

**RESERVA DE CARGOS
E EMPREGOS PÚBLICOS
A PESSOAS COM DEFICIÊNCIA:
INSTITUIÇÕES FEDERAIS
DE ENSINO NO RN**



Deliany Vieira de Alencar Maia

Deliany Vieira de Alencar Maia

**RESERVA DE CARGOS
E EMPREGOS PÚBLICOS
A PESSOAS COM DEFICIÊNCIA:
INSTITUIÇÕES FEDERAIS
DE ENSINO NO RN**



Natal, 2015

Presidenta da República **Dilma Rousseff**
Ministro da Educação **Renato Janine Ribeiro**
Secretário de Educação Profissional e Tecnológica **Marcelo Machado Feres**

**Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia
do Rio Grande do Norte**

Reitor **Belchior de Oliveira Rocha**
Pró-Reitor de Pesquisa e Inovação **José Yvan Pereira Leite**
Coordenador da Editora do IFRN **Paulo Pereira da Silva**
Conselho Editorial **André Luiz Calado de Araújo**
Dante Henrique Moura
Jerônimo Pereira dos Santos
José Yvan Pereira Leite
Maria da Conceição de Almeida
Samir Cristino de Souza
Valdenildo Pedro da Silva

Todos os direitos reservados

FICHA CATALOGRÁFICA

Ficha elaborada pela Seção de Processamento Técnico da Biblioteca Sebastião Fernandes do Campus Natal Central do IFRN.

M217r Maia, Deliany Vieira de Alencar.

Reserva de cargos e empregos públicos a pessoas com deficiência : instituições federais de ensino no RN. / Deliany Vieira de Alencar Maia. – Natal : IFRN, 2015. 263 p. : il. color.

ISBN: 978-85-8333-210-7

1. Emprego público – Deficiente físico – Brasil. 2. Direito das pessoas com deficiência. 3. Cargo público – Brasil. 4. Direito ao trabalho – Deficiente físico. I. Título.

CDU 35.08-056.26(81)

DIAGRAMAÇÃO E CAPA

Charles Bamam Medeiros de Sousa
Guilherme Kramer (Estagiário)

REVISÃO LINGUÍSTICA

Maria Karina Gomes Alves Silvestre - Estagiária

CONTATOS

Editora do IFRN
Rua Dr. Nilo Bezerra Ramalho, 1692, Tirol.
CEP: 59015-300
Natal-RN. Fone: (84) 4005-0763
Email: editora@ifrn.edu.br

Edição eletrônica: E-books IFRN
Prefixo editorial: 68066
Disponível para download em:
<http://memoria.ifrn.edu.br>

“Temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades.”

Boaventura de Souza Santos

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1 – Panorama Mundial de Ratificação da CDPD 145

Figura 2 – Quadro Sinótico 244

Gráfico 1 – Proporção da população com pelo menos uma das deficiências investigadas por grandes regiões do Brasil 190

Gráfico 2 – Taxas de alfabetização de pessoas com pelo menos uma das deficiências, por regiões (%) 191

Gráfico 3 – Taxas de escolarização das pessoas de 6 a 14 anos, para as pessoas com deficiência, por Brasil e regiões (%) 192

Gráfico 4 – Distribuição Percentual da população de 15 anos ou mais de idade por pelo menos uma deficiência investigada e nível de instrução (%) 193

Gráfico 5 – Pessoas de 10 anos ou mais de idade ocupadas na semana de referência por grupos de idade (%) 197

Gráfico 6 – Número de pessoas com pelo menos uma das deficiências investigadas, por grupo de idade. 198

Gráfico 7 – Nível de ocupação da população de 10 anos ou mais de idade, por sexo e tipo de deficiência investigada (%). 200

Gráfico 8 – Pessoas de 10 anos ou mais de idade segundo a posição na ocupação do trabalho principal (%) 202

Gráfico 9 – Rendimento Nominal do Trabalho, Pessoas com Deficiência Ocupadas na Semana, em Salários Mínimos (%). 205

Gráfico 10 – Composição do quadro permanente de pessoal das IFEs (%) 381

LISTA DE ABREVIATURAS

- ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas
- ACP – Ação Civil Pública
- ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade
- ADPF – Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental
- AgR – Agravo Regimental
- APELREEX – Apelação e Reexame Necessário
- Art. – Artigo
- BPC – Benefício de Prestação Continuada
- CIF – Classificação Internacional de Funcionalidade, Deficiência e Saúde
- CIT – Conferência Internacional do Trabalho
- CGU – Controladoria-Geral da União
- CNPJ – Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica
- CONADE – Conselho Nacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência
- CONSEPE – Conselho Superior de Ensino, Pesquisa e Extensão
- CONSUNI – Conselho Universitário
- CORDE – Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa com Deficiência
- CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
- CTPS – Carteira de Trabalho e Previdência Social
- CDPD – Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência
- CLT – Consolidação das Leis do Trabalho
- DASS – Diretoria de Atenção à Saúde do Servidor
- DEJT – Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho
- DIGPE – Diretoria de Gestão de Pessoas
- DIT – Direito Internacional do Trabalho
- DF – Distrito Federal

DJ – Diário da Justiça

DJe – Diário da Justiça eletrônico

DOU – Diário Oficial da União

DUDH – Declaração Universal dos Direitos Humanos

EBTT – Ensino Básico, Técnico e Tecnológico

EC – Emenda Constitucional

EUA – Estados Unidos da América

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

IFE(s) – Instituição (ões) Federal (is) de Ensino

IFRN – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Norte

INSS – Instituto Nacional de Seguridade Social

MCMS – Medida Cautelar em Mandado de Segurança

MI – Mandado de Injunção

MPS – Ministério da Previdência Social

MPT – Ministério Público do Trabalho

MS – Mandado de Segurança

NT – Nota Técnica

OCDE – Organização para a Cooperação Econômica e Desenvolvimento

OEA – Organização dos Estados Americanos

OIT – Organização Internacional do Trabalho

OMS – Organização Mundial da Saúde

ONU – Organização das Nações Unidas

PcD(s) – Pessoa(s) com Deficiência

PGR – Procurador-Geral da República ou Procuradoria-Geral da República

PIDCP – Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos

PIDESC – Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

PJE – Processo Judicial Eletrônico

PNE – Portador de Necessidade Especial
PNUD – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento
PR – Procurador da República
RE – Recurso Extraordinário
ReeNec – Reexame Necessário
REO – Remessa Ex Offício
RESP – Recurso Especial
RHC – Recurso em Habeas Corpus
RJ – Rio de Janeiro
RJU – Regime Jurídico Único
RN – Rio Grande do Norte
RO – Recurso Ordinário
RR – Recurso de Revista
RS – Rio Grande do Sul
SDH/PR – Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República
SIAPE – Sistema de Administração de Recursos Humanos do Governo Federal
SIASS – Sistema Integrado de Atenção à Saúde do Servidor
SIC – Sistema de Informação ao Cidadão
SIT – Secretaria de Inspeção do Trabalho
SNPD – Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos das Pessoas com Deficiência
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
TAE – Técnico Administrativo em Educação
TRF – Tribunal Regional Federal
TRT – Tribunal Regional do Trabalho
TST – Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 11

2 OS FUNDAMENTOS DA POLÍTICA AFIRMATIVA DE PROTEÇÃO A PESSOAS COM DEFICIÊNCIA 21

2.1. DIGNIDADE HUMANA 30

2.2. PRINCÍPIO DA IGUALDADE 56

2.3. MULTICULTURALISMO 77

2.3.1. Universalismo 80

2.3.2. Relativismo cultural 84

2.3.3. Por um diálogo intercultural 88

2.4. AÇÃO AFIRMATIVA: INSTRUMENTO DE PROMOÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS 97

2.4.1. Justiça Compensatória 113

2.4.2. Justiça Distributiva 117

3 O DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA 121

3.1. O SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO A PESSOAS COM DEFICIÊNCIA 121

3.1.1. A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência 134

3.1.2. A Ratificação da CDPD e sua Repercussão no Ordenamento Jurídico Pátrio 147

3.2. O DIREITO AO TRABALHO E AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: ENFOQUE À REALIDADE BRASILEIRA 167

3.2.1. O Direito ao Trabalho e as Regulamentações da OIT 170

3.2.2. Outras Fontes Do Direito Internacional Do Trabalho 177

3.2.3. O Direito ao Trabalho e a Realidade Brasileira 186

4 A SISTEMATIZAÇÃO JURÍDICO-NORMATIVA DA TUTELA DE CARGOS E EMPREGOS PÚBLICOS A PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO ESTADO BRASILEIRO 214

4.1. O CONCEITO DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA 215

4.2. O MICROSSISTEMA BRASILEIRO DE PROTEÇÃO A PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E A POLÍTICA DE COTAS PARA O TRABALHO 247

4.2.1. A Legislação Federal Regulamentadora da Política Afirmativa para o Trabalho das Pessoas com Deficiência 253

4.2.2. A Aplicabilidade da Lei de Cotas ao Setor Público 292

5 FENOMENOLOGIA E PRAGMATISMO: O AMBIENTE DE PROTEÇÃO DO DIREITO AO TRABALHO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO ESTADO BRASILEIRO 306

5.1. A CARACTERIZAÇÃO DA DEFICIÊNCIA E A JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA 307

5.2. A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 182 335

5.3. O MODELO APLICADO PELAS INSTITUIÇÕES FEDERAIS DE ENSINO SEDIADAS NO RN À RESERVA DE CARGOS E EMPREGOS PÚBLICOS A PESSOAS COM DEFICIÊNCIA 353

6 CONCLUSÕES 384

REFERÊNCIAS 276

1. INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988, declara, em seu artigo primeiro, constituir-se em Estado Democrático de Direito, fundado na cidadania e na dignidade da pessoa humana, dentre outros valores, inaugurando, desta forma, uma nova ordem constitucional no Brasil, assim como um novo modelo de Estado: o Democrático de Direito.

É importante que se diga que, assim como as demais constituições características do Estado Democrático de Direito, a atual Carta Magna do Brasil constitui-se em autêntica norma jurídica, cujo papel não se restringe apenas à organização política do Estado e à declaração de direitos fundamentais negativos, mas também possui a função de incorporar direitos prestacionais e diretrizes programáticas vinculantes, as quais condicionam as políticas públicas estatais, indo além, portanto, do proposto pelo Estado Liberal-Burguês¹.

Não se pode negar que o Estado Liberal contribuiu de forma significativa para o desenvolvimento do Constitucionalismo Moderno e Pós-Moderno, uma vez que a ideologia burguesa, base do citado modelo de estado, assentava-se na limitação do poder do Estado pelo Direito, assim como na garantia de direitos fundamentais de primeira dimensão (geração), propugnado por uma igualdade formal entre os indivíduos, ignorando-se a opressão social e econômica existente.

Em que pese os avanços impulsionados pelo Estado Liberal-Burguês, a intervenção mínima do Estado nas relações privadas socioeconômicas ocasionaram uma grande desigualdade social, o que fomentou o surgimento do Estado Social de Direito, cujos ideais fundam-se na justiça e igualdade, mobilizados principalmente para garantir e efetivar os direitos sociais, econômicos e culturais dos homens, motivos pelos quais o Estado passou a incorporar funções ligadas à prestação de serviços públicos, promovendo a igualdade substancial através de políticas públicas redistributivas e assistências.

1 Cf. SARMENTO, Daniel. Constitucionalismo: trajetória histórica e dilemas contemporâneos. In: LEITE, George Salomão; e SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Jurisdição Constitucional, Democracia e Direitos Fundamentais**: Estudos em homenagem ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes. 2ª Série. Salvador: Jus Podivm, 2012.

Em face da crise do Estado Social, onde as políticas públicas começaram a se tornar escassas, colocando em risco a realização dos direitos sociais e fundamentais, o Direito assume a tarefa de transformação e democratização.

Logo, ao Estado Social de Direito acrescentou-se o elemento democrático, o qual busca a legitimação do poder, onde os governantes são, ou pelo menos deveriam ser, controlados pelos governados.

Surge, então, o Estado Democrático de Direito, proclamado na vigente Carta Política brasileira, no qual se intensifica o processo de consolidação democrática, haja vista que a sociedade busca efetivar os direitos constitucionalmente adquiridos, de modo a reduzir, o peso das desigualdades econômicas e sociais, realmente exercendo sua cidadania.

Diante deste contexto, o Poder Judiciário é convocado a intervir nas relações político-sociais, adquirindo uma função de proteção ao ideal democrático, em uma espécie de ativismo judicial².

E é neste panorama, acrescido a uma inefetividade da Constituição Federal, que desponta a temática proposta.

A Constituição Federal, em seu artigo 37, inciso VIII, disciplina normas para que a Administração Pública expressamente faça uso de políticas afirmativas com o fim de garantir o livre acesso das pessoas com deficiências aos cargos e empregos públicos.

Todavia, a norma constitucional delega ao plano infraconstitucional (abaixo da Constituição) a definição dos contornos de implementação de tal política, conforme se observa na redação ao supracitado dispositivo, assim redigido: “a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão”.

A lei que buscou definir tais critérios foi a Lei nº 8.112, de 1990, que em seu artigo 5º, § 2º, passa a completar o sentido da norma constitucional, entretanto sua regulação é insuficiente, razão pela qual fora editado o Decreto nº 3.298, de 1999, que, por sua vez, não parece atender aos fins constitucionais, eis que é crescente o número de demandas judiciais que buscam a efetivação de

2 Cf. BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista Atualidades Jurídicas**. Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. Brasília, DF, n. 4. p. 1-29, Jan/fev de 2009. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 12 de maio de 2012.

tal direito constitucional, principalmente na atualidade, onde despontam a abertura de inúmeros concursos públicos nas diversas esferas de governo no Brasil.

É cediço que as pessoas com deficiência enfrentam inúmeras dificuldades para a sua inserção nas mais diversas esferas da vida social, tais como: o acesso à educação, sob o argumento de que os estabelecimentos de ensino não se encontram preparados para lidar com suas características especiais; o direito ao trabalho, em razão de ainda hoje se encontrar arraigado no seio da sociedade brasileira pré-conceitos das mais variadas vertentes; o acesso ao lazer, em razão das barreiras arquitetônicas que ainda subsistem, dificultando-lhes o acesso a cinemas, shoppings, teatros, etc.

Diante deste contexto, surge a pergunta: Qual o grau de concretização (efetivação) da política de cotas instituída pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 em seu art. 37, VIII, que garante a pessoas com deficiência reserva percentual de cargos e empregos públicos? Este é o problema da presente pesquisa, que se tentará solucionar ao longo do presente livro.

O problema proposto acima pode ser desdobrado nos seguintes questionamentos: Pode-se afirmar que há uma efetiva concretização do direito fundamental insculpido no art. 37, VIII, da Constituição Federal de 1988? A reserva de cargos e empregos públicos deve incidir apenas sobre as vagas dispostas nos concursos públicos ou deve-se levar em consideração o quadro de pessoal da instituição pública? A reserva de cargos e empregos públicos deve incidir em todo e qualquer cargo ou emprego público compatível como a deficiência existente? A interpretação jurídica conferida ao referido dispositivo constitucional pelos órgãos aplicadores é a mais adequada à concretização desse direito fundamental? Quem pode ser considerado pessoa com deficiência? O conceito infra-constitucional é parâmetro suficiente para a concretização desse direito? O ambiente normativo pátrio fornece parâmetros suficientes e claros à efetiva reserva de cargos e empregos públicos, privilegiando a segurança jurídica e o tratamento igualitário? Qual o reflexo da ratificação da Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência no ordenamento jurídico brasileiro, haja vista ter sido incorporada com status de norma constitucional, nos termos do art. 5º, § 3º, da CF/88? Como o Poder Judiciário brasileiro vem se comportando frente a presente temática? Pode-se denominar esta atuação do Poder Judiciário de ativismo judicial? E na prática, como as Instituições Federais de Ensino (IFEs)

presentes no Rio Grande do Norte estão interpretando e aplicando essa política de cotas?

Com o desenvolvimento da presente pesquisa, objetiva-se contribuir para o estudo da concretização do direito fundamental ao trabalho das pessoas com deficiência no Brasil, a luz de um Estado Constitucional.

Para tanto, este livro encontra-se dividido em mais quatro capítulos, além da introdução e conclusão, nos quais se investiga os fundamentos da política afirmativa de proteção a pessoas com deficiência; analisa-se o novo conceito de pessoa com deficiência e suas repercussões no sistema normativo pátrio; pontua-se os contornos da atual implementação do direito ao trabalho das pessoas com deficiência no Brasil; descreve-se o sistema internacional de proteção a pessoas com deficiência, conferindo destaque a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e os efeitos de sua ratificação pelo Estado brasileiro como norma constitucional; investiga-se a sistematização jurídico-normativa da tutela de cargos e empregos públicos a pessoas com deficiência no Brasil; examina-se o tratamento dos tribunais brasileiros dispensado à temática proposta; analisa-se como as instituições federais de ensino instaladas no Estado do Rio Grande do Norte estão implementando o acesso a cargos e empregos públicos a pessoas com deficiência; discutindo-se uma forma mais adequada para a concretização do acesso a cargos e empregos públicos por pessoas com deficiência, com o intuito de potencializar a concretização deste direito constitucionalmente assegurado.

Destaque-se, ainda, que a justificativa para o desenvolvimento desta pesquisa encontra-se fundamentada nas diversas interpretações conferidas ao dispositivo constitucional citado, que vem fomentando acirradas discussões sobre a matéria, eis que alguns juristas e juízes entendem que a concretização do direito de acesso ao serviço público por pessoas com deficiência perpassa apenas por reserva de percentual de vagas nos editais dos concursos públicos abertos, sem, todavia, considerar o número de cargos já ocupados por estas pessoas nos quadros de pessoal dos órgãos ou entidades públicas.

Outros poucos³ entendem, todavia, que a debatida garantia

3 Um adepto desta corrente é SANTOS, Alexandre Gomes Bezerra dos. Reserva de vagas em concursos públicos para candidatos portadores de deficiência: Uma breve análise à luz do artigo 37, incisos II e III, da Constituição Federal. Revista

de acesso ao serviço público não se restringe aos editais de concursos públicos. Ao contrário, é algo muito mais abrangente, pois a discutida reserva percentual de vagas tratada na Carta Magna de 1988 deve incidir sobre o quadro permanente da cada órgão ou entidade e não tão somente quantos aqueles cargos vagos que estão sendo providos em cada edital.

Observa-se, ainda, que grande parte da doutrina enfoca a matéria apenas na vertente de cargos públicos efetivos, olvidando o comando constitucional que engloba além daqueles os empregos públicos, não fazendo restrição quanto ao tipo de vínculo com a Administração Pública, seja este efetivo ou temporário, gerando uma lacuna que este livro busca preencher e trazer à tona também o debate sobre esta vertente.

Some-se a este panorama, o fato de que, nos diversos trabalhos científicos publicados sobre os direitos humanos, é comum se traçar a trajetória histórica desses direitos, subdividindo-os em “gerações” ou “dimensões”, bem como destacar o momento do pós-Segunda Guerra Mundial como marcante na ascensão da importância conferida a proclamação e proteção dos direitos da pessoa humana, em razão das graves violações ocorridas por obra e graça dos regimes políticos autocráticos.

Também é comum destacar suas características intrínsecas, quais sejam: universalidade, indivisibilidade, interdependência e inter-relação, uma vez que para ser detentor de tais direitos exige-se apenas a condição de ser humano, nada mais. Logo, todo homem e mulher possui uma dignidade inerente a todo e qualquer ser humano, motivos pelos quais é possível lhes reconhecer alguns direitos mínimos, sem os quais a pessoa humana seria reduzida a condição de coisa.

É possível também encontrar diversos estudos científicos que se dedicam a apenas um segmento de pessoas, considerado como componente de um grupo vulnerável, em razão de suas peculiaridades socioculturais, tais como mulheres, crianças, idosos, negros (as), pessoas com deficiência, etc.

Entretanto, não são tão numerosas as pesquisas científicas voltadas à averiguação da eficácia in causus dos direitos humanos proclamados. Portanto, o presente trabalho dedica-se a tal propósito, contudo, restringe seu âmbito de análise ao direito

do Ministério Público, Natal. Disponível em: <www.mp.rn.gov.br/userfiles/file/RevistaMP/RevMP0013.pdf>. Acesso em: 20 de maio de 2012.

ao trabalho das pessoas com deficiência, primeiro em razão da vastidão da temática e segundo pelo número crescente de pessoas declaradas com algum tipo de deficiência no mundo, que segundo dados divulgados pela Organização das Nações Unidas (ONU) em seu sítio eletrônico, hodiernamente, a população mundial conta com cerca de 650 milhões de pessoas com deficiência, o que equivale, em números percentuais, a cerca de 10 % da população global; número esse que só faz crescer ano a ano, seja em virtude do crescimento e envelhecimento populacional, como em razão da violência urbana e avanços da medicina, conforme informações veiculadas pela Organização Mundial da Saúde (OMS), disponíveis no sítio eletrônico da ONU.

A pesquisa de campo realizada na construção deste livro teve como objeto o estudo das políticas de provimento dos cargos e empregos públicos a pessoas com deficiência nas Instituições Federais de Ensino (IFE) localizadas no Rio Grande do Norte, uma vez que a referida temática surgiu a partir de uma demanda de trabalho dessa pesquisadora, que é Servidora Pública Federal, lotada no Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Norte – IFRN, mais precisamente na Diretoria de Gestão de Pessoas.

Pontue-se que diante das diversas autorizações de provimento de cargos e empregos públicos nos últimos anos pelo Governo Federal, os editais dos concursos realizados pelo IFRN passaram a prevê a reserva de cargos e empregos públicos a pessoas com deficiência, e, ao se tentar efetivar as reservas citadas, surgiram diversas dúvidas quanto aos contornos de tal direito, haja vista a legislação infraconstitucional ser lacunosa e insuficiente para a resolução de todas as demandas administrativas emergentes na prática cotidiana.

Ademais, verificou-se que essa não era uma dificuldade apenas da mencionada instituição de ensino, mas também de outras instituições consultadas. Inclusive, em pesquisa aos julgados dos tribunais brasileiros, verificou-se que ainda não há uma interpretação unânime e pacífica no Poder Judiciário no que tange ao assunto. Diante do exposto, deixa-se assente que a presente pesquisa buscou contribuir para uma maior efetivação dessa política de cotas, desvelando a realidade brasileira e discutindo-se uma forma mais adequada de concretização de tal direito constitucionalmente assegurado.

2. OS FUNDAMENTOS DA POLÍTICA AFIRMATIVA DE PROTEÇÃO A PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Nos últimos anos, observa-se o crescente interesse da população brasileira pela temática das ações afirmativas. Interesse esse suscitado a partir da adoção, pelo Estado brasileiro, de políticas públicas de ações afirmativas, cujo objetivo principal é fomentar a inclusão social de grupos tidos como minoritários e/ou vulneráveis.

Ressalte-se que a efetivação de tais políticas têm ocasionado fervorosos debates políticos, jurídicos e sociais, emergindo variados argumentos contrários e favoráveis a adoção de tais políticas, dentre os quais se podem destacar a quebra da meritocracia (baseada no mérito pessoal), a necessidade de redistribuição e arguições de inconstitucionalidade dessas medidas.

Todavia, considerando a variedade de grupos beneficiados por esse novo paradigma político de inclusão, bem como a temática proposta neste trabalho, aliado a um também crescente interesse pelo tratamento dispensado às pessoas com deficiência, o foco da investigação dos fundamentos jurídico-constitucionais das ações afirmativas terá como referência o caso das pessoas com deficiência, grupo reconhecidamente considerado vulnerável em nível internacional e nacional.

Para tanto, toma-se como marco teórico a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB), haja vista ser ela o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico pátrio nos últimos 25 anos.

Iniciando uma análise a partir do texto constitucional vigente, verifica-se já em seu Preâmbulo fundamentos axiológicos e jurídico-sociais para o tratamento diferenciado conferido a certos segmentos da população brasileira, eis que o Constituinte Originário, representante do povo brasileiro, incentiva a criação de um novo Estado, desta vez Democrático, cuja finalidade principal é assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, tendo, dentre outros, o bem-estar, “a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”⁴.

4 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Preâmbulo. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/>> Acesso em: 05/03/2013.

Em outras palavras, a República Federativa do Brasil, criada em 1988, possui um fim bem definido: efetivar os direitos sociais e individuais, sempre em observância dos valores supremos do bem-estar, da igualdade e da justiça, não admitindo a existência de preconceitos.

Destaque-se que tais fins não ficaram apenas num incentivo preambular, desprovida de normatividade, conforme sustentam alguns juristas. Eles foram expressamente arrastados para o corpo da Constituição, como se pode comprovar com a redação conferida aos primeiros artigos (art. 1º e 3º) da CRFB, nos quais se proclama os fundamentos e objetivos fundamentais deste Estado Democrático e Social de Direito.

Portanto, é preciso deixar assente que diante da expressa opção dos representantes populares, o Estado brasileiro precisa guiarse por tais valores, fundamentos e fins, os quais devem ser parâmetros de constitucionalidade de todo o sistema jurídico pátrio, bem como de todas as ações do Estado, que fora criado para assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais de seu povo⁵.

Em breve análise do art. 1º, da CRFB, verifica-se que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e possui como fundamentos, dentre outros, a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho.

No que tange a dignidade da pessoa humana, observa-se que dita declaração deixa assente ser ela o valor fundador e base axiológica de todo o sistema normativo pátrio, pois o Estado fora constituído com o objetivo claro de salvaguardar os direitos do ser humano, portanto, suas normas jurídicas devem ser interpretadas à luz de tal valor fundante do Estado brasileiro.

Quanto ao valor social do trabalho, observa-se que, apesar da República Federativa do Brasil empregar um sistema capitalista de produção de bens e serviços, ela funda-se na valorização do

5 O vocábulo povo é aqui empregado como definidor do conjunto de pessoas submetidas à jurisdição do Estado nacional, conforme ensinamentos de Friedrich Muller. Segundo Friedrich Müller (Quem é o povo? A questão fundamental da democracia. Introdução de Ralph Christensen, tradução Peter Naumann, revisão Paulo Bonavides. 3 ed. São Paulo: Max Limonad, 2003), o povo-destinatário é aquele povo composto pela “totalidade dos efetivamente atingidos pelo direito vigente e pelos atos decisórios do poder estatal – totalidade entendida aqui como a das pessoas que se encontram no território do respectivo Estado”.

trabalho, o que acarreta uma postura garantista em seu texto constitucional de diversos direitos ao trabalhador urbano e rural – justificando o extenso rol de direitos consagrados a partir do art. 7º –, assim como no desenvolvimento de políticas públicas voltadas ao pleno emprego e, ainda, no combate e eliminação das discriminações nas relações de trabalho.

Além de seus fundamentos, a CRFB também enuncia seus objetivos fundamentais (art. 3º), ou seja, suas metas ou fins a serem alcançados pelo Estado brasileiro, destacando-se, por sua relevância à temática em estudo, os seguintes: construir uma sociedade livre, justa e solidária; reduzir as desigualdades sociais; erradicar a pobreza e a marginalização; promover o bem de todos, sem quaisquer preconceitos ou discriminações.

Analizando o conteúdo do mencionado art. 3º, da CRFB, observa-se estar com a razão Carmen Lúcia Antunes Rocha⁶ quando sustenta o comprometimento do Estado brasileiro com a igualdade material e com as ações afirmativas, uma vez que o constituinte, ao definir os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, fez uso apenas de verbo de ação, deixando clara a necessidade de adoção de uma postura ativa e afirmativa pelo Estado brasileiro na consecução de seus objetivos fundamentais.

Neste contexto, tais objetivos constituem-se em obrigações estatais para com a mudança do quadro político e social até então existentes, eis que, de acordo com os objetivos fundamentais, busca-se a plena democracia e o respeito à dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais⁷.

Ressalte-se que, em análise aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, observa-se que o país não era, à época da promulgação da Constituição Federal de 1988, e ainda não o é, composto por uma sociedade livre, justa e solidária, pois se assim o fosse não teria como objetivo “promover” uma sociedade com tais características, apenas teria como meta “conservá-la”. Ademais, pode-se, ainda, acrescentar que, naquela época, o país era composto por uma sociedade não-livre, ante a inexistência de todas as condições necessárias ao pleno exercício da liberdade,

6 ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação Afirmativa: O Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica. Revista da Informação Legislativa, v. 33, nº 131, p. 289, jul./set. de 1996. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/176462>. Acesso em: 05/02/2014

7 Idem, p. 289.

bem como injusta, haja vista as inúmeras desigualdades existentes nos diversos âmbitos sociais, e, ainda, não-solidária, considerando que funda-se nos mais variados preconceitos e discriminações⁸.

Será que, nesses 25 anos de atuação da CRFB, o panorama sócio-político apresentado modificou-se, a ponto se poder compreender como cumprindo tais objetivos fundamentais do Estado brasileiro?

Parece que não! Todavia, a constituição cidadã empreende esforços na construção dessa sociedade livre, justa e solidária, cujas mudanças sociais são imprescindíveis para concretizar dito objetivo, mudanças estas que perpassam pela efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade material, do respeito à diferença e dos direitos fundamentais, conforme se demonstrará no decorrer deste trabalho.

Registre-se que os objetivos fundamentais encontram-se intimamente alinhados com os fundamentos elencados na CRFB, logo, para que as ações estatais possam ser consideradas constitucionais, elas devem demonstrar estrita observância aos fundamentos e objetivos fundamentais declarados, ao contrário, padecerão de vício de inconstitucionalidade.

Nesse diapasão, cabe averiguar a compatibilidade da política de proteção a pessoas com deficiência no Brasil aos fundamentos e objetivos fundamentais da CRFB.

Realizando uma leitura do texto da Constituição em debate, encontram-se diversos dispositivos constitucionais que se referem expressamente às pessoas com deficiência, dentre os quais se podem citar: art. 7º, XXI (proíbe a discriminação da pessoa com deficiência no tocante a salários e critérios de admissão no trabalho); art. 24, XIV (competência concorrente entre União, Estados, DF e Municípios para legislar sobre a proteção e integração social da PcDs); art. 37, VIII (reserva percentual de cargos e empregos públicos a pessoas com deficiência); art. 40, § 4º, I e art. 201, § 1º (permissão para adoção de critérios diferenciadores para a concessão de aposentadoria das PcDs); art. 203, IV (um dos objetivos da assistência social é a habilitação e reabilitação das pessoas com deficiência, bem como a promoção de sua integração social); art. 203, V (garantia de um benefício assistencial às PcDs que não tiverem condições de prover sua própria subsistência ou de tê-la provida por sua família); art. 208, III (dever do Estado em dispo-

8 ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Op. Cit., p. 289.

nibilizar atendimento educacional especializado as pessoas com deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino); e art. 227, § 2º e art. 244 (direito à acessibilidade em prédio e logradouros públicos e em transportes públicos).

Ante ao amplo rol de dispositivos constitucionais acima listados, pode-se observar que o Estado brasileiro garante diversos direitos especiais às pessoas com deficiência, em face de seu histórico de segregação social e discriminação que será abordado posteriormente neste estudo.

Saliente-se que referida política de proteção a pessoas com deficiência instituída pela CRFB recebeu um substancial fortalecimento e alargamento ocasionado pela ratificação da Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD), ocorrido em 10 de julho de 2008, através do Decreto Legislativo nº 186, uma vez que tal convenção fora incorporada ao ordenamento jurídico doméstico com status de norma constitucional, ante a observância ao rito exigido pelo art. 60, § 2º da CRFB, conforme permissibilidade do art. 5º, § 3º, da CRFB. Logo, a CDPD é normal constitucional e como tal é dotada de supremacia normativa, conformando a legislação infraconstitucional.

Ressalte-se que além dos direitos elencados nos artigos, parágrafos e incisos citados, às PcDs são assegurados todos os outros direitos e deveres garantidos para todo e qualquer brasileiro e estrangeiro residente no país, independentemente de menção expressa a tal grupo de pessoas, uma vez que fazem parte do povo brasileiro, sendo iguais em direitos e obrigações, nos termos da Constituição.

Por oportuno, cabe salientar que a proteção aos grupos vulneráveis, num plano internacional, funda-se, primordialmente, nos direitos humanos, cuja base axiológica é formada pelos princípios da dignidade humana, da igualdade e da não discriminação. Princípios esses que se encontram inseridos nos fundamentos e objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, conforme análise realizada em linhas anteriores, motivo pelo qual se passará a uma análise mais detalhada dos fundamentos citados.

2.1 DIGNIDADE HUMANA

Apesar de constituir-se em fundamento da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana não é uma criação da ordem constitucional moderna, mas antes um valor

moral conhecido desde a Antiguidade Clássica. Entretanto, foi o Cristianismo que primeiramente difundiu a dignidade como inerente ao indivíduo, em virtude do homem ser a imagem e semelhança de Deus, logo, todo e qualquer ser humano é detentor de dignidade⁹.

Realizando uma breve trajetória sobre a história da dignidade humana, facilmente se verificará que a concepção de dignidade é variável no tempo e no espaço. Na Grécia Antiga, por exemplo, nem todos os habitantes da polis gozavam da mesma consideração e respeito; as pessoas com deficiência, por sua vez, eram consideradas indignas, muitas crianças com deficiência eram mortas, eis que eram vistas como estorvos.

Os estoicos, por sua vez, compreendiam a dignidade da pessoa humana como qualidade inerente ao ser humano, a todos os seres humanos. Tal qualidade o diferenciava de qualquer outra criatura, já que somente este era livre e responsável por suas atitudes, por seu destino. Ademais, para eles, todos os homens eram detentores da mesma dignidade¹⁰.

Todavia, somente no Pós-Segunda Guerra Mundial, o princípio da dignidade adquiriu um viés jurídico com a reaproximação do Direito à moral, haja vista a experiência traumática advinda do Holocausto, onde milhares de Judeus, ciganos, entre outros, foram mortos sob o manto da legalidade.

Ressalte-se que, nesta época, vigia a doutrina do Positivismo Jurídico, onde o operador do direito não questionava a justiça da norma, apenas aplicava o direito posto, por isso, foi possível aplicar as Leis de Nuremberg, mesmo sendo estas atentatórias à humanidade, uma vez que, do ponto de vista jurídico-formal, elas eram normas válidas no ordenamento jurídico positivo da Alemanha¹¹.

9 No mesmo sentido, vide, MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade da pessoa humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Constituição, direitos fundamentais e Direito Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 112-113.

10 Sobre o assunto, cf. SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 9. ed. rev. atual. 2. tir. E-book. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, sem paginação.

11 Sobre o assunto, vide, MARMELESTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

Após este genocídio, o princípio da dignidade da pessoa humana adquiriu grande força normativa, ao ponto de ser concebido como um valor supra positivo, acima da lei e do próprio Estado, e, por conseguinte, logrou lugar de destaque em diversas Constituições, desde então, revelando-se como fundamento e fim da sociedade e dos Estados¹². Isto é, reconhece-se a pessoa humana como valor supremo, eis que esta se encontra no ápice da sociedade, não existindo sociedade e Estado sem a presença do ser humano¹³.

Até mesmo o Holocausto, conforme afirma Marmelstein¹⁴, fundou-se na dignidade humana, contudo a concepção de dignidade que fora difundida pelos nazistas era diferente daquela que passou a ser vinculada pela ONU com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. De acordo com a concepção nazista, o “mundo não foi feito para os povos covardes”, para ser digno de permanecer vivos, os povos devem lutar por seus direitos e por sua sobrevivência, logo, quando uma raça é subjugada por outra, verifica-se a existência de uma raça superior que detém o direito de exterminar as raças subalternas, pois indignas, eis que “pouco pesaram na balança do destino”.

Essa diversidade de concepções sobre a dignidade humana se refletiu inclusive no pensamento jusfilosófico da história humana, tendo alguns, como Hegel, defendido que a dignidade é algo a ser conquistado por cada pessoa, não sendo a ela inerente deste seu nascimento, ou seja, segundo o citado autor, o ser humano não nasce digno, mas passa a sê-lo no momento em que assume sua condição de cidadão¹⁵.

Nesse sentido, para Hegel, a dignidade encontra-se vinculada a ideia de eticidade, sendo ela resultado de um reconhecimento,

12 No mesmo sentido, cf. MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo IV, 3ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

13 Nesse sentido, cf. OLIVEIRA, Eutálio José Porto. O Estado, a ordem econômica e a dignidade da pessoa humana. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da. (Coord.). Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Quartier Latins, 2009.

14 MARMELESTEIN, George. Op. Cit., p. 4.

15 No mesmo sentido, cf. SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 9. ed. rev. atual. 2. tir. E-book. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, sem paginação.

onde “cada um deve ser pessoa e respeitar os outros como pessoa”¹⁶.

Outros, contrariando Hegel, entenderam que a dignidade era um dado e não um construído,¹⁷ inerente a todo e qualquer ser humano.

Emanuel Kant foi um destes pensadores, tendo ele defendido que a dignidade é um atributo inerente ao homem enquanto pessoa, não importando suas qualificações de idade, sexo, raça, nacionalidade, religião, etc. Neste contexto, o referido autor formula seu imperativo categórico, qual seja: “age de modo a tratar a humanidade, não só em tua pessoa, mas na de todos os outros homens, como um fim e jamais como um meio”¹⁸.

Portanto, segundo Kant, quando o homem é transformado em objeto, quando o ser humano é coisificado (tratado como coisa), sua dignidade está sendo violada, eis que o ser humano é detentor de dignidade, e como tal é singular e insubstituível, não possuindo equivalente, diferentemente das coisas que possuem preço, eis que podem ser substituídas ou compradas. O homem é o único ser cuja existência, em si mesma, é um valor absoluto; é um fim em si mesmo.

Como se pode observar, definir um conceito de dignidade da pessoa humana é tarefa árdua, eis que este não será imune a críticas, haja vista ser considerado por muitos como uma expressão vaga, plurissignificativa. Há aqueles que quando tratam do princípio em comento não buscam defini-lo, mas sustentam aquilo que, na

16 SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 9. ed. rev. atual. 2. tir. E-book. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, sem paginação.

17 De acordo com Hannah Arendt, os direitos humanos não se constituem num dado, mas sim num construído, ou seja, trata-se de uma invenção humana, que se encontra em franco processo de construção e reconstrução (ARENDR, Hannah. As origens do Totalitarismo. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: 1979 apud PIOVESAN, Flávia. Dignidade humana e a proteção dos direitos sociais nos planos global, regional e local. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da. (Coord.). Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Quartier Latins, 2009, p. 402).

18 COMPARATO, Fábio Konder. Fundamento dos Direitos Humanos. [São Paulo]: Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo, [1997]. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/a_pdf/comparato_fundamentos_dh.pdf>. Acesso em: 16/04/2013.

perspectiva de cada um, entendem ser imprescindível ao conceito deste valor supremo.

Partindo dessa premissa, é possível encontrar estudos onde se defende ser a dignidade da pessoa humana formada pela conjugação dos direitos de liberdade com os direitos sociais, uma vez que eles possibilitam a preservação da esfera pessoal e o acesso aos bens necessários a uma sobrevivência digna¹⁹.

Há ainda renomados autores que também advogam a tese de vinculação jurídico-positiva entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais. Para estes, os direitos, liberdades e garantias pessoais, assim como os direitos econômicos, sociais e culturais possuem como fonte ética direta e evidente a dignidade da pessoa humana. Todavia, não se pode olvidar que tal ligação teve início com o Estado Social de Direito, mais precisamente, com os tratados, declarações e convenções internacionais do segundo pós Guerra²⁰.

Jorge Miranda²¹, discorrendo sobre a temática em análise, sustenta que a dignidade da pessoa humana é “princípio axiológico fundamental e limite transcendente do poder constituinte”, configurando-se como verdadeiro metaprincípio, eis que “coenvolve” todos os demais princípios relativos aos direitos e deveres da pessoa humana, bem como à posição do estado perante aquelas.

Apesar disso, frise-se que este valor absoluto conferido a dignidade refere-se não a comunidade humana, grupo ou classe a que pertença o homem, mas sim ao ser humano concreto, real. Logo, somente o ser humano individual e real é o verdadeiro detentor desse valor absoluto, não se afigurando possível permitir o sacrifício de direitos e/ou personalidade individual do homem concreto em benefício de pretensos interesses coletivos.

19 Nesse sentido, cf. OLIVEIRA, Eutálio José Porto. O Estado, a ordem econômica e a dignidade da pessoa humana. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da. (Coord.). Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Quartier Latins, 2009.

20 MIRANDA, Jorge. A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 168.

21 Idem, p. 170.

Neste diapasão, saliente-se que a dignidade não pressupõe existência de capacidade de autodeterminação, ela é inerente a todo e qualquer ser humano, dela não se afastando as crianças ou as pessoas com deficiência. Ademais, a dignidade independe dos comportamentos adotados por cada pessoa, pois mesmo aqueles que cometem os mais bárbaros crimes, ainda que sancionados pela ordem jurídica, são detentores de dignidade e não a perdem nem nestas circunstâncias.

Tomando como ponto de partida o art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948, é possível sustentar que a dignidade da pessoa humana “implica em liberdade, igualdade e justiça”, conferindo unidade aos direitos fundamentais, nas suas diversas dimensões, e à organização econômica através do “princípio da igualdade de riqueza e dos rendimentos”²².

Melhor explicando, a dignidade humana encontra-se imbricada a três premissas essenciais, atuando em três frentes, a saber: 1) considera-se o ser humano em sua individualidade, sendo este o ser humano real e não o ser abstrato e ideal, protegendo seus direitos individuais de personalidade (– 1ª premissa: homem real detentor de personalidade e dos direitos dela decorrentes); 2) visualiza-se o ser humano como ser social que necessita estar incluído no seio da sociedade, de modo que possa exercer seu papel de cidadão, com os desdobramentos a ele inerentes (– 2ª premissa: homem inserto na sociedade na condição de cidadão); 3) reconhece-se uma vertente econômica ao princípio, pois se verifica a necessidade de promoção de meios para a subsistência do indivíduo, um mínimo existencial, como preferem alguns (– 3ª premissa: necessidade de promover meios de subsistência ao indivíduo).

Em sentido análogo, é possível encontrar quem compreenda a dignidade da pessoa humana em três dimensões, a saber: a) dimensão intrínseca do homem; b) reconhecimento recíproco; e c) valor. Como valor, a dignidade precisa ser compreendida como um bem específico e autônomo, uma “dimensão aberta e carecedora

22 SILVA, Marco Antonio Marques da. Cidadania e democracia: instrumentos para a efetivação da dignidade humana. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 224.

de prestações”, a qual justifica e legitima a garantia de condições dignas de existência pautadas no vetor da solidariedade²³.

Destaque-se que o acolhimento de tal dimensão valorativa da dignidade, segundo Paulo Hamilton Siqueira Jr.²⁴, “representa a vitória contra a intolerância, o preconceito, a exclusão social, a ignorância e a opressão”. Portanto, o princípio da dignidade da pessoa humana passa a ser definido pelo citado autor como um “conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio do homem”. Nesse sentido, a dignidade seria, em verdade, um valor supremo, o qual incorpora em si os direitos fundamentais, servindo-lhes de seu principal fundamento.

Em face do exposto, é salutar destacar que a dignidade da pessoa humana constitui-se em um conjunto de direitos inerentes ao ser humano, sem os quais o homem se transformaria em res, coisa, por isso, hodiernamente, a dignidade é pedra angular fundante de qualquer ordem jurídica²⁵.

A dignidade da pessoa humana pode ainda ser encarada como uma “respeitabilidade mínima” em relação a cada pessoa, independentemente de qualquer atributo pessoal, como sexo, idade, origem nacional, opção sexual ou religiosa, etc. Logo, nesse sentido, a dignidade é tida como fonte ética dos direitos, demonstrando sua função unificadora do sistema jurídico, conforme se tratará mais adiante²⁶.

É importante destacar que a dignidade da pessoa humana também possui o enfoque de tarefa imposta ao Estado, servindo

23 CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada, v. 1. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, Coimbra, 2007, p. 199.

24 SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. A dignidade da pessoa humana no contexto da pós-modernidade. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 253.

25 Sobre o assunto, cf. AGRA, Walber de Moura. Curso de direito constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

26 No mesmo sentido, vide, CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti; CRACKEN, Roberto Nussinkis Mac. Aplicação concreta do princípio da pessoa humana – limites para contratar – impossibilidade de se conviver com cláusulas puramente potestativas. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

de guia às ações estatais, seja no sentido de preservar a dignidade já existente, seja no sentido de promovê-la, especialmente mediante a criação de condições que viabilizem seu exercício e fruição.

Cabe aqui pontuar que o Estado só possui o dever fundamental de agir na promoção da dignidade da pessoa humana quando o indivíduo não puder, ele mesmo, satisfazer suas necessidades existenciais básicas, consubstanciando-se, portanto, na aplicação do princípio da subsidiariedade.

Ante as concepções de dignidade da pessoa humana colacionadas acima, observa-se que a noção de dignidade ainda hoje é reconduzida, principalmente, à matriz kantiana, pois se confere ênfase ao viés da autonomia e autodeterminação de cada pessoa como conteúdo deste metaprincípio.

Em face de todo o exposto, até o momento, verifica-se o quão plurissignificativo e poroso é o princípio da dignidade da pessoa humana. Entretanto, considerando a necessidade de delimitar um marco teórico para o presente estudo, adota-se a definição exarada por Ingo Wolfgang Sarlet como a ideia de dignidade perseguida neste trabalho, por considerá-la adequada aos fins almejados.

Portanto, segundo o referido autor, pode-se definir a dignidade da pessoa humana como:

[...] qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover uma participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida²⁷.

27 SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamen-

Na transcrição acima, verifica-se que o Autor vincula os direitos fundamentais ao princípio da dignidade, não sem razão, uma vez que esse é a base axiológica daqueles direitos. Em linhas gerais, pode-se afirmar que os direitos fundamentais decorrem da positivação constitucional dos direitos humanos, os quais surgiram a partir do reconhecimento da dignidade intrínseca ao ser humano, cujo exercício deve estar acompanhado por um mínimo de direito que assegurem as condições mínimas para uma existência digna.

