, mesma página.

6.3.6 Teletrabalho

A globalização é um fenômeno social, político e econômico que gerou grande impacto nas relações de trabalho. Se por um lado intensificou a economia em comunidades regionais, devido às atividades internacionais, por outro, resultou na busca de novas relações de trabalho pelos empregadores.

A competitividade mundial gerou a necessidade de investimentos em tecnologia para uma maior produção, de redução de custos, através de subcontratações de terceiros em atividades-meio e em atividades especializadas, da utilização de cooperativas, de remuneração variável para estimular a produção como bônus e metas, da redução do quadro de funcionários para atender apenas ao estritamente necessário, da flexibilização dos sistemas de produção, com a descentralização das atividades da empresa, da migração para pequenas empresas, ou até para empresas informais, do aumento da automação e do incentivo à multifuncionalidade dos trabalhadores contratados.

Todas essas mudanças no mercado de trabalho trouxeram para a sociedade altas taxas de subemprego e desemprego, a diminuição dos salários pagos e a criação de novas profissões, destacando-se os trabalhadores multifuncionais.

Com a globalização econômica, prevalecem os interesses do capital e a ruptura das barreiras do protecionismo econômico e social. A globalização gerou a evolução tecnológica e trouxe um retrocesso social no mercado de trabalho.

Nessa nova realidade, surgiu o teletrabalho como mais uma forma de trabalho. Com ele, pode-se trabalhar a distância, através do uso de equipamentos tecnológicos e de comunicação. O local pode ser o domicílio do trabalhador ou qualquer outro, a critério do empregador, tais como telecentros, centros satélites de tele serviço ou qualquer outro ponto onde se encontre o teletrabalhador.

O teletrabalhador não afasta a vínculo empregatício. Em regra, o teleempregado enquadra-se na hipótese do artigo 62, I, da CLT, eis que será considerado na modalidade de trabalho externo incompatível com a fiscalização de horário de trabalho; todavia, se o horário

puder ser fiscalizado pelo empregador, como na hipótese de haver comunicação em horários predeterminados pela internet, todas as normas sobre a duração do trabalho são aplicáveis. Poderá ainda, dependendo de suas peculiaridades, ser enquadrado como trabalho autônomo.

Alice Monteiro de Barros esclarece que alguns autores afirmam que “o teletrabalho consiste no ‘renascimento do trabalho a domicílio’, mas, a rigor, ele é fruto da moderna tecnologia e começa a difundir-se na década de oitenta, embora em meados de 1970 já se falasse no assunto”.²⁰²

Para a empresa, a utilização dessa forma de trabalho significa menor custo com a infraestrutura física, aluguel, manutenção, transporte etc. Desaparecem ainda as dificuldades de acesso ao ambiente de trabalho, tais como distância, greves de transporte, tempo perdido no trânsito, etc. Mas também traz diversas desvantagens. O empregador deve fazer grandes investimentos em equipamentos e manter equipes de manutenção. Além disso, a direção e o controle do trabalho realizado restarão prejudicados.

Para o trabalhador, essa forma de trabalho a princípio parece ser vantajosa por possuir um horário flexível, ser uma opção para melhorar sua qualidade de vida e ainda uma forma de superar as desigualdades de oportunidade na contratação, beneficiando pessoas com idade avançada e com deficiência, mães com filhos pequenos, etc.

Todavia, essa modalidade de trabalho a distância apresenta uma grande desvantagem, a deterioração das condições de trabalho, eis que o teletrabalhador tem dificuldade em separar o tempo livre do tempo de trabalho e se isola, devido ao fato do trabalho ser realizado sem contato com outros trabalhadores, empregador e o ambiente empresarial de trabalho. Ao teletrabalhador, não é proporcionado o clima de interação com os problemas da empresa. Trabalhando em casa, ou longe do ambiente de trabalho, as oportunidades de promoção e participação das atividades da empresa praticamente inexistem. Como consequência, poderá o teletrabalhador apresentar falta de motivação para o trabalho, desconcentração e insônia, além de um quadro crescente de depressão.

²⁰² BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 4 ed. rev. ampl. São Paulo: LTr, 2008. p. 322.