Demonstrando a íntima relação existente entre dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais, pode-se, mediante a conjugação das definições exaradas por André Franco Montoro²⁸ e Antonio Rulli Neto²⁹, conceituar tais direitos como conjunto de direitos e garantias da pessoa humana historicamente construídos e reconhecidos pelo Estado-legislador, cuja finalidade principal é o respeito à dignidade, à liberdade e à igualdade, acarretando o estabelecimento de um mínimo existencial que possibilite o desenvolvimento da personalidade humana.

Desta feita, os direitos fundamentais³⁰ são sinônimos de proteção do ser humano contra o arbítrio estatal³¹ e de particula-

tais na Constituição Federal de 1988. 9. ed. rev. atual. 2. tir. E-book. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, sem paginação.

28 MONTORO, André Franco. *Cultura dos Direitos Humanos*, Março de 1998, São Paulo (mimeo) apud SILVA, Marco Antonio Marques da. *Cidadania e democracia: instrumentos para a efetivação da dignidade humana*. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 225.

29 RULLI NETO, Antonio. *Dignidade humana e direitos fundamentais dentro de um contexto efetivista*. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 336.

30 Ainda ressaltando a interligação do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, pode-se, resumidamente, afirmar que “fundamentais são os direitos, os quais, por essência ou natureza, são imprescindíveis à afirmação do homem e de sua dignidade. São reconhecidos como tais pelo Estado e pela sociedade em qualquer circunstância de tempo e lugar, os quais não se destinam a privilegiar castas ou setores sociais individualizados, antes se dirigindo a todos os homens” (BONIFÁCIO, Artur Cortez. *O direito Constitucional Internacional e a proteção dos direitos fundamentais*. Coleção Professor Gilmar Mendes. Vol. 8. São Paulo: Método, 2008, p. 59).

31 De acordo com Canotilho, há uma dupla perspectiva na função de direitos

res, constituindo-se em direitos inalienáveis, imprescritíveis, irrenunciáveis, históricos, universais e de aplicação imediata.

Ainda sobre os direitos fundamentais, cabe aqui ressaltar que eles são submetidos a um regime diferenciado de garantia de eficácia e efetividade, pois, primeiramente, de acordo com o art. 5º, § 1º, da CRFB, os direitos fundamentais constituem-se em normas de eficácia imediata, conforme classificação adotada por José Afonso da Silva. Isto é, tais normas já são dotadas de todos os atributos necessários para produzir seus efeitos, vinculando, repita-se, não só os poderes públicos, mas também os particulares.

Ademais disso, a CRFB, agora em seu § 2º do mesmo art. 5º, reconhece a existência de direitos e garantias fundamentais não expressos no texto constitucional, todavia, “decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados”, ou ainda dos tratados internacionais ratificados pelo Estado brasileiro.

Acrescente-se ao exposto, a redação do art. 5º, § 3º, incluído pela Emenda Constitucional (EC) nº 45 de 2004, segundo o qual é possível conferir status constitucional formal aos tratados e convenções internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil, que versem sobre direitos humanos, mediante a observância do mesmo procedimento descrito para as emendas constitucionais, conforme disposições do art. 60 da CRFB.

Nesse regime diferenciado inclui-se ainda a possibilidade de realizar intervenção federal no intuito de assegurar os direitos fundamentais, de acordo com o art. 34, VII, b, da CF/88³².

Há quem acrescente as disposições do art. 136 a 141 e 144, todos da CRFB, como componentes do mencionado regime diferenciado³³. Em conformidade com tais artigos, verifica-se

de defesa dos cidadãos, eis que: “(1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 89).

32 Nesse sentido, cf. PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Criança e dignidade da pessoa humana*. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

33 Um defensor dessa tese é PAULA, Paulo Afonso Garrido de, Op. Cit.

uma rígida disciplina a que se encontram submetidos os decretos de estados de sítio e de emergência, eis que, nem mesmo nestas situações excepcionais, permite-se a desconsideração da dignidade da pessoa humana, devendo o Estado manter intacto seu papel de garantidor das liberdades fundamentais³⁴. Já o art. 144 da CRFB estabelece que um dos fins da segurança pública no país é a preservação da incolumidade das pessoas.

Em face do exposto, não restam dúvidas da íntima relação existentes entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, de modo que a concretização do primeiro depende da efetiva concretização destes últimos. Em outras palavras, observa-se que a dignidade, na sua acepção de valor fundamental da ordem jurídica pátria, pressupõe o reconhecimento, a proteção e a concretização dos direitos fundamentais, nas suas diversas dimensões (gerações), apesar de que nem todos os direitos fundamentais insculpidos na Constituição Federal de 1988 possuam fundamento direto na dignidade da pessoa humana³⁵.

Nesse contexto, resta assente que os direitos sociais, econômicos e culturais também se constituem em exigência de concretização da dignidade da pessoa humana, onde o direito ao trabalho (digno) é um dos principais direitos da pessoa humana, uma vez que o trabalho é a forma capitalista usual de cada uma prover sua subsistência e a de sua família.

Conforme se pode verificar com os conceitos e definições colacionadas acima, não existe ainda hoje um consenso sobre o conceito, alcance e limites da dignidade humana, por isso, aqui, não se busca realizar um estudo exaustivo sobre a dignidade da pessoa humana, colacionando as diversas concepções e divergências. Este trabalho tem como marco teórico a concepção de dignidade da pessoa humana em sua acepção jusnaturalista, ou seja, compreende-se a dignidade humana como inerente a todo e qualquer ser humano, independentemente de suas qualificações pessoais, sociais, culturais, etc.

Neste contexto a Declaração Universal dos Direitos Humanos, publicada no pós-guerra, veio consolidar esta ideia, tendo deixado assente em seu art. 1º que “Todos os seres humanos nascem

34 PAULA, Paulo Afonso Garrido de, Op. Cit., p. 1046.

35 Em argumento semelhante, vide, SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 9. ed. rev. atual. 2. tir. E-book. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, sem paginação.

livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.”. Ou seja, a prosperidade buscada a nível nacional e internacional deve respeitar direitos básicos dos seres humanos, tratando-os como sujeitos de direitos e não como meios para alcançar fins econômicos, políticos e/ou desenvolvimentistas, à custa do menosprezo a dignidade humana.

Em atenção a este valor supremo, cabe ressaltar que a única condição sine qua non para ser detentor de dignidade, e, conseqüentemente, de um conjunto de direitos a ela inerente, é a condição humana, onde todas as pessoas são iguais enquanto seres humanos, dignos do mesmo respeito e consideração, até mesmo aqueles que tenham cometido as maiores atrocidades, sem, contudo, olvidar as diferenças decorrentes de fatores socioeconômicos.

Considerando o recorte metodológico acima referido, tem-se aqui a dignidade da pessoa humana como um princípio³⁶, e como tal norma jurídica, conforme doutrina de Robert Alexy³⁷.

Partindo desta premissa, cabe aqui destacar que, como todo e qualquer princípio, a dignidade da pessoa humana possui eficácia jurídica, a qual, segundo Ana Paula de Barcellos³⁸, possui várias modalidades que variam de acordo com sua extensão, a saber: 1) Positiva ou simétrica; 2) Negativa; e 3) Interpretativa.

A eficácia positiva ou simétrica é, geralmente, atribuída as regras, todavia, atualmente, se vem atribuindo-a também aos princípios. Considerando que eficácia pode ser concebida como consequência jurídica derivada da observância de uma norma, pode-se afirmar que a eficácia positiva é aquela que reconhece as disposições da norma jurídica como um direito subjetivo de seu titular, logo, traduz-se na exigibilidade de uma prestação, inclusive

36 De acordo com Paulo de Barros Carvalho (2009, p. 1141.), “os princípios aparecem como linhas diretas que iluminam a compreensão de setores normativos, imprimindo-lhes caráter de unidade relativa e servindo de fator de agregação num dado feixe de normas. Exercem eles uma reação centrípeta, atraindo em torno de si regras jurídicas que caem sob seu raio de influência e manifestam a força de sua presença.”.

37 ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

38 BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

judicialmente, prestação esta que se encontra atrelada ao núcleo essencial do princípio. Portanto, a eficácia positiva ou simétrica possibilita a obtenção da tutela específica disposta no núcleo do princípio³⁹.

A eficácia interpretativa, de modo geral, permite se exigir perante o Poder Judiciário que as normas de hierarquia inferior sejam interpretadas em conformidade com as normas de hierarquia superior a elas vinculadas, de forma que o interprete faça a opção por aquela interpretação que melhor concretize o efeito insculpido no princípio constitucional sob análise, pois conforme Konrad Hesse⁴⁰, “interpretação constitucional é concretização”. No caso do princípio da dignidade da pessoa humana, sua eficácia interpretativa permitirá que se busque a interpretação que mais amplamente concretize o núcleo essencial deste princípio.

Quanto à eficácia negativa, esta autoriza que sejam declaradas inválidas todas as normas que confrontem com os fins do princípio em estudo. Ressalte-se que dita eficácia possui como desdobramento a vedação ao retrocesso quando se trata do princípio da dignidade humana e de princípio informador de direito fundamental.

Esta eficácia “vedativa de retrocesso” impede que normas conformadoras de direitos fundamentais sejam revogadas sem que em seu lugar reste um aparato legal que viabilize o exercício do direito fundamental antes regulado, bem como veda que a regulamentação posterior ocorra de modo a restringir ou aniquilar direito fundamental anteriormente conquistado e implementado. Portanto, tendo em foco o princípio da dignidade da pessoa humana, a eficácia “vedativa de retrocesso” funciona como barreiras impostas a ações legislativas que visem violar ou restringir a dignidade humana⁴¹.

39 Nesse sentido, cf. BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. Revista de Direito Processual Geral. Rio de Janeiro, 57, 2003, p. 335. Disponível em: <http://download.rj.gov.br/documentos/10112/775075/DLFE-46628.pdf/Revista57Doutrina_pg_305_a_344.pdf> Acesso em: 14/12/2013.

40 HESSE, Konrad. Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 61.

41 Sobre o assunto, vide, BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de.

Ante ao exposto, resta evidente que para que se possa bem delimitar cada uma das eficácias referidas, mister se faz conhecer o conteúdo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana, seu núcleo, o qual, segundo Barcellos⁴², pode ser traduzido numa ideia de um mínimo existencial, ou seja, de condições materiais básicas para a existência da pessoa humana.

Cármem Lúcia Antunes Rocha⁴³ também concorda com essa premissa, pois sustenta que o núcleo material elementar do princípio em comento é composto pelo mínimo existencial, que poderia ser definido como “conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade”, eis que abaixo desse patamar, poderá existir sobrevivência, mas não haverá dignidade.

Densificando o conteúdo básico deste mínimo existencial, admite-se que exista um consenso razoável entre os pesquisadores do tema, de modo a se poder afirmar que este mínimo existencial é composto por quatro elementos, sendo três materiais e um instrumental, quais sejam: educação fundamental, saúde básica, assistência aos desamparados e acesso à Justiça⁴⁴.

No que tange as funções práticas do princípio constitucional sob comento, considerando inclusive sua posição topográfica de inserção no texto da CRFB, verifica-se que ele age como parâmetro axiológico de orientação na interpretação do sistema jurídico-normativo inaugurado pela Constituição Federal de 1988, portanto, tal princípio é dotado de uma “especial força expansiva” que o projeta por todo o ordenamento jurídico pátrio, servindo de critério interpretativo norteador de todo o sistema⁴⁵.

Op. Cit., p. 248-252.

42 BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.258.

43 ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. O princípio da dignidade humana e a exclusão social. Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos. Ano 2, vol. 2., nº 2, 2001. Disponível em: <http://www.ibdh.org.br/ibdh/revistas/revista_do_IBDH_numero_02.pdf>. Acesso em: 12/01/2014.

44 Nesse sentido, cf. BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

45 Em argumentação semelhante, vide, PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 13 ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

Logo, na função interpretativa tem-se que a dignidade da pessoa humana deve ser o ponto de partida para toda e qualquer interpretação da Constituição, conferindo a esta e ao ordenamento jurídico pátrio, desta feita, unidade normativa.

Além dessa função interpretativa, o debatido princípio confere sentido unitário à CRFB, bem como justifica as ações estatais em benefício dos direitos fundamentais, em busca da consolidação da justiça social⁴⁶.

Nesse diapasão, pode-se afirmar que o princípio da dignidade da pessoa humana “conduz e orienta as ações dos poderes públicos e de seus órgãos, legitimando-as”, sem olvidar que também orienta as ações privadas, eis que veda práticas atentatórias a igualdade ou que estabeleçam discriminações negativas, inclusive no âmbito das relações jurídicas entre particulares⁴⁷.

Em resumo, após todo o exposto, observa-se que a dignidade da pessoa humana prescreve a busca de um equilíbrio dos direitos individuais de liberdade com os direitos da sociedade, com destaque para a igualdade⁴⁸.

Em outras palavras, falar em direitos humanos é falar na luta constante da humanidade em ver respeitados e assegurados um núcleo mínimo de direitos inerentes à dignidade de qualquer ser humano, sem os quais não há como falar em existência livre, igual e digna.

Portanto, resta evidente que o princípio da dignidade humana projeta-se sob todo o ordenamento jurídico vigente, por conseguinte, as ações estatais devem estar voltas para a efetivação de tal princípio, fim maior do Estado e da sociedade.

Considerando a essência material da dignidade da pessoa humana, observa-se que dito princípio desdobra-se em quatro outros princípios, sendo eles seus corolários, os quais auxiliam na satisfação dessas condições mínimas de existência condigna. São

46 BONIFÁCIO, Artur Cortez. O direito Constitucional Internacional e a proteção dos direitos fundamentais. Coleção Professor Gilmar Mendes. Vol. 8. São Paulo: Método, 2008, p. 174-175.

47 Idem, p. 176-177.

48 No mesmo sentido, vide, CARVALHO, Paulo de Barros. A “dignidade da pessoa humana” na ordem jurídica brasileira. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

eles: a) Igualdade; b) Integridade física e Moral; c) Liberdade; e d) Solidariedade⁴⁹.

Todavia, ante aos recortes metodológicos do presente estudo, bem como em razão da sua estreita relevância para o tema proposto, abordar-se-á em item subsequente apenas algumas nuances dos princípios da igualdade e do respeito à diferença (multiculturalismo) como corolários da dignidade da pessoa humana, pois estes princípios se constituem em mais um dos fundamentos da política afirmativa de proteção a pessoas com deficiência no Brasil, conforme se verificará ao longo deste trabalho.

Em face de todo o exposto, conclui-se que a maior finalidade do Estado brasileiro, como Estado Democrático de Direito que é, é o respeito à dignidade da pessoa humana⁵⁰ e que a concretização de tal princípio perpassa fundamentalmente pela concretização dos direitos fundamentais.

2.2 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Dentre os princípios estruturantes do Estado de Direito, o princípio da igualdade é o que possui presença mais remota no constitucionalismo, motivo pelo qual experimentou uma maior e multifacetada evolução histórica⁵¹.

Em dita trajetória histórica, pode-se reconhecer a existência de fases evolutivas do princípio da igualdade, entretanto, estas fases não quebraram a vinculação da igualdade perseguida às ideias de Justiça, abolição de privilégios e dignidade da pessoa humana.

Primeiramente, este princípio foi concebido como uma

49 Sobre o tema, cf. MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade da pessoa humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Constituição, direitos fundamentais e Direito Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

50 Nesse sentido, vide, GUERRA FILHO, Willis Santiago. Dignidade Humana, princípio da proporcionalidade e teoria dos direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

51 Nesse sentido, cf. NOVAES, Jorge Reis. Os princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

igualdade na aplicação da lei, daí exsurgindo o jargão: “todos são iguais perante a lei”. Isto é, a lei deveria ser aplicada indistintamente a todos os seus destinatários, sem qualquer distinção de posição social ou convicção. Observa-se, portanto, que essa primeira vertente da igualdade encontra-se umbilicalmente ligada ao princípio da legalidade, com suas garantias de generalidade e abstração.

Registre-se que, nessa acepção formal ou procedimental, o princípio em comento revela-se em verdade como princípio que veda a desigualdade, que proíbe a adoção de comportamentos unicamente motivados por preconceitos e/ou discriminações. Nesse diapasão, verificou-se que o princípio da igualdade formal não promove efetivamente uma igualdade na realidade, apenas uma igualdade na lei e perante a lei, sem considerar as peculiaridades de cada um.

Ante a esta ineficácia no combate as iniquidades socioeconômicas, o princípio da igualdade passou por uma mutação, de modo que, sem abandonar essa dimensão formal, mas, ao contrário, complementando-a, passou-se a preocupar-se não apenas com a aplicação da lei, mas também com seu conteúdo, autorizando-se tratamentos diferenciados aos desiguais, em busca de uma igualdade jurídica no acesso aos bens sociais.

Nessa perspectiva, o princípio da igualdade não se traduz em tratar tudo e todos da mesma maneira, fechando os olhos para as suas diferenças, mas sim, conferindo tratamento igual aos iguais e tratamento desigual aos desiguais na medida de suas desigualdades, conforme fórmula Aristotélica. Por conseguinte, passa-se a reivindicar um direito à diferença e a não-discriminação.

É neste sentido que Flávia Piovesan⁵² afirma existir três vertentes de compreensão do princípio da igualdade, a saber: a) a igualdade formal, utilizada primordialmente para abolir privilégios; b) a igualdade material, afinada aos ideais de justiça social e distributiva; e c) igualdade substancial como reconhecimento de identidades, ou seja, como direito à diferença, como respeito à diversidade.

Ainda no contexto evolutivo, a igualdade meramente

52 PIOVESAN, Flávia. Igualdade, Diferença e Direitos humanos: perspectiva global e regional. Artigo inédito. [2007?], p. 4. Disponibilizado pela Prof.^a Dra. Yara Maria Pereira Gurgel em aula de Mestrado em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

jurídica perante a lei e na aplicação da lei demonstrou ser, mais recentemente, insuficiente para alcançar os ideais de justiça e dignidade, necessitando, por isso, projetar-se no âmbito da igualdade de oportunidades e de garantia de condições materiais mínimas que atenuem as “desigualdades de partida”. Em outras palavras, o Estado arroga-se no poder-dever de, em nome de uma justiça distributiva e/ou compensatória, com fulcro na igualdade material, criar condições de uma verdadeira igualdade, podendo “introduzir fatores dinâmicos de compensação ou equalização”, quando estritamente necessários, traduzindo-se em tratamentos privilegiados e não apenas diferenciados⁵³.

Neste contexto, observa-se que o papel do Estado sofreu alterações ao longo da história humana, eis que se verificou que a simples proclamação de direitos, mesmo que em sede constitucional, não é suficiente para mudar o panorama de exclusão social, discriminações, privilégios e dominação. É preciso efetivar tais direitos, mesmo que para isso se abra mão da idealizada neutralidade estatal, construída a partir dos ideais iluministas, segundo a qual o Estado não deveria intervir em matéria econômica, deixando atuar a livre concorrência, bem como não deveria intervir na seara espiritual e íntima das pessoas, deixando agir a autonomia privada⁵⁴.

Portanto, para se reverter o quadro de mazelas socioeconômicas, na busca por uma sociedade livre, justa e solidária, é preciso reconhecer que o Estado deve renunciar sua neutralidade e agir como promotor da dignidade humana, da igualdade substancial e dos direitos fundamentais de seu povo.

Destaca Joaquim Barbosa que diante dessa necessidade de atuação ativa do Estado surgiram as ações afirmativas, que em apertada síntese, busca a concretização de direitos de grupos vulneráveis, efetivando a dignidade da pessoa humana e a igualdade material.

O discurso do Ex-Presidente Lyndon B. Johnson realizado em junho de 1965 na Universidade de Howard é bem elucidativo quanto à necessidade de implementação da igualdade material, eis que, segundo ele, não é justo colocar alguém que se encontrava

53 NOVAES, Jorge Reis. Os princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 104.

54 GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. Ação afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 36-37.

encarcerado, e, portanto, segregado da sociedade por longos anos, em liberdade e dirigi-lo até a linha de partida de uma corrida por direitos e dizê-lo “você é livre para competir com os outros”. É preciso oferecer a este cidadão não apenas liberdade, mas também oportunidades e habilidades para aproveitá-las. É preciso conferir a este cidadão não apenas uma igualdade formal, mas uma igualdade de fato, uma igualdade de resultados⁵⁵.

Entretanto, a instituição de tais privilégios justifica-se apenas quando realizados em benefício daqueles que, em consequência das discriminações e preconceitos sistematicamente sofridos ao longo da história humana, “são vítimas, à partida, de desvantagens fácticas [sic] tão profundamente enraizadas que não lhes permitem a obtenção de resultados iguais apenas através da garantia de igualdade de oportunidades.”⁵⁶.

Destaque-se que a trajetória histórica acima referida, vem demonstrar que a igualdade é um valor relativo⁵⁷, cujo conteúdo

55 “You do not take a person who, for years, has been hobbled by chains and liberate him, bring him up to the starting line of a race, and then say, ‘you are free to compete with all others’, and still justly believe that you have been completely fair. Thus it is not enough just to open the gates to opportunity. All our citizens must have the ability to walk through those gates. This is the next and the more profound stage of the battle for civil rights. We seek not just freedom but opportunity. We seek not just legal equity but human ability, not just equality as a right and a theory but equality as a fact and equality as a result”. (President Lyndon B. Johnson. To Fulfill These Rights, Commencement Speech. Howard University, Junho de 1965. Public Papers of the Presidents. Lyndon B. Johnson, p. 635-640, Washington, 1965 apud GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. Ação afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 57). (“Você não pega uma pessoa que, por anos, esteve presa e a confere liberdade, leva-a até a linha de partida de uma corrida, e a diz, ‘você é livre para competir com os outros’, e ainda acredita que você foi completamente justo. Assim, não é suficiente apenas abrir os portões da oportunidade. Todos os nossos cidadãos devem ter a capacidade de passar por estes portões. Este é o próximo e mais profundo estágio da batalha por direitos civis. Nós procuramos não apenas liberdade, mas oportunidade. Nós procuramos não apenas igualdade formal, mas capacidade humana, não apenas igualdade como direito e teoria, mas igualdade como fato e resultado.” – tradução livre).

56 NOVAES, Jorge Reis. Os princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 105.

57 É relativo porque a igualdade demanda a realização de comparação entre, pelo menos, dois entes: pessoas, coisas, situações, características, etc; logo, é

é constantemente construído pela sociedade em um processo de aprendizagem, bem como que dito princípio permite a criação de tratamentos diferenciados para os tidos por diferentes, como medida de igualação. Contudo, nem toda diferenciação realizada é aceita como constitucional, como jurídica, visto que tal princípio, em linhas gerais, repudia o tratamento arbitrário, isto é, fundado em uma razão insuficiente e inadequada ao princípio da dignidade da pessoa humana⁵⁸.

Nesse diapasão, atualmente, o princípio da igualdade adquire a função de promover a igualdade fática e de oportunidades, projetando-a no futuro, de modo que, ao poder político, resta a obrigação de diferenciar, podendo, para tanto, fazer uso das discriminações positivas.

Todavia, não se pode olvidar que tais diferenciações, fundadas no princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana, devem estrita observância ao princípio da proporcionalidade, só sendo justificáveis quando a intensidade da lesão a bens ou a valores seja adequada, suficiente e necessária aos objetivos buscados, inexistindo opção menos gravosa.

Portanto, para que se possa aplicar o princípio da igualdade faz-se necessário a escolha de um critério diferenciador, assim como de um fim a ser alcançado. Nesse contexto, avulta-se de importância à escolha do critério de diferenciação e do objetivo da diferenciação, de modo que são vedados tratamentos jurídicos diferenciados quando estes se fundam exclusivamente em critérios ou razões que afrontam a dignidade humana. A diferenciação albergada pelo mencionado princípio é aquela fundada em razões suficientes e razoáveis para a concretização do valor supremo da dignidade da pessoa humana.

Quanto aos critérios de diferenciação, Jorge Reis Novaes⁵⁹ também entende que apenas são admitidas àquelas diferenciações que não violem a igual consideração e respeito devidos a qualquer ser humano, ou seja, que não viole a dignidade da pessoa humana.

dependente de uma atividade relacional, e muitas vezes valorativa.

58 Nesse sentido cf. GARCIA, Maria Glória Ferreira Pinto Dias. Estudos sobre o Princípio da Igualdade. Coimbra: Almedina, 2005.

59 NOVAES, Jorge Reis. Os princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 110.

Já de acordo com Celso Antonio Bandeira de Mello⁶⁰, se faz necessário a ocorrência de quatro elementos para que o fator de discriminação seja considerado alinhado com o princípio isonômico, a saber: 1) a desequiparação não pode atingir apenas um só indivíduo; 2) as situações, coisas e/ou pessoas desequiparadas devem ser realmente distintas entre si, isto é, devem possuir características diferenciadas, sendo a elas inerentes; 3) existência de correlação lógica entre o fator de diferenciação e a fundamentação racional; 4) dita fundamentação deve estar em harmonia com os ditames constitucionais vigentes.

Logo, para se auferir o desrespeito ao princípio da isonomia é preciso averiguar: 1) aquilo que é erigido como critério de discriminação; 2) a existência de fundamentação racional para a discriminação elegida, isto é, a existência de correlação lógica entre o fator de diferenciação e o específico tratamento jurídico dispensado em razão da desigualdade destacada; e 3) se tal fundamentação encontra-se em harmonia com o sistema constitucional vigente⁶¹.

Portanto, só serão compatíveis com o princípio isonômico àquelas discriminações que apresentam um “vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida”⁶². Ademais, é preciso ainda que referida correlação não seja incompatível com os ditames constitucionais.

Um exemplo disso é a Lei de Cotas (Lei nº 8.213/1991) que elegeu a deficiência como discriminante, haja vista que as pessoas com deficiência possuem uma grande dificuldade em conseguir uma colocação no mercado de trabalho. Logo, o tratamento diferenciado, que exige das empresas com mais de 100 empregados a contratação de um percentual mínimo de pessoas com deficiência, possui íntima correlação lógica com o fator de diferenciação, bem como encontra respaldo no texto constitucional, eis que este fez uso da mesma fórmula (reserva de cargos e empregos), só que para o serviço público, conforme se verifica no art. 37, VIII da CRFB.

60 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. O conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3. ed. 21. Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 41.

61 Idem, p. 21-22.

62 Ibidem, p.17.

Nesse diapasão, Robert Alexy⁶³ leciona que para a ocorrência de uma diferenciação juridicamente adequada, mister se faz a existência de razão suficiente que a justifique, onde a caracterização dessa razão como suficiente é uma questão valorativa. Logo, na acepção do renomado autor, “se não houver uma razão suficiente para a permissibilidade de um tratamento desigual, então, o tratamento igual é obrigatório”. Isto é, verifica-se o estabelecimento de um ônus argumentativo para a imposição do tratamento diferenciado. A contrario sensu, ainda segundo Alexy, “se houver uma razão suficiente para o dever de um tratamento desigual, então, o tratamento desigual é obrigatório”.

Com o fim de evitar arbitrariedades na configuração do que seja uma “razão suficiente”, Steinmetz⁶⁴ sugere que para que dita razão seja tachada de racional e objetiva, ela deve passar pelo crivo do princípio da proporcionalidade.

Nesse contexto, Joaquim Benedito Barbosa Gomes⁶⁵ sustenta que, na realização de ditas diferenciações pela legislação infraconstitucional, é preciso avaliar se esta obedece a três critérios para a correta aplicação do princípio isonômico material. Logo, conforme o referido autor, esta diferenciação deve ser (1) decorrente de comando constitucional que estabeleça a redução de desigualdades sociais; (2) deve ser específica, de modo a deixar evidente quais indivíduos (ou grupos) e/ou situações serão objetos de incidência da diferenciação criada; e, por último, deve ser (3) eficiente, no sentido de existir “um nexó casual entre a prioridade legal concedida e a igualdade socioeconômica pretendida”.

Portanto, resta evidente a existência de um ônus argumentativo para o estabelecimento de tratamentos diferenciados, pois a regra é o tratamento isonômico formal e procedimental, sendo a justificação dessa diferenciação condição necessária para se averiguar seu lastro jurídico-constitucional.

63 ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 408-410.

64 STEINMETZ, Wilson. A vinculação dos particulares a direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 240.

65 GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. A recepção do Instituto da Ação Afirmativa pelo Direito Constitucional Brasileiro. In: SANTOS, Sales Augusto dos (Org.). Ações Afirmativas e Combate ao Racismo nas Américas. Brasília: Ministério da Educação: UNESCO, 2005, p. 75.

Pontue-se que, ainda hoje, se impõe a qualquer Estado de Direito a observância da igualdade perante a lei, eis que se trata de um mínimo exigido, ante a premissa da igual dignidade de todos e de cada um.

Dita igualdade é alheia a condições específicas de seus destinatários, tais como condições sociais, econômicas e culturais, servindo de instrumento de reivindicação de igual tratamento jurídico, ou seja, com ela busca-se tratamento igualitário no momento da criação, interpretação e aplicação da lei, eis que aqui a igualdade é alcançada mediante a generalidade e abstração da lei.

Destaque-se, também que o princípio da igualdade é dotado de intrínseca vinculação com o princípio da diversidade, na sua acepção de respeito à especificidade de cada cultura⁶⁶. Além de comportar-se como garantia individual, o princípio da igualdade objetiva veda o favoritismo, a instituição de privilégios.

Não se pode esquecer, ainda, que o princípio da igualdade é considerado norma jufundamental, isto é, trata-se de um direito fundamental: o direito fundamental ao tratamento igualitário. Portanto, sendo direito fundamental, o princípio sob exame é dotado de uma dimensão subjetiva, na medida em que confere o direito subjetivo de tratamento isonômico a cada pessoa, assim como possui uma dimensão objetiva, projetando-se por sobre todo o ordenamento jurídico pátrio.

Ademais, cabe ainda pontuar que, por ser direito fundamental, possui aplicabilidade imediata no ordenamento jurídico brasileiro, nos termos do art. 5º, § 1º, da CRFB, bem como se encontra revestido pelo manto de proteção do art. 60, § 4º, do mesmo diploma, sendo, por isso, cláusula pétrea (regra imutável naquela constituição vigente no país).

Já de acordo com Steinmetz⁶⁷, o princípio da igualdade é composto tanto por uma dimensão positiva, quanto por uma negativa, onde na primeira encontram-se as normas

66 Nesse sentido, cf. MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade da pessoa humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Constituição, direitos fundamentais e Direito Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

67 STEINMETZ, Wilson. A vinculação dos particulares a direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 235.

que determinam o tratamento igual, bem como aquelas que prescrevem o tratamento desigual, diferenciado. Já a dimensão negativa comporta normas proibitivas da discriminação.

Ressalte-se que o mandamento de tratamento igualitário busca preservar a igualdade que já existe, enquanto que o mandamento de tratamento desigual tem por fim promover situações e/ou relações de igualdade onde elas ainda não se apresentam possível naturalmente.

Em sua dimensão negativa, como mandamento de proibição de discriminação, o princípio da igualdade se apresenta como verdadeiro direito subjetivo a não ser discriminado.

Ante ao seu caráter de direito fundamental, verifica-se que o debatido princípio é de observância obrigatória aos três poderes, vinculando-os. Ao Legislativo, na elaboração das leis, impõe-se o dever fundamental de conferir tratamento isonômico. Ao Judiciário e ao Executivo, o dever de igualdade impõe-se na interpretação e aplicação das normas jurídicas, sem esquecer o reconhecimento da incidência desse princípio na formulação e execução de políticas públicas pelo Poder Executivo.

Portanto, os destinatários do princípio da isonomia são tanto os poderes públicos – Legislativo, Judiciário e Executivo –, como os particulares.

Registre-se que não há previsão expressa na CRFB à vinculação dos direitos fundamentais aos particulares, motivo pelo qual fica a cargo dos julgados do Poder Judiciário e da doutrina a definição do alcance e consequências do efeito horizontal dos direitos fundamentais⁶⁸.

Para Dimoulis e Martins⁶⁹, a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais (efeito horizontal) parece ser aplicável apenas naquelas relações onde haja uma “evidente desproporção de poder social”⁷⁰, eis que uma de suas funções precípua

68 Nesse sentido, vide, DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012.

69 Idem, p. 99.

70 Registre-se que, de acordo com Dimoulis e Martins (ibidem, p. 100 – 101), o poder social acima referido não se relaciona com desigualdades gerais e materiais, mas sim com aquelas desigualdades de posições jurídicas, ou seja, naquelas relações jurídicas não sinalagmáticas entre particulares, eis que a regra no direito privado é a constituição de relações equilibradas, recíprocas, sinalagmáticas, onde o direito de um corresponde ao dever do outro.

é contribuir para o equilíbrio das relações conflitivas entre particulares.

Garcia⁷¹, por sua vez, com apoio em Vital Moreira e Canotilho, aceita dita vinculação em apenas três hipóteses, quais sejam: a) nas relações privadas em geral, com o fito de proibir discriminações que afetem a dignidade da pessoa humana, o que implicaria em limitações à autonomia privada e a liberdade negocial; b) nas relações privadas que envolvam pessoas físicas ou jurídicas dotadas de poder social específico, tal qual a Igreja; c) nas relações privadas entre usuários e fornecedores/prestadores de serviços privados com interesse público direto, tais como farmácias, cinemas, escolas, etc. Nestas duas últimas espécies de relações privadas, sustenta a autora que a aplicação do princípio isonômico deve ser geral e ampla.

Comentando a aplicação do princípio da igualdade nas relações entre particulares, Curie⁷² sustenta que a regra é a não aplicação do princípio da igualdade, sob pena de impor interferência inapropriada a autonomia privada. Todavia, em alguns casos específicos, é favorável a incidência deste princípio nas relações entre particulares. Tais casos são assim agrupados: a) ocorrência de forte e suficiente razão que justifique dita vinculação, excluindo-se deste grupo as proibições de discriminação que buscam impor uma moral oficial; b) atividades enquadradas na esfera pública do indivíduo; e c) nas relações com pessoas físicas ou jurídicas dotadas de poderes sociais e/ou econômicos de fato, sempre que houver desequilíbrio negocial.

Entretanto, no que tange a aplicação desse princípio a este último grupo, observa-se que a intensidade da incidência do princípio deve ser proporcional ao desequilíbrio negocial verificado no caso concreto, de modo que quanto maior o desequilíbrio, maior será a intensidade da incidência deste; e quanto menor o desequilíbrio, menor será o grau de aplicação do princípio da igualdade.

Ainda no que concerne a vinculação dos particulares ao princípio da isonomia, sustenta-se que nas relações entre iguais, isto é, naquelas onde não se encontra presente subordinação

71 GARCIA, Maria Glória Ferreira Pinto Dias. Estudos sobre o Princípio da Igualdade. Coimbra: Almedina, 2005, p. 21.

72 CURIE, Benedita Ferreira da Silva Mac. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Lisboa: Almedina, 2005, p. 60-61.

e/ou sujeição, a regra é a não incidência do referido princípio, privilegiando-se a autonomia privada e a liberdade negocial. Entretanto, ainda nestas relações entre iguais, é possível que a aplicação do princípio em estudo seja decorrente de imposição legal, uma vez que ao legislador é permitido criar deveres específicos entre os particulares⁷³.

Todavia, ainda quanto à aplicação do princípio da igualdade nas relações entre particulares, deixa-se assente que nas relações entre iguais aplica-se o referido princípio em sua vertente proibitiva de discriminação quando a discriminação perpetrada afete a dignidade da pessoa humana e/ou viole direito fundamental.

Quanto à relação entre desiguais, nas quais se encontra presente o domínio econômico ou social ou também o monopólio/oligopólio de pessoas físicas ou jurídicas ou grupos, defende-se a incidência do princípio da igualdade, de modo a se evitar (ou coibir) escolhas arbitrárias e/ou excludentes.

Apesar destas restrições ao efeito horizontal direto dos direitos fundamentais, dentre eles o direito a igualdade, não se pode negar a amplitude da incidência indireta deste. No efeito horizontal indireto, também designado efeito de irradiação, tem-se a obrigatoriedade de se interpretar a legislação infraconstitucional à luz dos direitos fundamentais, visto que a Constituição não permite violações a tais direitos, mesmo que estas provenham de particulares⁷⁴.

Ante as concepções apresentadas, resta evidente que existe certo consenso quanto à aplicação da teoria mediata da vinculação dos particulares ao princípio da igualdade (efeito horizontal indireto), eis que se observa uma grande resistência em conferir ampla e irrestrita aplicabilidade a dito princípio nas relações privadas (efeito horizontal direto). O que se verifica, em geral, é uma aceitação de eficácia excepcional do princípio analisado, restringindo-o a sua vertente de proibição de discriminação em situações graves que violem a dignidade humana.

É importante ressaltar que mesmo naqueles casos paradigmáticos citados anteriormente em que incide o princípio

73 No mesmo sentido, cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Coimbra: Almedina, 2009, p. 268-270.

74 Sobre esta temática, vide, DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. 4. ed. rev.. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012.

da igualdade em sua dimensão positiva (necessidade de conferir tratamento igual ou desigual), naqueles nos quais se observa poder social e/ou econômico, prestação e/ou fornecimento de bens e serviços de interesse público, etc., a aplicação do princípio não é absoluta, nem automática, eis que deve ser modulada pela ponderação de princípios colidentes (igualdade e autonomia privada). Isto é, nestas situações o que há é uma presunção relativa de preferência a aplicação do princípio da igualdade, a qual pode ser superada mediante a desincumbência do ônus argumentativo em favor da autonomia privada⁷⁵.

Destaque-se que por ser princípio, trata-se de um mandado de otimização, eis que determina que seu conteúdo seja implementado na maior medida possível, observando-se, por óbvio, as possibilidades fáticas e jurídicas existentes.

No que tange ao Direito brasileiro, verifica-se que no texto da CRFB é possível identificar enunciados representativos das três fases evolutivas mencionadas. Por exemplo, a igualdade formal encontra-se insculpida no caput do art. 5º; já no inciso XLI daquele artigo tem-se a vedação à discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais; no art. 37, VIII, observa-se a instituição de uma política afirmativa em favor das pessoas com deficiência, que busca suprir a ausência de igualdade de oportunidades, numa clara ação compensatória.

Ainda em análise ao texto da Constituição Federal de 1988, observa-se que os dispositivos constitucionais relativos a tratamentos igualitários encontram-se topograficamente localizados no título II da CRFB (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), logo, são normas jurídicas que informam todo o sistema constitucional, comandando a correta interpretação de outros dispositivos constitucionais.

Considerando o arcabouço normativo constitucional brasileiro atualmente em vigor, o princípio da igualdade – também considerado como um direito – compreende pelo menos três dimensões. A primeira delas seria a proibição do arbítrio, motivo pelo qual é vedada a instituição de diferenciações desprovidas de justificação razoável, assim como é vedado o tratamento igual para situações claramente desiguais. Outra dimensão deste princípio-direito é a proibição de discriminação,

75 No mesmo sentido, cf. STEINMETZ, Wilson. A vinculação dos particulares a direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2004.

isto é, vedam-se diferenciações fundadas em categorias/critérios exclusivamente subjetivos. E, por fim, tem-se, ainda, o dever de tratamento diferenciado para fins de superação de desigualdade de oportunidades, através da extirpação das desigualdades de partida, sejam elas sociais, econômicas, culturais, etc⁷⁶.

Cabe ainda aqui registrar que a CRFB não foi à primeira Constituição brasileira a dispor sobre a igualdade como direito fundamental. Desde a primeira Constituição brasileira, a Carta Imperial de 1824, o direito a igualdade encontrava-se presente no ordenamento constitucional pátrio. Entretanto, foi a CRFB a única que se preocupou efetivamente em modificar o quadro de iniquidades socioeconômico e cultural vivenciado no país, de modo que elegera entre seus objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, despida de preconceitos e discriminações⁷⁷.

Para tanto, o constituinte originário de 1987 / 1988 fez uso do princípio isonômico em sua dimensão positiva e dinâmica, como instrumento hábil a se atingir os objetivos traçados, eis que ele mesmo, expressamente, determinou a utilização de ações afirmativas em benefício das mulheres, pessoas com deficiência, pequenas empresas, crianças, adolescentes e idosos, reconhecendo-os como grupos vulneráveis e merecedores de tratamento diferenciado para se atingir o pleno desenvolvimento de suas capacidades.

Em face do exposto, observa-se que o princípio da igualdade é fundamento jurídico-constitucional da política brasileira de proteção a pessoas com deficiência, uma vez que busca auxiliar na realização dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, mais especificamente, na construção de uma sociedade justa e solidária, bem como reduzindo as desigualdades sociais e promovendo o bem de todos sem preconceito ou discriminação.

76 Nesse sentido, cf. SARLET, Ingo Wolfgang. Igualdade como direito fundamental na Constituição Federal de 1988: Aspectos gerais e algumas aproximações ao caso das pessoas com deficiência. In: Ferraz, Carolina Valença; et. al. (Coord.). Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência. São Paulo: Saraiva, 2012.

77 Sobre o assunto, vide, ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação Afirmativa: O Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica. Revista da Informação Legislativa, v. 33, nº 131, p. 283 – 295, jul./set. de 1996. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/176462>>. Acesso em: 05/02/2014.

2.3 MULTICULTURALISMO

Além das demandas por redistribuição, a sociedade também possui demandas por reconhecimento, para que seja considerada justa. Ditas políticas de reconhecimento visam revalorizar identidades desrespeitadas, promovendo a diversidade cultural e a transformação dos padrões sociais de representação, comunicação e interpretação⁷⁸.

Alerte-se que as demandas por redistribuição e por reconhecimento não são excludentes, ao contrário, são complementares, visto que o não-reconhecimento pode comprometer a “capacidade de mobilização contra a má-distribuição”, considerando que as vítimas do não-reconhecimento desfrutam de menor estima em face dos grupos dominantes na sociedade, os quais estabelecem os padrões sociais segregacionistas e discriminatórios, em nítida afronta a igual dignidade de todos os seres humanos⁷⁹.

Diante da diversidade ética, de gênero, línguas, espiritualidade, costumes, etc., não há como negar que a sociedade mundial atual é formada por diversos povos e culturas, sendo, portanto, multicultural.

A despeito disso, muito já se discutiu, e ainda se discute, sobre o caráter universalista dos Direitos Humanos frente a esse multiculturalismo, visto que com o dogma da universalidade destes direitos sustenta-se uma aplicação não reflexiva dos direitos humanos a toda e qualquer sociedade, muitas vezes sem qualquer adaptação às diferenças culturais existentes. Acirrados debates políticos, filosóficos, antropológicos e jurídicos já se travaram a nível nacional e internacional sobre a temática.

Podem-se citar como pontos sensíveis de tais discussões o tratamento dispensado às mulheres, aos indígenas, à propriedade da terra, etc.

Alguns defendem veementemente a universalidade dos direitos humanos a despeito do multiculturalismo, que não teria o condão de subtrair tal natureza desses direitos. Outros, por sua

78 FRASER, Nany. Redistribuição, Reconhecimento e Participação: Por uma concepção integrada de justiça. SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; e PIOVESAN, Flávia (Coord.). Igualdade, Diferença e Direitos Humanos. 2ª Tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 170.

79 Idem, p. 177.

vez, sustentam a impossibilidade de tal caráter universal em face da pluralidade de culturas, valores e visões de mundo.

Todavia, poucos são aqueles que buscam um diálogo entre as diferentes culturas, com intuito de encontrar um ponto de equilíbrio, onde não se vise impor um determinado modelo tido por correto, mas, ao contrário, uma convivência harmônica com cedência recíprocas e aprendizado mútuo entre as culturas e os diferentes grupos humanos.

Não se trata de esconder a existência de discriminações e segregações socioeconômicas no tecido social dos mais variados grupos humanos, mas sim buscar combater tais discriminações, conciliando a diversidade cultural com o valor suprapositivo da dignidade da pessoa humana, onde muitas vezes o simples reconhecimento de iguais direitos não é suficiente para a superação deste quadro, sendo necessário o uso de ações afirmativas, que obrigam a convivência entre os diferentes.

2.3.1 Universalismo

Os direitos humanos possuem uma longa trajetória histórica, entretanto, cabe aqui focar na fase contemporânea de tais direitos, que se inicia no pós Segunda Guerra Mundial com a promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 – DUDH.

Já em seu preâmbulo, é possível observar que a referida declaração funda-se no reconhecimento da dignidade da pessoa humana e em direitos iguais e inalienáveis inerente a todo ser humano, pela simples condição de pertencer ao gênero humano. Ademais, possui como objetivo a paz mundial, a justiça e a liberdade.

É a própria DUDH quem proclama as principais características dos direitos humanos, isto é, a universalidade e a indivisibilidade. Características estas reforçadas pela Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993, expressamente em seu § 5º, segundo o qual:

Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de forma global, justa e equitativa [sic], em pé de

igualdade e com a mesma ênfase. Embora particularidades nacionais e regionais devam ser levadas em consideração, assim como diversos contextos históricos, culturais e religiosos, é dever dos Estados promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, sejam quais forem seus sistemas políticos, econômicos e culturais.

Conforme se verifica nos documentos internacionais já referidos, a universalidade dos direitos humanos derivaria da própria natureza humana, ou seja, da essência do ser humano, logo, é possível vislumbrar a influência do direito natural nessa construção. Dessa forma, os direitos humanos consistiriam em um conjunto de direitos inerentes a todo e qualquer ser humano, independentemente de quaisquer aceções de raça, cor, sexo, credo, origem nacional, etc., constituindo, o que Piovesan⁸⁰ denomina, “mínimo ético irredutível”.

Ressalte-se que tal sistema de valores, conforme já salientado, encontra-se fundado na dignidade da pessoa humana, onde cada ser humano apresenta-se como ser único e insubstituível. Segundo Konder Comparato⁸¹, a dignidade humana “é um atributo essencial do homem enquanto pessoa, isto é, do homem em sua essência, independentemente das qualificações específicas”.

Segundo André de Carvalho Ramos⁸², a universalidade dos direitos humanos pode ser concebida em três planos. O primeiro seria o da titularidade, onde são titulares desses direitos todos

80 Sobre o assunto, cf. Piovesan, Flávia. Direitos Humanos: desafios da ordem internacional contemporânea. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.). Direitos Humanos. vol. 1. Curitiba: Ed. Juruá, 2006.

81 COMPARATO, Fábio Konder. Fundamento dos Direitos Humanos. [São Paulo]: Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo, [1997], p. 73. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/a_pdf/comparato_fundamentos_dh.pdf>. Acesso em: 16/04/2013.

82 O autor concebe os direitos humanos como “um conjunto mínimo de direitos essencial para uma vida humana pautada na liberdade e dignidade.” (RAMOS, André de Carvalho. Avanços e Recuos: a Universalidade dos Direitos Humanos no Século XXI. In: COSTA, Paulo Sérgio Weyl A. (Coord.). Direitos Humanos em Concreto. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 71-72).

os seres humanos, independentemente de raça, sexo, cor, credo, origem nacional, etc. O segundo plano seria o temporal, pois tais direitos seriam válidos em qualquer período da história humana. E há também o cultural, onde os direitos humanos são universais por encontrar raízes em todas as culturas.

De acordo com Bobbio⁸³, não há dúvidas de que a DUDH é um sistema de valores humanamente fundado e reconhecido, haja vista o consenso geral acerca de sua validade, entretanto, seria ela universal no sentido de ter sido subjetivamente acolhida pelo universo dos representantes dos homens e não pelo seu conteúdo⁸⁴.

No mesmo sentido, Antônio Augusto Cançado Trindade⁸⁵ assevera que apesar de alguns redatores da DUDH terem defendido uma maior influência do legado deixado por antigas civilizações asiáticas, assim como de distintas religiões, eles admitem que referida declaração logrou certo grau de universalismo, uma vez que foi aceita por povos das mais variadas civilizações e culturas, ao ponto da DUDH servir de parâmetro na consagração constitucional de direitos humanos em numerosos países de todo o mundo.

Por fim, pontua-se que não se concebe como possível a evocação de tradições culturais com o objetivo de encobrir, ou mesmo justificar, violações aos direitos humanos, eis que, em alguns países, é frequente violações de direitos humanos em nome de uma suposta tradição cultural, que sequer é seguida pela elite política dominante que a defende e invoca⁸⁶.

83 BOBBIO, Noberto. A Era dos Direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 4 reimpr. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1992, p. 26-28.

84 De acordo com Bobbio (Idem, p. 32), no que tange ao conteúdo, isto é, a qualidade e quantidade dos direitos elencados, a DUDH “não pode apresentar nenhuma pretensão de ser definitiva”, uma vez que os direitos do homem são históricos e emergem gradualmente das lutas que este trava por sua emancipação e melhores condições de vida. Portanto, são direitos suscetíveis de modificação, assim como ampliação, de acordo com as necessidades enfrentadas em dado período de sua história. Nesse sentido, os direitos humanos seriam produto cultural da civilização humana e não inerente a sua própria natureza.

85 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos, vol. III. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 307.

86 No mesmo sentido, cf. MASSUD, Leonardo. Universalismo e Relativismo Cultural. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.). Direitos Humanos. Vol. II. Curitiba: Juruá

2.3.2 Relativismo cultural

Antes de adentrar nas críticas relativistas ao universalismo dos direitos humanos, se faz necessário primeiro conceber o que se entende por cultura.

Cultura pode ser entendida como a revelação exterior da identidade social de um povo, constituída por seus usos e costumes, seu estilo de vida e valores, fundamentos ideológicos das normas de condutas sociais exigidas de cada um de seus membros⁸⁷.

Falar sobre cultura é tratar de variadas e complexas áreas da vida humana, que compreende desde os processos de ordem econômica, como a ciência e a tecnologia, até dimensões estritamente subjetivas dos indivíduos e de seu grupo, tais como a espiritualidade, a consciência, a língua, etc., ou seja, quando falar-se de cultura estar-se-á a versar sobre todas as formas de produção individual e reprodução social⁸⁸.

Portanto, para os relativistas a concepção de direitos encontra-se intimamente ligada a todos esses âmbitos (econômico e subjetivo) do homem. Por isso, cada cultura teria seu próprio discurso e fundamento sobre os direitos da pessoa humana, não sendo possível sustentar qualquer universalidade dos direitos humanos frente ao pluralismo cultural da sociedade mundial. O que há, em verdade, é um multiculturalismo, onde cada cultura produz seus próprios valores.

Nesse diapasão, o relativismo se fundaria em três asserções (afirmações), conforme Maria Baghramian⁸⁹:

Editora, 2007.

87 FINN, Karine. Direito à diferença: um convite ao debate entre universalismo e multiculturalismo. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.). Direitos Humanos. Vol. I. Curitiba: Juruá Editora, 2007, p. 38.

88 SIMBAÑA, Floresmilo. Plurinacionalidad y Derechos Colectivos: El caso Ecuatoriano. In: DÁVALOS, Pablo (Org.). Pueblos Indígenas, Estado y Democracia. Buenos Aires: Clacso, 2005 apud SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. Direito Indígena, Direito Coletivo e Multiculturalismo. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). Igualdade, Diferença e Direitos Humanos. 2 tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 575-576.

89 BAGHRAMIAN, Maria. Relativism. Londres e Nova York: Routledge, 2004 apud SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. Direito Indígena, Direito Coletivo e Multiculturalismo. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.).

a) a asserção descritiva: observações empíricas mostram que existe uma multiplicidade de visões de mundo e sistemas de valores incompatíveis e irreconciliáveis; b) a asserção epistêmica demonstra que não existe critério singular ou método confiável para se adjudicar entre visões de mundo e sistemas de valores contrastantes e incomensuráveis; c) a asserção normativa: tolerância e respeito por outras visões de mundo são mais desejáveis do que tentar impor nossas visões para os outros.

Logo, os direitos humanos não são absolutos, muito menos se constituem em uma categoria homogênea, pois para serem absolutos devem ser “válidos em todas as situações e para todos os homens sem distinção”⁹⁰.

Nesse contexto, não haveria princípios morais de validade universal que comprometam de igual maneira cada pessoa, por isso a “questão da universalidade dos direitos humanos é uma questão cultural do Ocidente. Logo, os direitos humanos são universais apenas quando olhados de um ponto de vista ocidental”⁹¹.

Cabe ainda lembrar que as políticas de direitos humanos, em período imediatamente pós Segunda Grande Guerra, refletiam os “interesses econômicos e geopolíticos dos estados capitalistas hegemônicos [sic]”, onde um “discurso generoso e sedutor sobre os direitos humanos coexistiu com atrocidades indescritíveis, as quais foram avaliadas de acordo com revoltante duplicidade de critérios”⁹².

Igualdade, Diferença e Direitos Humanos. 2 tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.571-572.

90 BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 4 reimpr. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1992, p. 42.

91 SANTOS, Boaventura de Souza. Para uma Concepção Intercultural dos Direitos Humanos. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). Igualdade, Diferença e Direitos Humanos. 2 tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 14.

92 SANTOS, Boaventura de Souza. Para uma Concepção Intercultural dos Di-

Ademais, pontua Joaquín Herrera Flores⁹³ que a igualdade de direitos se desenvolveu sem, contudo, apoiar-se e impulsionar o reconhecimento e o respeito pelas diferenças e erradicação das desigualdades sociais, culturais e econômicas. Em sua concepção, deve-se buscar inserir no princípio da igualdade as diferenças relevantes às identidades individuais e coletivas, de modo a se construir um sistema efetivo de garantias que promova e exija o efetivo exercício desses direitos e expectativas.

2.3.4 Por um diálogo intercultural

Atento as críticas realizadas ao universalismo dos direitos humanos, Antônio Augusto Cançado Trindade⁹⁴ afirma que estas servem de alerta frente a todos os tipos de fundamentalismo, e não apenas o religioso, pois aquele que busca impor modelo único de organização social e “modus vivendi” é tão nefasto quanto os demais.

Nesse sentido, destaca-se que o fundamentalismo econômico, acentuado pela globalização neoliberal, é tão perigoso e devastador quanto o fundamentalismo religioso. Por isso, se faz premente a reconstrução da sociedade mundial com fulcro no princípio da solidariedade, no afã de combater as mazelas causadas por um grupo reduzido de “globalizadores” em detrimento de milhões / bilhões de “globalizados”⁹⁵.

A mercantilização das relações humanas, com a conseqüente despersonalização dos seres humanos, somada a imposição de um modus operandi uniforme afrontam os direitos culturais do homem, ameaçando destruir o legado cultural de gerações e

reitos Humanos. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). Igualdade, Diferença e Direitos Humanos. 2 tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 15.

93 FLORES, Joaquín Herrera. La Construcción de las garantías: Hacia una concepción antipatriarcal de la libertad y la igualdad. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). Igualdade, Diferença e Direitos Humanos. 2 tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 113-11, 133.

94 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos, vol. III. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 322.

95 Idem, p. 331-333.

civilizações passadas. O ser humano é reduzido à condição de coisa, onde os fins compensam os meios.

Por sua vez, Boaventura de Souza Santos⁹⁶, também considerando as constantes críticas deferidas ao universalismo dos direitos humanos nas últimas décadas, afirma ser possível compreender as políticas envolvidas em tais direitos como políticas culturais, e em razão disso questiona como então poderão os direitos humanos ser, concomitantemente, uma política cultural e global.

Na tentativa de responder esse questionamento e encontrar um ponto de equilíbrio entre universalistas e relativistas, toma-se como marco teórico a obra “Para uma Concepção Intercultural dos Direitos Humanos”, na qual o referido autor propõe que os direitos humanos sejam concebidos como um mecanismo de globalização⁹⁷ contra-hegemônica (ou alternativa), a qual pode ser entendida como um fenômeno que inicia na base da sociedade mundial e não nas classes dominantes e detentoras do capital, por isso Boaventura refere-se à globalização “a partir de baixo”.

Nesse contexto, a globalização contra-hegemônica seria a antítese da globalização hegemônica, predatória, capitalista, massificante, que visa impor um único modelo a todos, independentemente das características particulares de cada sociedade e indivíduo.

Dita globalização alternativa é construída por dois processos: o cosmopolitismo insurgente e o patrimônio comum da humanidade.

O primeiro consistiria “na resistência transnacionalmente organizada contra os localismos globalizados⁹⁸ e os globalismo localizados”, isto é, em encampar um combate organizado contra

96 SANTOS, Boaventura de Souza. Para uma Concepção Intercultural dos Direitos Humanos. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). Igualdade, Diferença e Direitos Humanos. 2 tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 7.

97 Boaventura (Idem, p.8) compreende a globalização como “processo pelo qual determinada condição ou entidade local estende a sua influência a todo o globo e, ao fazê-lo, desenvolve a capacidade de designar como local outra condição social ou entidade rival”.

98 Segundo Boaventura (Ibidem, p. 8-9), o localismo globalizado pode ser definido como “o processo pelo qual determinado fenômeno, entidade, condição ou conceito local é globalizado com sucesso”, enquanto que o globalismo localizado consistiria “no impacto específico nas condições locais das práticas e imperativos transnacionais que emergem dos localismos globalizados”.

as mazelas ocasionadas pela globalização neoliberal, tais como a degradação ambiental, as exclusões e discriminações sociais. Desta feita, o cosmopolitismo insurgente seria exercido através de um amplo e variado conjunto de iniciativas, movimentos e organizações mediante articulações transnacionais⁹⁹.

Destaque-se que, nessa concepção, o cosmopolitismo insurgente não objetiva uma homogeneização; não busca neutralizar diferenças, identidades e autonomias. Ao contrário, visa conferir um peso equitativo entre os princípios da igualdade e do reconhecimento da diferença.

Por sua vez, o patrimônio comum da humanidade consistiria em valores ou recursos caracterizados por seu viés global e voltados à sustentabilidade da vida humana no globo terrestre. Como exemplo, tem-se a preservação da biodiversidade, da camada de ozônio, etc.

Neste diapasão, a depender da concepção adotada de direitos humanos, estes podem atuar tanto a favor da globalização hegemônica como da globalização contra-hegemônica. Em outras palavras, enquanto os direitos humanos forem considerados em abstrato, eles fomentaram os localismos globalizados, pois prevaleceriam contra qualquer visão diferenciada de dignidade de pessoa humana. Na medida em que passarem a ser concebidos como interculturais, os direitos humanos operaram como cosmopolitismo insurgente.

Então, para que os direitos humanos possam ser vistos como um cosmopolitismo insurgente é necessário algumas premissas: 1) superação do debate entre universalismo e relativismo cultural – pois é preciso realizar diálogos interculturais, focados nas preocupações semelhantes, apesar de um universo cultural diferente, bem como se faz essencial o desenvolvimento de critérios na reformulação de uma política emancipatória dos direitos humanos; 2) reconhecimento de que todas as culturas possuem concepções próprias de dignidade da pessoa humana; 3) todas as culturas são incompletas e com concepções de dignidade humana problemáticas; 4) todas as culturas comportam variadas versões de dignidade da pessoa humana; 5) é preciso saber distinguir as lutas pela igualdade e pelo reconhecimento das diferenças, uma vez que são fenômenos comuns e hierarquizados em todas as culturas¹⁰⁰.

99 SANTOS, Boaventura de Souza. Op. Cit., p. 9-10.

100 SANTOS, Boaventura de Souza. Para uma Concepção Intercultural dos Di-

Ressalte-se que tais premissas constituem um ponto de partida para possibilitar um diálogo intercultural, o qual não será uma tarefa fácil, haja vista a existência de diversos topoi¹⁰¹ em toda e qualquer cultura.

Diante disso, Boaventura propõe o manejo da hermenêutica diatópica como forma de minimizar a aridez desse diálogo, que poderá proporcionar recíprocas trocas culturais e aprendizagens.

A hermenêutica diatópica funda-se na ideia de incompletude dos topoi de cada uma das culturas, por mais fortes que estes pareçam ser, eis que todas as culturas são incompletas. Ademais, tem como objetivo elevar a consciência de incompletude mútua, à medida que avança o diálogo intercultural, possibilitando um olhar diferente sobre a cultura do outro, na busca por pontos em comum e preenchimento de eventuais lacunas.

Resta evidente que a hermenêutica diatópica exige um processo diferenciado de produção do conhecimento, caracterizando-se por uma produção participaçã, coletiva e intersubjetiva.

Destaca-se que a realização desse diálogo intercultural, aliada a hermenêutica diatópica, permite a ocorrência de revisões recíprocas, nas quais as culturas envolvidas atuam simultaneamente como hóspede e anfitriã, facilitando a ocorrência de uma concepção híbrida de dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, de direitos humanos¹⁰².

Em suma, afirma o autor que:

O multiculturalismo progressista pressupõe que o princípio da igualdade seja prosseguido de par com o princípio do reconhecimento da diferença. A hermenêutica diatópica pressupõe a aceitação do seguinte imperativo transcultural: temos o direito a ser iguais quando a diferença

reitos Humanos. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). Igualdade, Diferença e Direitos Humanos. 2 tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 16-18.

101 Aqui entende-se topoi como ponto comum de partida em uma argumentação.

102 Op. Cit., p. 26.

nos inferioriza; temos o direito a ser diferentes quando a igualdade nos descaracteriza¹⁰³.

Nesse diapasão, o multiculturalismo não constitui entrave ao universalismo dos direitos humanos quando atuam como cosmopolitismo insurgente, uma vez que, a partir da diversidade cultural, deve-se “buscar um denominador comum mínimo entre as distintas culturas do mundo, para, então, ampliá-lo mediante um ‘cross-cultural dialogue’”, isto é, um diálogo intercultural. Por conseguinte, as sociedades necessitam buscar a universalidade dos direitos humanos através da identificação e cultivo de seus fundamentos interculturais¹⁰⁴.

Registre-se, ainda, que no multiculturalismo busca-se a convivência entre os diferentes, de modo a se propiciar um diálogo intercultural, onde há pontos de convergência que auxiliam no desenvolvimento socioeconômico do país¹⁰⁵.

Em face do todo o exposto, observa-se que, parafraseando Bobbio, não cabe mais aqui a discursão quanto à natureza e fundamento dos direitos humanos, sejam eles absolutos ou relativos, naturais ou históricos, o essencial é que haja a construção e efetivação de meios mais seguros para garanti-los e concretizá-los, indo além das solenes e meras declarações.

Para tanto, um pluralismo voltado para o intercâmbio cultural, que valoriza e respeita as diferenças essenciais de cada indivíduo e comunidade, sem visar à imposição de um modelo unificador, é um ponto de partida adequado para a superação da dicotomia universalismo versus relativismo.

Ademais, apesar de necessário, tem-se a consciência que, a efetivação de um constante diálogo intercultural, com respeito

103 SANTOS, Boaventura de Souza. Op. Cit., p. 36.

104 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos, vol. III. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 310.

105 Nesse sentido, vide, VIEIRA JÚNIOR, Ronaldo Jorge A. Rumo ao multiculturalismo: a adoção compulsória de ações afirmativas pelo Estado brasileiro como reparação dos danos atuais sofridos pela população negra. In: SANTOS, Sales Augusto dos (Org.). Ações Afirmativas e Combate ao Racismo nas Américas. Brasília: Ministério da Educação: UNESCO, 2005.

à diversidade e pautado no fim último de desenvolver um reconhecimento e proteção de um “mínimo ético irredutível”, se trata de uma tarefa árdua.

É preciso encampar o combate às mazelas sociais e ambientais ocasionadas pela globalização hegemônica, tendo como aliado os direitos humanos, como forma de cosmopolitismo insurgente, nos termos propostos por Boaventura de Souza Santos.

Portanto, considerando seus objetivos de combate às desigualdades socioeconômicas, respeito à dignidade da pessoa humana, concretização dos direitos humanos e o respeito ao direito à diferença, verifica-se o porquê do multiculturalismo ser um dos fundamentos da política de ação afirmativa.

2.4 AÇÃO AFIRMATIVA: INSTRUMENTO DE PROMOÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Conforme se deixou assente no tópico anterior, para se atingir a eficácia de direitos enunciados, inclusive em norma de estatura constitucional, é necessário levar em consideração as barreiras específicas impostas a cada grupo de indivíduos; é preciso considerar as desigualdades de contexto, visto que a mera enunciação de direitos não modifica a realidade, o que a transforma é a concretização destes¹⁰⁶.

Portanto, na tentativa de realizar os objetivos fundamentais do Estado contemporâneo, calcados no princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade material, verificou-se que seria preciso que o Estado renunciasse sua neutralidade histórica em questões sociais, adotando uma postura ativa.

Em face dessa constatação, o Estado, ao invés de fazer uso apenas de políticas públicas baseadas na igualdade de todos e na não-discriminação (políticas universais), lança mão de políticas que considera as peculiaridades dos grupos minoritários e vulneráveis, na ânsia de evitar a perpetuação das iniquidades sociais construídas sob preconceitos e discriminações de fundo histórico e cultural¹⁰⁷.

106 Nesse sentido, vide, IKAWA, Daniela. Direito às ações afirmativas em Universidade brasileiras. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. (Coords.) Igualdade, Diferença e Direitos Humanos. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

107 Sobre o assunto, cf. GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. Ação afirmativa &

Tais políticas recebem o nome de ações afirmativas (*affirmative actions*), as quais foram concebidas primeiramente nos Estados Unidos da América (EUA) e posteriormente passaram a ser adotada nos mais diversos países do globo terrestre, sejam eles ocidentais ou mesmo orientais¹⁰⁸.

De acordo com Cármen Lúcia Antunes Rocha¹⁰⁹ (1996, p. 285), em 1965, uma ordem executiva federal dos Estados Unidos da América (EUA) utilizou pela primeira vez a expressão *affirmative action*, a qual passou a ser sinônimo de exigência de concessão de tratamento diferenciado em benefícios de alguns grupos socialmente fragilizados por discriminações e preconceitos entranhados no tecido social.

Inicialmente as ações afirmativas surgiram com o objetivo de solucionar o problema da marginalização socioeconômica do negro na sociedade norte-americana, numa tentativa de combater a política do “separados, mas iguais” (*separate but equal*). Posteriormente, ditas ações foram estendidas a outros grupos fragilizados, tais como mulheres, indígenas, pessoas com deficiência, entre outros.

Registre-se que o nascimento das ações afirmativas contribuiu para a mudança de conteúdo experimentado pelo princípio da isonomia, o qual passou a ser visto em sua acepção material, fundamentando planos e programas públicos e privados com tratamento diferenciado as minorias marginalizadas.

Apesar de sua concepção não ser recente, uma vez que já nas décadas de 60 a 70 este instituto passou por reformas¹¹⁰, ainda hoje, a *affirmative action* é objeto de intensos debates. Seus opositores arrolam diversos argumentos, sendo os mais usuais os seguintes: As ações afirmativas: 1) maculam o princípio da igualdade – aqui entendida como procedimental, intimamente arraigada nos ideais liberalistas, que pressupõem uma posição abstencionista do Estado; 2) violam o princípio meritocrático, que deve reinar em

Princípio Constitucional da Igualdade. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

108 Idem, p. 37.

109 ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação Afirmativa: O Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica. Revista da Informação Legislativa, v. 33, nº 131, p. 285, jul./set. de 1996. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/176462>. Acesso em: 05/02/2014.

110 GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. Op. Cit., p. 40.

Estados Democráticos de Direito; 3) prejudicam a qualidade das instituições públicas e/ou privadas que as adotam, pois não são selecionados os melhores candidatos; 4) são inconstitucionais; 5) aprofundam o quadro de discriminação e segregação do grupo beneficiado por tais ações¹¹¹.

Conforme já explorado em item anterior, não prospera a alegação de violação ao princípio da igualdade, uma vez que sua vertente material autoriza a criação de tratamentos diferenciados quando existente fundamento razoável para tanto. Quanto ao princípio meritocrático, observa-se que este não é violado, mas sim mitigado, eis que os indivíduos que preencherão as vagas ofertadas por ações afirmativas terão que atingir o mesmo percentual mínimo de desempenho definido, como ponto de corte na seleção disputada, percentual este igual para a ampla e restrita concorrência¹¹².

Desta feita, considerando a exigência de um patamar mínimo de desempenho para preenchimento das vagas ofertadas, também não se sustenta a alegação de prejuízo na qualidade das instituições públicas ou privadas que adotam estas políticas.

Ademais, pontue-se que a utilização das ações afirmativas sempre resguarda a maioria das oportunidades à ampla concorrência, onde apenas uma pequena parte destas oportunidades possui destinatários específicos, desta forma, garante-se o pleno exercício da democracia e respeito ao princípio da não-discriminação, bem como da valorização do mérito pessoal.

Também como já demonstrado anteriormente, as ações afirmativas, desde que observados os critérios da razoabilidade e proporcionalidade, não são inconstitucionais, visto que é objetivo precípuo de qualquer Estado democrático o respeito à dignidade humana e, conseqüentemente, a concretização do bem de todos, eis que detentores da mesma dignidade e consideração. Em si tratando do Estado brasileiro, além disso, há vários dispositivos constitucionais, citados em tópico anterior, que fornecem guarida para este tipo de ação, bem com determina expressamente sua

111 SANTOS, Sales Augusto dos (Org.). *Ações Afirmativas e Combate ao Racismo nas Américas*. Brasília: Ministério da Educação: UNESCO, 2005, p. 8.

112 Sobre o tema, cf. IKAWA, Daniela. *Direito às ações afirmativas em Universidade brasileiras*. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. (Coords.) *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

implementação em alguns casos, como o art. 7, XX e art. 37, VIII, ambos da CRFB, para citar exemplos.

No que tange ao aprofundamento do quadro de discriminação e segregação dos grupos beneficiados por tais medidas afirmativas, observa-se que este argumento também não se sustenta, pois, tomando por base o Direito Internacional dos Direitos Humanos, pode-se afirmar que se destacam duas estratégias de combate à discriminação: a repressiva-punitiva e a promocional¹¹³.

A primeira objetiva proibir, eliminar e punir a discriminação, adotando como principal instrumento de atuação o Direito Penal, com reflexos na esfera da responsabilidade civil pecuniária. A outra, como o nome sugere, busca promover, fomentar, concretizar a igualdade material, onde as políticas afirmativas são seu primordial instrumento de atuação.

É fato que inicialmente se buscou a eliminação da discriminação através da estratégia repressivo-punitiva, todavia, o passar dos anos demonstrou ser preciso aliar esta vertente a sua faceta promocional, uma vez que a mera proibição e punição da discriminação não eram suficientes para reverter o quadro segregacionista e discriminatório instalado no seio da sociedade contemporânea. Verificou-se que, para acelerar a efetivação da igualdade era preciso fazer uso de estratégias promocionais, por tratar-se de meios eficazes de promover a inserção e inclusão¹¹⁴ dos grupos vulneráveis nos espaços sociais.

Destaque-se que as ações afirmativas visam combater não apenas as discriminações diretas e flagrantes, cuja estratégia repressivo-punitiva é eficaz, mas também a discriminação indireta, velada, estrutural, de fundo cultural, enraizada no tecido social.

113 Nesse sentido, vide, PIOVESAN, Flávia. Ações Afirmativas sob a Perspectiva dos Direitos Humanos. In: SANTOS, Sales Augusto dos (Org.). Ações Afirmativas e Combate ao Racismo nas Américas. Brasília: Ministério da Educação: UNESCO, 2005.

114 É importante destacar que, de acordo com Daniela Ikawa (Direito às ações afirmativas em Universidade brasileiras. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. (Coords.) Igualdade, Diferença e Direitos Humanos. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 378-379), incluir é diferente de integrar. Na integração o indivíduo deve se adaptar ao meio até ser aceito, o que exige a adoção de características do grupo dominante, enquanto que na inclusão o indivíduo é aceito com suas diferenças ante ao reconhecimento do outro como ser igual e dotado da mesma dignidade, logo, na inclusão o meio é modificado (adaptado) para receber as pessoas e suas diferentes características.

Portanto, as ações afirmativas podem ser definidas, nas palavras de Joaquim Benedito Barbosa Gomes¹¹⁵, como:

um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero, por deficiência física e de origem nacional, bem como para corrigir ou mitigar efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego.

Analisando a definição transcrita, é possível distinguir os principais objetivos das ações afirmativas, que, dentre outros, são: a) efetivar a igualdade de oportunidades; b) fomentar o combate às discriminações de qualquer espécie; c) reduzir ou até eliminar os efeitos da discriminação estrutural; e d) fomentar o multiculturalismo, com respeito à diversidade.

Observa-se que o multiculturalismo é fomentado pelas affirmative actions na medida em que objetiva a geração de mudanças socioculturais, valorizando a diversidade e o pluralismo cultural. Desta feita, as ações afirmativas visam uma maior representatividade dos grupos fragilizados nos diversos âmbitos da atividade privada e pública, contribuindo para o respeito à diferença, retratando, na medida do possível, o caráter plúrimo da sociedade.

Têm-se como outra meta dessas ações a construção de exemplos para os grupos minoritários – as chamadas personalidades emblemáticas –, através da ascensão social e profissional de pessoas pertencentes a tais grupos fragilizados, disseminando, então, a crença na real possibilidade de mobilidade social ascendente, incentivando a educação e qualificação dos jovens¹¹⁶.

115 GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. Ação afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 40.

116 Nesse sentido, cf. GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. A recepção do Instituto da Ação Afirmativa pelo Direito Constitucional Brasileiro. In: SANTOS, Sales

Nesse diapasão, as ações afirmativas auxiliam na superação / eliminação das barreiras invisíveis e artificiais existentes na sociedade contemporânea que dificulta a concretização da igual dignidade de todos.

É importante ressaltar que a eliminação das iniquidades sociais, econômicas e culturais não é de competência exclusiva do Estado, a cada um cabe o dever fundamental de respeito à diferença e igual consideração para com o outro. Ao Estado incumbe o papel de impulsionar a resolução destas desigualdades através da remoção dos fatores de discriminação estrutural, seja por estratégias repressivo-punitiva seja por ações promocionais, como as ações afirmativas, as quais incidem tanto na esfera pública quanto na privada, envolvendo os mais diversos atores sociais.

Todavia, é preciso atentar para o fato de que as ações afirmativas apenas guardam fundamento jurídico enquanto perdurar o quadro de discriminação, segregação e/ou desigualdade, eis que, conforme alerta Maria Aparecida Gugel¹¹⁷, uma vez alcançada a tão buscada igualdade material, objetivo da medida de discriminação positiva utilizada, deverá cessar a eficácia de tais medidas. Contudo, alerta Manuela Tomei¹¹⁸ que temporariedade não é necessariamente sinal de curto prazo, pois o atingimento dos objetivos traçados depende da resposta social conferida às medidas implantadas, o que pode variar de acordo com o contexto sociocultural de cada país ou região.

Ademais, é sempre oportuno lembrar que a utilização de tais medidas possui um custo social que não pode ser ignorado, motivo pelo qual sua adoção precisa estar harmonizada com o princípio da proporcionalidade, isto é, a medida deve demonstrar ser adequada, suficiente e necessária aos objetivos buscados, inexistindo opção menos gravosa.

Augusto dos (Org.). *Ações Afirmativas e Combate ao Racismo nas Américas*. Brasília: Ministério da Educação: UNESCO, 2005.

117 GUGEL, Maria Aparecida. *Pessoas com deficiência e o direito ao concurso público: reserva de cargos e empregos públicos, administração pública direito e indireta*. Goiânia: Ed. da UCG, 2006, p. 59.

118 TOMEI, Manuela. *Ação afirmativa para a igualdade racial: características, impactos e desafios*. Brasília: OIT/Brasil, 2005, p. 16.

Esse custo foi definido por Garcia¹¹⁹, como um sacrifício da geração atual, em virtude de erros cometidos por gerações passadas, e cujos frutos serão saboreados apenas por gerações futuras, pois estas poderão desfrutar de uma sociedade mais justa e equilibrada. Ronald Fiscus¹²⁰, ao interpretar os julgados do juiz americano Lewis Powell, caracteriza, por sua vez, dito custo social como um encargo ou dever cívico de cada cidadão na realização da harmonia social e paz mundial.

Cabe ainda registrar que as ações afirmativas não se resumem as cotas, visto que existem outras técnicas de implementação dessas ações, tais como: incentivos fiscais, estabelecimento de preferências, o sistema de bônus, as bolsas de fomento, programas exclusivos, dentre outras. Nesse sentido, afirma-se que as cotas são espécie do gênero ação afirmativa¹²¹.

A Organização das Nações Unidas (ONU), por intermédio de seu Conselho Econômico e Social, catalogou duas formas de medidas afirmativas, as de “mobilização afirmativa” (ou “justiça afirmativa”) e as de “preferência afirmativa”. As primeiras caracterizam-se por empreender “esforços proativos de informar e incentivar membros de grupos sub-representados a candidatarem-se a empregos ou de oferecer-lhes treinamento vocacional para capacitá-los a competir em igualdade de condições.” Já as medidas de preferência “englobam iniciativas que oferecem ou recusam o acesso a certos bens ou serviços com base na raça, gênero ou deficiência.”¹²².

Ressalte-se também que não só as pessoas físicas podem ser beneficiárias das ações afirmativas, as pessoas jurídicas também o podem. Exemplo disso é o art. 170, IX, da CRFB, o qual expressamente determina a formulação de tratamento diferenciado às micro e pequenas empresas.

119 GARCIA, Maria Glória Ferreira Pinto Dias. Estudos sobre o Princípio da Igualdade. Coimbra: Almedina, 2005, p. 24.

120 FISCUS, Ronald J. The Constitutional Logic of Affirmative Action. Londres: Duke University Press, 1992. Apud GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. Ação afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 140.

121 Joaquim B. Barbosa Gomes (Idem, p. 40) ressalta que, no Brasil, o debate sobre as ações afirmativas iniciou-se de forma equivocada, pois houve confusão entre aquelas e o sistema de cotas, acrescentando que essa é apenas uma espécie daquela, todavia, não enumera qualquer outra espécie.

122 TOMEI, Manuela. Ação afirmativa para a igualdade racial: características, impactos e desafios. Brasília: OIT/Brasil, 2005, p. 11-12.

No que tange a aplicação dessas ações positivas pelo Estado brasileiro, em pesquisa ao texto da CRFB é possível encontrar outros exemplos de ações afirmativas determinadas pelo constituinte, dentre as quais se destacam: 1) Proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos – Art. 7º, XX; 2) Reserva percentual de cargos e empregos públicos a pessoas com deficiência – art. 37, VIII; 3) Promoção de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, mediante políticas específicas, tal como a aplicação percentual de recursos públicos em atenção à saúde materno-infantil - Art. 227, § 1º; 3) Dever conferido à família, a sociedade e ao Estado de amparar as pessoas idosas, que tem a garantia de que os programas para seu amparo serão, preferencialmente, realizados em seus lares – Art. 230.

Há quem enxergue no art. 3º, IV, da Constituição Federal de 1988, a instituição de uma ação afirmativa, segundo a qual o Estado deve promover o bem de todos, sem qualquer preconceito e discriminação¹²³.

Além das normas constitucionais, é possível encontrar ações afirmativas na legislação infraconstitucional brasileira, seja como instrumento de regulamentação da política afirmativa definida constitucionalmente, – tendo em vista o disposto no art. 170, IX, da CRFB, a Lei Complementar nº 123/ 2006 veio regulamentá-lo, pois instituiu o simples nacional, ou seja, um regime tributário simplificado, diferenciado e favorável às empresas de pequeno porte –, seja instituindo nova ação afirmativa –, como é o caso da Lei nº 9.100/1995 que estabelece, que um mínimo de 20% das vagas de cada partido político, para as eleições municipais, deverão ser preenchidas por mulheres.

Enfocando-se as pessoas com deficiência como beneficiárias, verifica-se que a própria Constituição Federal, atualmente em vigor, atribui ao legislador ordinário o dever de regulamentar algumas opções constitucionais nessa seara. Como exemplo, tem-se o art. 37, VIII, que determina a reserva percentual de cargos e empregos públicos a pessoas com deficiência, isto é, institui uma política de

123 Esse é o posicionamento adotado por ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação Afirmativa: O Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica. Revista da Informação Legislativa, v. 33, nº 131, p. 290, jul./set. de 1996. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/176462>. Acesso em: 05/02/2014.

cotas com objetivo de efetivar o direito fundamental ao trabalho pelas pessoas com deficiência. A legislação infraconstitucional, por sua vez, também estabeleceu cotas para a contratação de pessoas com deficiência por empresas privadas com mais de 100 empregados (Art. 93 da Lei nº 8.213/90).

Saliente-se que o Brasil não é o único país a engendrar esforços na inclusão desse grupo de pessoas no mercado de trabalho, como se pode observar no quadro a seguir:

Quadro 1 – Políticas Internacionais de Incentivo ao Trabalho das Pessoas Com Deficiência		
<p>PORTUGAL: art. 28 da Lei nº 38/04 estabelece a cota de até 2% de trabalhadores com deficiência para a iniciativa privada e de, no mínimo, 5% para a administração pública.</p>	<p>ALEMANHA: a lei alemã estabelece para as empresas com mais de 16 empregados uma cota de 6%, incentivando uma contribuição empresarial para um fundo de formação profissional de pessoas com deficiência.</p>	<p>HOLANDA: o percentual varia de 3% a 7%, sendo este firmado por negociação coletiva, dependendo do ramo de atuação e do tamanho da empresa.</p>
<p>ESPAÑA: a Lei nº 66/97 ratificou o art. 4º do Decreto Real nº 1.451/83, o qual assegura o percentual mínimo de 2% para as empresas com mais de 50 trabalhadores fixos. Já a Lei nº 63/97 concede uma gama de incentivos fiscais, com a redução de 50% das cotas patronais da seguridade social.</p>	<p>ITÁLIA: a Lei nº 68/99, no seu art. 3º, estabelece que os empregadores públicos e privados devam contratar pessoas com deficiência na proporção de 7% de seus trabalhadores, no caso de empresas com mais de 50 empregados; duas pessoas com deficiência, em empresas com 36 a 50 trabalhadores; e uma pessoa com deficiência, se a empresa possuir entre 15 e 35 trabalhadores.</p>	<p>REINO UNIDO: o Disability Discrimination (DDA), de 1995, trata da questão do trabalho, vedando a discriminação de pessoas com deficiência em relação ao acesso, conservação e progresso no emprego. Estabelece, também, medidas organizacionais e físicas, para possibilitar o acesso de pessoas com deficiência. O Poder Judiciário pode fixar cotas, desde que provocado e de que se constate falta de correspondência entre o percentual de empregados com deficiência existente na empresa e no local onde a mesma se situa.</p>
<p>FRANÇA: o Código do Trabalho Francês, em seu art. L323-1, reserva postos de trabalho no importe de 6% dos trabalhadores em empresas com mais de 20 empregados.</p>	<p>ÁUSTRIA: a lei federal reserva 4% das vagas para trabalhadores com deficiência nas empresas que tenham mais de 25, ou admite a contribuição para um fundo de formação profissional.</p>	<p>BÉLGICA: existe sistema de cotas, porém, não há um percentual legal para a iniciativa privada. Este é negociado por sindicatos e representantes patronais para cada ramo da economia.</p>

<p>ARGENTINA: a Lei nº 25.687/98 estabelece um percentual de, no mínimo, 4% para a contratação de servidores públicos. Estendem-se, ademais, alguns incentivos para que as empresas privadas também contratem pessoas com deficiência.</p>	<p>COLÔMBIA: a Lei nº 361/97 concede benefícios de isenções de tributos nacionais e taxas de importação para as empresas que tenham, no mínimo, 10% de seus trabalhadores com deficiência.</p>	<p>EL SALVADOR: a Lei de Equiparação de Oportunidades, o Decreto Legislativo nº 888, em seu art. 24, estabelece que as empresas com mais de 25 empregados devam contratar uma pessoa com deficiência.</p>
<p>HONDURAS: a Lei de Promoção de Emprego de Pessoas com Deficiência, o Decreto nº 17/91, em seu art. 2º, fixa cotas obrigatórias para contratação de pessoas com deficiência por empresas públicas e privadas, na seguinte proporção: uma pessoa com deficiência, nas empresas com 20 a 40 trabalhadores; duas, nas que tenham de 50 a 74 funcionários; três, nas empresas com 75 a 99 trabalhadores; e quatro, nas empresas que tenham mais de 100 empregados.</p>	<p>PANAMÁ: a Lei nº 42/99 obriga os empregadores que possuam em seus quadros mais de 50 trabalhadores a contratar, no mínimo, 2% de trabalhadores com deficiência. O Decreto Executivo nº 88/93 estabelece incentivos em favor de empregadores que contratem pessoas com deficiência. O governo também está obrigado a empregar pessoas com deficiência em todas as suas instituições.</p>	<p>PERU: a Lei Geral da Pessoa com Deficiência, em seu capítulo VI, estabelece a concessão de benefícios tanto para as pessoas com deficiência quanto para as empresas que as contratem, como, por exemplo, a obtenção de créditos preferenciais e financiamentos de organismos financeiros nacionais e internacionais; preferência nos processos de licitação; e dedução da renda bruta de uma percentagem das remunerações paga às pessoas com deficiência.</p>
<p>VENEZUELA: a Lei Orgânica do Trabalho, de 1997, fixa uma cota de uma pessoa com deficiência a cada 50 empregados.</p>	<p>CHINA: a cota oscila de 1,5% a 2%, dependendo da regulamentação de cada município.</p>	<p>NICARÁGUA: a Lei nº 185 estabelece que as empresas contratem uma pessoa com deficiência a cada 50 trabalhadores empregados.</p>

Fonte: (SIT. A inclusão de pessoas com deficiência no mercado de trabalho. 2007. p. 14-16).

Logo, resta assente que a adoção de políticas de ações afirmativas com o fim de realizar a inclusão social, e mais precisamente, laboral das pessoas com deficiência é uma realidade mundial, ante o incontestável caráter de vulnerabilidade desse grupo de pessoas.

Diante do exposto, resta evidente que as políticas afirmativas

constituem-se em ferramentas úteis na concretização dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, e, por consequência, dos objetivos fundamentais estabelecidos no art. 3º da CRFB.

2.4.1 Justiça Compensatória

Conforme os estudos realizados, observa-se que o respaldo jurídico-constitucional às medidas afirmativas é amplo e diversificado, sendo considerados fundamentos destas: a) justiça distributiva; 2) justiça compensatória; 3) promoção da igualdade material; 4) o utilitarismo¹²⁴; e 5) o multiculturalismo.

Registre-se que, historicamente, as políticas afirmativas são majoritariamente justificadas por três argumentos, apesar de que, nem sempre, eles são utilizados cumulativamente em determinado contexto histórico e que, nem sempre, receberem o mesmo peso argumentativo. Estes três argumentos são a justiça distributiva, a reparação (ou justiça compensatória) e a diversidade (ou multiculturalismo)¹²⁵.

Dentre estes fundamentos, a justiça compensatória foi aquela que mais recebeu críticas, uma vez que se funda no argumento da reparação pelos danos sofridos.

A teoria compensatória parte do pressuposto de que o preconceito e a discriminação oficial (estatal) e/ou social do passado, que vitimaram as gerações anteriores, são transferidas às gerações futuras, afetando-as, constituindo-se em injusto ônus socioeconômico e cultural que se perpetua no tempo¹²⁶.

Como é sabido, na teoria civilista (do Direito Civil), o direito a reparação é devido àquele que sofre, via de regra, diretamente o

124 Sobre o assunto, cf. VIEIRA JÚNIOR, Ronaldo Jorge A. Rumo ao multiculturalismo: a adoção compulsória de ações afirmativas pelo Estado brasileiro como reparação dos danos atuais sofridos pela população negra. In: SANTOS, Sales Augusto dos (Org.). *Ações Afirmativas e Combate ao Racismo nas Américas*. Brasília: Ministério da Educação: UNESCO, 2005.

125 Nesse sentido, vide, SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; FERES JÚNIOR, João. *Ação Afirmativa: Normatividade e Constitucionalidade*. SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; e PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. 2ª Tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

126 Sobre a temática debatida, cf. GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. *Ação afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

dano, sendo a obrigação de compensar o dano sofrido imputada àquele que por ação ou omissão causou dano a outrem. Ou seja, para que a vítima tenha direito a reparação é preciso ficar demonstrado o ato ilícito, o dano e o nexo de causalidade entre eles, sem falar que este dano só poderá ser reparado por seu causador ou por outro coobrigado.

Logo, tendo como pano de fundo a teoria civilista da responsabilidade subjetiva, os opositores à justiça compensatória alegam a impossibilidade de sua aplicação pelo fato de que não é possível determinar as gerações futuras como vítimas de discriminações ocorridas no passado. Ademais, não é possível responsabilizar toda a sociedade atual por práticas discriminatórias realizadas por alguns no passado¹²⁷.

Portanto, na concepção daqueles opositores, a justiça compensatória só pode ser legitimamente utilizada como fundamento das ações afirmativas naqueles países em que o Estado fez uso de sistema legal de segregação, tal como o apartheid na África e o sistema norte-americano do “*separate but equal*” (separados, mas iguais)¹²⁸.

Diante disso, considerando que o Brasil não adotou nem um sistema legal segregacionista oficial, a justiça compensatória não seria fundamento legítimo das ações afirmativas implantadas pelo Estado brasileiro.

Não restam dúvidas de que a justiça compensatória aplicada às ações afirmativas possuem os seguintes diferenciais: 1) são beneficiários pessoas que não necessariamente foram vítimas da discriminação, podendo-se deixar de beneficiar quem efetivamente o foi; 2) as ações afirmativas ocasionam prejuízos a pessoas não responsáveis pela discriminação perpetrada, bem como àquelas que não se beneficiaram com a discriminação realizada; e 3) constituem-se em direito individual e subjetivo que pode ser contraposto a demandas coletivas e objetivas desenvolvidas pelo Estado¹²⁹.

127 No mesmo sentido, vide, VIEIRA JÚNIOR, Ronaldo Jorge A. Rumo ao multiculturalismo: a adoção compulsória de ações afirmativas pelo Estado brasileiro como reparação dos danos atuais sofridos pela população negra. In: SANTOS, Sales Augusto dos (Org.). *Ações Afirmativas e Combate ao Racismo nas Américas*. Brasília: Ministério da Educação: UNESCO, 2005.

128 É o que sustenta VIERIA JÚNIOR, Idem, p. 86.

129 Nesse sentido, cf. IKAWA, Daniela. Direito às ações afirmativas em Universidade brasileiras. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia.

Por isso, Vieira Júnior¹³⁰ sugere a superação desta teoria subjetiva da responsabilidade civil, de modo a se adotar uma responsabilização objetiva do Estado pelos danos causados ante a prática discriminatória do passado.

Ante ao exposto, nota-se que a justiça compensatória é comutativa, visto que se busca compensar (indenizar) o que foi retirado por ação ou omissão ilícita. Todavia, compreende-se que a justiça compensatória aplicada às ações afirmativas é dotada de peculiaridades quando comparada a justiça compensatória da teoria civilista.

2.4.2 Justiça Distributiva

Por sua vez, a justiça distributiva funda-se na promoção da redistribuição equilibrada dos ônus e bônus de uma sociedade a seus membros, de modo a minimizar as desigualdades geradas pelo preconceito e discriminação.

A justiça distributiva parte do pressuposto de que todos são iguais ao nascer (*equality at birth*) e que as diferenciações vão ocorrendo ao longo da vida, sendo impostas pelos valores sociais vigentes, ocasionando ônus excessivo aos grupos fragilizados. Desta feita, a justiça distributiva legitima a adoção de ações afirmativas, de maneira a equalizar a distribuição dos ônus e bônus sociais¹³¹.

Nesta seara, Daniela Ikawa¹³² sustenta a existência, no direito brasileiro, do princípio constitucional implícito da redistribuição, o qual é extraído de diferentes dispositivos constitucionais relativos à igualdade material e à educação. De acordo com ela, o referido princípio gera o direito a redistribuição, que pode ser efetivado tanto por políticas universalistas materiais quanto por políticas

(Coords.) Igualdade, Diferença e Direitos Humanos. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

130 VIEIRA JÚNIOR, Ronaldo Jorge A. Op. Cit., p. 91.

131 GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. Ação afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 66-67.

132 IKAWA, Daniela. Direito às ações afirmativas em Universidade brasileiras. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. (Coords.) Igualdade, Diferença e Direitos Humanos. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 373.

afirmativas, de forma que ambas as espécies de políticas públicas são necessárias e complementares à efetivação igualitária do direito enunciado pelo princípio da redistribuição.

Destaque-se que, assim como as políticas afirmativas, as políticas universalistas materiais possuem fundamento no princípio da igualdade material, uma vez que levam em consideração os resultados a serem alcançados. Entretanto, diferentemente das políticas afirmativas, as políticas universalistas materiais, quando de sua formulação, não fazem diferenciações de raça, sexo, ou qualquer outra consideração quanto à posição social de seus beneficiários.