Mara Vidigal Darcanchy comenta:

Como os deficientes físicos geralmente encontram dificuldades para se deslocarem, o teletrabalho surge como uma real oportunidade de serem produtivos. Quase sempre por sua mobilidade reduzida, a interação social para o deficiente é sempre problemática. Uma forte barreira encontra-se no plano arquitetônico e nos meios de transporte, cidades inteiras não foram projetadas para atender estas pessoas. Somente alguns poucos prédios públicos e particulares possuem rampas e elevadores ou possuem pessoas treinadas para atender ou auxiliar os deficientes.²⁰³

(...)

Posto isto, verifica-se que o teletrabalho é a forma ideal para as pessoas portadoras de necessidades especiais obterem vaga no mercado de trabalho sem que precisem transpor diariamente tantas barreiras arquitetônicas e geográficas para conseguirem chegar ao local de trabalho, pois o teletrabalho não depende de local.²⁰⁴

Entendemos que muito embora o teletrabalho seja uma ferramenta valiosa na inserção das pessoas com deficiência no mercado de trabalho, ele deve ser analisado com ressalvas. Se o objetivo do acesso das pessoas com deficiência no mercado de trabalho é acabar com a discriminação e propiciar a todos a convivência no ambiente de trabalho, incentivar esse meio de contratação poderá não ser o mais indicado.

Quando a reserva de vagas for ocupada com teletrabalho, devemos analisar a forma de organização da empresa contratante. Se ela emprega toda a sua mão-de-obra nessa forma de trabalho, eis que não há estrutura física para a colocação no âmbito da empresa, essa forma de contratação considera as mesmas oportunidades dadas aos que possuem e aos que não possuem deficiência física, e nesse caso a contratação é válida apesar de não ser a mais indicada. Todavia, se a empresa utilizou essa forma de contratação apenas considerando a dificuldade do acesso da pessoa com deficiência ao local de trabalho, ou como uma solução para a sua necessidade de adequar o meio ambiente de trabalho à deficiência dos trabalhadores a serem contratados, a manutenção desses empregados como teletrabalhadores certamente será discriminatória. Ponderamos que certamente será discriminatória, pois não podemos desconsiderar ainda a hipótese do acesso ao trabalho dessa pessoa não ser possível, seja em função de sua deficiência, seja pela grande distância do local de trabalho, pelo fato do ambiente de trabalho ser perigoso ou insalubre, ou da por opção do trabalhador.

²⁰³ DARCANCHY, Mara Vidigal. (Coord.). *Responsabilidade social nas relações laborais: homenagem ao professor Amauri Mascaro Nascimento*. São Paulo: LTr, 2007. p. 72.

²⁰⁴ Ibidem, mesma página.

Todavia, de um modo geral, manter pessoas com deficiência apenas na condição de teletrabalhadores em determinada empresa significa continuar apostando no isolamento e na segregação, mesmo quando as barreiras arquitetônicas e meios de transporte não foram projetados para atender a essas pessoas. Devem-se retirar as barreiras e não provocar a prorrogação do isolamento da pessoa com deficiência, já observado historicamente, até os dias de hoje.

6.4 Incentivos ao sistema de cotas

Diante da obrigatoriedade de preencher um percentual do seu quadro de funcionários com pessoas com deficiência e do aumento da fiscalização do Ministério do Trabalho e do Ministério Público do Trabalho, algumas empresas começaram a contratar pessoas com deficiência sem qualquer planejamento.

Para as pessoas com deficiência contratadas, esse procedimento gerou muita insatisfação. Maria Nivalda de Carvalho-Freitas e Antônio Luiz Marques, em estudo sobre a satisfação das pessoas com deficiência no trabalho, esclarecem:

As pesquisas realizadas com pessoas com deficiência, com formação superior completa ou incompleta, sobre a satisfação com fatores relacionados à qualidade de vida no trabalho, têm demonstrado um alto índice de satisfação dessas pessoas com os fatores analisados (...). No entanto, é importante ressaltar as manifestações de insatisfação em relação às oportunidades de crescimento profissional nas duas pesquisas, o que indica que as pessoas com deficiência percebem diferenças no tratamento destinado a elas nesse processo.