Desta feita, verifica-se que as políticas universais materiais não são dotadas de um viés compensatório, logo, não alcançam eficazmente os grupos fragilizados e vitimados pela discriminação e pelo preconceito. Enquanto isso, as políticas afirmativas são direcionadas a tais grupos, constituindo-se em medidas paliativas, pois, por si só, não são suficientes para pôr fim as iniquidades socioeconômicas e culturais existentes na sociedade.

Portanto, resta evidente que, além de compatíveis entre si, as políticas universalistas materiais e as afirmativas são complementares e necessárias à concretização dos direitos à redistribuição e à igualdade de oportunidades e resultados.

No utilitarismo, vertente da justiça distributiva, a redistribuição dos ônus e bônus sociais tem como fator preponderante a promoção do bem-estar geral, ante a redução da pobreza e iniquidades socioeconômicas¹³³.

Tem-se como expoente do utilitarismo Ronald Dworkin, para quem as ações afirmativas objetivam aumentar o pluralismo cultural e racial em certas profissões e posições sociais.

De acordo com Taylor¹³⁴, o não reconhecimento ou mesmo o mau reconhecimento podem constituir-se em forma de opressão, pois para desenvolver livremente sua personalidade o ser humano necessita de reconhecimento.

Nesse sentido, observa-se que o combate aos efeitos danosos da discriminação deve realizar-se em duas searas, na redistribuição dos ônus e bônus sociais e na do reconhecimento.

133 Nesse sentido, cf. GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. Ação afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

134 TAYLOR, Chales. The Politics of Recognition. In: GUTMAN, Amy (Ed). Multiculturalism: Examining the Politics of Recognition. New Jersey: Princeton University Press, 1994. Apud GOMES, Joaquim Benedito Barbosa, Op. Cit., p. 75.

Com a primeira, se busca corrigir as desigualdades oriundas de uma partilha não equânime dos recursos sociais e, com a segunda, objetiva-se combater as injustiças culturais discriminatórias e segregacionistas¹³⁵.

Ressalte-se que as ações afirmativas também possuem como fundamento o multiculturalismo em sua vertente mais moderada, fundamento este, já explorado em tópico anterior.

3. O DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Antes de discorrer especificamente a respeito do direito ao trabalho das pessoas com deficiência, destacando alguns documentos jurídico-políticos internacionais e nacionais dedicados a matéria, assim como dados estatísticos relativos ao panorama brasileiro, é salutar pontuar algumas considerações a respeito do sistema internacional de proteção à pessoa com deficiência, haja vista sua intrínseca relação com a temática sob análise.

3.1 O SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO A PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Como precedentes históricos dessa proteção, tem-se a criação do Direito Humanitário, a Liga das Nações e, ainda, a Organização Internacional do Trabalho¹³⁶.

Logo, não restam dúvidas que foi no Pós-Segunda Guerra Mundial que os direitos humanos desenvolveram de forma mais acintosa sua vertente universal, acarretando a confecção de um crescente número de tratados internacionais¹³⁷ sobre a matéria, o

135 Em sentido análogo, vide, SARMENTO, Daniel. Casamento e União Estável entre Pessoas do Mesmo Sexo: Perspectivas Constitucionais. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. (Coords.). Igualdade, Diferença e Direitos Humanos. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

136 Nesse sentido, cf. ARAÚJO, Giselle Ferreira de. Proteção dos direitos humanos por organismos internacionais: controle e coercibilidade. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria. Doutrinas Essenciais: Direitos Humanos. Vol. VI – Proteção Internacional dos Direitos Humanos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

137 A expressão “tratado internacional” será aqui utilizada em consonância com

que impulsionou o surgimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, em reação aos horrores e atrocidades perpetradas pelos regimes totalitários de Hitler e Stálin, constituindo-se num dos mais recentes ramos do Direito Internacional¹³⁸.

Portanto, o Direito Internacional dos Direitos Humanos surge em meados do século XX, com o objetivo de criar um efetivo sistema de proteção internacional de tais direitos, haja vista que se nutre a esperança que tal sistema seja capaz de impedir violações aos direitos humanos da mesma magnitude daquelas ocorridas no Holocausto.

Nesse diapasão, fortalece-se a ideia de que os direitos humanos são de interesse mundial, e não apenas de cada Estado nacional, o que ocasiona uma relativização do conceito tradicional de soberania¹³⁹, eis que os Estados, com a assinatura e ratificações dos tratados internacionais pactuados, passam a permitir formas de monitoramento e responsabilizações internacionais a serem implementadas por organizações internacionais.

Ademais, é com o Direito Internacional dos Direitos Humanos que ocorre uma ampliação dos sujeitos de direito admitidos pelo Direito Internacional, haja vista que além dos Estados soberanos, os indivíduos passam a serem considerados sujeitos de direito internacional¹⁴⁰, adquirindo o direito de petição aos órgãos

a definição disponível no art. 2º, § 1º, a, da Convenção de Viena (1969), onde “significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica”.

138 Sobre o assunto, vide, PIOVESAN, Flávia. A Constituição de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria. Doutrinas Essenciais: Direitos Humanos. Vol. VI – Proteção Internacional dos Direitos Humanos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

139 No mesmo sentido pronuncia-se MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Soberania e a proteção internacional dos direitos humanos. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria. Doutrinas Essenciais: Direitos Humanos. Vol. VI – Proteção Internacional dos Direitos Humanos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 483): “Em decorrência do processo de internacionalização dos direitos humanos, advindos do pós-Segunda Guerra, o conceito tradicional de soberania, que entende ser ela um poder ilimitado do Estado, em relação ao qual nenhum outro tem existência, quer interna quer internacionalmente, passa a enfraquecer-se sobremaneira”.

140 “Ao longo da evolução do Direito Internacional contemporâneo, a personalidade jurídica internacional deixou de ser monopólio dos Estados. Tanto estes, como as organizações internacionais, como os seres humanos individual e coletivamente, são titulares de direitos e portadores de deveres emanados di-

designados pelos tratados.

Como marco inicial do Direito Internacional dos Direitos Humanos pode-se citar a Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH, produzida pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 1948, declaração essa que é considerada um “código de princípios e valores universal”, a ser seguido e respeitado por todos os Estados¹⁴¹.

De toda forma, é inegável que a Declaração Universal dos Direitos Humanos inspirou, e ainda inspira, os tratados internacionais que lhe seguiram, contribuindo para a formação do sistema internacional de proteção dos direitos humanos.

Cabe ressaltar que não há apenas um único sistema de proteção dos direitos humanos, mas vários, tais como o sistema da ONU, o da Europa, o das Américas, o da África, o das mulheres, o das pessoas com deficiência, etc. Ditos sistemas podem ser didaticamente classificados quanto ao âmbito de sua proteção, e neste caso ter-se-á o sistema global e o regional de proteção, e quanto ao sujeito da proteção, visualiza-se o sistema geral e o particular de proteção dos direitos humanos.

O sistema global de proteção dos direitos humanos formou-se no âmbito das Nações Unidas, sendo integrado tanto por instrumentos de alcance geral de proteção, tais como os Pactos Internacionais de Direitos Cívicos e Políticos e de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais de 1966, quanto por instrumentos específicos de proteção, que focalizam a repressão de um tipo particular de violação dos direitos humanos, tal como a tortura, a discriminação de gênero, de idade, de raça, de cor, etc.¹⁴²

retamente do Direito Internacional.” (TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. O direito internacional em um mundo em transformação. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. Apud OLIVEIRA, Diogo Pignataro de. Os tratados de direitos humanos na contemporaneidade e sua aplicabilidade dentro da nova concepção constitucional brasileira. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria. Doutrinas Essenciais: Direitos Humanos. Vol. VI – Proteção Internacional dos Direitos Humanos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 105).

141 PIOVESAN, Flávia. A Constituição de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria. Doutrinas Essenciais: Direitos Humanos. Vol. VI – Proteção Internacional dos Direitos Humanos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 214.

142 Sobre a temática, cf. PIOVESAN, Flávia. A Constituição de 1988 e os tratados

Em paralelo ao sistema global de proteção dos direitos humanos, desponta-se o sistema regional de proteção, o qual possui como finalidade internacionalizar o respeito e proteção aos direitos humanos no âmbito regional, mais precisamente na Europa, América e África.

Registre-se que, no sistema particular de proteção, há um destaque às características peculiares de determinado grupo humano, por isso o sujeito de direito passa a ser visto em sua especificidade, em razão de sua vulnerabilidade sociocultural. Nesse contexto, busca-se uma efetivação dos direitos humanos de grupos minoritários e/ou vulneráveis, como por exemplo, as pessoas com deficiência, indígenas, etc.

O sistema geral de proteção, por sua vez, é voltado para todo e qualquer ser humano, não valorando especificamente essa ou aquela característica humana, mas apenas o pertencimento ao gênero humano, igualando todos em sua abstração e generalidade.

Logo, como se pode verificar, no âmbito do sistema global de proteção dos direitos humanos, assim como no regional, é possível a coexistência simultânea de sistema de proteção geral e particular (ou específico), uma vez que todos os sistemas (global, regional, geral e particular) são complementares entre si¹⁴³, convivendo todos em relação harmônica, eis que são inspirados nos valores e princípios da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que em conjunto com os Pactos Internacionais dos Direitos Civis e Políticos e Econômicos, Sociais e Culturais formam o que os estudiosos do assunto denominam de Bill of Rights¹⁴⁴.

internacionais de proteção dos direitos humanos. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria. Doutrinas Essenciais: Direitos Humanos. Vol. VI – Proteção Internacional dos Direitos Humanos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

143 “Essa relação de complementariedade é relevante na medida em que é no espaço nacional que os indivíduos vivem e devem poder exercer seus direitos, não obstante, muitas vezes, o próprio Estado possa violá-los ou se abster de impedir violações aos mesmos, restando necessário o recurso ao sistema internacional a fim de evitar a total desproteção dos seres humanos, como ocorreu, por exemplo, durante a experiência totalitária nazista na Segunda Guerra Mundial.” (JUBILUT, Líliliana Lyra. A aplicação do direito internacional dos direitos humanos pelo STF. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria. Doutrinas Essenciais: Direitos Humanos. Vol. VI – Proteção Internacional dos Direitos Humanos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 316)

144 No mesmo sentido, vide, GURGEL, Yara Maria Pereira. Direitos Humanos,

Nesse diapasão, é possível que um mesmo direito humano se encontre protegido em mais de um sistema internacional de proteção. Logo, é prerrogativa do indivíduo que sofre a violação optar pelo sistema que lhe apresentar o aparato mais favorável à proteção do seu direito, uma vez que os sistemas referidos interagem em benefício do indivíduo.

Cabe ainda destacar que a responsabilidade primária na proteção dos direitos humanos é do Estado soberano, falhando as instituições nacionais, só então a responsabilidade da proteção caberá à comunidade internacional, de forma subsidiária.

Cabe inicialmente salientar que a pessoa com deficiência, pelo simples fato de pertencer ao gênero humano, é sujeito de direito em todo e qualquer sistema global-geral de proteção dos direitos humanos, bem como nos sistemas regionais-gerais, observando sua vinculação territorial com o sistema regional respectivo.

De acordo com Luiz Alberto David Araújo¹⁴⁵, as duas grandes guerras mundiais podem ser vistas como um divisor de águas na temática da proteção das pessoas com deficiência, eis que tais guerras tiveram como consequência nefasta um aumento significativo de pessoas com deficiência, tanto na esfera de locomoção como na de visão e de audição.

Contudo, considerando o recorte metodológico realizado e justificado na parte preambular deste estudo, a análise aqui desenvolvida será focada no sistema global-particular de proteção à pessoa com deficiência, mais precisamente, na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Ressalte-se que, além das declarações, pactos e convenções internacionais elaborados no período pós-Segunda Guerra Mundial, tal como o Bill of Rights, existem diversos documentos internacionais que se dedicaram a construir o sistema específico de proteção a pessoas com deficiência¹⁴⁶, dentre os quais se podem

Princípio da Igualdade e Não Discriminação: Sua aplicação às relações de trabalho. São Paulo: LTr, 2010.

145 ARAÚJO, Luiz Alberto David. A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência. Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 1994, p. 15.

146 Sobre a temática, cf. ATIQUE, Andraci Lucas Veltroni; VOLTRONI, Alexandre Lucas. A Pessoa Portadora de Deficiência e a Educação no Brasil. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (Org.). Doutrinas Essenciais: Direitos Humanos. Vol. IV - Grupos Vulneráveis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

citar: a) Declaração dos Direitos das Pessoas com Retardamento Mental, de 1971; b) Declaração dos Direitos da Pessoa Surda e Cega, de 1971; c) Declaração dos Direitos do Impedido, de 1975; d) Resoluções da Organização Mundial de Saúde para a Prevenção de Deficiências e Reabilitação, de 1976; e) Declaração dos Direitos da Criança, de 1979; f) Normas Internacionais do Trabalho sobre a Readaptação Profissional da OIT, de 1983; g) Normas sobre a Igualdade de Oportunidades para as pessoas portadoras de deficiência, da Assembleia Geral da ONU, de 1993; h) Declaração de Salamanca, de 1994; i) Convenção Interamericana para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, de 1999.

Entre tantos importantes documentos internacionais de proteção ao grupo vulnerável sob estudo, cabe aqui pontuar a considerável contribuição advinda da OIT na proteção e promoção dos direitos das pessoas com deficiência, em particular a promoção e proteção ao direito ao trabalho, conforme se verifica na formulação da Convenção n. 159, que entrou em vigor no plano internacional em 20 de junho de 1985 e no Brasil em 18 de maio de 1990.

A mencionada convenção da OIT versa sobre política de readaptação profissional e emprego à pessoa com deficiência, que, tendo como fundamento jurídico o Princípio da Igualdade e da Não Discriminação, princípios estes que são considerados desdobramentos do supra Princípio da Dignidade Humana, foca sua atenção na vertente promocional, com o intuito de incluir a pessoa com deficiência no mercado de trabalho, por meio da igualdade de oportunidades e emprego a ser efetivada através de ações afirmativas pelos Estados-Membros, se preciso for¹⁴⁷.

Portanto, verifica-se que as disposições da referida convenção da OIT se encontra em harmonia com o teor do art. 37, VIII, da Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB, o qual consagra uma política de cotas ao ingresso no serviço público das pessoas com deficiência, mediante uma reserva percentual de cargos e empregos públicos.

No mesmo sentido da Convenção OIT nº 159, tem-se, no sistema regional de proteção, o Protocolo de San Salvador, adotado

147 Nesse sentido, vide, GURGEL, Yara Maria Pereira. Direitos Humanos, Princípio da Igualdade e Não Discriminação: Sua aplicação às relações de trabalho. São Paulo: LTr, 2010.

pela Organização dos Estados Americanos (OEA) em 17 de novembro de 1988, o qual, visando à inclusão da pessoa com deficiência, prevê a possibilidade de adoção pelos Estados-Membros de medidas especiais para a promoção da igualdade de oportunidades e emprego, objetivando a efetividade do direito ao trabalho desse grupo vulnerável.

Ainda com referência ao sistema regional de proteção da Organização dos Estados Americanos (OEA), faz-se necessário assevera a importância da Convenção Interamericana para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, também denominada como Convenção da Guatemala, adotada internacionalmente em 5 de março de 1995 e ratificada pelo Brasil através do Dec. 3.965/2001.

Além do caráter promocional, a citada convenção da OEA também manifesta caráter repressivo e punitivo fundado na proibição de toda e qualquer discriminação ou exclusão baseada em deficiência. Ademais, garante às pessoas com deficiência, desde seu preâmbulo, os mesmos direitos que qualquer outra pessoa possui, ante sua condição inderrogável de ser humano¹⁴⁸.

Ante a importância conferida, atualmente, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, ela será objeto de considerações em tópico próprio.

Por último, salienta-se que as pessoas com deficiência estão inseridas na proteção conferida tanto pelo Sistema Global e Especial de Proteção aos Direitos Humanos, como também pelo Sistema Regional – in causus, o Interamericano – e pela OIT. Nesses sistemas, os Estados-Membros comprometem-se a desencorajar/proibir práticas discriminatórias, assim como a promover ações afirmativas requeridas na efetivação e asseguarção da igualdade material desse grupo vulnerável.

Apesar de todos os documentos internacionais referidos em linhas anteriores que compõe os sistemas internacionais de proteção aos direitos humanos em geral e os direitos das pessoas com deficiência, em especial, pode-se afirmar que esse grupo vulnerável ainda hoje não logrou sua plena inclusão na sociedade, assim como ainda é vítima de corrente discriminação, seja na vertente direta, seja indireta.

148 No mesmo sentido, cf. BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins. A discriminação às pessoas com deficiência nas relações de trabalho. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (Org.). Doutrinas Essenciais: Direitos Humanos. Vol. IV - Grupos Vulneráveis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

Destaque-se que superada a fase de integração social, deve-se, hoje, pautar-se na promoção da inclusão social das pessoas com deficiência, ou seja, não basta apenas elidir a prática da exclusão social, integrando aquelas pessoas com deficiência que já estejam previamente preparadas/adaptadas a conviver em sociedade, sem que esta também se adapte às diferenças, às pessoas com deficiência. Portanto, para incluir é preciso adaptação e preparação de todos, sociedade e pessoa com deficiência, sendo este um processo bilateral, onde ambas as partes formam uma parceria na busca de soluções¹⁴⁹.

Da necessidade de construção desta parceria, ganha repercussão o lema dos atuais movimentos sociais para inclusão das pessoas com deficiência: “NOTHING ABOUT US WITHOUT US”.

Nesse contexto e em homenagem ao 58º aniversário da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), a Organização das Nações Unidas adotou a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) e seu Protocolo Facultativo, em 13 de dezembro de 2006, tendo este entrado em vigor em 3 de maio de 2008, conforme disposição das regras dispostas em seu texto normativo, uma vez que ultrapassou o mínimo de vinte ratificações¹⁵⁰.

Ressalte-se que dito tratado é dirigido a mais um dos grupos vulneráveis mundiais, apesar de não ser este o menor deles, pois, segundo a ONU, estima-se que 10% da população mundial é composta por pessoas com deficiência, o que equivale, em números absolutos, a cerca de 650 milhões de pessoas.

149 Em sentido análogo, vide, RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes. As normas constitucionais de tutela das pessoas portadoras de deficiência. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (Org.). Doutrinas Essenciais: Direitos Humanos. Vol. IV - Grupos Vulneráveis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

150 Sobre o assunto, cf. MAIOR, Izabel de Loureiro. Apresentação. In: RESENDE, Ana Paula Crosara de; VITAL, Flavia Maria de Paiva (Coord.). A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: Versão Comentada. 2. Ed. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2008.

3.1.1 A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência

Detendo-se, agora, especificamente a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD), pontua-se que dita Convenção almeja unificar e efetivar as diversas cláusulas assecuratórias de direitos das pessoas com deficiência, primordialmente aqueles presentes na DUDH, pois cada uma dos 30 artigos da Declaração são referenciados diretamente nos 40 artigos da Convenção¹⁵¹.

Em consulta ao texto da convenção em comento, observa-se que esta, em seu preâmbulo, revela algumas facetas da realidade das pessoas com deficiência no panorama mundial atual. Por exemplo, nele se reconhece que as PcDs estão sujeitas a múltiplas ou agravadas formas de discriminação em razão de gênero, cor, raça, origem nacional ou social, idade, etc (Preâmbulo, item p). Ademais, salienta-se a existência de uma íntima relação entre a pobreza e as pessoas com deficiência, haja vista que a maioria das PcDs vivem em condições de pobreza, sendo, portanto, necessário considerar o impacto negativo da pobreza sobre este grupo de pessoas (Preâmbulo, item t).

Pode-se destacar como cerne da CDPD o novo enfoque conferido ao conceito de pessoa com deficiência, que seguindo tendência inserta na Convenção da Guatemala, passou a definir pessoa com deficiência mediante a conjugação do aspecto clínico com o social, é o denominado modelo biopsicossocial¹⁵².

Registre-se, ainda, que a convenção reconhece a deficiência como um conceito dinâmico e em evolução, eis que resultante da interação das PcDs com as barreiras existentes no ambiente e na sociedade, que as impedem (ou dificultam) de participar ativa e efetivamente da sociedade em igualdade de oportunidades e resultados com as demais pessoas (Preâmbulo, item e), assim como reconhece, também, que a discriminação contra qualquer pessoa, por motivo de deficiência, afigura-se como violação a dignidade inerente a qualquer ser humano.

151 MAIOR, Izabel de Loureiro. Op. Cit., p. 14.

152 Nesse sentido, vide, FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. O novo conceito constitucional de pessoa com deficiência: um ato de coragem. In: FERRAZ, Carolina Valença... [et al.] (Coord.). Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência. São Paulo: Saraiva, 2012.

Saliente-se que a própria convenção, inspirada por outras normas de Direito Internacional dos Direitos Humanos, como a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial e a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, traz expresso, em seu art. 2º, o que se deve entender por “discriminação por motivo de deficiência”, a saber:

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 nos âmbitos político, econômico, social, cultural, civil ou qualquer outro. Abrange todas as formas de discriminação, inclusive a recusa de adaptação razoável¹⁵³.

Considerando esta e outras definições inseridas na CDPD, Fonseca¹⁵⁴ assevera que dita convenção deixa assente que “os mecanismos criados pelas pessoas com deficiência para que possam comunicar-se, movimentar-se, participar da vida social, não devem ser tidos como meras curiosidades”, ao contrário, devem ser encarados como expressões legítimas da condição da pessoa com deficiência, bem como esta mesma sociedade que impõe as barreiras que dificultam ou impedem as PcDs de exercer seus direitos, deve buscar criar instrumentos facilitadores do convívio social deste grupo de pessoas, em observância ao desenho universal¹⁵⁵ requerido numa sociedade inclusiva.

153 Organização das Nações Unidas. Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Legislação de Direito Internacional. Aziz Tuffi Saliba (Org.). 8. ed. Coleção de leis Rideel. Série Compacta. São Paulo: Rideel, 2013.

154 FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. O novo conceito constitucional de pessoa com deficiência: um ato de coragem. In: FERRAZ, Carolina Valença... [et al.] (Coord.). Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 25.

155 De acordo com a CDPD, art. 2º, pode-se compreender o desenho universal

No que tange aos princípios gerais, a Convenção os enumera em seu art. 3º, e podem ser resumidos da seguinte forma: a) dignidade; b) não discriminação; c) participação e inclusão na sociedade; d) respeito à diferença; e) igualdade de oportunidades; f) acessibilidade; g) igualdade de gênero; e h) respeito pelo desenvolvimento da capacidade das crianças e preservação de sua identidade.

Registre-se que, por serem princípios, são normas e, no caso brasileiro, por sua ratificação com status de emenda constitucional, tais princípios são normas constitucionais pertencentes ao ordenamento jurídico brasileiro. Por isso, têm como uma de suas funções servir como parâmetro de conformação da legislação infraconstitucional, assim como de interpretação.

Quanto ao seu objeto, a CDPD visa combater à discriminação contra as pessoas com deficiência, assim como promover sua inclusão social, nos mais diversos âmbitos de atuação, inclusive no mercado de trabalho.

Ainda em análise a referida convenção, verifica-se que essa expressamente declara, em seu art. 1º, como propósito “promover, proteger e assegurar o exercício pleno e eqüitativo [sic] de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente”.

Além disso, a convenção permite a adoção de medidas apropriadas para “acelerar ou alcançar a efetiva igualdade das pessoas com deficiência”, não as considerando discriminatórias. Isto é, dito documento aprova o uso de políticas de ações afirmativas na busca da efetivação da igualdade e não-discriminação das pessoas com deficiência, conforme se verifica na redação dada ao seu art. 5º.

O seu art. 4º, por sua vez, dispõe sobre as obrigações gerais assumidas pelos Estados Partes. Dentre elas, destacam-se as seguintes: a) adotar todas as medidas legislativas, judiciárias e

como “concepção de produtos, ambientes, programas e serviços a serem usados, na maior medida possível, por todas as pessoas, sem necessidade de adaptação ou projeto específico. O “desenho universal” não excluirá as ajudas técnicas para grupos específicos de pessoas com deficiência, quando necessárias” (Organização das Nações Unidas. Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Legislação de Direito Internacional. Aziz Tuffi Saliba (Org.). 8. ed. Coleção de leis Rideel. Série Compacta. São Paulo: Rideel, 2013).

administrativas necessárias a realização dos direitos reconhecidos na convenção; b) tomar as medidas adequadas para a alteração e/ou revogação da legislação pátria vigente que constituírem discriminações contra as pessoas com deficiência; c) adotar as medidas necessárias para eliminar a discriminação por motivo de deficiência, seja por particulares ou por pessoas jurídicas; e d) promover a pesquisa e o desenvolvimento, além da disponibilidade e emprego, de novas tecnologias assistivas, priorizando aquelas de custo acessível.

Ainda tratando sobre o conteúdo do art. 4º da CDPD, pontue-se que o teor do item 1, alínea “a”¹⁵⁶ deste pode ser compreendido como uma cláusula de barreira à legislação (aqui também inclusos os atos normativos infralegais) regressiva nas matérias tratadas pela convenção. Verifique-se que tal ideia é reforçada pelo disposto na alínea “d”¹⁵⁷ deste mesmo artigo convencional¹⁵⁸.

Ressalte-se que além das obrigações gerais, acima destacadas, os Estados Partes também se comprometem a adotar medidas efetivas, apropriadas e imediatas à conscientização de toda a sociedade sobre as pessoas com deficiência, suas capacidades e contribuições à sociedade, fomentando o respeito por seus direitos, assim como pela dignidade da pessoa humana a elas inerentes. Também se comprometem a combater estereótipos, preconceitos e práticas discriminatórias em relação à pessoa com deficiência, nos mais diversos setores sociais.

156 Art. 4º, 1, a: “adotar todas as medidas legislativas, administrativas e de qualquer outra natureza, necessárias para a realização dos direitos reconhecidos na presente convenção” (Organização das Nações Unidas. Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Legislação de Direito Internacional. Aziz Tuffi Saliba (Org.). 8. ed. Coleção de leis Rideel. Série Compacta. São Paulo: Rideel, 2013).

157 Art. 4º, 1, d: “abster-se de participar em qualquer ato ou prática incompatível com a presente convenção e assegurar que as autoridades públicas e instituições atuem em conformidade com a presente convenção” (Organização das Nações Unidas. Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Legislação de Direito Internacional. Aziz Tuffi Saliba (Org.). 8. ed. Coleção de leis Rideel. Série Compacta. São Paulo: Rideel, 2013).

158 Nesse sentido, vide, ARAÚJO, Luiz Alberto David. A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seus Reflexos na Ordem Jurídica Interna no Brasil. In: Ferraz, Carolina Valença... [et al.] (Coord.). Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência. São Paulo: Saraiva, 2012.

Destaque-se que a referida convenção dedica alguns de seus artigos ao disciplinamento de matéria afeta a grupos fragilizados que compõe o universo das pessoas com deficiência, em razão das múltiplas ou agravadas formas de discriminação. Nesse sentido, tem-se o art. 6º dedicado às mulheres com deficiência e o art. 7º, às crianças com deficiência¹⁵⁹.

Registre-se também que a convenção em comento possui artigos destinados ao disciplinamento de diversos direitos humanos das PcDs, tais como, acessibilidade (art. 9º), vida (art. 10), isonomia (art. 12), acesso à justiça (art. 13), vida independente e inclusão na comunidade (art. 19), direitos sexuais (art. 23), saúde (art. 25), habilitação e reabilitação (art. 26), trabalho e emprego (art. 27), direitos políticos (art. 29) e culturais (art. 30).

Considerando o objeto de estudo desta pesquisa, merece destaque as disposições da CDPD sobre o direito ao trabalho das pessoas com deficiência, na qual os Estados Partes reconhecem a existência deste direito em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, assim como se comprometem a salvaguardar e promover este direito social das PcDs (art. 27).

Registre-se que, de acordo com a convenção, o direito ao trabalho engloba também o direito à oportunidade de se manter num posto de trabalho escolhido ou aceito livremente, a um ambiente laboral inclusivo, aberto e acessível a pessoas com deficiência (art. 27, 1).

Quanto ao direito à acessibilidade, cabe aqui registrar que, mesmo antes da ratificação da CDPD, o Brasil já possuía legislação específica sobre a matéria, inclusive a nível constitucional, como se verifica com a redação do art. 227, § 2º e art. 244, ambos da Constituição Federal de 1988. Em nível infraconstitucional, podem-se citar as Leis de Acessibilidade nº 10.048/2000 e nº 10.098/2000 e o Decreto nº 5.296/2004, que as regulamenta.

Ainda no que tange ao seu conteúdo, Pontua Luiz Alberto David Araújo¹⁶⁰ que a convenção sob estudo alberga três tipos

159 Flávia Piovesan (2012, p. 50) cita alguns dados reveladores desta realidade mundial, a saber: “98% das crianças com deficiência nos países em desenvolvimento não têm acesso à escola; 30% das crianças de rua vivem com deficiência; e o grau de alfabetização para adultos com deficiência é tão reduzido quanto 3% - e, em alguns países, inferior a 1% para as mulheres com deficiência.”.

160 ARAÚJO, Luiz Alberto David. A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seus Reflexos na Ordem Jurídica Interna no Brasil. In: Ferraz, Caro-

básico de normas: a) aquelas que produzem efeitos imediatos, tendo-se como exemplo as que versam sobre terminologia, conceito e discriminação; b) há ainda aquele grupo de normas que proíbem um comportamento concreto do Estado em desacordo com as obrigações assumidas em sede de convenção, contudo, tais normas não geram efeitos imediatos de adoção de medidas concretas, salvo as abstencionistas, podendo ser consideradas como normas programáticas, na classificação difundida por José Afonso da Silva; e c) por último, encontram-se aquelas normas que ressalvam a aplicação da norma interna ou internacional, aplicável ao Estado Parte, mais favorável ao direito da pessoa com deficiência em detrimento da CDPD. Trata-se de regra disposta no art. 4º, 4, da convenção.

No que tange aos meios de monitoramento das implementações de suas disposições, a convenção estabelece a criação do Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (art. 34), o qual será formado por 12 peritos, sendo este acrescido de mais 6 quando a convenção alcançar a marca de 60 ratificações e/ou adesões, perfazendo um total de 18 peritos.

De acordo com o Protocolo Facultativo à Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, dito comitê é competente para o recebimento e o processamento das comunicações a ele submetidas por pessoa(s) sujeita à jurisdição de qualquer Estado Parte signatário do citado protocolo que alegue ser vítima de violação das disposições contidas na CDPD.

Além desta forma de monitoramento, os Estados Partes são obrigados a submeter relatórios periódicos (a cada quatro anos ou quando solicitado pelo comitê já referido) sobre as medidas adotadas em cumprimento às obrigações assumidas em face da convenção sob estudo (art. 35).

Pontue-se, ainda, que a citada convenção não permite reservas incompatíveis com seu propósito e/ou objeto. Todavia, permite a denúncia, a qual deverá ser realizada por escrito ao Secretário Geral da ONU, tornando-se efetiva um ano após o recebimento desta pelo citado secretário.

Destaque, ainda, após, a análise acima realizada, verifica-se, como bem pontua Alexandre Carvalho Baroni¹⁶¹, que a debatida

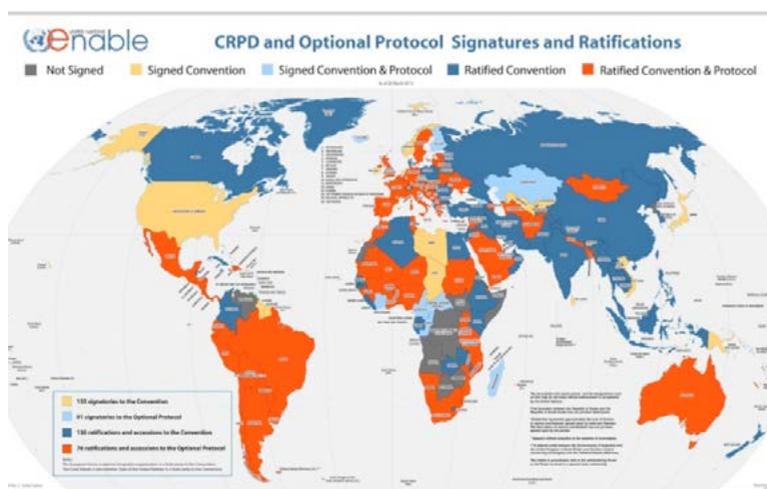
lina Valença... [et al.] (Coord.). Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência. São Paulo: Saraiva, 2012.

161 BARONI, Alexandre Carvalho. Prefácio. In: RESENDE, Ana Paula Crosara de;

convenção é “construída a partir da ótica de que as próprias pessoas com deficiência são as que sabem o que é melhor para elas e por isso devem ser ouvidas em todas as ações que as envolvam”, portanto, resta comprovado o pôquer do lema, já referido, “NADA SOBRE NÓS, SEM NÓS”.

Um último aspecto a ser registrado sobre a CDPD é o seu número de ratificações, que, de acordo com a ONU¹⁶², dos 155 países signatários da Convenção em comento, 130 a ratificaram, conforme representação gráfica seguinte, sendo um deles o Brasil:

Figura 1 – Panorama Mundial de Ratificação da CDPD



Fonte: (ONU, Map of Signatures and Ratifications).

Atendo-se ao caso brasileiro, cabe deixar assente que o Brasil assinou a CDPD em 30 março de 2007 e, em 9 de julho de 2009, o Congresso Nacional aprovou sua ratificação através do Decreto Legislativo nº 186, nos termos do art. 5º, § 3º da CRFB, isto é, com força de emenda constitucional, promulgando-a através do Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Logo, com a ratificação realizada no molde acima expresso, a CDPD passou a integrar o corpo das normas constitucionais brasileiras, tanto de modo ma-

VITAL, Flavia Maria de Paiva (Coord.). A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: Versão Comentada. 2. Ed. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2008, p. 17.

162 Informação atualizada até 20 de março de 2013. Disponível em: < <http://www.un.org/disabilities/>>. Acesso em: 23/04/2013.

terial como também formal, devendo toda a legislação infraconstitucional ser com ela combatível, sob pena de incidir em vício de inconstitucionalidade ou não recepção, conforme se tratará com mais pormenores em capítulo próprio.

Por último, note-se que a ratificação e incorporação da CDPD ao ordenamento jurídico interno, na qualidade de norma constitucional, só veio reforçar os fundamentos e objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, pois manifesta a imprescindibilidade de se deferir proteção a tal grupo vulnerável, a fim de fomentar sua inclusão social e a efetivação de seus direitos fundamentais. Ademais, a CDPD encontra-se embebida no princípio da dignidade da pessoa humana, cujo conteúdo essencial se faz expressamente presente em alguns de seus princípios gerais, tais como: autonomia individual; independência pessoal; não discriminação; respeito à diferença e reconhecimento; igualdade de oportunidades; acessibilidade; e igualdade¹⁶³.

3.1.2 A Ratificação da CDPD e sua Repercussão no Ordenamento Jurídico Pátrio

Primeiramente cabe deixar assente que o Estado brasileiro só veio a aderir aos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos após 1985, momento em que se iniciou o processo de democratização do país, que até então vivia sob a tutela de regimes autoritários (a chamada ditadura militar), culminando com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Portanto, o ponto de partida para a análise da inserção do Estado brasileiro no sistema de proteção dos direitos humanos deve ser a Constituição Federal de 1988, que já em seu art. 1º declara expressamente que a República Federativa do Brasil constitui-se num Estado Democrático de Direito que tem como fundamentos, dentre outros, a dignidade da pessoa humana.

Ressalte-se que dita declaração já deixa evidente a preocupação

163 Nesse sentido, cf. LEITE, George Salomão. A dignidade humana e os direitos fundamentais da pessoa com deficiência. In: FERRAZ, Carolina Valença... [et al.] (Coord.). Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência. São Paulo: Saraiva, 2012.

do Estado brasileiro na proteção dos direitos humanos, eis que eleva a dignidade da pessoa humana a fundamento do referido Estado soberano. Tal importância dos direitos humanos¹⁶⁴ pode ser ainda verificada na posição topográfica privilegiada e destacada conferida aos direitos fundamentais¹⁶⁵ no texto da citada Carta Constitucional, visto que tais direitos foram posicionados logo nos artigos iniciais da CRFB (arts. 5º a 17), lhes sendo dedicado todo o Título II. Registre-se que são mais de 100 (cem) dispositivos constitucionais que versam sobre os direitos fundamentais. Além disso, esses direitos foram erigidos à categoria de cláusulas pétreas, não podendo ser abolidos da Constituição nem mesmo por processo de reforma constitucional (art. 60, § 4º, IV). Some-se a isso a previsão de inúmeros instrumentos jurídico-processuais de proteção contra o abuso de poder trazidos pela referida Constituição, dentre os quais se podem citar o habeas corpus, o habeas data, o mandado de segurança, etc.

Na concepção de Diogo Pignataro de Oliveira¹⁶⁶, a maior inovação trazida pela Constituição Federal de 1988 foi à construção de um sistema constitucional aberto de proteção aos direitos

164 Ingo Wolfgang Sarlet (Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 1, 2001, p. 10. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br/revistas/17082706/revista-dialogo-juridico-01-2001-ingo-sarlet.pdf>> Acesso em: 31/05/2013) diferencia os chamados “Direitos Humanos” dos denominados “Direitos Fundamentais”, onde o primeiro constituir-se-iam em “posições jurídicas reconhecidas na esfera do direito internacional positivo ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem jurídico-positiva interna”, enquanto o segundo devem ser “considerados como aqueles reconhecidos pelo direito constitucional positivo e, portanto, delimitados espacial e temporariamente”.

165 De acordo com George Marmelstein (Curso de Direitos Fundamentais. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 20), “os direitos fundamentais são normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico”.

166 OLIVEIRA, Diogo Pignataro de. Os tratados de direitos humanos na contemporaneidade e sua aplicabilidade dentro da nova concepção constitucional brasileira. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria. Doutrinas Essenciais: Direitos Humanos. Vol. VI – Proteção Internacional dos Direitos Humanos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 109.

humanos, nos termos do art. 5º, § 2º, parte final, eis que dito dispositivo não exclui do rol dos direitos e garantias fundamentais aqueles decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, ao contrário, os inclui no sistema de proteção nacional.

Ainda com base no citado dispositivo (art. 5º, § 2º da CF/88), verifica-se que é possível haver outros direitos e garantias fundamentais não constantes no Título II da Constituição Federal, mas que podem ser encontrados em outras partes da referida Carta, sejam eles decorrentes do regime ou dos princípios adotados pela CRFB. Portanto, na visão de Fernando Luiz Ximenes Rocha¹⁶⁷ são três as vertentes dos direitos fundamentais no texto da debatida Constituição, a saber: “(a) os expressos na Constituição; (b) os implícitos, decorrentes do regime e dos princípios adotados por ela; (c) e os expressos nos tratados de direitos humanos firmados pelo Brasil.”.

Pode-se ainda destacar como inovação trazida por tal Constituição o Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos, o qual deve reger as ações e omissões do Estado brasileiro nas relações internacionais. Portanto, verifica-se que a soberania estatal brasileira passa a ser mitigada por mencionado princípio constitucional, marcando o ingresso do país no denominado neoconstitucionalismo, que rompe com a concepção tradicional e absoluta de soberania¹⁶⁸.

Apesar de cada pesquisador conferir ênfase a uma das inovações insculpidas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, pode-se afirmar que todas elas possuem sua parcela de importância na inserção do Estado brasileiro no sistema internacional de proteção dos direitos humanos a partir de 1988, mediante a assinatura e ratificação dos vários tratados internacionais¹⁶⁹.

167 ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. A reforma do Judiciário e os tratados internacionais sobre direitos humanos. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria. Doutrinas Essenciais: Direitos Humanos. Vol. VI – Proteção Internacional dos Direitos Humanos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, 185.

168 Sobre o assunto, vide, PIOVESAN, Flávia. A proteção internacional dos direitos humanos e o direito brasileiro. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria. Doutrinas Essenciais: Direitos Humanos. Vol. VI – Proteção Internacional dos Direitos Humanos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

169 Convenções ratificadas pelo Brasil, no âmbito do sistema ONU, até 2008: 1) Convenção para a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio (Ratificada pelo

Conforme preleciona a Constituição Federal de 1988, art. 84, VIII, é de competência privativa do Presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais, todavia, para que estes sejam incorporados ao ordenamento jurídico interno, necessário se faz a existência do referendo pelo Congresso Nacional, eis que de acordo com o art. 49, I, da CF/88, “É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;”.

Brasil em 15 de abril de 1952.); 2) Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1966 - Ratificada pelo Brasil em 27 de março de 1968); 3) Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966 - O Brasil aderiu ao Pacto em 24 de janeiro de 1992.); 4) Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966 - O Brasil aderiu ao Pacto em 24 de janeiro de 1992.); 5) Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (Ratificada pelo Brasil em 1º de Fevereiro 1984.); 5.a) Emenda ao artigo 20, parágrafo 1º da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (O Brasil aceitou a emenda em 05 de março de 1997.); 5.b) Protocolo Opcional à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (Ratificado pelo Brasil em 28 de Junho de 2002.); 6) Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes (Ratificada pelo Brasil em 28 de setembro de 1989.); 6.1) Protocolo Opcional à Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes (Ratificado pelo Brasil em 12 de janeiro de 2007.); 7) Convenção sobre os Direitos da Criança (Ratificada pelo Brasil em 24 de setembro de 1990.); 7.1) Emenda ao artigo 43 (2) da Convenção sobre os Direitos da Criança (O Brasil aceitou a emenda em 26 de fevereiro de 1998.); 7.2) Protocolo Opcional à Convenção sobre os Direitos da Criança sobre o envolvimento das crianças em conflitos armados. (Ratificada pelo Brasil em 27 de janeiro de 2004); 7.3) Protocolo Opcional à Convenção dos Direitos da Criança sobre a Venda de Crianças, Prostituição e Pornografia Infantil (Aprovado pelo Decreto nº 5.007, de março de 2004.); 8) Acordo de estabelecimento do Fundo para o Desenvolvimento dos Povos Indígenas da América Latina e Caribe (Ratificado pelo Brasil em 17 de junho de 1998.); 9) Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (Ratificada pelo Brasil, promulgada no Senado Federal em 09 de julho de 2008, com status de Emenda Constitucional. Aguarda a sanção presidencial e o depósito da ratificação na ONU.); 10.1) Protocolo Opcional à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (Idem a 10.); 10.2) Convenção internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado (Assinada pelo Brasil em 06 de Fevereiro de 2007.). Fonte: Alto Comissariado dos Direitos Humanos das Nações Unidas, atualizado. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/11cndh/site/pndh/sis_int/onu/convencoes/Convencoes,%20tratados%20e%20pactos%20ratificados%20pelo%20Brasil.pdf> Acessado em: 26/12/2012.

Logo, verifica-se que, regra geral, a incorporação de um tratado internacional ao ordenamento jurídico brasileiro ocorre mediante a realização de um ato complexo, ou seja, faz necessário tanto a manifestação do Presidente da República como a do Congresso Nacional para que o ato de ratificação produza efeitos jurídicos¹⁷⁰.

Então, pode-se inferir dos dispositivos constitucionais tratados acima, bem como da prática procedimental adotada pelo Brasil, que para que um tratado internacional seja incorporado ao ordenamento jurídico interno brasileiro, faz-se necessário que (a) esse tenha sido assinado pelo Presidente da República, que o encaminhará ao Congresso para apreciação; que (b) o Congresso Nacional aprove tal tratado; e que (c) o Presidente da República ratifique o tratado, quando aprovado pelo Congresso.

Destaque-se que, após a ratificação¹⁷¹, faz-se necessário o depósito do instrumento em um órgão que assumira sua custódia. Se se consistir numa tratado de âmbito regional, interamericano, por exemplo, seu depósito deverá ser realizado na Organização dos Estados Americanos (OEA), já se for um tratado das Nações Unidas, seu depósito se dará na própria ONU.

Importa ainda asseverar que a CRFB disciplina esse processo de incorporação de tratados internacionais apenas com esses dois citados artigos (arts. 49, I e 84, VIII), sem, contudo, conferir maiores detalhes sobre o procedimento¹⁷², assim como sobre

170 PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 13 ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

171 “A ratificação significa a subsequente confirmação formal por um Estado de que está obrigado ao tratado. Significa, pois, o aceite definitivo, pelo qual o Estado se obriga pelo tratado no plano internacional. A ratificação é ato jurídico que irradia necessariamente efeitos no plano internacional.” (Idem, p. 102).

172 Esmiuchando o procedimento nacional para ratificação de tratado internacional, Yara Maria Pereira Gurgel (*Direitos Humanos, Princípio da Igualdade e Não Discriminação: Sua aplicação às relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2010, p. 141-142) destaca que o primeiro ato interno nesse processo é de competência exclusiva do Congresso Nacional, materializado em decreto legislativo, nos termos do art. 49, I, da CF. E continua, somente a partir dessa aprovação pelo Congresso Nacional é que o Presidente da República poderá ratificar o Tratado Internacional, através de decreto, sendo este o segundo ato interno, previsto no art. 84, VIII, do mesmo diploma. Após este trâmite o Tratado Internacional “será promulgado e publicado oficialmente para, finalmente, gerar efeito jurídico no

prazos etc. Por isso, há quem sustente que a Constituição acaba por trazer “uma sistemática lacunosa, falha e imperfeita”, eis que não há a designação de prazo para qualquer dos atos a serem praticados, conferindo ampla margem discricionária aos dois Poderes envolvidos¹⁷³. Logo, não há prazo para que o Presidente da República encaminhe ao Congresso Nacional o tratado internacional assinado. Por sua vez, não há prazo para que o Congresso Nacional aprecie o referido tratado, assim como não há prazo para o Presidente da República ratifique o tratado após a aprovação pelo Congresso.

Cumprido o trâmite legal para a produção de efeitos jurídicos, interno e externo, faz-se necessário saber com que hierarquia tais normas são incorporadas no ordenamento jurídico brasileiro.

De acordo com as pesquisas realizadas, observa-se a existência de quatro correntes doutrinário-jurisprudenciais a respeito da hierarquia conferida aos tratados de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro. Há quem defenda a tese da supraconstitucionalidade de tais tratados, outros defendem a hierarquia constitucional, mas há quem sustenta a supralegalidade de tais normas e, por fim, há a tese da paridade entre tratado internacional e lei ordinária federal, possuindo ambos a mesma hierarquia no ordenamento jurídico brasileiro.

Como expoente da corrente doutrinária da supraconstitucionalidade tem-se Celso de Albuquerque Mello¹⁷⁴, para quem “a norma internacional prevalece sobre a norma constitucional, mesmo naquele caso em que uma norma constitucional posterior tente revogar uma norma internacional constitucionalizada”. Dito autor apoia-se no Princípio da Aplicação da Norma mais Benéfica ao ser humano, pouco importando se esta é norma interna ou externa. Cabe pontuar que referido princípio encontra-se consagrado na jurisprudência europeia, bem como se encontra presente em alguns tratados internacionais.

plano interno”.

173 PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 13 ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

174 MELLO, Celso D. de Albuquerque. O § 2º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. Apud GURGEL, Yara Maria Pereira. *Direitos Humanos, Princípio da Igualdade e Não Discriminação: Sua aplicação às relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2010, p. 142.

Pontue-se que o referido doutrinador não está sozinho na defesa da hierarquia supraconstitucional das normas internacionais sobre direitos humanos, eis que Agustín Gordillo, André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros, assim como Hildebrando Accioly e Vicente Marotta Rangel, também advogam a mesma tese¹⁷⁵.

Registre-se que a mencionada corrente proclama a superioridade do Direito Internacional sobre o Direito interno, tendo esta superioridade fundamento no princípio da solidariedade, assim como na noção de unidade, que são consequências do reconhecimento do supraprincípio da dignidade da pessoa humana. Destes princípios defluem, ainda, os princípios do *pacta sunt servanda* e do *voluntas civitatis maximae est servanda*, os quais também fundamentam a citada prevalência do Direito Internacional¹⁷⁶.

Corroborando a debatida tese da supraconstitucionalidade, André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros, analisando a Constituição Federal de 1988, mais precisamente o art. 5º, § 2º, sustentam que não se deve conferir uma interpretação de um alcance apenas quantitativo à expressão “não excluem”, ou seja, deve-se interpretá-la de modo que em ocorrendo conflito entre o Direito Internacional e as normas constitucionais, em matéria de direitos humanos, deverá prevalecer aquele, haja vista a supremacia do Direito Internacional.

No que tange a tese da hierarquia constitucional, cabe aqui destacar a posição de Flávia Piovesan¹⁷⁷, que partindo de uma análise de dispositivos constitucionais, mais precisamente do art. 5º, §§ 1º e 2º, sustenta a hierarquia constitucional das normas internacionais de direitos humanos no ordenamento brasileiro, eis que a Constituição Federal em seu art. 5º, § 2º, instituiu um sistema aberto de proteção dos direitos humanos (fundamentais), alargando o rol de direitos fundamentais protegidos constitucionalmente, de forma a incluir em seu elenco também os direitos humanos previstos nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Logo, haveria uma ampliação do bloco

175 Sobre o assunto, cf. PIOVESAN, Flávia. Op. Cit.

176 RANGEL, Vicente Marotta. Os conflitos entre o direito interno e os tratados internacionais. Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional. Rio de Janeiro, 1967. Apud PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 13 ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 126.

177 *idem*, p. 127.

de constitucionalidade da CRFB, onde a Constituição Formal não coincidiria com a Constituição Material.

Importa ressaltar que tal ampliação da Constituição material brasileira está em plena harmonia com os fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III), bem como com o princípio da prevalência dos direitos humanos que rege as relações internacionais do Estado brasileiro (art. 4º, II).

Destaque-se, também, que, realizando uma interpretação sistemática e teleológica da CRFB, pautada no Princípio da Dignidade Humana – parâmetro axiológico interpretativo da Constituição –, observam-se os embasamentos utilizados por Piovesan na defesa da existência de um bloco material de constitucionalidade, formado por normas internas e externas, ratificadas pelo Brasil.

Por sua vez, J. J. Gomes Canotilho¹⁷⁸ comunga do entendimento de que os direitos fundamentais possuem natureza materialmente constitucional, logo, independentemente do local em que se encontrem no ordenamento jurídico, não perdem seu valor constitucional, pois, nas palavras do renomado autor,

Um topos caracterizador da modernidade e do constitucionalismo foi sempre o da consideração dos “direitos do homem” como ratio essendi do Estado Constitucional. Quer fossem considerados como “direitos naturais”, “direitos inalienáveis” ou “direitos racionais” do indivíduo, os direitos do homem, constitucionalmente reconhecidos, possuíam uma dimensão projectiva [sic] de comensuração universal.

Ocorre que esse não é o pensamento majoritário do Supremo Tribunal Federal, a quem cabe à guarda da Constituição. Desde o julgamento do Recurso Extraordinário n. 80.004, de 1977, o STF firmou entendimento, não unânime, de que os tratados internacionais estão em relação de paridade com as leis federais, possuindo, portanto, hierarquia de lei ordinária.

Nesse diapasão, a tese da paridade entre normas internacio-

178 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 1998.

nais e lei ordinária possui, hoje, fundamento também no disposto no art. 102, III, b, da Constituição Federal de 1988, que consagra a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar recurso ordinário, quando a decisão recorrida “declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal”, sendo esta norma de caráter geral para todos os tratados internacionais.

Assim como o STF (corrente majoritária), Luiz Alberto David Araújo¹⁷⁹ (2011, p. 339) também sustenta a tese de paridade hierárquica entre os tratados de direitos humanos e as leis ordinárias, haja vista que, na sua concepção, não se pode admitir a alteração da Constituição Federal por mero decreto legislativo, cuja aprovação requer apenas maioria simples. Ademais, pontua o Autor que a Constituição Federal expressamente requer um processo legislativo mais difícil de reforma das normas constitucionais, exigindo quórum qualificado, em dois turnos de votação, em cada casa do Congresso Nacional, nos termos do art. 60.

Rechazando tal corrente, sustentam os adeptos da corrente hierárquica constitucional que o referido dispositivo constitucional aplica-se apenas aos tratados internacionais comuns e não aos tratados internacionais de direitos humanos, em razão de suas características específicas.

Cançado Trindade assevera que os tratados de direitos humanos são dotados de especificidade, ante seu caráter especial reconhecido pela CRFB – vide art. 5º, § 3º, da CF –, motivo pelo qual não se poderia aplicar indistintamente a regra geral de hierarquia dos tratados internacionais para reger situação específica que reveste os tratados de direitos humanos.

Diante disso, na concepção de Diogo Pignataro de Oliveira¹⁸⁰, o sistema jurídico brasileiro de incorporação de tratados inter-

179 ARAÚJO, Luiz Alberto David. A impossibilidade de prisão do depositário infiel, o pacto de São José e a decisão do Supremo Tribunal Federal. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria. Doutrinas Essenciais: Direitos Humanos. Vol. VI – Proteção Internacional dos Direitos Humanos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 339.

180 OLIVEIRA, Diogo Pignataro de. Os tratados de direitos humanos na contemporaneidade e sua aplicabilidade dentro da nova concepção constitucional brasileira. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria. Doutrinas Essenciais: Direitos Humanos. Vol. VI – Proteção Internacional dos Direitos Humanos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 117.

nacionais seria “misto”, pois, quanto aos tratados internacionais comuns¹⁸¹, eles ingressam no ordenamento pátrio com status de norma ordinária, nos termos do art. 102, III, b, da CF; já no que tange aos tratados de direitos humanos¹⁸², esses ingressam com hierarquia de norma materialmente constitucional, nos termos do art. 5º, § 2º da CF.

Quanto à corrente que professa a hierarquia infraconstitucional e supralegal dos tratados de direitos humanos, é importante citar a decisão paradigmática proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento de Recurso em Habeas Corpus (RHC) nº 79.785-RJ, cujo Relator foi o Ministro Sepúlveda Pertence, publicado no Diário da Justiça de 22 de novembro de 2002. No voto proferido pelo relator, este deixa assente que o STF, de forma unânime, recusa a superioridade de qualquer norma internacional sobre a Constituição Federal, uma vez que a CRFB é expressa em condicionar a vigência de norma internacional à aprovação em procedimento legislativo, admitindo expressamente o controle de constitucionalidade das normas incorporadas, nos termos do art. 102, III, b, da CF.

Ainda no referido acórdão, o relator destaca que o STF aproxima-se, atualmente, da tese defendida por Cançado Trindade e por Flávia Piovesan, eis que “parificar às leis ordinárias os tratados a que alude o art. 5º, § 2º, da Constituição, seria esvaziar de muito do seu sentido útil a inovação, que [...] traduziu uma abertura significativa ao movimento de internacionalização dos direitos humanos”, por isso opta por conferir hierarquia infraconstitucional e supralegal as normas internacionais sobre direitos humanos¹⁸³.

181 Cabe ressaltar que os tratados internacionais comuns são aqueles que disciplinam matéria de âmbito comercial, regulando direitos e obrigações dos Estados-Partes, sendo regidos primordialmente pelo Princípio da Reciprocidade. Nesse sentido, cf. GURGEL, Yara Maria Pereira. Direitos Humanos, Princípio da Igualdade e Não Discriminação: Sua aplicação às relações de trabalho. São Paulo: LTr, 2010, p. 141.

182 No que se refere aos tratados de direitos humanos, assevera Yara Maria Pereira Gurgel (Idem, p. 141) que estes apenas regulam deveres dos Estados-Membros, sem os conceder qualquer direito, logo, não há contraprestações, uma vez que o objetivo precípua de tais tratados é sempre a proteção da pessoa humana, por isso nestes tratados os Estados-Membros reconhecem internacionalmente a existência dos direitos lá elencados como inerentes a todo e qualquer ser humano. Portanto, restam evidente as características diferenciadoras dos tratados sobre direitos humanos e aqueles tidos como comuns ou comerciais.

183 “Ainda sem certezas suficientemente amadurecidas, tendo assim – aproxi-

Resta evidente no mencionado voto que o STF busca, agora, conferir alguma efetividade ao disposto no art. 5º, § 2º, da CF, compreendendo que os tratados de direitos humanos devem ser incorporados com um status diferenciado ao ordenamento jurídico (supralegalidade), sem, todavia, equipará-los às normas constitucionais.

Na ânsia de pacificar a controvérsia quanto à hierarquia de tais normas, o Poder Legislativo promulgou a Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, acrescentando o § 3º ao art. 5º, in verbis: “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 constitucionais.”

Ocorre que dita emenda não surtiu o efeito esperado, pois a divergência não desapareceu, ao contrário, ganhou novos contornos, eis que para alguns¹⁸⁴, a partir de sua promulgação, ficou assente que somente os tratados internacionais de direitos humanos, aprovados pelo procedimento descrito no referido parágrafo, alcançaria o status de norma constitucional. Para outros, a interpretação a ser conferida ao debatido § 3º não pode nulificar o disposto no parágrafo antecedente, de modo que esses entendem que todos os tratados de direitos humanos continuam a ser normas materialmente constitucionais e aqueles tratados que forem aprovados pelo procedimento disciplinado no art. 5º, § 3º, da

mando-me, creio, da linha desenvolvida no Brasil por Cançado Trindade (e.q., Memorial cit., ibidem, p. 43) e pela ilustre Flávia Piovesan (A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos, em E. Boucault e N. Araújo (órgão), Os Direitos Humanos e o Direito Internos) – a aceitar a outorga de força supra-legal às convenções de direitos humanos, de modo a dar aplicação direta a suas normas – até, se necessário, contra a lei ordinária – sempre que, sem ferir a Constituição, a completem, especificando ou ampliando os direitos e garantias dela constantes.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Habeas Corpus nº 79.785/RJ. Recorrente: Jorgina Maria de Freitas Fernandes. Recorrido: Ministério Público Federal. **Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 29/03/2000, Plenário**, DJ 22/11/2002. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 12/11/2012).

184 Um dos doutrinadores que possui esse entendimento é ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. A reforma do Judiciário e os tratados internacionais sobre direitos humanos. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria. Doutrinas Essenciais: Direitos Humanos. Vol. VI – Proteção Internacional dos Direitos Humanos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 189.

CF, passarão a ser também normas formalmente constitucionais, equivalentes a emendas constitucionais¹⁸⁵.

Em que pese às divergências acima citadas, não se pode desconsiderar a vigência do debatido § 3º do art. 5º da CRFB, pois foi com base em sua permissibilidade que a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência foi ratificada pelo Estado brasileiro, o qual seguindo as normas constitucionais aplicadas ao caso, após sua assinatura, remeteu-a para análise do Congresso Nacional, que, por sua vez, impingindo a esta os trâmites para a aprovação de emenda constitucional, previsto no art. 60 da CRFB, aprovou sua ratificação através do Decreto Legislativo nº 186, conferindo-lhe, portanto, hierarquia de norma formal e materialmente constitucional, para todos os efeitos jurídicos¹⁸⁶. Neste contexto, verifica-se que a CDPD é parte integrante do sistema jurídico pátrio com hierarquia de norma constitucional.

Registre-se, ainda, que não foi apenas a debatida convenção que fora ratificada através do procedimento permitido pelo art. 5º, § 3º, mas também seu Protocolo Facultativo, por isso, ambos os documentos internacionais foram incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro com hierarquia constitucional.

A hierarquia alcançada por essa convenção internacional traz consigo diversas implicações jurídicas, pois como norma constitucional formal que é, passa a conformar todo o sistema jurídico brasileiro, servindo como parâmetro de constitucionalidade das normas infraconstitucionais posteriores a CRFB, bem como parâmetro de recepção das normas infraconstitucionais anteriores a essa Constituição. Além disso, mencionada convenção, por ter

185 Há ainda quem sustente a inconstitucionalidade do referido § 3º, haja vista sua afronta ao disposto no art. 5º, § 2º da CF, pois de acordo com F. Rocha (Op. Cit., p. 190-191.), tanto Luiz Alexandre Cruz Ferreira quanto Maria Cristina Vidotte Vianco Tárrega defendem a tese da inconstitucionalidade do art. 5º, §3º, da CF/88.

186 O Estado brasileiro assinou a CDPD em 30 março de 2007, por intermédio de seu Presidente da República, e, em 9 de julho de 2009, o Congresso Nacional aprovou sua ratificação através do Decreto Legislativo nº 186, nos termos do art. 5º, § 3º da CRFB, isto é, percorrendo todo o trâmite legislativo para aprovação de emenda constitucional, conforme disposições do art. 60 da mesma Constituição, promulgando-a através do Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, exarado pelo Presidente da República.

alcançado o patamar de norma constitucional formal, e por versar sobre direitos fundamentais, propicia um alargamento do rol dos direitos fundamentais previstos na CRFB, assim como passa a desfrutar do manto protetivo insculpido no art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal de 1988, constituindo-se em verdadeira cláusula pétrea.

Outra consequência desse status formal pode ser observada no instituto da denúncia, uma vez que se constituindo em cláusula pétrea para o Estado brasileiro, suas disposições não podem ser abolidas, logo, não podem ser objeto de denúncia¹⁸⁷.

Ressalte-se que além destas consequências, é possível elencar mais duas: 1) fortalecimento do papel desempenhado pelos tratados internacionais sobre direitos humanos, abrindo-se a possibilidade de outros tratados desta natureza ser formalmente incorporados ao ordenamento constitucional pátrio; 2) inserção dos direitos específicos das pessoas com deficiência como rol de direitos fundamentais formalmente reconhecimentos, haja vista ser o primeiro tratado internacional de direitos humanos que não suscita qualquer controvérsia quanto ao seu caráter de norma constitucional¹⁸⁸.

3.2 O DIREITO AO TRABALHO E AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: ENFOQUE À REALIDADE BRASILEIRA

Conforme ficou assente no capítulo anterior, é dever do Estado promover a plena efetivação da dignidade humana e dos direitos fundamentais, mesmo que para isso tenha que abandonar sua

187 “Enquanto os tratados materialmente constitucionais são suscetíveis de ser denunciados, os material e formalmente constitucionais, ainda que prevejam expressamente a hipótese de denúncia, essa não poderá ser realizada, uma vez que tais documentos equivalem a emendas constitucionais, e, por tratarem de matéria de direitos humanos, são cláusulas pétreas, não podendo ser suas normas abolidas.” (ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. A reforma do Judiciário e os tratados internacionais sobre direitos humanos. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria. Doutrinas Essenciais: Direitos Humanos. Vol. VI – Proteção Internacional dos Direitos Humanos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 194).

188 No mesmo sentido, cf. GALINDO, Bruno. Direito à liberdade: dimensões gerais e específicas de sua proteção em relação às pessoas com deficiência. In: FERRAZ, Carolina Valença... [et al.] (Coord.). Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência. São Paulo: Saraiva, 2012.

neutralidade e agir positivamente na concreção de seus objetivos fundamentais, definidos em sua Constituição. Entretanto, não se pode olvidar que ao Estado cabe, principalmente, assegurar condições para que cada um dos membros de sua sociedade esteja habilitado para, sozinho, alcançar e usufruir da verdadeira liberdade e dignidade, sem depender indefinidamente do assistencialismo estatal.

É nesse contexto que exsurge a importância do direito ao trabalho, uma vez que ele possibilita a obtenção de meios próprios para a subsistência individual e familiar, bem como confere maior grau de reconhecimento social¹⁸⁹, pois se vive numa sociedade capitalista, caracterizada pela exploração da força de trabalho de cada indivíduo na produção de bens, serviços e riqueza.

Nessa sociedade do trabalho, cada um aliena sua força de trabalho por condições materiais de sobrevivência, eis que, via de regra, ninguém sobrevive dignamente sem trabalhar. Ademais, esta sociedade condena a preguiça, melhor recompensando aqueles que mais fazem pela coletividade¹⁹⁰.

Mas não foi sempre assim. Nos primórdios da humanidade, o trabalho era considerado um castigo e encontrava-se relacionado intimamente a realização de atividades físicas. É nesse contexto que a escravidão é considerada a primeira forma de trabalho instituída, na qual os homens não-livres passavam a ser considerados res (coisa) e, portanto, propriedade de outrem. Acompanhando a evolução da sociedade, outra forma de trabalho se apresenta: a servidão, surgida em razão do feudalismo medieval, onde, em troca de proteção e subsistência, os servos trabalhavam as terras do senhor feudal. Posteriormente, surgem as corporações de ofício, caracterizada pelo estabelecimento de uma estrutura hierarquizada bem definida (Mestre, Companheiros e Aprendiz), assim como por regular a capacidade produtiva e a técnica de produção. Com a Revolução Industrial, o Liberalismo e

189 “Uma das principais características da esfera do trabalho, ao longo da história, foi o seu papel de mediador da construção do reconhecimento recíproco de identidades e de vínculos de pertencimento comunitário, [...]” (WANDELLI, Leonardo Vieira. O direito humano e fundamental ao trabalho: fundamentação e exigibilidade. São Paulo: LTr, 2012, p. 161).

190 Em sentido análogo, vide, OLIVEIRA, Eutálio José Porto. O Estado, a ordem econômica e a dignidade da pessoa humana. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da. (Coord.). Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Quartier Latins, 2009.

o Capitalismo, generalizou-se a instituição do trabalho assalariado, garantindo-se a liberdade de trabalho. Destaque-se que somente com o surgimento da doutrina social, o trabalho liberta-se desse viés de castigo, passando a ser considerado como meio de dignificação do homem, passando a ter valor social¹⁹¹.

Com a Revolução Industrial, e as péssimas condições de trabalho por ela geradas, se desperta na sociedade mundial a preocupação com as condições subumanas laborais a que estavam submetidas às pessoas nesta época, assim como exurge a necessidade de se instituir regras internacionais relativas ao trabalho e a proteção do trabalhador¹⁹², fazendo assim surgir o Direito Internacional do Trabalho (DIT), que tem como fim precípua o estabelecimento de padrões mínimos nas relações laborais, promovendo, desta feita, o respeito à dignidade da pessoa humana em todo o globo terrestre, a justiça social e o bem-estar de todos.

É importante destacar que a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT) em 1919, pelo Tratado de Versalhes, impulsionou a consolidação do DIT, entretanto, é preciso deixar assente que não apenas a OIT, mas outros organismos internacionais, como a Organização das Nações Unidas (ONU), também contribuem para a formação e aplicação do arcabouço normativo destinado às relações laborais, ante a estreita vinculação do trabalho à dignidade da pessoa humana.

Desta feita, o direito ao trabalho encontra-se previsto em diversos documentos jurídico-políticos, seja a nível nacional, seja a nível internacional. Diante disso e dos objetivos traçados para esta pesquisa, se citará alguns desses documentos internacionais, após o que se adentrará na realidade brasileira, enfocando-se o direito ao trabalho das pessoas com deficiência.

191 Sobre o assunto, cf. MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 22. ed. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2006.

192 A primeira legislação trabalhista internacional foi oficialmente proposta em 1855 pela Suíça. Essa iniciativa contribuiu para a realização da primeira reunião internacional com o objetivo de se debater regras internacionais sobre as relações de trabalho, ocorrida em Berlim, 1890 (PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado: incluindo noções de Direitos Humanos e de Direito Comunitário*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 374).

3.2.1 O Direito ao Trabalho e as Regulamentações da OIT

Considerando que o objetivo precípua da OIT é estabelecer padrões mínimos nas relações de trabalho, garantindo, desta forma, melhores condições laborais, faz-se necessário destacar algumas de suas convenções e resoluções¹⁹³ sobre o direito ao trabalho, inclusive aquelas dedicadas a pessoas com deficiência.

Dentre elas, tem-se a Convenção nº 100 sobre a Igualdade de Remuneração de Homens e Mulheres Trabalhadores por Trabalho de Igual Valor¹⁹⁴ (1951). Esta convenção tem por objetivo (art. 2, item 1) assegurar a aplicação do princípio isonômico em matéria remuneratória para trabalho de igual valor, vedando a discriminação de gênero, ainda hoje presente na sociedade mundial. Destaque-se que a aplicação do referido princípio poderá se dá por intermédio de legislação nacional ou por qualquer sistema legal de fixação de remuneração ou, ainda, por convenção coletiva de trabalho. Tais técnicas previstas na convenção poderão ser utilizadas conjuntamente ou de forma isolada (art. 2, item 2).

Por sua vez, a Convenção nº 111 sobre Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação¹⁹⁵ (1958) possui como motivações, conforme disposições de seu Preâmbulo, a Declaração da Filadélfia, que reconhece o direito de todos independentemente de qualquer especificidade de raça, origem, sexo, etc., “ao progresso material e desenvolvimento espiritual em liberdade e dignidade, em segurança econômica e com oportunidade iguais”, e o entendimento da OIT sobre a discriminação, que em sua concepção constitui-se em violação aos direitos humanos enunciados na DUDH.

193 Diferentemente das convenções, que são tratados multilaterais juridicamente vinculativos aos Estados-partes, as resoluções são propostas de medidas que podem ser adotadas pelos Estados, normalmente utilizadas para temas controvertidos em que um consenso ainda não é possível, portanto, são consideradas soft law (PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. Direito Internacional Público e Privado: incluindo noções de Direitos Humanos e de Direito Comunitário. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 287-388).

194 Ela entrou em vigor no plano internacional em 23/05/1953 e no nacional em 25/04/1958, de acordo com o Decreto nº 41.721, de 25 de junho de 1957 (OIT Brasil. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br>> Acesso em 24/02/2014.).

195 Esta Convenção entrou em vigor internacionalmente em 15/06/1960 e nacionalmente em 26/11/1966, conforme Decreto nº 62.150, de 19 de janeiro de 1968 (Idem).

Neste sentido, a referida convenção dispõe que os Estados-partes se comprometem a criar e aplicar uma política nacional para a promoção da igualdade de oportunidades e de tratamento em matéria de emprego e profissão, com o objetivo principal de eliminar todas as formas de discriminação no trabalho (art.2). Para tanto, em seu art. 1.1, a, esclarece o que se deve entender por discriminação¹⁹⁶:

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 e profissão.

Ressalte-se que, de acordo com o art. 5.1, não é considerada discriminação as ações afirmativas previstas em outras convenções ou recomendações da OIT, adotadas em sua Conferência Internacional do Trabalho (CIT), órgão plenário da OIT, onde estão reunidos todos os Estados-membros desse organismo internacional¹⁹⁷.

Outra convenção que merece destaque é a de nº 122 sobre Política de Emprego¹⁹⁸ (1964), que tem como principal

196 A convenção em comento também considera discriminação “qualquer outra 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 e 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.” (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção nº 111 de 1958. Dispõe sobre Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br>> Acesso em 24/02/2014. Art. 1.1, b).

197 No mesmo sentido, cf. PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. Direito Internacional Público e Privado: incluindo noções de Direitos Humanos e de Direito Comunitário. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2010.

198 Ela entrou em vigor internacionalmente em 17/07/1966, enquanto que no plano nacional passou a ter vigência a partir de 24/03/1970, como reconhece o Decreto nº 66.499, de 27 de abril de 1970 (OIT Brasil. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br>> Acesso em 24/02/2014).

fim a implementação de uma política ativa para a promoção do pleno emprego, sendo este produtivo e livremente escolhido pelo trabalhador (art. 1.1). Neste contexto, a política ativa a ser desenvolvida pelo Estado Parte deve procurar garantir trabalho para todos que estejam disponíveis e em busca de trabalho, assim como que este seja o mais produtivo possível.

Além disso, tal política deve assegurar, ainda, que haja livre escolha do trabalho a ser desenvolvido, bem como que cada um disponha de meios suficientes para adquirir as qualificações necessárias à ocupação do trabalho escolhido, sem qualquer discriminação quanto à raça, origem, gênero, etc. (art. 1.2).

Especial atenção merece a Convenção nº 159 sobre Reabilitação Profissional e Emprego de Pessoas Deficientes (1983), eis que foi a primeira convenção da OIT a se preocupar especificamente do direito ao trabalho das pessoas com deficiência e das pessoas reabilitadas¹⁹⁹.

Primeiramente é importante registrar que a convenção em estudo é fruto do amadurecimento da sociedade mundial no que tange ao potencial produtivo da PcD, somado ao reconhecimento da dignidade humana inerente a tal grupo de pessoas, que como qualquer outro ser humano possui habilidades e capacidades potenciais para o exercício pleno de seus direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, dentre eles o direito ao trabalho.

Pontue-se que esta temática do direito ao trabalho das PcDs e dos readaptados ganhou força no segundo pós-guerra ante a mutilação de milhares de pessoas em todo o mundo, como uma das consequências nefastas das guerras mundiais travadas. Diante desse quadro, acrescido do constante aumento da demanda por mão-de-obra, em face do desenvolvimento industrial capitalista, era preciso recuperar a capacidade física e mental destas pessoas, (re)integrando-as a função social, profissional e econômica para as quais estivessem aptas.

Nesse diapasão, a OIT aprova a recomendação nº 99 sobre a Adaptação e Readaptação Profissional dos Inválidos no ano de 1955 e, posteriormente, em 1975, a recomendação nº 150 sobre o Desenvolvimento dos Recursos Humanos. De acordo com a primeira, os Estados-partes deveriam adotar medidas necessárias e faticamente possíveis na criação (ou desenvolvimento, caso já

199 A referida convenção entrou em vigor no plano internacional em 20/06/1985 e no nacional em 18/05/1991, conforme se verifica no Decreto nº 129, de 22 de maio de 1991 (Idem).

existisse) de orientação profissional aos readaptados e às pessoas com deficiência, sempre que estes possam ser preparados para exercer e se manter num trabalho adequado a suas capacidades e habilidades (art. 2 c/c art. 3).

Já a outra recomendação citada, dedica-se ao tema da orientação e formação profissional de jovens e adultos, a ser desenvolvida, por políticas públicas e por programas que auxiliem todas as pessoas, em igualdade de oportunidades e sem discriminação, a desenvolver e utilizar suas capacidades laborativas (art. 1 c/c art. 4.4).

Destaque-se que foi necessário cerca de 30 anos para que a OIT lograsse êxito em conseguir unificar entendimentos que possibilitassem a aprovação da convenção nº 159, a qual, com a reabilitação profissional, objetiva assegurar a existência de meios adequados e suficientes a reabilitação profissional das PcDs, assim como busca promover oportunidades de trabalho no mercado regular às pessoas com deficiência, de modo que estas obtenha e conserve um posto de trabalho, bem como que progrida neste, de forma a se contribuir para a (re)integração destas pessoas no seio social (art. 3, c/c art. 1.1).

E como última norma da OIT a ser aqui destacada, tem-se a convenção nº 168 sobre Promoção do Emprego e Proteção contra o Desemprego²⁰⁰ (1988), a qual, já em seu preâmbulo, sublinha a importância do trabalho, não apenas em razão dos recursos que gera para a sociedade, mas também por proporcionar aos trabalhadores uma renda, por lhes outorgarem um papel social e pelo sentimento de satisfação pessoal que desperta. Nesse sentido, dispõe que seus Estados-membros devem adotar medidas adequadas a coordenação entre o sistema de proteção contra o desemprego e suas políticas de pleno emprego.

3.2.2 Outras Fontes Do Direito Internacional Do Trabalho

No que tange às outras fontes do Direito Internacional do Trabalho, serão destacados alguns documentos internacionais do sistema global de proteção vinculados a ONU.

200 Esta convenção entrou em vigor no plano internacional em 17/10/1991 e no nacional em 24/03/1994, conforme preceitua o Decreto Legislativo nº 2.682, de 22 de julho de 1998 (OIT Brasil. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br>> Acesso em 24/02/2014).

Inicialmente, pode-se verificar que o direito ao trabalho é um dos direitos humanos proclamados na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Em seu art. 23.1, deixa-se assente o direito de todo e qualquer ser humano ao trabalho, assim como o direito de escolher livremente seu trabalho, de proteção contra o desemprego e, ainda, o direito à condições justas e favoráveis de trabalho. Ainda no art. 23, agora item 2, reconhece-se o direito de igual remuneração por igual trabalho, enquanto que no item 3, proclama-se o direito de recebimento de uma justa e satisfatória remuneração pelo trabalho desempenhado, de forma a assegurar a existência digna ao trabalhador e sua família, acrescentando-se a possibilidade de, se necessário, instituir outros meios de proteção social.

Observa-se que, de acordo com a DUDH, o trabalho não é apenas mero instrumento para consecução de uma vida digna, ao contrário, o trabalho, na sua perspectiva de remuneração justa e satisfatória, de livre escolha, cumulado com o direito ao lazer e ao repouso, é também elemento constitutivo da dignidade da pessoa humana²⁰¹.

Considerando que se trata de uma declaração e não de um tratado ou convenção internacional, a comunidade mundial, ante a fundamentalidade dos direitos ali reconhecidos, entendeu ser necessário elaborar Pactos Internacionais sobre direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, eis que com esta roupagem de pacto, os direitos nele inseridos passam a ter maior grau de exigibilidade perante aos Estados-partes. Por isso, em 1966, foram assinados o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC).

Destaque-se que os direitos versados em tais pactos internacionais abrangem todos os direitos humanos declarados na DUDH, por tanto, dentre eles encontra-se o direito ao trabalho, regulamentado no art. 8º do PIDCP, sob a forma de vedação a escravidão e a trabalhos forçados, e, no PIDESC, a partir do art. 6º. Além de manter os termos do reconhecimento realizado na Declaração de 1948, no PIDESC, os Estados-partes se comprometem a assegurar plenamente o exercício desse direito humano, para tanto, deverão adotar medidas de orientação e a formação técnica e profissional, bem como deverão elaborar programas, dentre outras medidas.

201 WANDELLI, Leonardo Vieira. O direito humano e fundamental ao trabalho: fundamentação e exigibilidade. São Paulo: LTr, 2012, p. 230.

Ainda no âmbito das Nações Unidas, outros documentos internacionais versam sobre o direito ao trabalho, tais como: a) Declaração sobre o Progresso e o Desenvolvimento Social de 1969 (art. 6º); b) Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial de 1968 (art. 5º); c) Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher de 1967 (art. 11, § 1º, item a); d) Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989 (art. 32); e e) Convenção Internacional sobre Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Familiares 1990 (art. 11, 25, 26, 40, 52 e 54).

No que tange ao sistema específico de proteção internacional das pessoas com deficiência no âmbito da ONU, tem-se como documento mais recente a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD), ratificada pelo Estado brasileiro com status de norma constitucional.

A citada convenção tem nítida inspiração nas diversas convenções da OIT, com destaque para as convenções n. 105, que se dedica ao combate ao trabalho forçado; n. 111, voltada a coibir qualquer discriminação no trabalho; e a convenção n. 159, de 1983, a qual desenvolve, especificamente, a temática da proteção do trabalho das pessoas com deficiência e reabilitação.

Desta forma, do ponto de vista jurídico, afirma Ricardo Tadeu Marques da Fonseca²⁰² que a CDPD não trouxe nenhuma especial inovação à temática discutida: direito ao trabalho das pessoas com deficiência. Na sua concepção, pode-se considerar como inovação a unificação realizada pela ONU, nesta convenção, de todo aparato protetivo anteriormente construído no cenário internacional, seja no âmbito da própria ONU, seja no da OIT.

Apesar disso, cabe aqui pontuar algumas disposições da CDPD sobre o direito ao trabalho das pessoas com deficiência. Nesta, os Estados Partes reconhecem a existência deste direito em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, assim como se comprometem a salvaguardá-lo e promovê-lo (art. 27). Ademais, de acordo com a convenção, o direito ao trabalho engloba também o direito à oportunidade de se manter num posto de

202 FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. Trabalho e Emprego. In: RESENDE, Ana Paula Crosara de; VITAL, Flavia Maria de Paiva (Coord.). A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: Versão Comentada. 2. Ed. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2008, p. 113-114.

trabalho escolhido ou aceito livremente, e a um ambiente laboral inclusivo, aberto e acessível a pessoas com deficiência (art. 27, 1).

Neste contexto, registre-se que a implementação desse direito de livre escolha do trabalho, a ser desempenhado pela pessoa com deficiência, é essencial para o respeito à dignidade inerente a cada ser humano, eis que elas, assim como qualquer outra pessoa, não querem ter um trabalho para ocupar apenas o seu tempo, mas sim para bem produzir e mostrar eficiência, ser reconhecido por suas habilidades e capacidades, conquistar, por méritos próprios, a tão sonhada independência econômica²⁰³.

As medidas a serem adotadas na salvaguarda e promoção do direito ao trabalho devem ter por fim, entre outros, os seguintes, conforme a convenção: a) proibir a discriminação por motivo de deficiência; b) proteger os direitos das PcDs às condições justas e favoráveis de trabalho, tais como, igual remuneração por trabalho de igual valor, condições laborais salubres e seguras, e proteção contra o assédio no ambiente laboral; c) promover oportunidades de trabalho (subordinado, autônomo, empresário, cooperativista, etc.) e ascensão profissional das PcDs no mercado laboral; d) empregar pessoas com deficiência no setor público e no privado, inclusive por programas de ação afirmativa, e outras medidas necessárias; e e) promover a reabilitação profissional, manutenção no posto de trabalho e programas de retorno ao mercado de trabalho das pessoas com deficiência.

Tais fins não são estranhos ao ordenamento jurídico pátrio, eis que tanto a Constituição Federal de 1988, assim como a legislação infraconstitucional brasileira, já dispunham de propósitos semelhantes, estando em plena harmonia com a convenção em comento. Por exemplo, no que tange a proibição de discriminação baseada na deficiência tem-se o art. 7º, XXXI, da CRFB, que veda qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador com deficiência. Têm-se, ainda, dispositivos insertos na Consolidação das Leis do Trabalho que garantem igual remuneração por trabalho de igual valor (art. 461), bem como proíbe práticas discriminatórias nas relações laborais da mulher e nos critérios utilizados para impedir o acesso a cargos, remunerações, promoções, formação profissional, etc. Pode-se ainda

203 Sobre o assunto, cf. GUGEL, Maria Aparecida. O direito ao trabalho e ao emprego: a proteção na legislação trabalhista. In: FERRAZ, Carolina Valença... [et al.] (Coord.). Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência. São Paulo: Saraiva, 2012.

citar a Lei nº 9.029/95, a qual proíbe a discriminação de acesso ao trabalho.

Além destas normas proibitivas, a legislação pátria também tipifica criminalmente a prática de discriminação por motivo de deficiência, como se observa nas disposições do art. 8º, II, da Lei nº 7.853/89.

No que diz respeito às condições salubres e seguras no ambiente de trabalho, o texto original da CRFB já assegurava (e ainda assegura) a todos (pessoas com e sem deficiência), trabalhadores urbanos e rurais, o direito a um meio ambiente laboral salubre e seguro, prevendo remuneração adicional para aquelas atividades consideradas insalubres, penosas e/ou perigosas, assim como seguro contra acidentes de trabalho (art. 7º, XXII, XXIII, XXVIII). Desta feita, coube a CLT (art. 154 a 200) a normatização deste direito, através de mecanismos específicos de prevenção, além de definição clara dos deveres recíprocos de empregadores e empregados na consecução de um meio ambiente laboral salubre e seguro.

Tratando-se de ambiente de trabalho, não se pode deixar de pontar que, com fundamento na farta regulamentação jurídica-positiva nacional e convencional sobre acessibilidade, bem como tem em vista o conceito de “adaptação razoável”²⁰⁴ inserto no ordenamento constitucional pátrio pela CDPD, constitui-se dever de qualquer empregador adotar prontamente as medidas necessárias de acessibilidade no ambiente laboral das pessoas com deficiência, como nos ambientes internos e externos da empresa ou instituição, de modo a se permitir (não dificultar) o pleno exercício dos direitos humanos e liberdades individuais.

Quanto ao fim de empregar as pessoas com deficiência tanto na esfera pública quanto na privada, verifica-se, mais uma vez, a harmonia entre a citada convenção e a Constituição Federal de 1988, eis que esta última, além de ter como fim o pleno emprego

204 De acordo com o art. 2º, da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, adaptação razoável “significa as modificações e os ajustes necessários e adequados que não acarretem ônus desproporcional ou indevido, quando requeridos em cada caso, a fim de assegurar que as pessoas com deficiência possam gozar ou exercer, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos humanos e liberdades fundamentais” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Legislação de Direito Internacional. Aziz Tuffi Saliba (Org.). 8. ed. Coleção de leis Rideel. Série Compacta. São Paulo: Rideel, 2013).

(art. 170, VIII), também garante reserva de cargos e empregos públicos na Administração Pública (art. 37, VIII). Não só isso, pois, apoiada nessas normas constitucionais brasileiras, tem-se uma legislação ordinária que: a) assegura uma política pública de acesso ao emprego público e privado (Lei 7.853/89, art. 2º); b) estabelece a reserva até 20% dos cargos da Administração Direta e Indireta a pessoas com deficiência (Lei 8.112/90, art. 5º, § 2º); c) fixa cotas de 2 a 5% de emprego para pessoas habilitadas ou reabilitadas nas empresas com mais de 100 empregados (Lei 8.213/91, art. 93); e d) garante transporte público adaptado e remoção de barreiras arquitetônicas (Leis 10.048 e 10.098 ambas de 2000). Pontue-se que as leis referidas são regulamentadas pelos seguintes decretos: Dec. 3.298/99 e Dec. 5.296/2004.

Portanto, verifica-se que, em face de todo o exposto, o direito ao trabalho é direito social fundamental, e no caso brasileiro, encontra-se previsto no art. 6º da CRFB, e, como tal, tem, como um de seus objetivos precípuos, auxiliar na melhoria da qualidade de vida de seus titulares, em respeito à dignidade da pessoa humana²⁰⁵. Ademais, reconhece-se que a efetivação do direito ao trabalho é condição necessária à concretização dos outros direitos humanos, sejam eles civis, políticos, sociais, econômicos ou culturais²⁰⁶. É neste sentido que Comparato²⁰⁷ considera o direito ao trabalho como “pedra angular da construção de uma verdadeira sociedade democrática”.

3.2.3 O Direito ao Trabalho e a Realidade Brasileira

No âmbito jurídico-constitucional pátrio, os direitos sociais foram introduzidos no Brasil através da Constituição de 1934²⁰⁸,

205 SILVA, Marco Antonio Marques da. Cidadania e democracia: instrumentos para a efetivação da dignidade humana. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 225.

206 WANDELLI, Leonardo Vieira. O direito humano e fundamental ao trabalho: fundamentação e exigibilidade. São Paulo: LTr, 2012, p.37.

207 COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 345.

208 PAULA, Paulo Afonso Garrido de. Criança e dignidade da pessoa humana. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 1041.

a qual teve nítida inspiração na Constituição de Weimar, de 1919, que teve o mérito de “consagrar o compromisso do individual com o social”²⁰⁹, desenvolvendo a constitucionalismo social²¹⁰. A partir da Constituição de 1934, todas as demais Constituições, até aqui, mantiveram a proclamação solene dos direitos sociais.

Registre-se que os direitos sociais reconhecidos pelo Estado brasileiro não são apenas aqueles prescritos no art. 6º a 11 da CRFB. Também são direitos sociais aqueles dispostos na Título III – Da Ordem Social –, além de todos aqueles proscritos nos tratados internacionais de direitos humanos em que o Brasil seja parte, e aqueles implícitos no texto constitucional pátrio, conforme disposições do art. 5º, § 2º, da CRFB.

Pontue-se que a concretização dos direitos sociais implica um compromisso com a integração social, com a solidariedade e com a igualdade, assim como com a melhor distribuição de renda, portanto, os direitos sociais fundamentais possuem como titulares²¹¹ preferenciais os grupos vulneráveis e fragilizados, ou seja, sua preocupação foca-se na proteção dos grupos vulneráveis²¹².

209 VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Os direitos humanos e os mecanismos constitucionais de sua defesa. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 363.

210 O Constitucionalismo social é um movimento jurídico-político que se caracteriza pela inserção de direitos sociais e trabalhistas nos textos das Constituições dos Estados Nacionais, tendo como marco inicial a Constituição Mexicana de 1917. É incontestável que mesmo antes de 1917 outras Constituições já contemplavam alguns direitos trabalhistas em seu texto, como exemplos tem-se a Constituição da Suíça de 1874, com emenda de 1896, e a Constituição da França de 1848, contudo foi apenas a partir da Constituição Mexicana de 1917 que a inclusão destas matérias se deu de forma ampla e sistemática (ROMAR, Carla Teresa Martins. Direito do Trabalho e dignidade da pessoa humana. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 1390).

211 Conforme destaca MARMELSTEIN, George (Curso de Direitos Fundamentais. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 255), alguns doutrinadores sustentam que todas as pessoas são, em princípio, titulares dos direitos sociais (econômicos e culturais), entretanto, o Estado só se encontra obrigado a efetivar tais direitos, observado o máximo dos recursos disponíveis, para aquelas pessoas (ou grupos) em desvantagens sociais, que não tenham condições para usufruir por conta própria destes.

212 Nesse sentido, cf. PIOVESAN, Flávia. Dignidade humana e a proteção dos

Como representantes de um desses grupos vulneráveis ou fragilizados carecedores de especial atenção dos direitos sociais, dentre eles o direito ao trabalho, objeto desta pesquisa, tem-se as pessoas com deficiência, que conforme dados divulgados pela Organização das Nações Unidas – ONU²¹³, já são cerca de 10 % (dez por cento) da população mundial, cerca de 650 milhões de pessoas²¹⁴. Só no Brasil, conforme dados do Censo de 2010²¹⁵, divulgados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, 23,9% da população brasileira é constituída por pessoa com deficiência, isto é, no Brasil existia em 2010 cerca de 45.606.098 pessoas com alguma deficiência declarada.

De acordo com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) cerca de 80 % das pessoas com algum tipo de deficiência estavam radicadas em países em desenvolvimento, logo, a deficiência possui uma íntima relação com a pobreza econômica²¹⁶ e com a baixa escolaridade nos países da Organização para a Cooperação Econômica e Desenvolvimento (OCDE), eis que, em média, enquanto 19% de pessoas menos educada é deficiente, esse índice em pessoas educadas é de 11%, conforme dados divulgados pela OCDE.

direitos sociais nos planos global, regional e local. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da. (Coord.). Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Quartier Latins, 2009.

213 Disponível em: < <http://www.un.org/disabilities/documents/toolaction/pwdfs.pdf>>. Acesso em: 23/04/2013.

214 De acordo com Piovesan (PIOVESAN, Flávia. Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: Inovações, Alcance e Impacto. In: Ferraz, Carolina Valença... [et al.] (Coord.). Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 50), associa-se a deficiência aos seguintes fatores: analfabetismo, nutrição precária, ausência de acesso a água potável, baixa imunidade biológica, doenças e condições perigosas e insalubres de trabalho.

215 É importante deixar assente que a “deficiência foi classificada pelo grau de severidade de acordo com a percepção das próprias pessoas entrevistadas sobre suas funcionalidades”, assim como que os “questionários seguiram as propostas do Grupo de Washington sobre Estatística das Pessoas com Deficiência” (SECRETARIA NACIONAL DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA (Brasil). Cartilha do Censo 2010: Pessoas com Deficiência. Texto de Luiza Maria Borges Oliveira. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, 2012, p. 5).

216 Estima-se, segundo o Banco Mundial, que 20% das pessoas mais pobres do mundo têm algum tipo de deficiência. (Disponível em: <<http://www.un.org/disabilities/default.asp?id=18>>. Acesso em: 23/04/2013.

No Brasil, não é diferente, pois o maior número percentual de pessoas com deficiência encontra-se na região nordeste e norte do país (como se pode visualizar no gráfico seguinte), tidas como as regiões mais pobres. Dos estados brasileiros, a maior incidência de pessoas com deficiência é no Rio Grande do Norte e na Paraíba, com percentuais de 27,76% e 27,58%, respectivamente, sendo estas percentagens superiores à média nacional de 23,9%.

Gráfico 1 – Proporção da população com pelo menos uma das deficiências investigadas por grandes regiões do Brasil – 2010.