Essas pesquisas indicam que a necessidade de refletir sobre a questão do trabalho das pessoas com deficiência, principalmente sobre as possibilidades de trajetória profissional oferecidas ou interditadas; e nessa direção é preciso haver tanto adequações das condições e práticas de trabalho que dêem a elas condições de igualdade, quanto um trabalho efetivo com os gerentes e colegas de trabalho visando construir pautas de conduta mais próximas da concepção de deficiência baseada em pressupostos da inclusão.²⁰⁵

²⁰⁵ CARVALHO-FREITAS, Maria Nivalda de; MARQUES, Antônio Luiz. *Satisfação das pessoas com deficiência no trabalho*. In: CARVALHO-FREITAS, Maria Nivalda de; MARQUES, Antônio Luiz (Orgs.). *Trabalho e pessoas com deficiência: pesquisa, práticas e instrumentos de diagnóstico*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 276.

Para contratar pessoas com deficiência, as empresas necessitam adequar o mobiliário e equipamentos para recebê-las e, em alguns casos, treiná-las para o desempenho das funções que irão desempenhar, diante do baixo índice de escolaridade e do reduzido número de atendimentos nos programas de habilitação e reabilitação. Necessário ainda criar uma política de eliminação de barreiras atitudinais, tais como programas e práticas de sensibilização e de conscientização dos demais funcionários sobre a diversidade humana.

Todos esses procedimentos geram qualidade de vida no trabalho e, quando assegurados, contribuem para a diminuição dos índices de absenteísmo e de *turn-over*, e além disso possibilitam a ascensão profissional. O trabalho da pessoa com deficiência gera riqueza, satisfação pessoal e perspectivas de desenvolvimento.

Porém, muitas vezes os procedimentos mencionados não podem ser suportados integralmente pelas empresas. Para incentivar o cumprimento da legislação, será necessária a implementação de incentivos às empresas, eis que não faz sentido algum contratar pessoas com deficiência apenas em decorrência do temor à fiscalização e multas, esquecendo de sua função.

Atualmente, as empresas não possuem apenas função econômica a desempenhar na sociedade, também possuem função de grande relevância a ser observada: a função social.

Para garantir a função econômica da empresa e incentivar o sistema de cotas brasileiro, entendemos ser possível:

- a) a implementação de incentivos fiscais, tais como dedução de um percentual nos impostos sobre os lucros e capitais ou dedução no percentual da contribuição previdenciária patronal;
- b) a criação de subsídios para que a empresa com mais de 100 funcionários possa providenciar a adequação do mobiliário e equipamentos para receber a pessoa com deficiência;
- c) a criação de subsídios para que a empresa com mais de 100 funcionários possa promover cursos de aperfeiçoamento e treinamento profissional;
- d) a necessidade do cumprimento da cota para que as empresas possam participar de licitações ou para que consigam obter financiamentos públicos;

- e) a implementação de política de incentivo à contratação, através de bônus, prêmios e deduções fiscais;
- f) a revisão do parágrafo 2º do artigo 20 da Lei n. 8.742/93, no sentido de acrescentar a previsão de uma suspensão provisória do pagamento do benefício da assistência especial, quando do início da atividade laboral de qualquer espécie, até que a pessoa com deficiência volte, por qualquer motivo, à inatividade, quando o benefício tornaria a ser pago automaticamente etc.

A contratação de pessoas com deficiência, acompanhada de isenção de parte da contribuição previdenciária patronal, seria certamente um grande incentivo ao aumento das contratações, como já verificado em outros países.²⁰⁶

Além dos incentivos mencionados, as multas aplicadas a quem descumpra a lei de cotas, que são revertidas em prol do Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT), deveriam ser direcionadas a um fundo específico para as pessoas com deficiência. Esse fundo específico é que iria amealhar recursos para a educação, qualificação e reabilitação, remoção de barreiras, redução de tributos e todos os demais incentivos anteriormente sugeridos.

Com a implementação de meios para incentivar o cumprimento da legislação e a utilização de uma política de inclusão social da pessoa com deficiência, é possível quebrar preconceitos, estigmas, estereótipos e, enfim, a discriminação.