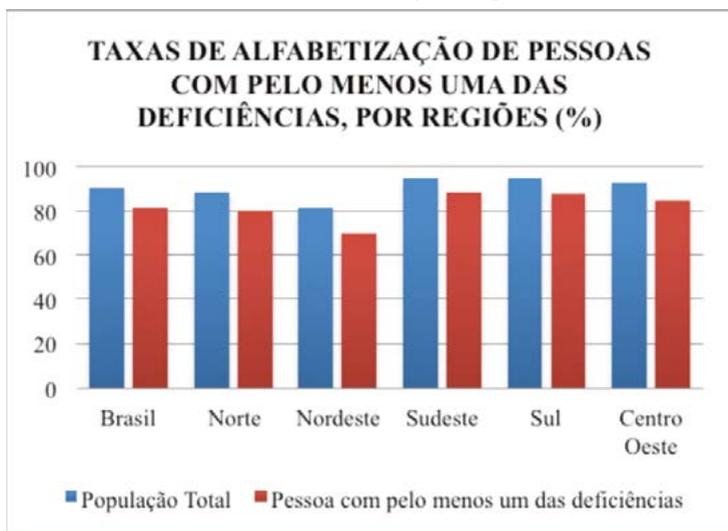


Fonte: SNPD, Cartilha do Censo 2010: Pessoas com Deficiência, 2012, p. 11.

Em face dessa distribuição de pessoas com deficiência por região do país, avulta-se de importância o recorte metodológico realizado na presente pesquisa, que se propõe a averiguar a concretização do direito ao trabalho deste grupo de pessoas nas Instituições Federais de Ensino (IFE) presentes no Estado do Rio Grande do Norte; Estado este que demonstrou ter o maior índice percentual de pessoal com deficiência.

No que tange à educação, no Brasil também se verifica um menor índice de alfabetização²¹⁷, escolarização²¹⁸ e nível de instrução²¹⁹ das pessoas com deficiência em comparação com as pessoas sem deficiência, conforme se pode observa nos gráficos seguintes:

Gráfico 2 – Taxas de alfabetização de pessoas com pelo menos uma das deficiências, por regiões (%)



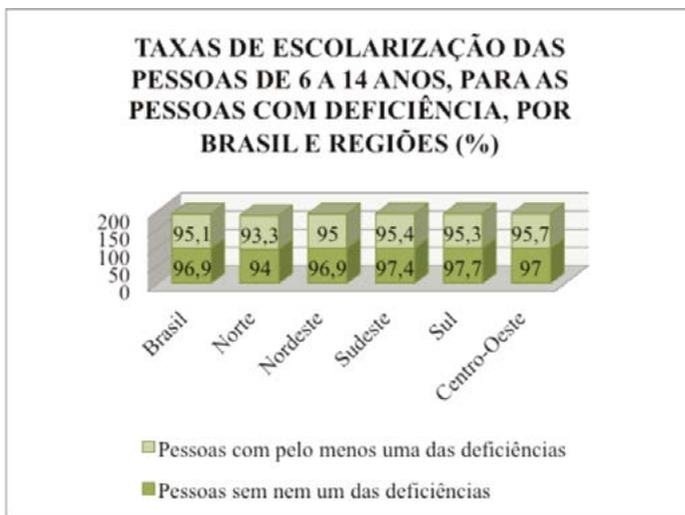
Fonte: (SNPD, Cartilha do Censo 2010: Pessoas com Deficiência, 2012, p. 16).

217 "A taxa de alfabetização de uma população mede o percentual de pessoas de 15 anos ou mais de idade que saber ler e escrever pelo menos um bilhete simples em seu idioma." (SECRETARIA NACIONAL DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA (Brasil). Cartilha do Censo 2010: Pessoas com Deficiência. Texto de Luiza Maria Borges Oliveira. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, 2012, p. 15).

218 "Segundo o IBGE, taxa de escolarização é a percentagem dos estudantes de um grupo etário em relação ao total de pessoas do mesmo grupo etário. O ensino obrigatório no Brasil começa com a matrícula da criança aos seis anos de idade e tem duração de nove anos." (Idem, p. 15).

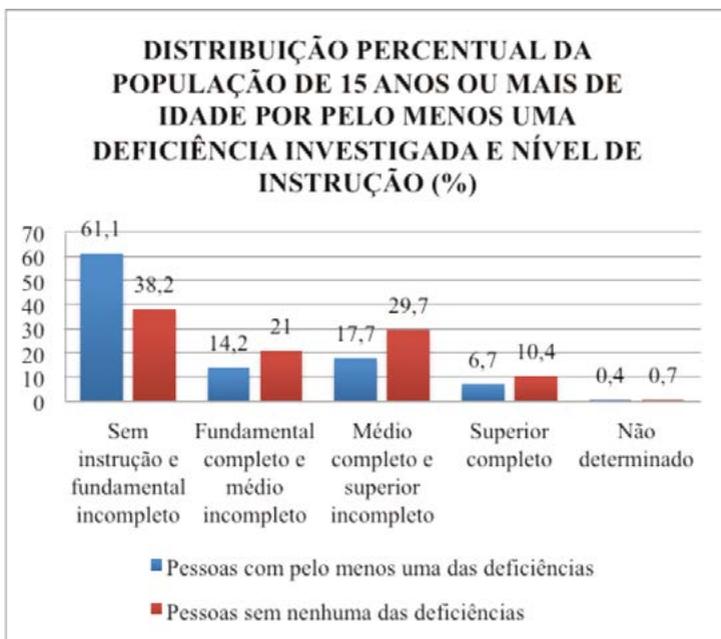
219 "O nível de instrução mede a proporção de pessoas de 15 anos ou mais de idade que atingiram determinados anos de estudos." (bidem, p. 17).

Gráfico 3 – Taxas de escolarização das pessoas de 6 a 14 anos, para as pessoas com deficiência, por Brasil e regiões (%)



Fonte: SNPD, Cartilha do Censo 2010: Pessoas com Deficiência, 2012, p. 16.

Gráfico 4 – Distribuição Percentual da população de 15 anos ou mais de idade por pelo menos uma deficiência investigada e nível de instrução (%)



Fonte: SNPD, Cartilha do Censo 2010: Pessoas com Deficiência, 2012, p. 17.

Em observação aos gráficos colacionados, pode-se perceber que a taxa de alfabetização para a população total foi de 90,6%, enquanto que para as pessoas com deficiência tal taxa é de 81,7%, ou seja, houve uma queda percentual de 8,9 pontos na taxa de alfabetização deste grupo vulnerável quando comparada com a população total. Verifica-se, ainda, que as regiões norte e nordeste do país apresentaram menor taxa de alfabetização das pessoas com deficiência.

Quanto à taxa de escolarização, também se verifica percentuais menores de escolarização das pessoas com deficiência quando comparadas a população sem nenhuma deficiência, onde as regiões norte e nordeste, mais uma vez, apresentam os menores índices, desta vez, em ambas as categorias analisadas.

No que tange ao nível de instrução formal, verifica-se que a maioria esmagadora (61,1%) das pessoas com deficiência não possuem sequer o nível fundamental completo ou qualquer instrução, onde menos de 7% destas concluíram o ensino superior. Ressalte-se que a região nordeste, mais uma vez, foi a região que

apresentou as maiores taxas de pessoas com deficiência sem instrução ou com o ensino fundamental incompleto.

Ante aos dados apresentados, torna-se evidente que é preciso realizar mais investimentos em educação formal no Brasil, pois é pacífica a premissa de que se faz necessário à contínua capacitação para ser, e se manter, inserido no mercado de trabalho. Nesse passo, a educação formal desenvolve papel importantíssimo na vida de qualquer indivíduo, uma vez que a baixa qualificação profissional é fator preponderante para a exclusão de vários trabalhadores do mercado de trabalho.

Destaque-se que além da defasagem na educação formal das pessoas com deficiência quando comparadas com a população sem deficiência, existem inúmeras barreiras visíveis e invisíveis a serem superadas até a plena integração daquelas, a começar pela ausência de acessibilidades dos logradouros públicos e dos transportes coletivos. Some-se a isso a discriminação e o preconceito, a falta de estrutura física e humana para o recebimento das PcDs nas escolas regulares, conforme previsão constitucional (art.208, III, da CRFB).

Além dessa exigência de qualificação, é preciso direcionar (orientar) e capacitar as pessoas com deficiência para aqueles postos de trabalho compatíveis com suas limitações, eis que elas não poderão ocupar todo e qualquer posto de trabalho que desejar, mas apenas aqueles compatíveis com sua deficiência²²⁰, capacidades e habilidades. Todavia, em caso de haver dúvida quanto à compatibilidade ou não da deficiência apresentada e o posto de trabalho requerido, deve-se optar pela ocupação daquele, conferindo a pessoa com deficiência a oportunidade de demonstrar suas habilidades na execução da tarefa. Desta forma, contribui-se para a inclusão e diversificação social e respeito à dignidade da pessoa humana²²¹.

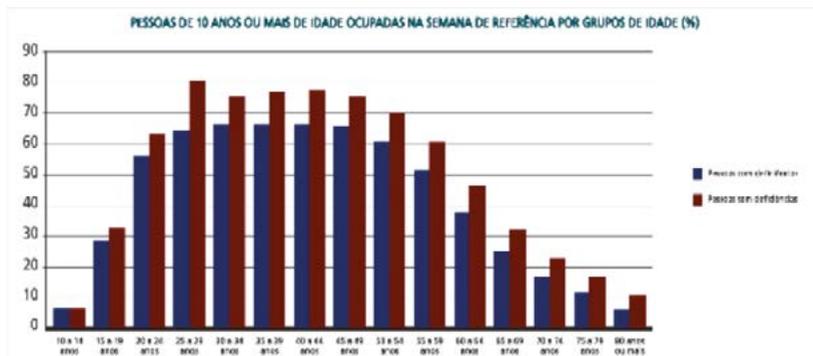
No Brasil, conforme dados do Censo 2010, a participação das pessoas com deficiência no mercado de trabalho ainda é

220 Hodiernamente não se pode esquecer o papel relevantíssimo desempenhado pela tecnologia assistiva na aferição da compatibilidade entre deficiência e tarefa a ser executada (ARAÚJO, L., 2009, p. 205).

221 No mesmo sentido, cf. ARAÚJO, 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 (Coord.). Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

baixa quando comparada à das pessoas sem deficiência, apesar da existência de ações afirmativas no âmbito público e privado para a efetivação do direito ao trabalho dos membros deste grupo vulnerável, conforme se pode observa no gráfico abaixo, construído por faixa etária.

Gráfico 5 – Pessoas de 10 anos ou mais de idade ocupadas na semana de referência por grupos de idade (%)



Fonte: SNPD, Cartilha do Censo 2010: Pessoas com Deficiência, 2012, p. 19.

Registre-se que na semana de referência utilizada como parâmetro no Censo de 2010, existiam cerca de 86,4 milhões de pessoas ocupadas, destas 76,4% eram composta por pessoas sem deficiência, o que equivale, em números absolutos, a 65.967.714 pessoas sem deficiências ocupadas, outros 23,6% eram pessoas com deficiência, cerca de 20.365.963 de PcDs. Ocorre que, considerando o número de pessoas com deficiência em idade ativa (44.073.377 milhões de pessoas, de acordo com gráfico abaixo), verifica-se que mais de 50% (cinquenta por cento) deste grupo estava desocupado, isto é, cerca de 23,7 milhões de pessoas com deficiência não estavam ocupadas na semana de referência.

Gráfico 6 – Número de pessoas com pelo menos uma das deficiências investigadas, por grupo de idade.



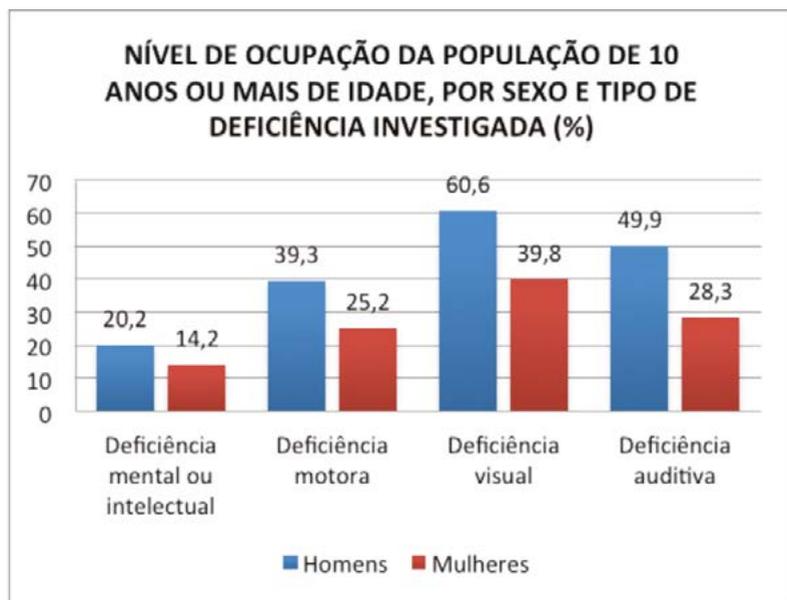
Fonte: SNPD, Cartilha do Censo 2010: Pessoas com Deficiência, 2012, p. 8.

Ressalte-se que outro fator preponderante para a exclusão da pessoa com deficiência do mercado de trabalho é o preconceito e a discriminação, a qual é potencializada em razão da junção de outras características também alvo de discriminação, como o gênero, a idade, a cor da pele, etc. Em estudo realizado em Orissa, na Índia, no ano de 2004, constatou-se que mulheres e meninas com deficiência são mais vulneráveis à violência do que outros grupos²²².

No Brasil, de acordo com o Censo de 2010, a população do gênero feminino apresentou os menores índices de ocupação em todos os tipos de deficiências investigadas, o que vem a comprovar a incidência de múltiplos fatores de discriminação. Conforme dados do referido censo, a taxa de ocupação dos homens com deficiência foi de 57,3%, enquanto as mulheres atingiram uma taxa de 37,8%, havendo, portanto, uma diferença de 19,5 pontos percentuais na ocupação das pessoas com deficiência quando considerado o gênero (SNPD, 2012, p. 20), conforme se observa no gráfico abaixo.

222 Nesse estudo realizado na Índia, se verificou que praticamente todas as mulheres e meninas com deficiência foram espancadas em casa, 25 por cento das mulheres com deficiência intelectual havia sido estuprado e 6% das mulheres com deficiência tinha sido esterilizados à força. (Disponível em: <<http://www.un.org/disabilities/default.asp?id=18>>. Acesso em: 23/04/2013.

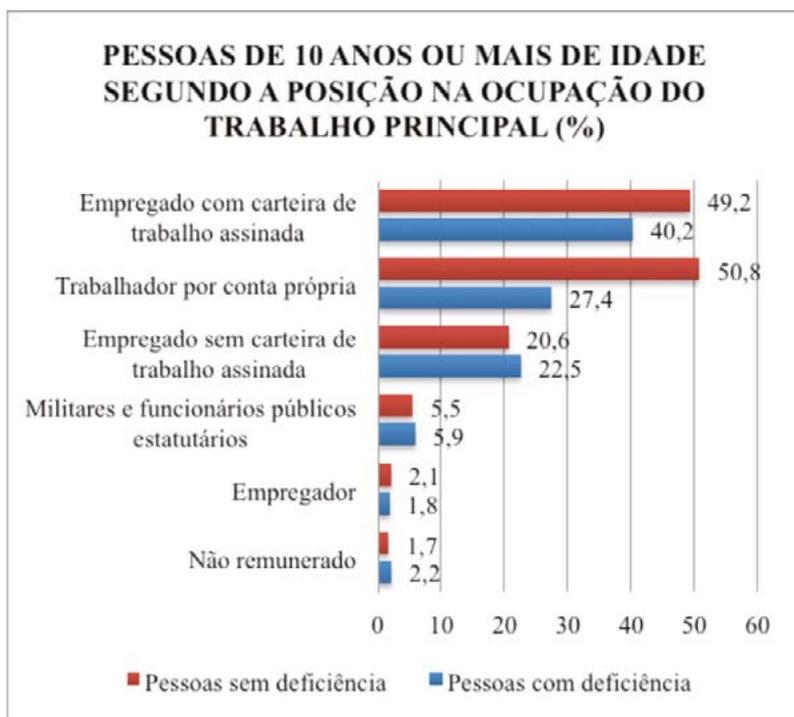
Gráfico 7 – Nível de ocupação da população de 10 anos ou mais de idade, por sexo e tipo de deficiência investigada (%).



Fonte: SNPD, Cartilha do Censo 2010: Pessoas com Deficiência, 2012, p. 20.

Ainda no que concerne a ocupação das pessoas com deficiência, agora considerando as diversas formas de trabalho, o Censo 2010 indica que o percentual de pessoas com deficiência que se encontravam empregadas como militares ou servidores públicos estatutário era maior do que o percentual de pessoas sem deficiência, sendo esta tendência seguida nos trabalhos não remunerados e nos empregos sem carteira de trabalho assinada. Já no caso dos empregados com carteira de trabalho assinada, o número percentual de pessoas sem deficiência empregada é bem maior do que o das PcDs. O mesmo ocorre no trabalho autônomo e como empregador, conforme se observa mais detalhadamente no gráfico abaixo.

Gráfico 8 – Pessoas de 10 anos ou mais de idade segundo a posição na ocupação do trabalho principal (%)



Fonte: SNPD, Cartilha do Censo 2010: Pessoas com Deficiência, 2012, p. 23.

Primeiramente, é preciso salientar que os dados apresentados, se não forem bem compreendidos, podem ocasionar uma apreensão errônea da realidade brasileira. Nesse sentido, cabe aqui destacar que os referidos dados demonstram uma prevalência esmagadora de pessoas sem deficiência na ocupação dos postos de trabalho brasileiro, em todas as suas esferas, sendo nitidamente visível nos casos de trabalho com CTPS assinada e naqueles por conta própria.

Todavia, apesar de percentualmente as pessoas com deficiência encontrarem-se em maior número no que tange à ocupação de cargo público (militares e estatutários), isso não significa que estas sejam maioria em números absolutos. Lembre-se que quanto menor o universo avaliado, menor é o número absoluto necessário

para se alcançar altas taxas percentuais. Da mesma forma, quanto maior o universo avaliado, menor é o número absoluto necessário para se alcançar altas taxas percentuais.

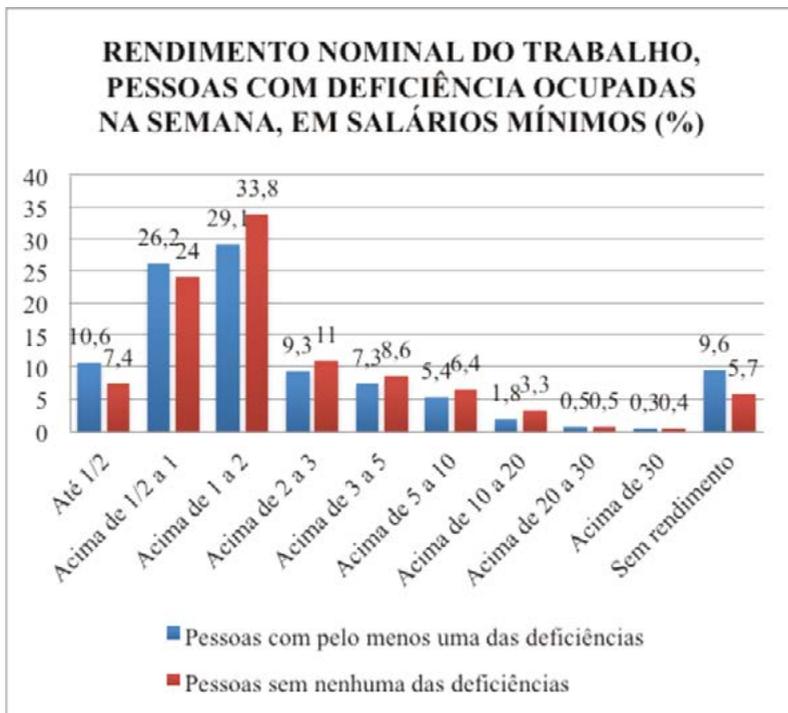
Feitos estes esclarecimentos, verifica-se que ainda há bastante resistência do empregador celetista em ocupar legalmente seus postos de trabalho com pessoas com deficiência, apesar da existência da lei de cotas (Lei nº 8.213/91 – art. 93), que incide apenas sobre empresas de médio e grande porte, eis que se exige um mínimo de 100 empregados para a aplicação dos percentuais definidos pela mencionada lei. Ademais, observa-se, ainda, que o setor público, no que tange a contratação de pessoal em regime estatutário, por intermédio de concurso público, demonstra sinais de concretização do comando constitucional insculpido no art. 37, VIII da CRFB. Sinais esses que serão melhor avaliados na pesquisa de campo desenvolvida, especificamente, nesta seara.

Ressalte-se que não se pode concluir o mesmo quanto à contratação em regime celetista para empregos públicos, uma vez que os dados acima não fazem a respectiva diferenciação quanto ao empregador ser público ou privado. Por isso, resta indefinido o panorama brasileiro quanto à participação das pessoas com deficiência nessa seara laboral.

Idêntica resistência (ou até maior) se visualiza no desempenho de atividades laborais das PcDs na qualidade de autônomo, seja em razão do preconceito socialmente existente, que dificulta o estabelecimento exitoso do profissional, seja por motivo de suficiente orientação, capacitação e qualificação para o desempenho desse tipo de atividade por conta própria.

Registre-se que tais resistências (preconceitos e discriminações), aliadas a precariedade do nível educacional existente na população com deficiência, acarretam uma baixa remuneração deste grupo fragilizado quando comparada as pessoas sem deficiência. De acordo com o gráfico seguinte, observa-se que 9,6% das PcDs ocupadas não possuíam qualquer rendimento e outros 36,8% destas recebiam até 1 salários mínimos, logo, isto significa que quase a metade das pessoas com deficiência (46,4%) possuíam uma renda mínima.

Gráfico 9 – Rendimento Nominal do Trabalho, Pessoas com Deficiência Ocupadas na Semana, em Salários Mínimos (%).



Fonte: SNPD, Cartilha do Censo 2010: Pessoas com Deficiência, 2012, p. 24.

Considerando os dados estatísticos apresentados, além do anteriormente exposto, demonstra-se que a pobreza e a marginalização social agem de forma mais cruel sobre os grupos vulneráveis, dentre eles, as pessoas com deficiência²²³, por isso,

223 “Muito ao contrário, em nosso país, grande número de deficiências é causado – ou agravado – pela miséria, que cria gerações de subnutridos, e pela inexistência de um serviço de saúde, que garanta a todos um pré-natal, por meio do qual muitas doenças poderiam ser evitadas ou tratadas; miséria que induz as pessoas a prestarem trabalho submetidas às piores condições, com grave risco à sua saúde e à sua integridade física. Considere-se, ainda, que tais pessoas, doentes ou acidentadas, não recebem tratamento ou reabilitação, que lhes permita retornar às suas atividades.” (BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins. A discrimina-

a redução da pobreza também deve ser considerada quando da criação e efetivação de políticas públicas de promoção do pleno emprego²²⁴, ou seja, além das políticas universalistas materiais, o Estado deve atuar no combate à discriminação na contratação laboral, conforme comandos constitucionais, evitando-se que o preconceito e a discriminação constituam-se em barreiras invisíveis, ou mesmo impedimentos, ao exercício do direito fundamental ao trabalho dos grupos fragilizados.

Ressalte-se que há diversas formas de assegurar o direito ao trabalho das pessoas com deficiência, conforme se pode observar, por exemplo, nas disposições do art. 35, do Decreto nº 3.298/99²²⁵, o qual prevê as seguintes modalidades de inserção laboral da pessoa com deficiência: a) colocação competitiva; b) colocação seletiva; c) promoção do trabalho por conta própria; e d) trabalho protegido.

Analisando a redação conferida ao citado artigo, nota-se que as duas primeiras modalidades se desenvolvem no âmbito de empresas, organizações sociais e órgãos públicos comuns, tendo-se como diferencial a necessidade de utilização de procedimentos especiais²²⁶ na segunda espécie, enquanto que na primeira, tida por

ção às pessoas com deficiência nas relações de trabalho. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (Org.). Doutrinas Essenciais: Direitos Humanos. Vol. IV - Grupos Vulneráveis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1079).

224 No mesmo sentido, cf. RESENDE, Ana Paula Crosara de; VITAL, Flavia Maria de Paiva. Introdução. In: RESENDE, Ana Paula Crosara de; VITAL, Flavia Maria de Paiva (Coord.). A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: Versão Comentada. 2. Ed. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2008, p. 19.

225 Este decreto foi publicado com o fim de regulamentar a Lei nº 7.853/89 – a qual dispõe sobre o apoio às pessoas com deficiência e sua integração social, dentre outras providências –, bem como dispor sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolidar normas de proteção, dentre outras providências.

226 De acordo com o decreto em análise, art. 35, § 2º, “Consideram-se procedimentos especiais os meios utilizados para a contratação de pessoa 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” (BRASIL. Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999. Regulamenta a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras

competitiva, tais procedimentos não são necessários²²⁷. Registre-se que em ambas é possível a utilização dos apoios especiais, os quais podem ser entendidos, de acordo com o § 3º do art. 35, do citado decreto, como elementos que auxiliem na superação de limitações funcionais ou as compensem, possibilitando o pleno desenvolvimento das capacidades das pessoas com deficiência. Como exemplos destes, têm-se as tecnologias assistivas, a supervisão e a orientação.

Quanto à promoção do trabalho por conta própria, neste estão incluídos, além do trabalho autônomo, o cooperativado e o em regime de economia familiar (art. 35, III, do Decreto nº 3.298/99). Já o trabalho protegido, denominado no mencionado decreto (art. 35) como oficina protegida – subdividida em de produção (§ 4º) e em terapêutica (§ 5º) – possui como público alvo pessoas em idade ativa que, em razão de sua condição pessoal (permanente ou transitória), não podem desenvolver suas atividades no mercado de trabalho competitivo²²⁸.

De acordo com Sasaki²²⁹, a conceituação realizada pelo decreto está muito mal formulada, pois não há que se falar em oficina produtiva ou terapêutica, mas sim em oficinas protegidas de trabalho, onde, num mesmo espaço, há o desenvolvimento de atividades laborais em dois níveis: o quase competitivo e o não competitivo, de modo que, quando o participante apresentar nível competitivo, ele deverá deixar a oficina e ingressar no mercado de trabalho competitivo. Ressalte-se que, no nível não competitivo, encontram-se aquelas pessoas com deficiência que ainda não apresentam o mínimo de produtividade, por isso, dedicam-se a

providências. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/>> Acesso em: 05/03/2013).

227 Quanto à colocação seletiva, Gurgel (O acesso ao trabalho: análise à luz da inclusão. Revista Nacional de Reabilitação - Reação. nº 59, Nov/Dez, São Paulo: 2007. Disponível em: <<http://saci.org.br/index.php?modulo=akemi¶metro=20936>>. Acesso em: 12/03/2014) sustenta que nesta a contratação do trabalhador ocorrer através da utilização de políticas afirmativas, tal como a cota percentual prevista no art. 93 da Lei nº 8.213/1991.

228 Idem, p. 176.

229 SASSAKI, Romeu Kazumi. O acesso ao trabalho: análise à luz da inclusão. Revista Nacional de Reabilitação - Reação. nº 59, Nov/Dez, São Paulo: 2007. Disponível em: <<http://saci.org.br/index.php?modulo=akemi¶metro=20936>>. Acesso em: 12/03/2014.

atividades não produtivas, em outras palavras, em atividades ocupacionais.

Logo, essa modalidade de trabalho caracteriza-se pelo desempenho de atividades laborativas em oficinas terapêuticas, nas quais se prima pelo tratamento terapêutico necessário à inclusão social da pessoa com deficiência²³⁰.

Com efeito, destaca Gurgel²³¹ que tanto o trabalho protegido quanto a colocação seletiva são justificadas apenas quando uma colocação competitiva encontra-se inviabilizada²³², nesta a pessoa com deficiência concorre em pé de igualdade com qualquer outra pessoa, sem necessitar fazer uso de qualquer ação afirmativa, em igualdade de condições e oportunidades, sendo o que busca a CDPD.

De acordo com Sasaki²³³, outra forma de inserção laboral da pessoa com deficiência é o emprego apoiado, o qual é considerado um trabalho competitivo, cujo exercício se dá em ambiente inclusivo. Tal modalidade é destinada à pessoa com deficiência grave que nunca trabalhou fora de entidades sociais, bem como àquelas que necessitam de serviços de apoio contínuo para o desempenho de suas atividades laborais, em razão da consequência da existência de deficiência grave, que dificulta seu estabelecimento duradouro em emprego competitivo²³⁴.

230 Pontue-se que Sasaki (Idem) critica a utilização do adjetivo “terapêutica” para a designação deste tipo de trabalho protegido, eis que, segundo ele, não se presta serviço de terapia, de tratamento clínico, cura, etc., mas apenas uma atividade ocupacional. Todavia, em que pese a crítica referida, não se pode olvidar que hoje já se reconhece a terapia ocupacional como forma de tratamento médico-psíquico.

231 GURGEL, Yara Maria Pereira. Op. Cit., p. 176.

232 Com opinião divergente, Sasaki (O acesso ao trabalho: análise à luz da inclusão. Revista Nacional de Reabilitação - Reação. nº 59, Nov/Dez, São Paulo: 2007. Disponível em: <<http://saci.org.br/index.php?modulo=akemi¶metro=20936>>. Acesso em: 12/03/2014.) sustenta que a colocação seletiva, assim como o trabalho autônomo e o cooperativado, são sim modalidades de trabalho competitivo, só não o são o trabalho em regime de economia familiar e o trabalho protegido.

233 Idem.

234 Destaque-se que os tipos de apoios são variáveis e dependentes do caso concreto, podendo constituir-se, por exemplo, em orientação, supervisão, aconselhamentos, aparelhos assistivos, transportes, etc., os quais podem ser prestados por familiares, chefia, conselheiro de reabilitação (ou conselheiro profis-

São quatro as modalidades de emprego apoiado (ou trabalho competitivo apoiado), segundo Sasaki²³⁵: 1) individual - nesta a colocação da pessoa com deficiência se dá em empresas de qualquer porte, e de forma individual; 2) de enclave – grupo de até oito pessoas com deficiência severa trabalham em conjunto, sob supervisão única, em empresa de grande porte; 3) empresarial – trata-se de um auxílio para a pessoa com deficiência tornar-se empreendedor individual; e 4) de equipe móvel – um grupo de até cinco pessoas com deficiência, em conjunto com um coordenador, desenvolvem atividades de conservação e limpeza de parques, jardins e outros espaços públicos ou privados.

É preciso lembrar, ainda, que o contrato de aprendizagem também se afigura como modalidade de inserção da pessoa com deficiência no mercado de trabalho. Dito contrato encontra-se regido pela CLT, art. 428, com as alterações produzidas pelas Leis nº 11.180/2005 e nº 11.788/2008, e regulamentação produzida pelo Decreto nº 5.598/2005. Em conformidade com a legislação pátria em vigor, pode-se definir o contrato de aprendizagem como contrato de trabalho especial, com prazo determinado e, necessariamente, escrito, no qual o empregador se compromete a assegurar ao aprendiz “formação técnico-profissional metódica, compatível com o seu desenvolvimento físico, moral e psicológico”, enquanto que este se compromete “a executar com zelo e diligência as tarefas necessárias a essa formação” (art. 428, da CLT).

Registre-se que é considerado aprendiz aquela pessoa maior de 14 e menor de 24 anos que esteja inscrita em programa de aprendizagem, todavia, dita limitação etária não se aplica à pessoa com deficiência, nos termos do art. 428, § 5º. Frise-se que a este grupo vulnerável também não se aplica a limitação de duração de até 2 anos do contrato de aprendizagem (art. 428, § 3º).

Conforme demonstrado, apesar do Brasil, ser um dos poucos países, menos de 50 no mundo²³⁶, que têm uma legislação específica para este expressivo contingente populacional, ampla e avançada em relação às demais, as pessoas com deficiência continuam a compor as percentagens mais elevadas das estatísticas de exclusão social.

sional), colegas de trabalho, dentre outros (SASSAKI, Romeu Kazumi. Op. Cit.).

235 Idem.

236 Estudos comparativos sobre a legislação de deficiência mostra que apenas 45 países tem leis contra a discriminação e outras específicas sobre deficiência. (Disponível em: <<http://www.un.org/disabilities/default.asp?id=18>>. Acesso em: 23/04/2013.).

Portanto, diante dos números apresentados, resta evidente que ainda há muito a se fazer na seara da efetivação do direito ao trabalho das pessoas com deficiência, tanto a nível educacional, quanto em combate à discriminação e ao preconceito.

Destaque-se que, em razão do conceito de adaptação razoável, bem como o desenvolvimento constante de tecnologias assistivas e de produtos com desenho universal, entende-se que não há qualquer atividade laboral que seja, aprioristicamente, vedada a pessoa com deficiência, ressalvados os estritos casos de funções incompatíveis, como um cego ser motorista, haja vista a expressa vedação da legislação pátria deste em obter a permissão para a condução de veículo automotor²³⁷.

Por último, ressalte-se que, de acordo com o exposto, trabalho não é apenas o exercido numa relação empregatícia (conforme previsto na Consolidação das Leis do Trabalho – CTL – brasileira), também é considerado trabalho toda atividade econômica exercida por empresário, autônomo, servidor público, voluntário, etc., pouco importando o motivo declarado para seu exercício, seja subsistência, obrigação, lazer, realização pessoal, etc. Ademais, é preciso levar em consideração que antes de ser meio de produção, o ser humano é a finalidade última de todo e qualquer processo produtivo²³⁸.

4. A SISTEMATIZAÇÃO JURÍDICO-NORMATIVA DA TUTELA DE CARGOS E EMPREGOS PÚBLICOS A PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO ESTADO BRASILEIRO

Conforme explanado anteriormente, a ratificação da CDPD pelo Estado brasileiro através do rito previsto no art. 60 da CRFB, em razão da permissibilidade do art. 5º, § 3º, do mesmo diploma, conferiu-lhe hierarquia de norma constitucional tanto no plano formal, quanto no material, e, portanto, torna necessária e obrigatória uma nova leitura de todo o arcabouço normativo pátrio infraconstitucional dedicado às pessoas com deficiência, seja no intuito de revogar as normas incompatíveis com este novo parâ-

237 Sobre o assunto, cf. GUGEL, Maria Aparecida. Pessoas com deficiência e o direito ao concurso público: reserva de cargos e empregos públicos, administração pública direito e indireta. Goiânia: Ed. da UCG, 2006.

238 Em sentido análogo, vide, SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

metro constitucional, seja para conferir interpretação conforme, tendo em vista um duplo controle: de constitucionalidade e de convencionalidade, adequando-se o microsistema jurídico infraconstitucional brasileiro de proteção a pessoa com deficiência aos parâmetros internacionais vigentes, com os quais o Brasil se comprometeu de forma qualificada. Todavia, considerando o recorte metodológico deste livro, cingir-se-á a análise referida às normas dedicadas ao direito ao trabalho das pessoas com deficiência, contudo, antes de proceder a análise referida, mister se faz compreender quem pode ser considerada pessoa com deficiência.

4.1 O CONCEITO DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Até agora muito se falou em pessoa com deficiência, mas em nem um momento se especificou quem efetivamente deve ser assim considerada. Registre-se que, no Brasil, o argumento contrário mais recorrente à adoção de ações afirmativas diz respeito ao critério adotado na definição de quem, concretamente, possa ser considerado pertencente a determinado grupo minoritário ou vulnerável beneficiado por tais políticas. Essa insatisfação, ou pouca compreensão do critério adotado, regularmente, desagua no Poder Judiciário, que é chamado a se manifestar sobre a controvérsia. Com as pessoas com deficiência não é diferente, motivo pelo qual se torna importante conhecer e definir quem se encaixa nesse grupo de pessoas e, conseqüentemente, faz jus à proteção instituída pelo Direito internacional e pátrio.

Destaque-se que para bem definir quem venha a ser considerada pessoa com deficiência, assim como de forma a melhor delimitar o objeto de pesquisa deste trabalho, se faz necessário iniciar a presente análise pela trajetória dos direitos humanos das pessoas com deficiência, perpassando pelos termos usados para sua designação ao longo da história, focando a sociedade brasileira, que neste aspecto, é um reflexo da comunidade mundial, para só então analisar o conceito jurídico atualmente vigente no país.

De acordo com Flávia Piovesan²³⁹ a construção dos direitos humanos das pessoas com deficiência pode ser classificada em

239 PIOVESAN, Flávia. Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: Inovações, Alcance e Impacto. In: Ferraz, Carolina Valença... [et al.] (Coord.). Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 46.

quatro fases históricas, a saber: a) Intolerância; b) Invisibilidade; c) Assistencialismo; e d) Inclusão social²⁴⁰.

Nessa primeira fase, as pessoas com deficiência eram hostilizadas, eis que para a sociedade da época elas simbolizavam impureza, pecado, ou ainda, um castigo divino. Na segunda, elas ainda não eram vistas como “pessoas”, ou seja, sujeitos de direitos, só atingindo este status na fase seguinte, a qual é marcada por uma ótica assistencialista e centrada numa perspectiva biomédica, onde a deficiência era vista como uma “doença a ser curada”²⁴¹.

A última fase citada por Piovesan encontra raízes nos direitos humanos e, por conseguinte, no direito à inclusão social que deles decorrem, com ápice atual na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD). Nesse novo panorama se confere ênfase à relação da pessoa com a deficiência e com o meio ambiente em que ela se insere, agigantando-se a necessidade de eliminação de obstáculos e barreiras superáveis que possam impedir o pleno exercício de tais direitos.

Fonseca²⁴², por sua vez, sintetiza a trajetória histórica das pessoas com deficiência em apenas três momentos ou fases, quais sejam: a) a do extermínio; b) a da exclusão caritativa e cultural; e c) a contemporânea, marcada inicialmente pela integração instrumental, depois pela inclusão e, finalmente, pela emancipação²⁴³.

Observa-se que, apesar da maior ou menor divisão realizada

240 Destaque-se que tais fases descritas acima se encontram entrelaçadas com os marcos históricos citados por Taís Nader Marta (MARTA, Taís Nader. A proteção às pessoas com deficiência no direito comparado. In: Ferraz, Carolina Valença... [et al.] (Coord.). Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 449-452.) na proteção das pessoas com deficiência. Segundo a Autora o sistema de proteção às pessoas com deficiência começou a se desenhar a partir da concepção de que “todas as pessoas são detentoras de uma dignidade inata”, por isso todo ser humano deve ser tutelado em todas as suas dimensões, isto é, deve-se proteger a pessoa (com ou sem deficiência) de forma integral, plena, pelo simples fato de pertencer ao gênero humano.

241 PIOVESAN, Flávia. Op. Cit., p. 46.

242 FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. O novo conceito constitucional de pessoa com deficiência: um ato de coragem. In: FERRAZ, Carolina Valença... [et al.] (Coord.). Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 28.

243 De acordo com Piovesan (Op. Cit., p. 37), o caminho a ser percorrido para alcançar a emancipação e a isonomia perpassa pelo reconhecimento de identidades e pelo direito à diferença.

por um ou outro pesquisador do assunto, há uma similitude entre as classificações apresentadas, de modo que a pessoa com deficiência, que não era inicialmente vista como sujeito de direitos, mas como um objeto problemático, conquista, atualmente, o reconhecimento da dignidade inerente a toda e qualquer pessoa, com as consequências jurídico-sociais deste.

No que tange as nomenclaturas utilizadas para a designação deste grupo de pessoas, de acordo com Maria Aparecida Gugel²⁴⁴, elas já receberam diversas denominações, todas relacionadas com o estágio de desenvolvimento ético e social da comunidade de sua época. Desenvolvimento esse que se refletiu na legislação nacional, nos meios de comunicação e também na literatura de cada uma dessas épocas, como se pode verificar em estudo realizado por Romeu Kazumi Sassaki²⁴⁵.

Sassaki destaca algumas das denominações utilizadas no Brasil, relacionando-as a sua época de uso, bem como o valor conferido ao grupo pela sociedade. Os termos destacados, por ordem cronológica, foram: “inválidos”, “incapacitados”, “defeituosos”, “deficientes”, “excepcionais”, “pessoas deficientes”, “pessoas portadoras de deficiência”, “pessoas com necessidades especiais”, “portadores de direitos especiais” e, por último, “pessoas com deficiência”.

Analisando a nomenclatura referida, observa-se que inicialmente a sociedade dispensava um tratamento discriminatório e degradante, não reconhecendo os membros desse grupo como sujeito de direitos, como pessoas, mas sim como socialmente inúteis, um fardo familiar e social. Posteriormente, passou-se a reconhecer a existência de alguma capacidade aos membros desse grupo, apesar de creditar-lhe uma capacidade residual, reduzida, na qual não importava qual o tipo de deficiência que se detinha, pois toda e qualquer pessoa com deficiência era considerado incapaz ou com capacidade diminuta para todos os atos da vida civil²⁴⁶.

244 GUGEL, Maria Aparecida. Pessoas com deficiência e o direito ao concurso público: reserva de cargos e empregos públicos, administração pública direito e indireta. Goiânia: Ed. da UCG, 2006, p. 25-32.

245 Sobre o assunto, cf. SASSAKI, Romeu Kazumi. Como chamar as pessoas que têm deficiência? Revista da Sociedade Brasileira de Ostimizados, ano I, n. 1, 1º sem. 2003, p. 8-11. Texto atualizado em 2009. Disponível em: <<http://www.planetaeducacao.com.br/portal/artigo.asp?artigo=1855>> Acesso em: 05/03/2013.

246 SASSAKI, Romeu Kazumi. Op. Cit., p. 8-11

Somente a partir de 1981, a sociedade começou a atribuir-lhes o valor de “pessoas”, reconhecendo-lhes igualdade de direitos e dignidade. A partir daí, a deficiência passou a ser um valor agregado à pessoa, um detalhe desta, algo que se porta, uma necessidade especial desse grupo de pessoas. Todavia, refletindo-se sobre essas denominações, em rodas de conversas internacionais e nacionais, onde as pessoas com deficiência eram participantes ativos, verificou-se que a deficiência não é algo que se porte, mas sim uma característica inerente à pessoa. Conforme alerta Marcelo Labanca Corrêa de Araújo²⁴⁷, o termo “portador” é adequado para referir-se a coisas que a pessoa possa carregar consigo e deixar de lado onde quiser. A deficiência não é uma coisa que se porta, mas sim características físicas, sensoriais ou mentais do ser humano.

Da mesma forma, o termo “necessidades especiais” também se mostrou inadequado, uma vez que todo e qualquer ser humano possui necessidades especiais, independentemente de possuir ou não uma deficiência física, intelectual, auditiva, visual, etc.

Após as discussões travadas em diversos eventos internacionais²⁴⁸, atualmente, a denominação utilizada é “pessoas com deficiência” – expressão escolhida pelos componentes desse grupo vulnerável presentes as discussões –, eis que esta designação não busca camuflar ou esconder a deficiência, mas tratar com dignidade essa realidade, valorizando as diferenças e necessidades decorrentes da deficiência, sem, todavia, fazer uso de eufemismos²⁴⁹.

247 ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa. O Direito das Pessoas com Deficiência à Participação na Vida Pública e Política. In: Ferraz, Carolina Valença... [et al.] (Coord.). Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 193.

248 Pode-se citar como produto dos debates referidos, dentre outros: Declaração Mundial sobre Educação para Todos (1990 – UNESCO); Normas sobre a Equiparação de Oportunidades para Pessoas com Deficiência (1993 – ONU); Inclusão Plena e Positiva de Pessoas com Deficiência em Todos os Aspectos da Sociedade (1993 – ONU); Declaração de Salamanca e Linhas de Ação sobre Educação para Necessidades Especiais (1994 – UNESCO); Convenção Interamericana para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (1999 – OEA); Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (2006 – ONU).

249 SASSAKI, Romeu Kazumi. Como chamar as pessoas que têm deficiência? Revista da Sociedade Brasileira de Ostomizados, ano I, n. 1, 1º sem. 2003, p. 8-11. Texto atualizado em 2009. Disponível em: <<http://www.planetaeducacao.com.br/portal/artigo.asp?artigo=1855>> Acesso em: 05/03/2013.

Importa destacar que, no contexto histórico das Constituições do Estado brasileiro, é possível identificar aquelas três últimas fases de construção dos direitos humanos das pessoas com deficiência referidas por Piovesan. Primeiramente, a fase da invisibilidade, pois todas as Constituições anteriores a 1934 nem sequer se referiam as pessoas com deficiência, ignorando sua existência, eis que a primeira Constituição brasileira que versou sobre esse grupo foi a de 1934, na qual as pessoas com deficiência eram denominadas de “desvalidos”, devendo ser amparados pelo Estado, mediante a criação de serviços especializados, demonstrando sua inserção na terceira fase acima mencionada.

A Constituição de 1937 em nada inovou sobre a temática em debate, deferindo o mesmo tratamento constante na Constituição anterior.

Já a Constituição de 1967 tratava as pessoas com deficiência por “excepcionais”, tendo nesse grupo incluído as pessoas com deficiência mental. A elas dedicou o art. 175, assegurando-lhes o direito à educação. Com a Emenda Constitucional n. 12²⁵⁰, dita Constituição passou a assegurar melhoria na condição social e econômica dos “deficientes” (nova nomenclatura utilizada), através de educação especial, assistência e reabilitação. Ademais, também proibiu a discriminação no acesso ao trabalho e salários, e previu a possibilidade de acesso a edifícios e logradouros públicos. Apesar disso, como bem pontua Luiz Alberto David Araújo²⁵¹, “tal Emenda ainda não conseguiu cumprir o papel de acolhimento

250 Considerando todo o exposto por Luiz Alberto David Araújo (ARAÚJO, Luiz Alberto David. A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seus Reflexos na Ordem Jurídica Interna no Brasil. In: Ferraz, Carolina Valença... [et al.] (Coord.). Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 52) sobre a EC nº 12, é possível sustentar que a forma de incorporação da EC nº 12 refletia ainda o estágio atual de segregação das pessoas com deficiência, apesar do avanço obtido, eis que referida emenda não foi incorporada ao texto principal da Constituição de 1967, situando-se ao final desta, portanto, segundo o retro citado autor “Era uma emenda ‘segregada’. Os direitos não foram incorporados ao texto, permanecendo segregados, ao final do texto principal”.

251 ARAÚJO, Luiz Alberto David. Terminologia, Atitude e Aplicabilidade da Convenção sobre o Direito das Pessoas com Deficiência. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). Jurisdição Constitucional Democracia e Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes. 2 Série. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 408.

desse grupo vulnerável pela sociedade brasileira.”, permanecendo o Brasil inserto ainda na terceira fase, a assistencialista.

A Constituição Federal de 1988, por sua vez, revelou-se mais inclusiva, modificando a terminologia empregada, de modo a se adaptar ao seu tempo, adotando a expressão “pessoa portadora de deficiência”. De acordo com David Araújo²⁵², houve “uma mudança no núcleo do termo que passou de ‘deficiente’, que trazia a ideia de defeito, de falta, de incompletude para ‘pessoa’”. Dita terminologia passou a ser empregada em diversas legislações posteriores no Brasil.

Pontue-se, de acordo com Bonfante²⁵³, que este novo panorama constitucional, dedicado à pessoa com deficiência, é fruto das mudanças sociais operadas mundialmente a partir de 1980, através da alavancada dos movimentos sociais realizados por associações de pessoas com deficiência²⁵⁴, que, abandonando a visão assistencialista e paternalista, buscaram igualdade de oportunidades.

Logo, a partir da promulgação da CRFB, já se vislumbra o início da quarta fase de construção dos direitos humanos das pessoas com deficiência, que chegou a seu ápice normativo com a ratificação da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Foi dita convenção que difundiu, mas não inaugurou, no Brasil a designação de “pessoa com deficiência”, haja vista que, apesar da sua grande importância para o ordenamento jurídico pátrio, ante sua hierarquia normativa, referida nomenclatura já era utilizada pelo Decreto nº 6.214/2007²⁵⁵.

Em face de toda essa digressão histórica dos direitos huma-

252 Idem, p. 409.

253 BONFANTE, Patrícia dos Santos. Reserva de vagas em concursos públicos para pessoas com deficiência: do edital à nomeação. Revista do Curso de Direito - Amicus Curiae. [Recurso eletrônico] Vol. 4, nº 4, Criciúma/SC: Universidade do Extremo Sul Catarinense, 2007, p. 2-4. Disponível em: <<http://periodicos.unesc.net/index.php/amicus/article/viewFile/221/225>>. Acesso em: 19/03/2014.

254 Registre-se que existe uma fundamental diferença entre entidades de pessoas com deficiência e para pessoas com deficiência. Na primeira a pessoa com deficiência é parte integrante da entidade, com voz e vez; na segunda, a PcD é o objeto da caridade e da assistência paternalista (Idem, p. 4).

255 No mesmo sentido, cf. SILVA, Diego Nassif da. Inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho: o conceito de pessoa com deficiência e sua aplicação jurídica. Curitiba: Juruá, 2013.

nos das pessoas com deficiência, amplamente marcada por discriminações e exclusão social, que perdura até hoje, fica evidente a motivação do Poder Constituinte Originário em escolher tal grupo de pessoas como um dos beneficiários de ações afirmativas expressamente previstas na CRFB.

Destaque-se que, como já fora sustentado em item anterior, as ações afirmativas possuem como objetivo minimizar os efeitos danosos da discriminação sofrida por longos anos, cujos reflexos ainda hoje se fazem presentes no seio da sociedade contemporânea, possibilitando a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade, em sua vertente substancial, fomentando a igualdade de oportunidades, assim como a inclusão social.

No que tange especificamente ao conceito de pessoa com deficiência, mister se faz registrar que este também passou por fases evolutivas, eis que, inicialmente, o modelo adotado para a definição de alguém como pertencente a este grupo fragilizado era o biomédico, o qual pautava-se, para a definição de pessoa com deficiência, apenas em fatores biológicos e médicos, a partir de uma análise do padrão estatístico considerado “normal” para a espécie humana²⁵⁶.

Dito modelo foi amplamente difundido, a partir de 1980, com a publicação, pela Organização Mundial da Saúde, de sua versão experimental da International Classification of Impairment, Disabilities and Handicaps: a manual of classification relating to the consequences of disease – ICHD (Classificação Internacional de Impedimentos, Deficiências e Desvantagens: um manual de classificação relativo as consequências das doenças), a qual foi adotada pela Resolução AMS nº 29.35, de 1976, com o objetivo de padronização da linguagem utilizada no âmbito da saúde estranhas à Classificação Internacional de Doenças – CID²⁵⁷. Em outras palavras, a OMS divulgou o citado instrumento internacional para auxiliar na padronização e reconhecimento de possíveis consequências relacionadas a doenças, classificando-as como impedimentos, deficiências ou desvantagens, documento este que influenciou a produção legislativa de diversos países nesta seara, dentre eles o Brasil, conforme se demonstrará mais adiante²⁵⁸.

256 Sobre o assunto, vide, SILVA, Roberta Cruz da. Direito à saúde. In: FERRAZ, Carolina Valença... [et al.] (Coord.). Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência. São Paulo: Saraiva, 2012.

257 Nesse sentido, cf. SILVA, Diego Nassif da. Op. Cit.

258 Sobre o assunto, vide, SILVA, Roberta Cruz da. Direito à saúde. In: FERRAZ,

Em análise a mencionada classificação, observa-se que a premissa básica, que a alma, centra-se na suposta incapacidade da pessoa com deficiência em se adaptar ao meio social em que vive, sendo este o motivo de apresentar desvantagens em relação às pessoas sem deficiência. Logo, com foco nesta premissa, para superar as desvantagens “inerentes” a sua condição, a pessoa com deficiência deveria buscar se curar ou se reabilitar, de modo a se adaptar ao meio em que vive.

Contudo, a partir de 2001 este modelo biomédico começou a ser substituído por outro, que não considera apenas os fatores biológicos e médicos, mas também aspectos sociológicos, ambientais e políticos da deficiência. Esta mudança de paradigma foi impulsionada pela publicação em 2001, pela OMS, ante a revisão do modelo até então vigente, da International Classification of Functioning, Disability and Health – ICF (Classificação Internacional de Funcionalidades, Deficiência e Saúde), inaugurando, desta feita, o modelo social de deficiência²⁵⁹.

Este novo modelo, diferentemente do anterior, parte da premissa de que as desvantagens infligidas às pessoas com deficiência não são resultantes unicamente da lesão biomédica existente, mas também, e precipuamente, da incapacidade da sociedade, como um todo, em tratar tal questão. Ou seja, as maiores desvantagens (dificuldades) enfrentadas pelas pessoas com deficiência são produtos da forma como a sociedade lida com o diferente, com as limitações de cada indivíduo²⁶⁰.

Neste contexto, verifica-se que o modelo social foca-se na existência de uma relação entre limitação funcional e as barreiras ambientais e atitudinais da sociedade²⁶¹, que impedem ou

Carolina Valença... [et al.] (Coord.). Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência. São Paulo: Saraiva, 2012.

259 Ressalte-se que na ICF não há um estabelecimento de um modelo biopsicossocial de deficiência, mas sim um modelo biopsicossocial de funcionalidade, deficiência e saúde, eis que tanto a funcionalidade quanto à deficiência são concebidas como produto da interação das condições de saúde com os fatores contextuais (SILVA, Diego Nassif da. Inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho: o conceito de pessoa com deficiência e sua aplicação jurídica. Curitiba: Juruá, 2013, p. 154).

260 Nesse sentido, cf. SILVA, Roberta Cruz da. Op. Cit.

261 De acordo com a Classificação Internacional de Funcionalidade, Deficiência e Saúde, barreiras “são factores [sic] ambientais que, através da sua ausência

dificultam o pleno exercício dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência em igualdade de condições e oportunidades com as demais pessoas. Isto é, este modelo transfere o debate da caracterização da deficiência para o meio social.

Com o intuito de clarificar e demonstrar o impacto do meio social na atual caracterização da deficiência, Lauro Luiz Gomes Ribeiro²⁶² traduz o modelo biossocial de deficiência em uma fórmula matemática, qual seja: “deficiência = limitação funcional x ambiente”. Segundo este, atribuindo-se valores de zero a dez as variáveis da “limitação funcional” e do “ambiente” – onde o número zero significa, no caso da limitação funcional, ausência desta, enquanto que, no caso do ambiente, significa plena acessibilidade, acolhimento da sociedade; e o número 10, representa o grau máximo de limitação, na primeira varável, e total ausência de acessibilidade, no segundo, cujo meio estaria impregnado de barreiras, sejam estas ambientais ou atitudinais – pode-se calcular o valor da deficiência e demonstrar sua interdependência, não apenas dos fatores biomédicos, representados pela variável da “limitação funcional”, como também dos fatores sociais, ambientais e políticos, aqui representados pela variável “ambiente”.

Feito estes esclarecimentos e utilizando a fórmula matemática acima citada, demonstra-se que a deficiência será nula (ou seja, igual à zero) se qualquer de suas variáveis for inexistente, ou seja, se lhe for atribuído o número zero, pois qualquer número multiplicado por zero ter-se-á como resultado o número zero. Em outras palavras, a fórmula matemática referida mostra que não existirá deficiência se: a) inexistir limitação funcional, por maior que sejam as barreiras impostas pelo ambiente; ou se b) inexistir barreira ambiental (social, atitudinal, política, etc.), por maior que sejam as limitações funcionais.

ou presença, limitam a funcionalidade e provocam incapacidade. Estes factores [sic] incluem aspectos com o um ambiente físico inacessível, falta de tecnologia de assistência apropriada, atitudes negativas das pessoas em relação à incapacidade, bem com o serviços, sistemas e políticas inexistentes ou que dificultam o envolvimento de todas as pessoas com um a condição de saúde em todas as áreas da vida.” (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE - OMS. Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde - CIF. Tradução e revisão Amélia Leitão. Lisboa: OMS, 2004. Disponível em: <http://www.inr.pt/uploads/docs/cif/CIF_port_%202004.pdf>. Acesso em: 28/03/2014, p. 188).

262 RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes. Direito à intimidade e à vida privada. In: FERRAZ, Carolina Valença... [et al.] (Coord.). Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 149.

Logo, se pode verificar que a deficiência é resultante da inter-relação entre limitação funcional e ambiente, de forma que esta será agravada toda às vezes em que, existente uma limitação funcional, o ambiente não esteja (ou seja) plenamente acessível.

Desta feita, é preciso bem definir quem deve ser considerado pessoa com deficiência, a fim de evitar que indivíduos não pertencentes a tal grupo, diante desse novo modelo, sejam beneficiados indevidamente por ações afirmativas direcionadas às pessoas com deficiência, de modo a retirar a oportunidade daqueles que realmente necessitam de tais políticas.

Registre-se, por exemplo, que, com base no modelo biomédico, era possível identificar um indivíduo com visão monocular como pessoa com deficiência pelo simples fato de possuir esta limitação funcional²⁶³, entretanto, hoje, esta caracterização automática não é mais possível, uma vez que além da limitação funcional, a pessoa precisa demonstrar sofrer impedimentos socioambientais em razão desta, para, só então, ser identificada como pessoa com deficiência.

Em face de todo o exposto, resta saber, como a legislação brasileira, influenciada pelos modelos referidos, define pessoa com deficiência.

Portanto, atendo-se agora à realidade brasileira, cabe aqui registrar que o primeiro diploma legal, pós 1988, que trouxe uma definição de deficiência foi a Convenção da Guatemala (1999), incorporada ao ordenamento pátrio através do Decreto Legislativo nº 198/2001 e Decreto Presidencial nº 3.956/2001, com status de lei ordinária. Contudo, uma definição de pessoa com deficiência só veio a fazer parte do sistema jurídico brasileiro com publicação do Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999, que regulamenta a política de cotas prevista no art. 37, VIII da CF, conforme se verifica em seu art. 4º, posteriormente ampliado pelo Decreto nº 5.298/2004.

Analisando-se o teor do citado artigo 4º, observa-se que este decreto pauta-se no modelo biomédico para a definição de pessoa com deficiência, uma vez que considera pessoa com deficiência apenas àquela que se enquadre em qualquer das categorias de deficiência nele enumeradas e cujos padrões médicos encontram-se lá consignados. Ressalte-se que, para este diploma legal (art. 3º,

263 Exemplo desse reconhecimento pelo ordenamento jurídico brasileiro é o teor da Súmula nº 377, da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, in verbis: "O portador de visão monocular tem direito de concorrer, em concurso público, às vagas reservadas aos deficientes." (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 377, da Terceira Seção. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 21/03/2014).

l), a deficiência caracteriza-se como uma perda total, ou ainda uma anomalia, de alguma estrutura ou função fisiológica, anatômica ou psicológica do ser humano, ocasionando sua incapacidade para o desempenho de atividades. Incapacidade essa auferida em relação ao padrão considerado normal para o ser humano. Portanto, não restam dúvidas quanto à adoção do modelo biomédico por este diploma legal pátrio.

Além das definições acima referidas, é possível ainda encontrar outros diplomas legais que também conceituam pessoa com deficiência (ou deficiência), tal como o art. 1º, § 1º da Lei nº 8.989, de 24 de fevereiro de 1995, com a redação conferida pela Lei nº 10.690, de 16 de junho de 2003²⁶⁴ e o art. 5º, § 1º do Decreto nº 5.296, de 02 de dezembro de 2004, que alterou a redação do art. 4º do Decreto nº 3.298/99, anteriormente citado, classificando as pessoas com deficiência em categorias.

Como se podem observar, todas essas definições ou conceitos tratados acima são anteriores a 2008, ou seja, encontravam-se de acordo com a norma constitucional vigente à época, haja vista que esta não trazia qualquer definição ou conceito de pessoa com deficiência. Entretanto, com a ratificação da CDPD, nos moldes já mencionados, passou a existir no ordenamento jurídico doméstico norma constitucional que conceitua pessoa com deficiência, conforme se verifica na redação do art. 1º, da referida convenção²⁶⁵, a seguir transcrito:

264 A Lei nº 8.989/95, com as alterações produzidas pela Lei nº 10.690/2003 conceitua pessoa portadora de deficiência física como “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, triplicia, triparésia, hemiplegia, hemiparesia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções” (BRASIL. Lei nº 8.989, de 24 de Fevereiro de 1995. Dispõe sobre a Isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, na aquisição de automóveis para utilização no transporte autônomo de passageiros, bem como por pessoas portadoras de deficiência física, e dá outras providências. Disponível em: <www4.planalto.gov.br/legislacao/>. Acesso em: 05/03/2013). Ou seja, mais uma vez, foca-se no modelo biomédico para a definição da pessoa com deficiência. Pontue-se que com as alterações realizadas pela citada lei de 2003, também passaram a ser beneficiárias desta isenção as pessoas com deficiência visual, mental severa ou profunda e os autistas.

265 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Legislação de Direito Internacional. Aziz Tuffi Saliba (Org.). 8. ed. Coleção de leis Rideel. Série Compacta. São Paulo: Rideel, 2013.

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

Tecendo comentário a respeito da definição trazida pela citada Convenção, destaca Piovesan²⁶⁶, que seu texto apresenta uma definição inovadora de deficiência, pois há um “reconhecimento explícito de que o meio ambiente econômico e social pode ser causa ou fator de agravamento de deficiência.” Logo, continua a Autora, “a deficiência deve ser vista como o resultado da interação entre os indivíduos e seu meio ambiente e não como algo que reside intrinsecamente no indivíduo.”

Nesse mesmo diapasão, assevera David Araújo²⁶⁷ que, diferentemente do que se encontra disposto no Decreto Regulamentar nº 5.296/2004, a definição de deficiência deixou de relacionar-se com patologia, passando a focar a questão ambiental, ou seja, a interação do indivíduo com a sociedade e com o ambiente. Logo, a convenção disciplina a deficiência de forma diferente, inovando, avançando e revogando a legislação brasileira anterior.

Analisando o conceito acima transcrito, destacam-se os seguintes elementos essenciais a caracterização da pessoa com deficiência: a) existência de impedimentos de longo prazo; b) existência de deficiência de natureza física, mental, intelectual e/ou sensorial, ante a diversidade encontrada no âmbito da deficiência; c) existência de barreiras físicas e/ou atitudinais que obstruam ou dificultem a participação efetiva e plena da pessoa na sociedade. Portanto, frise-se que, neste novo modelo para a

266 PIOVESAN, Flávia. Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: Inovações, Alcance e Impacto. In: Ferraz, Carolina Valença... [et al.] (Coord.). Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 47.

267 ARAÚJO, Luiz Alberto David. A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seus Reflexos na Ordem Jurídica Interna no Brasil. In: Ferraz, Carolina Valença... [et al.] (Coord.). Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 56.

caracterização da pessoa com deficiência, a barreira, vista como aspecto negativo proveniente dos fatores contextuais que limitam a funcionalidade, desponta-se como elemento fundamental para o enquadramento neste grupo vulnerável, em face de seu poder de impedir ou dificultar a plena e efetiva participação da pessoa com deficiência na sociedade em igualdade de condições e oportunidades com as demais pessoas.

Procedendo a uma comparação entre a definição constante no Decreto nº 5.296/2004 e aquela da CDPD, observa-se que a primeira possui maiores nuances e contornos que facilitam sua aplicação quase como numa operação matemática, sem maiores aberturas para interpretações conflitantes. Entretanto, é a definição expressa na CDPD que possui maior grau hierárquico, é norma constitucional, bem como se encontra alinhada com essa nova fase de reconhecimento e concretização dos direitos fundamentais, essa nova fase de inclusão social de grupos vulneráveis, permitindo ao aplicador do direito um maior campo de interpretação e concretização dos objetivos fundamentais traçados pela República Federativa do Brasil e suas políticas de ações afirmativas.

Registre-se que, de acordo com Luiz Alberto David Araújo²⁶⁸, o conceito de pessoa com deficiência insculpido na CDPD é norma de eficácia plena (conforme classificação apresentada por José Afonso da Silva, em sua obra *Eficácia das Normas Constitucionais*) e, portanto, produz efeitos imediatos no ordenamento jurídico pátrio, não se afigurando possível adotar outro conceito para determinado fato ou situação, se não aquele disposto na convenção ratificada.

Todavia, reconhece o supracitado autor que se trata de conceito amplo e abrangente que deixou de relacionar exclusivamente a deficiência com uma patologia para vinculá-la, também, a uma questão ambiental, resultante da interação da pessoa com a sociedade e o meio ambiente. Portanto, além de avançar na definição de novo conceito de pessoa com deficiência, a CDPD inova e revoga a legislação infraconstitucional anterior a ela que lhe seja incompatível²⁶⁹.

268 ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seus Reflexos na Ordem Jurídica Interna no Brasil*. In: Ferraz, Carolina Valença... [et al.] (Coord.). *Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 55.

269 ARAÚJO, Luiz Alberto David.. *Op. Cit.*, p. 56.

Portanto, a partir da incorporação da CDPD ao ordenamento jurídico pátrio, através do rito previsto no art. 60 da CRFB, ante a permissibilidade do art. 5º, § 3º, também da Carta Magna, o Brasil passa a ter uma norma constitucional (tanto no aspecto formal quanto no material) que define as pessoas com deficiência²⁷⁰. Definição esta que deverá ser observada por toda a legislação infraconstitucional, assim como pelos operadores e aplicadores do Direito pátrio, sob pena de inconstitucionalidade, em face da supremacia da Constituição.

Outra não é a opinião de David Araújo²⁷¹, eis que sustenta não ser possível alguém ser considerado pessoa com deficiência para determinado situação e não ser considerada para outra. Exemplificando: não se pode utilizar um conceito para fins de isenção em imposto e outro para fazer jus à reserva de cargos ou para obter o salário mínimo existencial.

Neste contexto, cabe aqui registrar que o novo conceito de pessoa com deficiência disposto no interior da convenção ratificada não se caracteriza, de acordo com a ONU²⁷², como um

270 Registre-se que, não apenas o conceito, mais todo o conteúdo da CDPD é norma jurídico-constitucional para o Estado brasileiro.

271 ARAÚJO, Luiz Alberto David. A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seus Reflexos na Ordem Jurídica Interna no Brasil. In: Ferraz, Carolina Valença... [et al.] (Coord.). Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 55.

272 “The Convention does not include a definition of disability or persons with disabilities in the strict sense but rather provides some guidance on the concept of “disability” and its relevance to the Convention. The preamble clearly endorses a social approach to disability—referred to as the social model of disability—by recognizing that “disability is an evolving concept and that disability results from interaction between persons with impairments and attitudinal and environmental barriers that hinders their full and effective participation in society on an equal basis with others”. The explicit reference to the barriers that are external to the subject as constituting factors of disability represents an important step away from notions that equated disability to the existence of functional limitations. Accordingly, article 1 states: “Persons with disabilities include those who have long-term physical, mental, intellectual or sensory impairments which in interaction with various barriers may hinder their full and effective participation in society on an equal basis with others” (emphasis added). From this perspective, persons with disabilities’ participation in society— be it having a job, going to school, visiting a doctor or running for elections—is limited or excluded not because of their having an impairment, but because of various

conceito estrito, restritivo, de pessoa com deficiência ou mesmo de deficiência, trata-se, na verdade, de uma orientação sobre o conceito e sua importância para a convenção, haja vista que a “deficiência é um conceito em evolução” (Preâmbulo, alínea “e”, da CDPD). Logo, ainda segundo a ONU²⁷³, a retro citada convenção não é empecilho ao uso de definições legais nacionais, desde que estas respeitem o modelo social de deficiência insculpido na convenção, ademais, se reconhece que definições podem ser particularmente necessárias em algumas áreas, como trabalho e previdência social. Todavia, aquelas definições baseadas apenas em listas e em descrições de impedimentos ou limitações funcionais devem ser revistas.

Considerando que o conceito convencional de pessoa com deficiência é amplo e fluído, pode-se compreendê-lo como um verdadeiro conceito jurídico indeterminado, uma vez que, apesar da existência de uma zona de certeza quanto ao pertencimento (ou não) a este grupo, há uma zona de penumbra que caracteriza sua fluidez, a qual somente poderá ser resolvida mediante a análise do caso concreto²⁷⁴.

Nesta perspectiva, é possível sustentar a revogação tácita

barriers, which might include physical barriers but also legislation and policies in some cases. [...] The Convention does not preclude the use of definitions in national legislation and, in fact, definitions might be particularly necessary in some sectors, such as employment or social security. It is important, however, for such definitions to reflect the social model of disability enshrined in the Convention and for definitions based on a list or a description of impairments or on functional limitations to be revised. Monitors should observe whether national legislation: (a) recognizes that discrimination can occur in relation to mental, intellectual, sensory or physical impairments; (b) incorporates the social model by referring to disability as the result of the interaction between the person with an impairment and external barriers; (c) focuses on the prohibition of discrimination and the promotion of equality rather than on the categorization of various disabilities.” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Monitoring the convention on the rights of person with disabilities: Guidance for human rights monitors. Professional training series, n. 17. Genebra/Suíça: ONU, 2010, p. 15 - 16. Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Disabilities_training_17EN.pdf>. Acesso em: 13/03/2014) (Grifos não constantes no original).

273 Idem, p. 16.

274 Nesse sentido, cf. SILVA, Diego Nassif da. Inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho: o conceito de pessoa com deficiência e sua aplicação jurídica. Curitiba: Juruá, 2013.

(por não recepção) do art. 3º do Decreto nº 3.298/99, ante a ratificação da debatida convenção, uma vez que este vincula a deficiência exclusivamente à incapacidade, ou seja, a perda de uma funcionalidade biológica. Já o art. 4º do mesmo decreto poderá, ainda, produzir seus efeitos jurídicos, desde que seja utilizado apenas como zona de certeza para a caracterização da pessoa com deficiência, não servindo como parâmetro único para a exclusão de qualquer outra situação nele não prevista, uma vez que o conceito convencional é mais amplo, abarcando casos não insertos no discutido artigo²⁷⁵.

Acrescente-se a esta perspectiva as afirmações de Segalla e David Araújo²⁷⁶ que sustentam a inconstitucionalidade do Decreto nº 3.298/99, eis que não caberia a um decreto regulamentar criar direitos e obrigações, em razão do princípio constitucional da reserva legal (art. 5º, II, da CRFB), logo, quando dito decreto estabelece o conceito de pessoa com deficiência, ele age em flagrante ilegalidade e inconstitucionalidade, pois tida matéria é reservada a lei.

Ademais, é preciso deixar assente que decreto é ato administrativo de competência do Chefe do Poder Executivo, não sendo, portanto, considerado lei em sentido estrito. Registre-se, também, que a função de um decreto regulamentar, que é o caso do decreto mencionado, é explicar a lei que ele regulamenta, assim como facilitar sua execução, orientando a sua aplicação²⁷⁷.

De fato não se pode negar que a Lei nº 7.853/89 não definia pessoa com deficiência, deixando esta questão para regulamen-

275 Ressalte-se que tanto Luiz Alberto David Araújo quanto Diego Nassif da Silva (Idem, p. 197-198) concordam que o art. 4º d decreto nº 3.298/99 não deve ser utilizado pelos Poderes Constituídos e pelos demais operadores do Direito com o objetivo de restringir direitos, de excluir pessoas do conceito em debate, mas apenas como instrumento hábil a incluir pessoas, com boa margem de segurança, neste grupo fragilizado.

276 SEGALLA, Juliana Izar Soares da Fonseca; ARAÚJO, Luiz Alberto David. A utilização do novo conceito de pessoa com deficiência: uma advertência necessária. Revista Direitos Fundamentais & Justiça. Ano 6, nº 19, p. 149, Abr/Jun, Rio Grande do Sul: PUC, 2012. Disponível em: <http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/19_Dout_Nacional%205.pdf>. Acesso em: 19/03/2014.

277 Sobre o assunto, cf. MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 29. ed. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo, José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2004.

tação posterior, assim como não se nega que o decreto trouxe clareza na fixação de critérios para identificar quem poderia ser considerado pertencente a tal grupo fragilizado, tornando-se, então, instrumento útil na matéria em estudo. Todavia, considerando seu vício de ilegalidade e inconstitucionalidade, sustentam Segalla e David Araújo²⁷⁸ a impossibilidade de utilização do Decreto nº 3.298/99 como instrumento hábil para fundamentar a exclusão de pessoas do enquadramento como pessoa com deficiência, eis que acreditam que dito decreto só deva ser utilizado apenas como instrumento de inclusão.

Nesse contexto, defende-se a revogação tácita do citado decreto, não podendo este ser mais aplicado, devendo-se utilizar o novo conceito de pessoa com deficiência disposto na CDPD, conceito este mais amplo e abrangente quando comparado aquele disposto no retro mencionado decreto, abarcando, portanto, hipóteses não previstas no decreto.

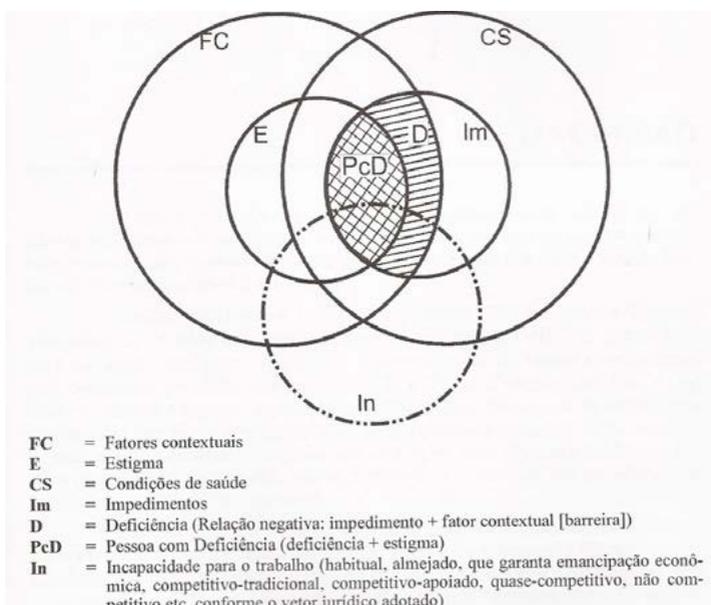
A título de ilustração, cabe aqui destacar o esforço de Diego Nassif da Silva²⁷⁹ em representar graficamente o conceito de pessoa com deficiência inserto na CDPD, de modo a facilitar a visualização das mudanças ocasionadas com a adoção do modelo biopsicossocial de deficiência, onde nem toda deficiência, por si só, ocasiona o enquadramento neste grupo vulnerável²⁸⁰. Vide figura abaixo:

Figura 2 – Quadro Sinótico

278 ARAÚJO, Luiz Alberto David. A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seus Reflexos na Ordem Jurídica Interna no Brasil. In: Ferraz, Carolina Valença... [et al.] (Coord.). Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 149.

279 SILVA, Diego Nassif da. Inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho: o conceito de pessoa com deficiência e sua aplicação jurídica. Curitiba: Juruá, 2013, p. 209.

280 Destaca Diego Nassif da Silva (Op. Cit., p. 213) que, “em razão da diversidade de propósito, é que a ONU, com base no inestimável legado da CIF, distinguiu as pessoas que têm deficiência das pessoas com deficiência através da verificação de barreiras com uma qualidade específica, qual seja, seu potencial de obstrução das pessoas que têm deficiência na plena e efetiva participação na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas – uma restrição de participação específica”.



Fonte: SILVA, Diego Nassif da. Inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho, 2013, p. 209

Note-se que a figura deixa evidente que a caracterização da pessoa com deficiência encontra-se atrelada a uma conjugação de fatores, tais como: a) fatores contextuais²⁸¹; b) estigma (preconceito,

281 De acordo com a CIF (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE - OMS. Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde - CIF. Tradução e revisão Amélia Leitão. Lisboa: OMS, 2004, p. 187. Disponível em: <http://www.inr.pt/uploads/docs/cif/CIF_port_%202004.pdf>. Acesso em: 28/03/2014), os fatores contextuais podem ser assim entendidos: “são os factores [sic] que, em conjunto, constituem o contexto completo da vida de um indivíduo e, em particular, a base sobre a qual os estados de saúde são classificados na CIF. Há dois componentes dos factores [sic] contextuais: Factores [sic] Ambientais e Factores [sic] Pessoais. Factores [sic] ambientais constituem um componente da CIF e referem-se a todos os aspectos do mundo externo ou extrínseco que formam o contexto da vida de um indivíduo e, como tal, têm um impacto sobre a funcionalidade dessa pessoa. Os factores [sic] ambientais incluem o mundo físico e as suas características, o mundo físico criado pelo homem, as outras pessoas em diferentes relacionamentos e papéis, as atitudes e os valores, os serviços e os sistemas sociais, as políticas, as regras e as leis. Factores [sic] pessoais são factores [sic] contextuais relacionados com o indivíduo, tais como, idade, sexo,

discriminação); c) condições de saúde²⁸²; d) impedimentos; e) deficiência, aqui entendida como barreira; e f) incapacidade²⁸³.

Ao analisar e aplicar o conceito de pessoas com deficiência, não se pode olvidar que elas constituem-se num grupo multifacetado, onde as deficiências possuem as mais variadas origens, assim como se deve lembrar que estar-se diante de um conceito inclusivo, onde os critérios adotados não devem restringir o tema, ao contrário, deve-se buscar um conceito alargado, de maneira que seja possível a inclusão de todos os grupos de pessoas com deficiência, cumprindo-se a tarefa constitucionalmente imposta²⁸⁴.

Desta forma, identificado o conceito a ser aplicado, resta analisar a sua observância na legislação infraconstitucional pátria, a fim de se averiguar se as adequações legislativas, necessárias à compatibilização desta com a nova ordem constitucional sobre o assunto em estudo, já foram efetivadas pelo Poder Legislativo brasileiro. Ademais, é preciso ainda investigar como vem atuando o Poder Judiciário do Brasil em face da mudança ocorrida no ordenamento jurídico-constitucional pátrio. Ante a importância das questões suscitadas, elas serão abordadas em capítulo próprio.

nível social, experiências da vida, etc., que não são classificados na CIF, mas que os utilizadores podem incorporar nas suas aplicações da classificação”.

282 Já as condições de saúde devem ser entendidas como “termo genérico (‘chapéu’) para doenças (agudas ou crónicas), perturbações, lesões ou traumatismos. Uma condição de saúde pode incluir também outras circunstâncias como gravidez, envelhecimento, stresse, anomalia congénita, ou predisposição genética. As condições de saúde são codificadas usando a CID-10” (Idem, p. 186).

283 Segundo a CIF (Ibidem, p. 186), a incapacidade “é um termo genérico (‘chapéu’) para deficiências, limitações da actividade [sic] e restrições na participação. Ele indica os aspectos negativos da interacção [sic] entre um indivíduo (com uma condição de saúde) e seus factores [sic] contextuais (ambientais e pessoais)”.

284 ARAÚJO, Luiz Alberto David. A Proteção Constitucional das Pessoas Portadoras de Deficiência: Algumas Dificuldades para Efetivação dos Direitos. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). Igualdade, Diferença e Direitos Humanos. 2 tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 917.

4.2 O MICROSSISTEMA BRASILEIRO DE PROTEÇÃO A PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E A POLÍTICA DE COTAS PARA O TRABALHO

Haja vista ser a Constituição Federal norma de maior hierarquia jurídica no Estado, bem como considerando que a CRFB possui regras específicas sobre a tutela de cargos e empregos públicos a pessoas com deficiência, não se pode iniciar a sistematização jurídico-normativa proposta, sem que seja pela análise das normas de hierarquia constitucional em vigor no país.

Neste sentido, é preciso ressaltar que a ordem constitucional brasileira passou, e continuar a passar, por constantes modificações. Nestes 25 anos de promulgação, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi emendada diversas vezes, sendo 06 Emendas Constitucionais de Revisão, ocorridas em 1994, e mais 85 Emendas Constitucionais até fevereiro de 2015.

Além dessas modificações, dita Carta Magna ainda possui outra alteração a ser lembrada, a incorporação da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, tratado internacional ratificado pelo Estado brasileiro com o quórum especial de emenda constitucional, nos termos do art. 5º, § 3º da CRFB.

Portanto, no Brasil, a CDPD, apesar de não se encontra inserta fisicamente no texto da Lei Fundamental, é norma constitucional, tanto na vertente formal quanto na material, fazendo parte, então, do bloco de constitucionalidade brasileiro.

Partindo para a análise do texto constitucional, é possível verificar que este possui diversos dispositivos destinados especificamente às pessoas com deficiência, conforme menção realizada em capítulo anterior, deferindo a elas vários direitos fundamentais, dentre eles o direito ao trabalho, já tratado anteriormente.

No que tange especificamente a política de cotas, tem-se como ponto de partida o art. 37, VIII, da CRFB, o qual determina ao legislador infraconstitucional que reserve um percentual de cargos e empregos públicos às pessoas com deficiência, bem como que defina os critérios para a admissão destas. Logo, resta claro que trata-se de norma com eficácia contida, cuja plena execução é dependente de expedição de regulamento próprio, a cargo do legislador infraconstitucional.

Todavia, ressalte-se que dita Carta Magna traz em seu corpo normativo algumas regras gerais sobre a contratação de pessoal

pela Administração Pública, regras estas que também se aplicam a contratação de pessoas com deficiência. Toda esta regulamentação está inserta em seu art. 37. Por exemplo, em seu inciso I, tem-se o que a doutrina denomina de princípio da acessibilidade aos cargos e empregos públicos, segundo o qual aos brasileiros, assim como aos estrangeiros, na forma da lei, que preencham os requisitos legais, é assegurado o acesso aos cargos, empregos e funções públicas. Entretanto, além do preenchimento dos requisitos estabelecidos em lei, “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei”, conforme dispõe o art. 37, II, da CRFB.

Quanto à investidura em cargo em comissão, declarado em lei de livre nomeação e exoneração, não se faz necessária prévia aprovação em concurso público, de acordo com a ressalva existente na parte final do inciso II acima citado.

Pontue-se que, via de regra, a contratação realizada pela Administração Pública é por prazo indeterminado, contudo, em casos excepcionais, para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público, a CRFB em seu art. 37, IX, permite a contratação por tempo determinado, contratação esta regida atualmente pela Lei nº 8.745/93, com suas alterações posteriores. Destaque-se, também, que os concursos públicos terão prazo de validade de até dois anos, podendo ser prorrogado, uma única vez, por igual período.

Ressalte-se, ainda, que tais regras gerais de contratação de pessoal são direcionadas a toda a Administração Pública, seja ela direta, indireta ou fundacional, bem como aos três Poderes constituídos, em cada um dos seus âmbitos de atuação (federal, estadual/distrital e municipal), conforme se extrai da interpretação realizada pelo Supremo Tribunal Federal, desde 1993, no Mandado de Segurança nº 21.322-1/DF²⁸⁵.

285 “CARGOS e EMPREGOS PUBLICOS. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA, INDIRETA e FUNDACIONAL. ACESSIBILIDADE. CONCURSO PÚBLICO. A acessibilidade aos cargos públicos a todos os brasileiros, nos termos da Lei e mediante concurso público e princípio constitucional explícito, desde 1934, art. 168. Embora cronicamente sofismado, mercê de expedientes destinados a iludir a regra, não só foi reafirmado pela Constituição, como ampliado, para alcançar os empregos públicos, art. 37, I e II. Pela vigente ordem constitucional, em regra, o acesso aos empregos públicos opera-se mediante concurso público,

Portanto, de acordo com o STF, Guardião da Constituição (art. 102, caput, da CRFB), tais regras gerais para provimento de cargos, empregos e funções públicas, aplicam-se àquelas entidades elencadas no art. 4º do Decreto-lei nº 200, com a redação conferida pela Lei nº 7.596/87, e a seus equivalentes a nível estadual e municipal, considerando que dita estrutura fora incorporada pelos Estados e Municípios brasileiros²⁸⁶.

Registre-se que a inobservância das disposições contidas no art. 37, II e III, da CRFB, acima referidas, implica em nulidade do ato de investidura, assim como acarreta a punição da autoridade responsável pelo descumprimento destas, conforme disposição do art. 37, § 2º, do mesmo diploma jurídico. Desta feita, resta evidente que o estabelecimento da reserva de mercado instituída pelo art. 37, VIII, da CRFB não tem o condão de dispensar a pessoa com deficiência da exigência de prévia aprovação em concurso público de provas ou provas e títulos²⁸⁷, por isso, para investidura em cargo ou emprego público, a pessoa com deficiência, assim

que pode não ser de igual conteúdo, mas há de ser público. As autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista estão sujeitas a regra, que envolve a administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Sociedade de economia mista destinada a explorar atividade econômica esta igualmente sujeita a esse princípio, que não colide com o expresso no art. 173, PAR. 1. Exceções ao princípio, se existem, estão na própria Constituição.” (grifos não existentes no original) (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 21.322-1/DF. Impetrante: Telma Leite Moraes e Outros. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Min. Paulo Brossard. Brasília, 03 de dezembro de 1992, Plenário, DJ de 22 de outubro de 1993. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2821322.NUME.+OU+21322.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ax3bvk2>>. Acesso em: 31/03/2014).

286 Sobre o assunto, cf. GUGEL, Maria Aparecida. Pessoas com deficiência e o direito ao concurso público: reserva de cargos e empregos públicos, administração pública direta e indireta. Goiânia: Ed. da UCG, 2006.

287 Neste sentido, confira-se o entendimento do STF esposado na ementa do Agravo Regimental em Mandado de Injunção nº 153, cujo trecho se destaca: **“A exigência de caráter geral, de aprovação em concurso, não pode ser afastada nem mesmo pela reserva de ‘percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência’ (CF, art. 37, II e VIII).”** (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Mandado de Injunção nº 153. Relator: Min. PAULO BROSSARD. A Constituição e o Supremo. 4.ed. Brasília: Secretaria de Documentação, Brasil, 2011, p. 855).

como qualquer outra pessoa, precisará, necessariamente, ser aprovada no concurso público realizado para provimento do cargo ou emprego pretendido, observadas, no entanto, as especificidades disciplinadas pela legislação regulamentadora da política afirmativa mencionada.

Realizadas estas observações, passa-se, agora, a analisar o disciplinamento infraconstitucional de regulamentação da política afirmativa determinada pela CRFB, Art. 37, VIII, focando-se na legislação federal, haja vista ser dita matéria de competência concorrente, conforme determinação do art. 24, XIV, da Constituição Federal de 1988, constituindo-se condomínio legislativo, no qual cabe à União a edição de normas gerais sobre temática em estudo (art. 24, § 1º, da CRFB), e aos Estados, Distrito Federal e Municípios a suplementação desta (art. 24, § 2º, da CRFB)²⁸⁸.

4.2.1 A Legislação Federal Regulamentadora da Política Afirmativa para o Trabalho das Pessoas com Deficiência

A primeira lei, pós 1988, que tratou matéria afeta às pessoas com deficiência foi a Lei nº 7.853/1989, a qual se dispunha a estabelecer normas gerais para assegurar o pleno exercício dos direitos individuais e sociais deste grupo de pessoas, bem como sua integração social (art. 1º). Entretanto, referida lei não contribuiu de forma imediata, e integral, para a plena execução do comando constitucional insculpido no já mencionado art. 37, VIII, uma vez que, nesta seara, apenas determinou a adoção de legislação específica que discipline a reserva de mercado laboral em favor das pessoas com deficiência, tanto no âmbito público quanto no privado, conforme se verifica na redação conferida ao art. 2º, III, d, da mencionada lei.

Somente com a publicação da Lei nº 8.122/90 – que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, suas autarquias e fundações –, passou-se a ter um disciplinamento parcial do artigo constitucional já citado. Dita lei assegura o direito das pessoas com deficiência de se inscrever em concursos públicos para provimento de cargos, cujas atribuições sejam compatíveis

288 Em conformidade com o art. 24, § 3º e art. 30, II, ambos da CRFB, inexistindo lei federal sobre normas gerais, em caso de competência concorrente, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão exercer a competência legislativa plena, de forma a atender suas peculiaridades.

com sua deficiência. Nestes casos, serão reservados até 20% das vagas oferecidas no concurso (art. 5º, § 2º), e nada mais dispôs sobre a matéria em análise.

No mesmo sentido da regulamentação realizada pela Lei nº 8.112/90, encontra-se o Decreto nº 3.298/99, o qual visa regulamentar a Lei nº 7.853/1989, dispondo sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa com Deficiência, consolidando normas de proteção e outras providências. O caput do art. 37 do referido decreto praticamente reproduz a primeira parte do art. 5º, § 2º da Lei nº 8.112/90, assegurando o direito da pessoa com deficiência a se inscrever em concurso público para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com sua deficiência, em igualdade de condições com os demais candidatos. Acrescenta este, em seu § 1º, que o candidato com deficiência concorrerá a todas as vagas do concurso, sendo-lhe reservado um percentual mínimo de 5%.

Destaque-se que, diferentemente do legislador federal, o distrital compreendeu que a reserva real²⁸⁹ melhor concretizaria o art. 37, VIII, da CRFB, motivo pelo qual editou a Lei nº 160, de dois de setembro de 1991, disciplinando a aplicação do citado dispositivo constitucional no âmbito do Distrito Federal. Mencionada lei, em seu art. 1º, determina aos órgãos da administração direta, indireta e fundacional, dos poderes legislativo e executivo, que reservem 20% dos seus cargos e empregos públicos às pessoas com deficiência²⁹⁰.

Note-se que a CRFB não deixa expresso em seu art. 37, VIII, qual o parâmetro para a incidência de tal reserva, ou seja, se esta deve incidir sobre as vagas dispostos em cada concurso público ou

289 Caracteriza-se pela incidência da reserva ser efetuada sobre o número total de cargos e empregos públicos existentes em cada órgão ou entidade, conforme propõe GUGEL, Maria Aparecida (Pessoas com deficiência e o direito ao concurso público: reserva de cargos e empregos públicos, administração pública direta e indireta. Goiânia: Ed. da UCG, 2006, p. 72).

290 Também é possível encontrar o modelo da reserva real em países estrangeiros, tais como a Alemanha que determina a ocupação de 6% dos empregos públicos e privados a pessoas com deficiência grave, considerando-se o número efetivo de funcionários de cada órgão, entidade ou empresa (Idem, p. 73). Pode-se citar ainda a Espanha e a Irlanda que reservam 3% dos seus postos de trabalho em setores públicos para ocupação por este grupo fragilizado de pessoas. Outros exemplos podem ser visualizados na tabela colacionada ao item 2.3 deste trabalho, pág. 48/49.

se sobre o quadro total de pessoal de cada órgão ou entidade – a denominada “reserva real”, como propõe Gugel (2006, p. 72) –, ao contrário, o legislador constituinte deixa esta especificação a cargo do legislador ordinário.

Ressalte-se que, no que tange ao setor privado, o legislador federal, por intermédio da Lei nº 8.213/91, art. 93, optou por definir a reserva real, pois as empresas com 100 ou mais empregados estão obrigadas a preencher de 2% a 5% dos seus cargos com pessoas com deficiência ou pessoas reabilitadas, na seguinte proporção: a) até 200 empregados, a cota será de 2%; b) entre 201 e 500 empregados, 3%; c) de 501 a 1.000 empregados, 4%; e d) acima de 1001 empregados, 5%. A Lei nº 8.213/91, art. 93, denominada de Lei de cotas será melhor abordada no subitem subsequente.

Além desta diferença quanto ao parâmetro de incidência da reserva, observa-se que, enquanto a iniciativa privada possui percentuais fixos de reserva de acordo com o número de empregados, o setor público federal possui uma margem discricionária ampla, pois cada um dos seus órgãos e entidades poderá definir, em cada concurso, um percentual variável de 5% a 20%.

No que tange às demais esferas de governo, Estados e Municípios, estas podem ter margens discricionárias diferenciadas entre si, contudo, deverão observar o percentual mínimo de 5%, uma vez que o Decreto nº 3.298/99, que regulamenta a Lei nº 7.853/89, enquadra-se na classificação de lei geral, decorrente de competência concorrente entre os entes federativos, nos termos do art. 24, XIV, da CRFB. Por conseguinte, a fixação do percentual mínimo de 5% para a reserva de cargos e empregos públicos a pessoas com deficiência deve ser respeitada por todas as esferas de governo, seja em âmbito federal, estadual, distrital ou municipal.

Todavia, é plenamente possível que os Estados e Municípios definam, por intermédio de lei, outro percentual máximo para a reserva de cargos e empregos públicos no âmbito de sua atuação, ante sua competência suplementar, assim como definam a incidência desse percentual sobre o total de cargos do quadro de pessoal, ao invés das vagas dispostas em cada concurso²⁹¹.

291 No mesmo sentido, cf. LEITE, Glauco Salomão. O sistema de quotas obrigatórias na administração pública e a pessoa com deficiência. In: FERRAZ, Carolina Valença... [et al.] (Coord.). Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência. São

Como consequência dessa discricionariedade, tem-se uma fixação aleatória do percentual da reserva de vagas em cada órgão ou entidade, em cada concurso, gerando grave instabilidade, eis que se desconhece o parâmetro utilizado para a fixação de determinado percentual, em detrimento de outro, dentro da extensa margem discricionária.