²⁰⁶ A Lei n. 24.465/95, quando em vigor na Argentina, não impunha o sistema de cotas, mas era fonte de estímulo à contratação de pessoas com deficiência por prazo de seis meses, que poderiam ser prorrogados sucessivamente por até dois anos, pois oferecia isenção de 50% da contribuição previdenciária patronal. A Lei apenas limitava o número de trabalhadores contratados a 10% do total de trabalhadores do estabelecimento. Essa lei foi revogada pela Lei. n. 25.013/95, que flexibilizou a relação empregatícia na Argentina. Hoje, apesar da manutenção da flexibilização laboral, a Lei n. 25.687/98 incentiva as empresas privadas a contratar pessoas com deficiência, com a dedução de 70% dos impostos sobre lucros e capitais e também da contribuição previdenciária patronal em 50% por até 12 meses, e de 33% do conjunto das contribuições previdenciárias, em caráter definitivo, dependendo do número de pessoas com deficiência contratadas.

CONCLUSÃO

No início da história, não havia oposição às diversas restrições à vida das pessoas com deficiência na sociedade, por valorizar e necessitar da força física humana nas atividades laborais e nas guerras. O sentimento de igualdade de direitos entre todos nasceu da doutrina cristã e das sequelas trazidas pela Segunda Guerra Mundial, desenvolveu-se no âmbito de uma sociedade integrativa e aos poucos a pessoa com deficiência passou a ser também responsabilidade do Estado, tratada em algumas instituições próprias para essa função, como hospitais e casas de repouso.

O estudo dos diversos diplomas internacionais existentes, nos âmbitos global e regional, comprova que o combate à discriminação das minorias, em especial da pessoa com deficiência, deve ser efetuado por diversos mecanismos antidiscriminatórios, postos à disposição de todos, para que se tenha um resultado eficaz. Não basta a previsão legal de punição, é necessário que se incentive a convivência harmoniosa das diferenças e das diversas faces culturais e profissionais, praticando o respeito que toda pessoa humana deve receber, em face de sua dignidade.

O trabalho, que na antiguidade era considerado degradante, atualmente é reconhecido como um valor social, fundamento do nosso Estado Democrático de Direito e fonte de criação de riquezas, através de bens e serviços desenvolvidos por toda a sociedade, devendo ser assegurado a todos, sem exceção.

Verificamos que o ordenamento jurídico brasileiro proporciona diversos direitos às pessoas com deficiência, entre eles o direito ao trabalho. O trabalho da pessoa com deficiência deve ser incentivado e assegurado pelo Estado e pela sociedade, através da acessibilidade em todas as suas faces, e de idênticas oportunidades de emprego.

O sistema de cotas implementado no Brasil, que obriga à contratação de pessoas com deficiência, está em sintonia com os diplomas internacionais globais e regionais, bem como em consonância com os dispositivos e princípios constitucionais.

Os instrumentos normativos estudados demonstram a superioridade da dignidade em relação aos valores econômicos do capital. As políticas públicas que dizem respeito à inclusão das pessoas com deficiência na sociedade também partem desse pressuposto. As dificuldades encontradas pelas empresas no cumprimento das cotas podem ser superadas com alguns incentivos, para que o processo de inclusão das pessoas com deficiência seja menos dispendioso.

A inclusão social das pessoas com deficiência, paradigma do século XXI, é matéria que não deve ficar alheia aos governos e à sociedade, sob a justificativa de falta de verbas públicas ou de não ser o particular responsável pela política social adotada pela nossa Constituição.

O Estado deve dedicar recursos econômicos necessários para assegurar os direitos fundamentais previstos no ordenamento jurídico e para que a pessoa com deficiência tenha condição de participar no mercado de trabalho competitivo.

A questão da inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho deve ser resolvida não apenas com o cumprimento da cota, mas sob o enfoque da dignidade da pessoa humana. A sociedade deve dar à pessoa com deficiência, segundo suas condições pessoais, as mesmas oportunidades dadas aos que não as têm.

O direito à vida, à igualdade, à habilitação e reabilitação profissional, ao trabalho, à educação, à eliminação de barreiras arquitetônicas e acesso ao transporte, à livre expressão, à saúde, à aposentadoria, ao lazer e à assistência especial, além do direito à igualdade e à não discriminação, devem ser conferidos à pessoa com deficiência como instrumento para que ela possa ter independência e autonomia na escolha e desenvolvimento do seu trabalho, produza e alcance sua cidadania.

Algumas modalidades de inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho que foram objeto de estudo, como o teletrabalho, não são recomendáveis, por implicarem em um retorno a tratamentos já superados, como o assistencialismo, que apostavam no isolamento e segregação desses cidadãos, embora apresentado em nosso século com a singela denominação de trabalho flexível. Essas modalidades de inclusão apenas podem ser aceitas se for impossível à pessoa com deficiência realizar esse trabalho no meio

ambiente laboral, por alguma restrição pessoal, pelo fato do ambiente de trabalho ser perigoso ou insalubre, sendo, dessa forma, uma situação excepcional, e não uma opção do empregador.

A inclusão social, por mais que seja objeto de pauta para reivindicação de política pública, não é tema que diga respeito somente à pessoa com deficiência, sua família e ao Estado, mas a toda sociedade, pois pressupõe a cooperação, a solidariedade, o respeito e valorização das diferenças e, acima de tudo, o reconhecimento de que todo cidadão tem direito à dignidade.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Neri. Diversidade no mercado de trabalho. *Revista Anamatra*, ano 15, n. 44, p. 14-21, maio 2003.

ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. 12. ed. São Paulo, Saraiva, 1996.

ACESSIBILIDADE: SP ganha primeiros mapas táteis. *O Estado de S. Paulo*, 11 abr. 2009, ano 130, n. 42.179, Caderno Cidades/Metrópole, p. C6.

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVES, José Augusto Lindgren. *A arquitetura internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Perspectiva, 1994.

_____. *Os direitos humanos como tema global*. São Paulo: Perspectiva, 1994.

ALVES, Rubens Valtecídes. *Deficiente físico: novas dimensões da proteção ao trabalhador*. São Paulo: LTr, 1992.

AMIRALIAN, Maria L. T. et al. Conceituando deficiência. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 34, n. 1, p. 97-103, fev. 2000. Disponível em: <http://www.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102000000100017>. Acesso em: 18 abr. 2009.

ARAUJO, Luiz Alberto David. Em busca de um conceito de pessoa com deficiência. In: GUGEL, Maria Aparecida; COSTA FILHO, Waldir Macieira da; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes (Orgs.). *Deficiência no Brasil: uma abordagem integral dos direitos das pessoas com deficiência*. Florianópolis: Obra Jurídica, 2007. p. 11-24.

_____. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Defesa dos direitos das pessoas portadoras de deficiência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência*. Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 1994.

_____. A proteção constitucional das pessoas com deficiência e o cumprimento do princípio da dignidade da pessoa humana. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coords.). *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 203-211.

ASSIS, Olney Queiroz; POZZOLI, Lafayette. *Pessoa deficiente: direitos e garantias*. 2. ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2005.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed., 8. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2008.

BEBBER, Júlio César. *Mandado de segurança, habeas corpus e habeas data na Justiça do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2008.

BELMONTE, Alexandre Agra. *Instituições civis no direito do trabalho*. 3. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil e aumentada: Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. 5. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BORBA, Joselita Nepomuceno. *Efetividade da tutela coletiva*. São Paulo: LTr, 2008.

BRAIN, Daniel Horacio. O direito do trabalho e os direitos fundamentais. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, n. 33, p. 175-193, jul./dez. 2008.

CAMARGOS, Ana Amélia Mascarenhas. *Direito do trabalho no terceiro setor*. São Paulo: Saraiva, 2008.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*, Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CARVALHO-FREITAS, Maria Nivalda de; MARQUES, Antônio Luiz (Orgs.). *Trabalho e pessoas com deficiência: pesquisa, práticas e instrumentos de diagnóstico*. Curitiba: Juruá, 2009.

CARVALHO-FREITAS, Maria Nivalda de; MARQUES, Antônio Luiz. *Satisfação das pessoas com deficiência no trabalho*. In: CARVALHO-FREITAS, Maria Nivalda de; MARQUES, Antônio Luiz (Orgs.). *Trabalho e pessoas com deficiência: pesquisa, práticas e instrumentos de diagnóstico*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 265-278.

CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

CNJ irá estabelecer novas regras para concurso de juiz. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=2743:concursos-para-juiz-deverprever-cotas-para-portadores-de-deficiencia&catid=1:notas&Itemid=675>. Acesso em: 18 maio 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4. ed. rev. e atual., 2. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2006.

CORRÊA, Lélío Bentes. Discriminação no trabalho e ação afirmativa no Brasil. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, ano 1, n. 2, p. 83-90, jan./mar. 2002.

COSTA, Sandra Morais de Brito. *Dignidade humana e pessoa com deficiência*. São Paulo: LTr, 2008.

DARCANCHY, Mara Vidigal. (Coord.). *Responsabilidade social nas relações laborais: homenagem ao professor Amauri Mascaro Nascimento*. São Paulo: LTr, 2007.

_____. *Teletrabalho para pessoas portadoras de necessidades especiais*. São Paulo: LTr, 2006.

DONATO, Messias Pereira. *Curso de direito individual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2008.

EMPRESAS e o vôo dos gansos. *O Estado de S. Paulo*, 5 abr. 2009, ano 130, n. 42.173, Caderno Empregos, p. C4.

ESPADA, Cinthia Maria da Fonseca. *O princípio protetor do empregado e a efetividade da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: LTr, 2008.

FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. *Direitos da pessoa com deficiência: garantia de igualdade na diversidade*. Rio de Janeiro: WVA, 2004.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Direito constitucional: liberdade de fumar, Privacidade, estado, direitos humanos e outros temas*. Barueri, SP: Manole, 2007.

_____. *Introdução ao estudo do direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FERREIRA, Dâmares. O dever constitucional do Município em garantirão trabalhador portador de deficiência, as prestações materiais necessárias para exercício do direito de igual oportunidade no mercado de trabalho. *Revista LTr Legislação do Trabalho*, São Paulo, ano 73, n. 2, p. 218-227, fev. 2009.

FIORILLO, Celso Antonio; RODRIGUES, Marcelo Abelha; NERY, Rosa Maria Andrade. *Direito processual ambiental brasileiro*. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1996.

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

_____. A ONU e o seu conceito revolucionário de pessoa com deficiência. *Revista LTr Legislação do Trabalho*, São Paulo, ano 72, n. 3, p. 263-270, mar. 2008.

_____. *O trabalho da pessoa com deficiência*. São Paulo: LTr, 2006.

_____. O trabalho protegido do portador de deficiência. In: FIGUEIREDO, Guilherme Jose Purvin de (Coord.). *Direitos da pessoa portadora de deficiência*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Advocacia Pública; Max Limonad, 1997.

GIL, Vilma Dias Bernardes. *As novas relações trabalhistas e o trabalho cooperado*. São Paulo: LTr, 2002.

GOLDFARB, Cibelle Linero. *Pessoas portadoras de deficiência e a relação de emprego: o sistema de cotas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2008.

GUGEL, Maria Aparecida. *Pessoas com deficiência e o direito ao trabalho*. Florianópolis: Obra Jurídica, 2007.

GUGEL, Maria Aparecida; COSTA FILHO, Waldir Macieira da; Ribeiro, Lauro Luiz Gomes (Orgs.). *Deficiência no Brasil: uma abordagem integral dos direitos das pessoas com deficiência*. Florianópolis: Obra Jurídica, 2007.

HADDAD, José Eduardo. O estágio profissional e a alteração na sua regulamentação. *Revista LTr Legislação do Trabalho*, São Paulo, ano 73, n. 5, p. 603-610, maio 2009.

HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

HOUAISS, Antonio. *Novo dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. Disponível em: <<http://houaiss.uol.com.br/busca.jhtm?verbeta=defici%EAncia&stype=k>>. Acesso em: 13 abr. 2009.

HUSEK, Carlos Roberto. *Curso de direito internacional público*. 4. edição. São Paulo: LTr, 2002.

IBGE e CORDE abrem encontro internacional de estatísticas sobre pessoas com deficiência. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=438&id_pagina=1>. Acesso em: 07 abr. 2009.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Direito do trabalho*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. 2.

KALUME, Pedro de Alcântara. *Deficientes: ainda um desafio para o governo e para a sociedade*. São Paulo: LTr, 2006.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ministério Público do Trabalho: doutrina, jurisprudência e prática*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2006.

LEITE, Jorge, F. Jorge Coutinho de Almeida. *Código do Trabalho*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

LIMA, Edilson Soares de. *Discriminação positiva e o portador de necessidades especiais*. 2006. 191 f. Tese (Doutorado em Direito do Trabalho) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, São Paulo, 2006.

LIMA, Firmino Alves. *Mecanismos antidiscriminatórios nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2006.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. *Igualdade de tratamento nas relações de trabalho*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 26-27.

LOPES, Laís Vanessa Carvalho de Figueirêdo. Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência da ONU. In: GUGEL, Maria Aparecida; COSTA FILHO, Waldir Macieira da; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes (Orgs.). *Deficiência no Brasil: uma abordagem integral dos direitos das pessoas com deficiência*. Florianópolis: Obra Jurídica, 2007. p. 41-65.

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

LUCAS, Javier de. La igualdad ante la ley. In: GARZON VALDÉS, Ernesto; LAPORTA, Francisco J. *El derecho y la justicia*. Madrid: Trotta, 2000.

MAFFEI, Walter. *Democratizando o espaço construído: a arquitetura na nova era da inclusão social*. Integração: ensino, pesquisa, extensão, São Paulo, Centro de Pesquisa da Universidade São Judas Tadeu, ano 7, n. 27, p. 288-291, nov. 2001.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Curso de direito do trabalho: a relação de emprego*. São Paulo: LTr, 2008. v. 2.

MANNRICH, Nelson. *Inspeção do trabalho*. São Paulo: LTr, 1991.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Direito do trabalho*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MARANHÃO, Rosanne de Oliveira. *O portador de deficiência e o direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

MARQUES, Fabíola. *Equiparação salarial por identidade no direito do trabalho brasileiro*. São Paulo: LTr, 2002.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Prefácio. In: GUGEL, Maria Aparecida; COSTA FILHO, Waldir Macieira da; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes (Orgs.). *Deficiência no Brasil: uma abordagem integral dos direitos das pessoas com deficiência*. Florianópolis: Obra Jurídica, 2007. p. 15.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data, ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 15. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. 1-2.

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

MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antonio Carlos Flores de. *Introdução ao direito do trabalho*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2007.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 24. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001.

NERI, Marcelo Côrtes. As empresas e as cotas para pessoas com deficiência. *Conjuntura Econômica*, Rio de Janeiro, FGV, v. 57, p. 58-61, set. 2003. Disponível em: <http://www.fgv.br/ibre/cps/artigos/Conjuntura/2003/As%20empresas%20e%20as%20cotas%20para%20pessoas%20com%20deficiência_Setembro2003_RCE.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2009.

NERY JUNIOR, Nelson e Rosa Maria de Andrade Nery. *Código Civil comentado e legislação extravagante*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NIESS, Luciana Toledo Távora; NIESS, Pedro Henrique Távora. *Pessoas portadoras de deficiência no direito brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. A dignidade da pessoa humana e o papel do julgador. *Revista do Advogado*, São Paulo, AASP, ano 27, n. 95, p. 119-135, dez. 2007.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. Do concurso para a magistratura e a reserva de vagas para deficientes. *Synthesis*, São Paulo, n. 37, p. 102-104, jul./dez. 2003.

OLMOS, Cristina Paranhos. *Discriminação na relação de emprego e proteção contra a dispensa discriminatória*. São Paulo: LTr, 2008.

PALMEIRA SOBRINHO, Zéu. O contrato de estágio e as novas inovações da Lei n 11.788/2008. *Revista LTr Legislação do Trabalho*, São Paulo, ano 72, n. 10, p. 1.173-1.188, out. 2008.

ORQUESTRA Bachiana Jovem emociona plateia ao fim da semana Ruy Barbosa. Disponível em: <http://lx-sed-dwp.srv.trt02.gov.br/internet/noticia.php?cod_noticia=2860>. Acesso em: 06 abr. 2009.

PAMPLONA, Maria das Graças Almeida. *Direito constitucional*. São Paulo: Federal, 2005.

PASTORE, José. *A evolução do trabalho humano*. São Paulo: LTr, 2001.

_____. *Oportunidade de trabalho para portadores de deficiência*. São Paulo: LTr, 2000.

PERELMAN, Chaim. *Ética e direito*. 2. tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 8. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Direitos humanos e justiça internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. Direitos humanos e o trabalho: principiologia dos direitos humanos aplicada ao direito do trabalho. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano 28, n. 97, p. 65-81, maio 2008.

PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Código Internacional dos Direitos Humanos anotado*. São Paulo: DPJ, 2008.

PIOVESAN, Flávia; SOUZA, Douglas Martins de (Coords.). *Ordem jurídica e igualdade étnico-racial*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

PISTORI, Gerson Lacerda. *História do direito do trabalho: um breve olhar sobre a Idade Média*. São Paulo: LTr, 2007.

RANGEL, Vicente Marotta Rangel. *Direito e relações internacionais*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

REIS, Thiago; PICHONELLI, Matheus. Mulher com insuficiência renal pode disputar concurso como deficiente, diz Justiça. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u547211.shtml>>. Acesso em: 13 abr. 2009.

REZEK, José Francisco. *Direito internacional público*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

RIBAS, João Baptista Cintra. Por que empregar pessoas com deficiência? In: CARVALHO-FREITAS, Maria Nivalda de; MARQUES, Antônio Luiz (Orgs.). *Trabalho e pessoas com deficiência: pesquisa, práticas e instrumentos de diagnóstico*. Curitiba: Juruá, 2009.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

_____. Trabalho do deficiente. *Jornal Trabalhista*, São Paulo, n. 812, p. 6, maio 2000.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

RULLI NETO, Antonio. *Direitos do portador de necessidades especiais: guia para o portador de deficiência e para o profissional do Direito*. 2. ed. São Paulo: Fiúsa, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARAIVA, Renato. *Curso de direito processual do trabalho*. 4. ed. São Paulo: Método, 2007.

SASSAKI, Romeu Kazumi. *Emprego apoiado como forma de inclusão de pessoas com deficiência severa no mercado de trabalho*, São Paulo: Livraria WVA, 2003.

_____. Inclusão: o paradigma do século 21. *Inclusão: Revista da Educação Especial*, p. 19-23, out. 2005. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/revistainclusao1.pdf>>. Acesso em: 25 jul. 2009.

SICHES, Luis Recasens. *Introducción al estudio del derecho*. México: Porrúa, 1997.

SCHUARTZ, Luis Fernando. *Norma, contingência e racionalidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SILVA, Cristiane Ribeiro da. O direito ao trabalho da pessoa portadora de deficiência e os efeitos da interdição. *Revista LTr Legislação do Trabalho*, São Paulo, ano 71, n. 10, p. 1.228-1.234, out. 2007.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SINGER, Paul. *Globalização e desemprego: diagnóstico e alternativas*. 3. ed. São Paulo: Contexto, 1999.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. O dano social e sua reparação. *Revista LTr Legislação do Trabalho*, São Paulo, ano 71, n. 11, p. 1.317-1.323, nov. 2007.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 3. ed., 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 1998.

SUSSEKIND, Arnaldo. *Direito internacional do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTR, 2000.

SUSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de direito do trabalho*. 20. ed. atual. São Paulo: LTr, 2002. v. 1.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Curso de direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2009. v. 3.

TELLES JUNIOR, Goffredo. *Iniciação na ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

UM HOMEM que acredita que a música sempre vence (J. C. Martins). Disponível em <<http://www.trtsp.jus.br/html/noticias/orquestra2.htm>>. Acesso em: 06 abr. 2009.

UMA ÓPERA comentada para ajudar deficientes: Cavalleria Rusticana contará com tradução e audiodescritor. *O Estado de S. Paulo*, 29 jul. 2009, ano 130, n. 42.288, Caderno Cidades/Metrópole, p. C10.

VALDÉS, Ernesto Garzon; LAPORTA, Francisco J. *El derecho y la justicia*. Madrid: Trotta, 2000.

VELLOSO, Gabriel; Marcos Neves Fava (Coords.). *Trabalho escravo contemporâneo: o desafio de superar a negação*. São Paulo: LTr, 2006.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*. 2. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: LTr, 1999.