Por exemplo, não se sabe se o número de pessoas com deficiência existente no quadro de pessoal do respectivo órgão ou entidade está sendo considerado para fins de fixação do percentual em estudo. Ou se o parâmetro utilizado foram os dados estatísticos daquela região de atuação do órgão ou entidade, relativos à educação, formação profissional e mercado de trabalho, de modo a se definir o percentual da reserva com base no número de pessoas com deficiência qualificadas e habilitadas para os cargos e empregos disponibilizados no certame público²⁹².

Em face dessa realidade, e com o intuito de efetivar o comando constitucional instituidor da política de cotas em comento, propõe Gugel²⁹³ que toda a Administração Pública tenha como meta o preenchimento de 12% de seus cargos, em cada concurso, por pessoas com deficiência, onde estes 12% resulta da média aritmética da margem discricionária existente na esfera federal (5% a 20%).

Ressalte-se que dita discricionariedade está sendo repensada pelo Governo Federal, como se pode perceber com as propostas finais aprovadas na 3ª Conferência Nacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência²⁹⁴, realizada pela Secretaria Nacional

Paulo: Saraiva, 2012.

292 GUGEL, Maria Aparecida. Pessoas com deficiência e o direito ao concurso público: reserva de cargos e empregos públicos, administração pública direito e indireta. Goiânia: Ed. da UCG, 2006, p. 76.

293 Idem, p. 76-77.

294 Cabe aqui deixar assente que estas conferências nacionais realizadas pelo Estado brasileiro objetivam colher informações sobre a implementação da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência no território brasileiro, de modo a municiar a feitura do relatório de cumprimento das obrigações assumidas pelo Estado Parte com a assinatura e ratificação da citada convenção (art. 35, 1, da CDPD). Pontue-se, ainda, que, nos termos do art. 33.3, da referida convenção, o processo de monitoramento deste tratado deve contar, obrigatoriamente, com a participação da sociedade civil, particularmente representada pelas pessoas com deficiência e suas organizações representativas.

de Promoção dos Direitos das Pessoas com Deficiência (SNPD) e pelo Conselho Nacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência (CONADE), em dezembro de 2012, visto que, no eixo “Trabalho e Reabilitação” do relatório final, aprovou-se proposta para alterar a Lei nº 8.112/90, bem como o Decreto nº 3.298/99, com o intuito de, “em razão da necessária igualdade de condições, reservar às pessoas com deficiência um percentual de 20% do total de vagas oferecidas em concurso público”²⁹⁵.

Em outras palavras, ao final da referida convenção, sociedade civil e Governo concluíram que o melhor para a implementação da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (e, conseqüentemente, para o disposto no art. 37, VIII, da CRFB) é suprimir a margem discricionária já referida, definindo-se um percentual fixo de 20% sobre as vagas oferecidas em cada concurso público.

Diante do exposto, verifica-se que a sociedade civil e o Governo brasileiro, em paridade de representação²⁹⁶, concluíram pela majoração do percentual a ser aplicado na reserva de cargos e empregos públicos à pessoa com deficiência, provavelmente ante a baixa efetividade do comando constitucional regulamentado nos moldes até então vigente, conforme se observa na prática administrativa a ser analisada em capítulo próprio.

Esta insatisfatória efetividade da política de cotas em estudo pode ser justificada pelos problemas jurídicos desencadeados pela regulamentação existente que, além da ampla margem de discricionariedade atribuída a Administração Pública para definição do percentual a ser aplicado por cada um de seus órgãos e entidades, em cada um dos concursos a ser realizado, existe divergência doutrinária e jurisprudencial quanto à correta interpretação do disposto no art. 37, § 2º, do Decreto nº 3.298/99, in verbis: “Caso a aplicação do percentual de que trata o parágrafo

295 SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA; SECRETARIA NACIONAL DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA; CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. 3ª Conferência Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência: Relatório Final. 1 ed. Brasília, SDH/PR - SNPD - Conade, 2013, p. 45. Disponível em: <http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/livro-relatorio-3a-conferencia-final_0.pdf>. Acesso em: 31/03/2014.

296 Esta paridade encontra-se prevista no art. 4º da Proposta de Regimento da 3ª Conferência Nacional acima mencionada.

anterior resulte em número fracionado, este deverá ser elevado até o primeiro número inteiro subsequente [sic]”²⁹⁷.

Realizando uma interpretação do dispositivo transcrito em conjunto com as demais normas infraconstitucionais gerais sobre a matéria, alguns²⁹⁸ sustentam que o arredondamento do número encontrado só será possível quando o número inteiro subsequente mantiver o percentual da reserva dentro do limite máximo definido pela legislação aplicável, no caso da Administração Pública Federal, 20%. Isto é, se o arredondamento para o número inteiro subsequente gerar, na prática, percentual superior a 20% (considerando o parâmetro federal), não se aplicaria o disposto no § 2º do art. 37, cima mencionado. Ao contrário, se arredondaria para o número inteiro anterior àquele fracionado.

Por exemplo, num concurso público para provimento de cargos na esfera federal que disponha de 04 vagas, ao todo, e cujo percentual de reserva para pessoas com deficiência seja de 10%, ter-se-ia uma reserva de 0,4 vaga, logo, aplicando o disposto no debatido dispositivo infralegal, ter-se-ia a reserva de uma vaga para pessoas com deficiência. Contudo, a reserva de uma vaga, considerando os dados iniciais já mencionados, acarretaria, em verdade, um percentual de reserva de 25%, ou seja, superior ao máximo de 20% definido em lei (Lei nº 8.112/90), por isso, para a corrente supramencionada, a aplicação do citado § 2º restaria prejudicada, e, por conseguinte, o número de vagas reservadas seria igual à zero, isto é, não haveria reserva de vaga no exemplo citado.

Ressalte-se que é possível encontrar referências a esta solução em julgamentos do STF, como por exemplo, na decisão proferida

297 BRASIL. Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999. Regulamenta a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/>> Acesso em: 05/03/2013.

298 Como adepto desta corrente pode-se citar Glauco Salomão Leite (LEITE, Glauco Salomão. O sistema de quotas obrigatórias na administração pública e a pessoa com deficiência. In: FERRAZ, Carolina Valença... [et al.] (Coord.). Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 222), para quem a regra disposta no art. 37, § 2º só será aplicada quando sua execução não majorar a reserva legal para além do limite de 20% previsto na legislação federal pátria, aderindo este ao posicionamento recente do STF sobre a matéria.

em sede de Agravo Regimental em Mandado de Segurança nº 31628/DF²⁹⁹.

Há, ainda, aqueles³⁰⁰ que sustentam a aplicabilidade do referido dispositivo em qualquer situação de número fracionado encontrado quando da aplicação do percentual de reserva definido, inclusive nos casos de superação do percentual máximo definido em lei, visto que o cálculo da reserva de vagas às pessoas com deficiência deve buscar a máxima efetividade do comando constitucional, que, segundo Gugel³⁰¹, “somente será atingido se, qualquer que seja o resultado da divisão entre o total de vagas oferecidas e o percentual reservado, que resulte em número fracionado, for elevado até o primeiro número inteiro subsequente, garantindo as vagas das pessoas com deficiência”. Neste sentido também já se manifestou o STF³⁰².

299 “Agravo regimental em mandado de segurança. 2. Direito administrativo. Concurso público. 3. Candidato portador de deficiência. Cargo de analista judiciário do STF. 4. Reserva de vagas. Limites estabelecidos no Decreto 3.298/99 e na Lei 8.112/90. Percentual mínimo de 5% das vagas. Número fracionado. Arredondamento para primeiro número inteiro subsequente. Observância do limite máximo de 20% das vagas oferecidas. O cálculo deve ser realizado levando-se em consideração o número total de vagas. 5. Inexistência de ato abusivo ou ilegal. Ausência de violação a direito líquido e certo. 6. Agravo regimental a que se nega provimento”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Mandado de Segurança nº 31628/DF. Agravante: Evandro Dias de Souza. Agravado: Presidente do Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 06/02/2013, Diário da Justiça eletrônico nº162, divulgação em 19/08/2013, publicação em 20/08/2013. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 03/04/2014)

300 Como uma das maiores expoentes defensora desta corrente tem-se GUGEL, Maria Aparecida. Pessoas com deficiência e o direito ao concurso público: reserva de cargos e empregos públicos, administração pública direito e indireta. Goiânia: Ed. da UCG, 2006.

301 GUGEL, Maria Aparecida. Pessoas com deficiência e o direito ao concurso público: reserva de cargos e empregos públicos, administração pública direito e indireta. Goiânia: Ed. da UCG, 2006, p. 74.

302 “ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. RESERVA DE VAGAS PARA PORTADORES DE DEFICIÊNCIA. ARTIGO 37, INCISO VIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. A exigência constitucional de reserva de vagas para portadores de deficiência em concurso público se impõe ainda que o percentual legalmente previsto seja inferior a um, hipótese em que a fração deve ser arredondada. Entendimento que garante a eficácia do artigo 37, inciso VIII, da Constituição Federal, que, caso con-

Em que pese à divergência comentada, é preciso aqui pontuar que a primeira corrente afigura-se como majoritária, conforme se pode observar nos recentes acórdãos do STF e do STJ, de acordo com pesquisa jurisprudencial realizada, bem como na prática administrativa brasileira, que será evidenciada em capítulo próprio.

Ressalte, ainda neste contexto, que a sociedade civil e o Governo brasileiro, em sede de relatório final, produto da 3ª Conferência Nacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência, aprovaram também a necessidade de alteração do decreto nº 3.298/99 no que tange ao arredondamento supra discutido, de forma que fique assente na legislação pátria que “caso a aplicação do percentual resulte em número fracionado, desde que iguale ou ultrapasse o importe de 0,40 este deverá ser elevado até o primeiro número inteiro subsequente”. Em face dessa redação, é lícito inferir que sempre haverá o arredondamento do número fracionado para definição do número de vagas reservadas em todos os casos em que este seja igual ou superior a quarenta décimos.

Apesar de louvável, a iniciativa de propor alteração legislativa para melhor definir quando cabe ou não o arredondamento previsto no art. 37, § 2º do decreto supramencionado, não se visualiza, ainda, com esta proposta aprovada na conferência, a completa dissolução da divergência referida, eis que ainda haverá aqueles que sustentarão a observância do limite percentual máximo imposto pela legislação infraconstitucional, em detrimento da regra infralegal, em observância à hierarquia normativa do sistema jurídico.

Diante dessas considerações, é necessário sublinhar outros importantes comandos insertos no caput e § 1º do art. 37, do Decreto nº 3.298/99.

Nesses dispositivos evidencia-se que as pessoas com deficiência concorrem a todas as vagas oferecidas no concurso (§ 1º), em igualdade de condições com os demais candidatos (caput). Por conseguinte o percentual da reserva deve incidir

trário, restaria violado. Recurso extraordinário conhecido e provido”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 227229-1/MG. Recorrente: Rozilene Bárbara Tavares. Recorrido: Câmara Municipal de Divinópolis. Relator: Min. Ilmar Galvão. Brasília, 14/06/2000, Diário da Justiça de 06/10/2000. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 03/04/2014).

sobre o número total de vagas, não se afigurando possível que o Administrador Público indique quais os cargos que serão disponibilizados para as pessoas com deficiência, seja alegando a ausência de compatibilidade da função à deficiência, seja em razão da exigência de aptidão plena.

Entretanto, é preciso ressaltar que, naqueles concursos para provimento de cargos ou empregos público cuja carreira seja estrutura em especialidades, a reserva de vagas incidirá sobre cada uma das especialidades constantes no edital, de tal modo que, para todos os empregos ou cargos objeto do concurso, haja expressa reserva de vaga à pessoa com deficiência.

Contudo, caso o concurso disponibilize apenas uma vaga, Gugel³⁰³ sustenta ser necessário realizar prévia análise do quadro de pessoal daquele órgão ou entidade, de forma a se verificar se este já possui um número significativo de servidores com deficiência, em respeito ao comando constitucional instituidor da política sob estudo, para então se definir se a vaga será destinada a ampla concorrência ou ao grupo das pessoas com deficiência, preferencialmente.

Então, contando o órgão com número reduzido de pessoa com deficiência, deve-se priorizar a contratação desta, ante ao exposto, cumulado com o disposto na Lei nº 7.853/89, art. 2º, parágrafo único, que estabelece como dever da Administração Pública dispensar tratamento prioritário e adequado às pessoas com deficiência.

É bem verdade que, tanto a Lei nº 8.112/90, art. 5º, § 2º, quanto o Decreto nº 3.298, art. 37, caput e art. 38, II, resguardariam, à primeira vista, aquele administrador que reservasse vagas apenas para cargos ou empregos “cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que é portador” o candidato, bem como que excluísse dessa reserva “cargo ou emprego público integrante de carreira que exija aptidão plena do candidato”.

Porém, interpretando citados dispositivos à luz da Constituição Federal de 1988, resta evidente trata-se de legislação com vício de inconstitucionalidade material, pois, além de ir de encontro a um dos objetivos fundamentais da CRFB, promover o bem de todos, sem preconceitos ou discriminações (art. 3º, IV), viola o direito à

303 GUGEL, Maria Aparecida. Pessoas com deficiência e o direito ao concurso público: reserva de cargos e empregos públicos, administração pública direito e indireta. Goiânia: Ed. da UCG, 2006, p. 74.

igualdade (art. 5º, caput), a acessibilidade aos cargos, empregos e funções (art. 37, I), ao concurso público (art. 37, II) e a não discriminação, inclusive no que tange aos critérios de admissão do trabalhador com deficiência (art. 7º, XXXI)³⁰⁴.

Desta feita, a exclusão automática da pessoa com deficiência do concurso público nesses casos, reflete uma interpretação inconstitucional da norma em comento³⁰⁵, além do que o conteúdo das provas e exames físicos e sensoriais se encarregará de eliminar os candidatos que não demonstrem ter aptidão para o exercício do cargo, seja ele pessoa com ou sem deficiência³⁰⁶.

Em pesquisa à jurisprudência nacional, verifica-se que grande parte das decisões judiciais não realiza uma interpretação conforme à Constituição, limitando-se a reproduzir o teor dos dispositivos acima citados.

Contudo, é possível encontrar algumas decisões paradigmáticas que corroboram a tese de inconstitucionalidade material dos comandos legais e infralegais em debate. Uma destas decisões é a sentença proferida nos autos do processo nº 0000220-74.2011.5.01.0061, da 61ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro, na qual a Juíza Cléa Maria Carvalho do Couto, ao julgar Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público do Trabalho em desfavor de

304 No mesmo sentido, cf. GUGEL, Maria Aparecida. *Pessoas com deficiência e o direito ao concurso público: reserva de cargos e empregos públicos, administração pública direta e indireta*. Goiânia: Ed. da UCG, 2006.

305 BONFANTE, Patrícia dos Santos. *Reserva de vagas em concursos públicos para pessoas com deficiência: do edital à nomeação*. Revista do Curso de Direito - Amicus Curiae. [Recurso eletrônico] Vol. 4, nº 4, Criciúma/SC: Universidade do Extremo Sul Catarinense, 2007, p. 12. Disponível em: <<http://periodicos.unesc.net/index.php/amicus/article/viewFile/221/225>>. Acesso em: 19/03/2014.

306 Nesse mesmo sentido se manifestou o Ministro Néri da Silveira quando do julgamento da ADI nº 243-1/RJ, senão vejamos: “Acredito que tudo se resolverá no próprio competitivo. Se for um tipo de cargo que exija prova de capacidade física, provavelmente, esse candidato, se tiver uma idade avançada, não o preencherá; mas se for satisfatório seu desempenho na prova de capacidade física, por que ele não pode prover o cargo?” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 243-1/RJ. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Requerido: Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 01/02/2001, Diário da Justiça de 29/11/2002, Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266266>>. Acesso em: 05/04/2014).

Petróleo Brasileiro SA – Petrobras, ante a publicação do Edital nº 1 – PETROBRAS/PSP-RH2/2010, de 16/12/2010, argumenta que:

Ainda que entendido como discrimen justificado, o permissivo do artigo 38, II, Decreto 3.298/99 merece interpretação que não impeça a concorrência ou a nomeação do candidato com deficiência para qualquer cargo ao qual se habilite, nos termos da lei.

[...]

O que não se pode tolerar, portanto, é a imposição de óbice ao direito de inscrição da pessoa com deficiência em concurso ou processo seletivo público para provimento de cargo.

A lei infraconstitucional não pode ser interpretada restritivamente, muito menos sob a alegação de justa causa e preservação da integridade física e mental do trabalhador deficiente, ou mesmo de que há incompatibilidade das funções a serem desempenhadas e ambiente de trabalho com a deficiência.

Para que estas alegações possam deixar de atuar no plano da presunção e serem transportadas para os fatos, exatamente como previsto no art. 43, parágrafo 2o do Decreto 3.298/99, há que se possibilitar a inscrição do candidato e, se for o caso, eliminá-lo por inapto, no exame de avaliação física, caso previsto para o cargo; na qualificação biopsicossocial; pelos exames médicos, ou ainda durante a sua participação no Programa de Formação de Empregados, etapas constantes dos editais da ré.

O Supremo Tribunal Federal também já se manifestou sobre o assunto em comento, como se pode perceber na decisão

monocrática exarada pela Ministra Cármen Lúcia no julgamento do Recurso Extraordinário 676335-MG³⁰⁷.

Diante dessas considerações, o STF sustenta que a exclusão da pessoa com deficiência do certame deve pautar-se pelos princípios que regem o concurso público, ou seja, pelos princípios da legalidade, igualdade e impessoalidade. Por isso, “incompatibilidade haverá de ser afirmada a partir do cotejo objetivo e transparente entre as limitações/necessidades especiais dos candidatos e as atribuições de cada qual dos cargos oferecidos”³⁰⁸, uma vez que a CRFB, ao possibilitar o amplo acesso a cargos e empregos públicos, busca coibir discriminações e privilégios.

Logo, cabe aqui deixar assente que as normas em comento merecem ser interpretadas com o fito de impedir a discriminação da pessoa com deficiência, de modo que estando apta ao desempenho das funções inerentes ao cargo pretendido, não se pode lhe vedar o acesso à concorrência pública em igualdade de condições com os demais candidatos.

Pontue-se que não se nega a competência do administrador público estabelecer pressupostos e exigências quanto às peculiaridades das tarefas e funções inerentes ao cargo ou emprego. Trata-se, portanto, do estabelecimento de requisitos e

307 Nessa decisão a Ministra ressalta que: “A presunção de que nenhuma das atribuições inerentes aos cargos de natureza policial pode ser desempenhada por pessoas portadoras de uma ou outra necessidade especial é incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro, marcadamente assecuratório de direitos fundamentais voltados para a concretização da dignidade da pessoa humana. [...] Também não é possível – e fere frontalmente a Constituição da República – admitir-se, abstrata e aprioristicamente, que qualquer tipo de deficiência impede o exercício das funções inerentes aos cargos postos em concurso. Mas também é certo que os cargos oferecidos pelos concursos ora promovidos pela Polícia Federal não podem ser desempenhados por portadores de limitação física ou psicológica que não disponham das condições necessárias ao pleno desempenho das funções para as quais concorrem. A depender da natureza e da intensidade da limitação apresentada pelo pretendo candidato, poderá haver prejuízo/comprometimento das atividades a serem desempenhadas, próprias do cargo, o que impede possa ele ser admitido ou aprovado na seleção pública. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 676335-MG. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Brasília, 26/02/2013. DJe-058, divulgado em 26/03/2013 e publicado em 01/04/2013. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 05/03/2013).

308 Idem.

condições de acesso a cargo ou emprego público, nos termos da permissão disposta no art. 39, § 3º da CRFB.

Entretanto, tal competência, normalmente, versa sobre qualificação e formação profissional, não sendo possível, por meio desta, excepcionar qualquer pessoa em razão de sua deficiência, em face da vedação constitucional disposta no art. 7º, XXXI, já citado.

Além do mais, constitui-se crime punível com reclusão “obstar, sem justa causa, o acesso de alguém a qualquer cargo público, por motivos derivados de sua deficiência”, de acordo com o art. 8º, II, da Lei nº 7.853/89.

Acrescente-se que a compatibilidade da função à deficiência deve ser aferida apenas em sede de estágio probatório, por equipe multiprofissional³⁰⁹ (art. 43, § 2º, do Decreto nº 3.298/99), observando os critérios inclusos no art. 20 da Lei nº 8.112/90, tratando-se de órgão ou entidade federal.

Em outras palavras, no estágio probatório, o servidor com ou sem deficiência terá sua aptidão e capacidade avaliados para o desempenho do cargo, mediante os seguintes elementos: assiduidade, disciplina, capacidade de iniciativa, produtividade e responsabilidade. Para tanto, a equipe multiprofissional deve ser considerada como apoio especial³¹⁰, para fins de inclusão digna da

309 De acordo com o art. 43, caput, do Decreto nº 3.298/99, a equipe multiprofissional é composta por “três profissionais capacitados e atuantes nas áreas das deficiências em questão, sendo um deles médico, e três profissionais integrantes da carreira almejada pelo candidato” (BRASIL. Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999. Regulamenta a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/>> Acesso em: 05/03/2013).

310 Conforme já destacado em capítulo anterior, o art. 35, § 3º, do Decreto nº 3.298/99, informa o que deve ser considerado apoio especial: “Consideram-se apoios especiais a orientação, a supervisão e as ajudas técnicas entre outros elementos que auxiliem ou permitam compensar uma ou mais limitações funcionais motoras, sensoriais ou mentais da pessoa portadora de deficiência, de modo a superar as barreiras da mobilidade e da comunicação, possibilitando a plena utilização de suas capacidades em condições de normalidade” (BRASIL. Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999. Regulamenta a Lei no 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/>> Acesso em: 05/03/2013).

pessoa com deficiência no ambiente de trabalho, estando atenta para providenciar as ajudas técnicas³¹¹ e adaptações do ambiente necessárias ao desempenho das funções laborais.

Desse modo, o servidor com deficiência pode superar as limitações do ambiente em que desenvolve suas funções e, desta feita, pode demonstrar sua inteira capacidade de desempenho das funções do cargo que ocupa³¹².

Convém observar que a decisão de prestar ou não o concurso deve ser atribuída apenas ao candidato, com ou sem deficiência, que mediante a descrição das atribuições e tarefas do cargo ou emprego público disposto no edital, decide realizar (ou não) sua inscrição, aderindo às regras estabelecidas no edital, em razão de seu discernimento de estar (ou não) capacitado para o exercício daquelas funções³¹³.

Outrossim, é “vedado à autoridade competente obstar a inscrição de pessoa portadora de deficiência em concurso público para ingresso em carreira da Administração Pública Federal direta e indireta”³¹⁴, sob pena de cometer crime punível com reclusão, como já esposado (art. 8º, II, da Lei nº 7.853/89).

311 Segundo o art. 8º, V, do Decreto nº 5.296/2004, considera como ajuda técnica “os produtos, instrumentos, equipamentos ou tecnologia adaptados ou especialmente projetados para melhorar a funcionalidade da pessoa portadora de deficiência ou com mobilidade reduzida, favorecendo a autonomia pessoal, total ou assistida”. Maria Aparecida Gugel (Pessoas com deficiência e o direito ao concurso público: reserva de cargos e empregos públicos, administração pública direta e indireta. Goiânia: Ed. da UCG, 2006, p. 92), por sua vez, conceitua ajuda técnica como: “elementos que permitem compensar uma ou mais limitações motoras, sensoriais ou mentais da pessoa com deficiência, com o objetivo de permitir-lhe superar as barreiras da comunicação e da mobilidade e possibilitar sua plena inclusão social”.

312 Em sentido análogo, vide, GUGEL, Maria Aparecida. *Op. Cit.*

313 Maria Aparecida Gugel (Idem, p. 98) é taxativa em afirmar que: “Define-se, que para aqueles cargos e empregos públicos que exigem higidez física, como, por exemplo, o bailarino, o bombeiro, o policial civil e militar e o guarda-vidas, não se excluirá a previsão de reserva de vagas em concurso público, pois, se eventual candidatado com deficiência assumir participar do certame deverá ter seu acesso garantido às provas, pois é por meio dessas que demonstrará seu desempenho e aptidão.”.

314 BRASIL. Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999. Regulamenta a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/>> Acesso em: 05/03/2013. Art. 40, caput.

É oportuno frisar que além das atribuições e tarefas essenciais dos cargos ou empregos ofertados, o edital do concurso deve ainda conter, de acordo com o art. 39 do decreto supramencionado: a) o número de vagas existentes, assim como o quantitativo destas reservadas à pessoa com deficiência; b) previsão de adaptação das provas, do curso de formação e do estágio probatório, conforme a deficiência do candidato; e c) exigência de apresentação, no ato da inscrição, pelo candidato com deficiência, de laudo médico atestando a espécie e o grau da deficiência, com expressa referência ao CID, além da provável causa da deficiência.

Dessa maneira, é de responsabilidade do candidato requerer, dentro do prazo fixado no edital, as adaptações pertinentes a sua deficiência, com o fito de se permitir sua plena e acessível participação nas etapas do concurso no qual se inscreve, em igualdade de condições com os demais candidatos (art. 40, § 1º).

Sublinhe-se que adaptar as provas, conforme assevera Gugel³¹⁵, “é tornar seu conteúdo, que é o mesmo para todos os candidatos, acessível”, de modo que o candidato com deficiência possa se apropriar do inteiro teor das questões formuladas e, ato contínuo, possa proceder conforme solicitado pelo enunciado destas.

Como exemplo dessas adaptações, tem-se a reprodução da prova em braile, em tamanho ampliado, prova gravada em meio magnético e, ainda, prova lida por leitor habilitado, devidamente autorizado pela organização do certame, dentre outras possibilidades, para candidatos com deficiência visual³¹⁶.

É possível também requerer tempo adicional para a realização da prova, desde que este seja realizado dentro do prazo assinalado no edital e esteja devidamente acompanhado de parecer técnico emitido por especialista da área de deficiência do candidato (art. 40, § 2º, do Decreto nº 3.298/99). Nesse sentido já se manifestou o TRF da 5ª Região³¹⁷.

315 GUGEL, Maria Aparecida. Pessoas com deficiência e o direito ao concurso público: reserva de cargos e empregos públicos, administração pública direito e indireta. Goiânia: Ed. da UCG, 2006, p. 101.

316 Idem, p. 102.

317 “CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ART. 5º, CAPUT, CF/88. CONCURSO PÚBLICO. DEFICIENTE VISUAL. PROVA DE DATILOGRAFIA EFETUADA EM “BRAILLE”. DOBRO DO TEMPO DOS DEMAIS CANDIDATOS. POSSIBILIDADE. 1. A Constituição Federal, em seu art. 5º, caput, consubstancia o princípio da isonomia,

Em que pese estas adaptações, é preciso acentuar que estas dizem respeito apenas à forma, visto que a pessoa com deficiência participa do certame em igualdade de condições com os demais candidatos, tanto no que se refere ao conteúdo das provas, à avaliação e critérios de aprovação, a horário e local de aplicação dos exames, como também quanto à nota mínima exigida de todos os candidatos (art. 41, do Decreto nº 3.298/99).

Nessa perspectiva é pertinente sublinhar que não há que confundir nota mínima com nota de corte (ou ponto de corte).

A primeira corresponde à definição de um patamar mínimo de conhecimentos que o candidato precisa demonstrar ter, sob pena de eliminação sumária do certame. Isto é, não atingindo a nota mínima o candidato será eliminado do concurso, não obtendo qualquer classificação neste.

A nota de corte, por sua vez, é critério definido pelo edital para limitar o número de candidatos que seguem para outras fases do concurso, fases estas mais onerosas, o que justificaria a limitação de candidatos e, conseqüentemente, do gasto público com a realização da seleção de pessoal.

A nota de corte também limita, por consequência, a quantidade de candidatos aprovados. Sublinhe-se que a nota de corte é decorrente do desempenho dos candidatos inscritos em dado concurso, revelando o nível de conhecimento daquele grupo participante, bem como definindo a classificação geral destes.

Diante dessas considerações, é importante pontuar que as pessoas com deficiência encontram-se adstritas apenas ao atingimento da nota mínima e não da nota de corte, visto que se esta última lhes for aplicada restará prejudicado o caráter inclusivo

perante o qual todos são iguais, sem admitir-se qualquer forma de discriminação. 2. É inadmissível que, sob o pretexto de ver-se ressalvado tal princípio, seja dado o mesmo tratamento para situações distintas, até porque, para garantir-se a igualdade é necessário que se trate de forma desigual os desiguais. 3. Observando-se, na hipótese, que o impetrante é portador de deficiência visual e que, portanto, necessita efetuar a leitura do texto pelo método “Braille” para, somente depois, poder datilografá-lo, constituir-se-ia em uma flagrante ofensa ao princípio da isonomia, não permitir a realização de tal teste com o tempo duplicado em relação aos demais candidatos. 4. Remessa oficial improvida. (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Remessa Ex Offício nº 67310/CE. Relator: Desembargador Federal Petrucio Ferreira. Recife, 24/08/1999, Diário da Justiça de 03/03/2000, p. 860, Segunda Turma. Disponível em: <<http://www.trf5.gov.br/Jurisprudencia/JurisServlet?op=exibir&tipo=1>>. Acesso em: 06/04/2014).

da política de cotas. Pois, considerando a existência de um déficit educacional das pessoas com deficiência, conforme dados estatísticos divulgados pelo IBGE, em razão do Censo 2010, natural que os candidatos com deficiência, em geral, não apresentem desempenho suficiente para se fazer presentes na lista geral de classificação, em conjunto com os demais candidatos.

Todavia, frise-se que, nem mesmo o referido déficit educacional, exime os integrantes deste grupo fragilizado de atingir pelo menos a nota mínima, sob pena de exclusão do certame, ante sua flagrante inabilitação para o exercício do cargo, conforme se verificou na pesquisa jurisprudencial realizada³¹⁸.

Foi com fundamento nesta realidade que o decreto em estudo, art. 42, determina a publicação do resultado final do concurso público em duas listas, uma contendo a pontuação de todos os candidatos aprovados, a partir do ponto de corte, inclusive as pessoas com deficiência que tenham, eventualmente, realizado tal feito, e outra lista, denominada “especial”, a qual deve conter apenas as pessoas com deficiência (inscritas no certame sob tal condição) que atingiram a nota mínima exigida.

Note-se que se trata de uma lista de classificação dos candidatos aprovados em ampla concorrência e outra em concorrência restrita, reservada.

Diante dessa realidade, torna-se evidente que a pessoa com deficiência pode ser desclassificada do concurso se não atingir a nota mínima, contudo, não poderá ser eliminada do certame por não ter atingido a nota de corte e, conseqüentemente, não figurar dentre os classificados na lista geral.

Logo, verifica-se que a política de cotas sob exame visa exatamente atenuar as desvantagens de competição destas pessoas com as demais por uma vaga no mercado competitivo de trabalho, por isso, a pessoa com deficiência que apesar de ter

318 Sobre o assunto, cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 8411/DF. Relator: Min. Gilson Dipp. Brasília, 12/05/2004, Diário da Justiça de 21/06/2004, Órgão Julgador: Terceira Seção. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 08/04/2014; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Mandado de Segurança nº 1232144/PR. Relator: Desembargador Sérgio Rodrigues. Porto Alegre, 05/06/2003, I Grupo de Câmara Cíveis. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=nota+m%C3%ADnima+pessoa+com+defici%C3%A2ncia+curso+p%C3%ABlico>>. Acesso em: 08/04/2014.

atingido a nota mínima não obteve sucesso em bater a nota de corte, deve ter sua classificação inscrita na lista restrita e concorrer com os demais candidatos com deficiência às vagas reservadas³¹⁹.

Em face dessas considerações, convém frisar que nem todas as pessoas com deficiência necessitam fazer uso da política afirmativa descrita nas linhas anteriores, eis que é possível que algumas delas logrem êxito em sua aprovação dentro das vagas destinadas a ampla concorrência.

Entretanto, essa é uma exceção, pois conforme dados estatísticos já apresentados, no Brasil, a formação educacional formal dos integrantes desse grupo vulnerável é precária, precariedade esta que muitas vezes se faz mais visível na disputa por um lugar no mercado de trabalho, principalmente, quando se trata de cargos e empregos públicos, onde a disputa é exponencialmente acirrada.

Considerando o baixo nível de escolaridade de grande parte das pessoas com deficiência, bem como o relevante papel do trabalho para a inclusão social dos componentes do referido grupo, além de sua vertente dignificadora, a CORDE³²⁰ propõe que, naqueles concursos em que se avaliam conhecimentos básicos e aptidões específicas,

Todas as provas devem ter conteúdo que priorize as funções que efetivamente serão desempenhadas. Assim, em concursos que exijam testes físicos, estes devem ser realizados com as adaptações possíveis que não descaracterizem o conteúdo das provas, permitindo-se a qualquer pessoa o direito de inscrever-se e participar do exame de seleção.

319 Em sentido semelhante, vide, LEITE, Glauco Salomão. O sistema de quotas obrigatórias na administração pública e a pessoa com deficiência. In: FERRAZ, Carolina Valença... [et al.] (Coord.). Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência. São Paulo: Saraiva, 2012.

320 COORDENADORIA NACIONAL DE DIREITOS DA PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA. Ata da Câmara Técnica. Concurso Público para Pessoas Portadoras de Deficiência na Administração Direita e Indireta. 18 e 19/11/2002. Apud GUGEL, Maria Aparecida. Pessoas com deficiência e o direito ao concurso público: reserva de cargos e empregos públicos, administração pública direito e indireta. Goiânia: Ed. da UCG, 2006, p. 99.

Ainda quanto ao conteúdo das provas, nos concursos em que os conhecimentos técnicos são dispensáveis, não há que se exigir a comprovação de escolaridade mediante certificado, atribuindo-se maior peso aos resultados obtidos nas provas práticas (CORDE, 2002 apud GUGEL, 2006, p. 99).

Outra não é a opinião de Gugel³²¹, para quem as provas de concursos públicos aplicadas a cargos e empregos que exijam nível básico de conhecimentos devem ser elaboradas com o objetivo de auferir não apenas a capacidade intelectual do candidato, mas também a aptidão deste para o desenvolvimento das atribuições rotineiras do cargo ou emprego que “dispensam qualquer desempenho intelectual e de conhecimento”.

É pertinente dizer que a comprovação da deficiência no ato da inscrição se faz necessária em razão de se permitir que o candidato com deficiência, que assim deseje, possa concorrer às vagas reservadas.

Apesar de que aquele que, submetido à perícia médica, não for considerado pessoa com deficiência, deverá ser excluída da lista de candidatos com deficiência, permanecendo apenas na lista geral, de acordo com sua classificação, caso tenha logrado êxito na superação do ponto de corte.

É igualmente oportuno acentuar que todos os locais de prova devem ser acessíveis às pessoas com deficiência, por conseguinte, devem estar em conformidade com as normas técnicas da ABNT sobre a matéria, como por exemplo, a NBR 9050 (Acessibilidade a Edificações, Mobiliários, Espaços e Equipamentos Urbanos) e a NBR 13994 (Elevadores de Passageiros, Elevadores para Transporte de Pessoas Portadoras de Deficiência).

No que tange a nomeação importa sublinhar que não há regulamentação legislativa que a discipline nesta seara de política afirmativa, motivo pelo qual coube ao Poder Judiciário e a doutrina traçarem algumas diretrizes básicas, com o intuito de evitar abusos e ineficiência da política sob exame, já que alguns administradores insistem em primeiramente nomear os candidatos da lista geral,

321 GUGEL, Maria Aparecida. Op. Cit.

reservando as pessoas com deficiência as últimas vagas, conforme se pode verificar na jurisprudência colacionada ao longo deste trabalho.

Diante de tal situação, tem-se entendido que, no momento da nomeação (ou contratação, em caso de emprego público), deve-se proceder à chamada alternada e proporcional entre os candidatos sem e com deficiência, obedecida à ordem de classificação nas listas geral e específica. A formulação de exemplos pode auxiliar na correta compreensão da alternância e proporcionalidade supra referida.

Considere um concurso com previsão de 30 vagas, cujo percentual de reserva às pessoas com deficiência se faz num patamar de 5%, logo, ter-se-ia a destinação de 02 vagas para concorrência exclusiva das pessoas com deficiência. Caso a Administração Pública proceda a nomeação do total de vagas em uma única chamada ter-se-ia a convocação dos 28 primeiros candidatos da lista geral e mais os dois primeiros candidatos da lista específica, que ocupariam a posição 15ª e 30ª na lista única de convocação para nomeação. Entretanto, se a nomeação for inicialmente, por exemplo, de apenas 05 candidatos, deve-se convocar os 04 primeiros candidatos da lista geral e o primeiro da lista especial. Contudo, se a Administração Pública decidir pela nomeação imediata de apenas 01 candidato, este deverá ser o primeiro da classificação geral, porém, a próxima convocação deverá, obrigatoriamente, ser destinada ao primeiro colocado na lista de pessoas com deficiência, lista reservada³²².

Convém observar que, tomando por base o exemplo formulado acima, se um dos 04 convocados da lista geral for um candidato com deficiência, este não deve ser computado como beneficiário da política de cotas, por isso, dever-se-á proceder à nomeação do segundo candidato com deficiência para ocupar a quinta vaga da convocação em comento, haja vista que o primeiro colocado na lista reservada não necessitou fazer uso da ação afirmativa para lograr êxito na ocupação de uma vaga no quadro de pessoal da Administração Pública.

Sobre tais critérios já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça em Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 18669/RJ³²³.

322 GUGEL, Maria Aparecida. Pessoas com deficiência e o direito ao concurso público: reserva de cargos e empregos públicos, administração pública direito e indireta. Goiânia: Ed. da UCG, 2006, p. 106-107.

323 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado

Frise-se, ainda, que não havendo candidatos com deficiência aprovado, ante ao não atingimento da nota mínima, as vagas reservadas a tal grupo de pessoas devem ser revertidas a ampla concorrência, haja vista a impossibilidade jurídica de se preencher as vagas reservadas com pessoas com deficiência, e em atendimento ao princípio da supremacia do interesse público.

É preciso acentuar que essa alternância e proporcionalidade se revelam, ainda, de extrema importância naqueles concursos que possibilitam aos candidatos a elaboração de rol de opção de localidade, para fins de preenchimento das vagas disponíveis, uma vez que tais critérios de nomeação preservam o direito de escolha do seu lugar de lotação por todos os candidatos, e não apenas daqueles sem deficiência e melhores classificados. Neste mesmo sentido encontra-se a decisão judicial do STF proferida nos autos da Medida Liminar em Mandado de Segurança nº 24.854-8/DF³²⁴.

É oportuno frisar que, assim como na nomeação, os critérios da proporcionalidade e alternância devem ser aplicados à convocação para curso de formação, em virtude de este ser considerado mais uma das fases do concurso público, normalmente, de caráter eliminatório, na qual se capacita o candidato para o exercício do cargo em disputa³²⁵.

de Segurança nº 18669/RJ. Relator: Min. Gilson Dipp. Quinta Turma. Brasília, 07/10/2004, Diário da Justiça de 29/11/2004, p. 354. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 06/04/2014.

324 “Invocando a Lei nº 7.853, de 1989, e o Decreto nº 3.298, de 1999, sustenta-se que a aplicação desse critério em relação aos candidatos aprovados para o concurso implica a proporção de 19 para 1, assegurando-se “o direito de figurar como primeira colocada na lista relativa às vagas reservadas e, por via de consequência [sic], ter o direito de escolha da sua lotação logo após o 19º colocado na listagem geral.” (fl. 7). Assevera que se o critério tivesse sido observado “a impetrante teria sido lotada na cidade do Rio de Janeiro, na sua primeira opção de lotação e é onde reside e faz o seu tratamento de reabilitação física, visto que, após o candidato colocado em 19º lugar, três deles foram lotados na mesma cidade: o 20º, 28º e o 35º.” (fl. 8). [...] Diante dos fatos acima transcritos, entendo estarem presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* que autorizam a concessão da liminar. Defiro o pedido de liminar para determinar que a impetrante seja lotada, em caráter provisório, na Procuradoria da República no Estado do Rio de Janeiro, até o julgamento do presente writ.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 18669/RJ. Relator: Min. Gilson Dipp. Quinta Turma. Brasília, 07/10/2004, Diário da Justiça de 29/11/2004, p. 354. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 06/04/2014).

325 No mesmo sentido, cf. GUGEL, Maria Aparecida. Pessoas com deficiência e

Ressalte-se que é possível que este curso necessite passar por adaptações, a serem consideradas pela equipe multiprofissional, ante as informações prestadas pelo candidato com deficiência no ato da matrícula, por intermédio do laudo médico exigido no início do certame.

Desse modo, a comissão do concurso, em conjunto com a equipe multiprofissional deve colocar à disposição do candidato com deficiência os apoios e as ajudas técnicas necessárias à plena participação deste no curso de formação.

Aproveitando a menção feita à equipe multiprofissional, convém aqui tecer maiores comentários sobre ela. Primeiramente, faz-se necessário registrar que ela deve ser formada por seis pessoas, sendo três profissionais integrantes da carreira almejada pelo candidato e três profissionais capacitados e atuantes nas áreas da deficiência, sendo um deles, obrigatoriamente, um médico, como preceituado pelo art. 43, do Decreto nº 3.298/99.

A referida composição permite que a pessoa com deficiência seja avaliada por diferentes pontos de vistas relacionados à sua saúde e, conseqüentemente, a suas funcionalidades, habilidades e capacidades para execução das atribuições do cargo pleiteado.

Ademais, tal composição multiprofissional evita que apenas uma pessoa, normalmente o médico, decida sobre a eliminação da pessoa com deficiência do certame, uma vez que ela será avaliada a partir de uma gama de conhecimentos e experiências acumuladas por estes seis profissionais, permitindo-se, desta feita, a emissão de um parecer mais seguro, quando próximo ao fim do estágio probatório³²⁶.

Pontue-se que, ante ao novo conceito constitucional de pessoa com deficiência, incorporado ao ordenamento jurídico pátrio em virtude da ratificação da CDPD, esta composição diversificada da equipe multiprofissional minimiza o risco de se avaliar a pessoa com deficiência apenas sobre o prisma médico, permitindo-se a consideração de múltiplos aspectos, inclusive o sócio-laboral, mais harmônico, portanto, com o novo modelo de deficiência então vigente no panorama nacional e internacional.

o direito ao concurso público: reserva de cargos e empregos públicos, administração pública direito e indireta. Goiânia: Ed. da UCG, 2006.

326 Em sentido análogo, vide, GUGEL, Maria Aparecida. Pessoas com deficiência e o direito ao concurso público: reserva de cargos e empregos públicos, administração pública direito e indireta. Goiânia: Ed. da UCG, 2006.

Com relação as suas atribuições, à equipe multiprofissional compete: a) emitir parecer sobre as informações prestadas pelo candidato no ato da inscrição – cujo objetivo é impedir a ocorrência de fraudes mediante falsa declaração da condição de pessoa com deficiência; b) auxiliar a comissão responsável pelo concurso público no que tange à adaptação das provas, do curso de formação e acessibilidade dos locais de realização das etapas do certame; c) avaliar “a eficácia das medidas indicadas (e tomadas) como necessárias às adaptações do ambiente de trabalho e da forma de cumprimento das funções para execução das tarefas de acordo com a deficiência”³²⁷; d) avaliar “a compatibilidade entre as atribuições do cargo e a deficiência do candidato durante o estágio probatório” (art. 43, § 2º, do Decreto nº 3.298/99), considerando também os fatores de desempenhos requeridos pelo art. 20 da Lei nº 8.112/90, nos casos por ela regidos (art. 44, do citado decreto).

Convém, ainda, sublinhar que a inspeção médica realizada pelo setor de saúde do órgão ou entidade, antes do início da prestação laboral do candidato convocado, é obrigatória no serviço público federal, apresentando nítido caráter de exame admissional.

Neste tipo de exame deve se ter por objetivo avaliar a saúde atual do novo servidor ou empregado, não sendo possível a avaliação quanto à compatibilidade entre as atribuições do cargo e a deficiência apresentada, uma vez que, repita-se, dita compatibilidade só será avaliada durante o estágio probatório, por equipe multiprofissional, a qual não corresponde aquela equipe do setor médico do órgão ou entidade. Neste sentido já se manifestou o STJ quando do julgamento do Recurso especial nº 1179987/PR³²⁸.

327 Idem, p. 114-115.

328 “ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO EM VAGA RESERVADA A DEFICIENTE FÍSICO. EXAME MÉDICO ADMISSIONAL. AVALIAÇÃO DA COMPATIBILIDADE ENTRE AS ATRIBUIÇÕES DO CARGO E A DEFICIÊNCIA APRESENTADA. IMPOSSIBILIDADE. LEI N. 7.853/89 E DECRETO N. 3.298/99. EXAME QUE DEVE SER REALIZADO DURANTE O ESTÁGIO PROBATÓRIO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. Por força do art. 37, VIII, da Constituição Federal, é obrigatória a reserva de vagas aos portadores de deficiência física, o que demonstra adoção de ação afirmativa que visa conferir tratamento prioritário a esse grupo, trazendo para a Administração a responsabilidade em promover sua integração social. 2. Nessa linha, a Lei n. 7.853/89 estabelece as regras gerais sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência e sua integração social, determinando a promoção de ações eficazes que propiciem a inserção, nos setores públicos e privado, de pessoas portadoras de deficiência. 3. No caso dos autos, o candidato aprovado em concurso para o cargo de médico do trabalho foi excluído do cer-

Em face de todo o exposto, observa-se que a legislação infraconstitucional dedicada à regulamentação do art. 37, VIII, da CRFB, é lacunosa, assim como ocasiona diversas dificuldades à plena efetivação do mencionado comando constitucional, a iniciar, por exemplo, pela opção de uma reserva percentual sobre o total de cargos e empregos dispostos no edital do concurso público em detrimento da reserva real.

Some-se a isso a ampla margem discricionária na definição do percentual da reserva de vagas e a divergência doutrinária e jurisprudencial sobre o arredondamento do número fracionado encontrado em razão da aplicação do percentual mencionado, dentre outras dificuldades já referidas ao longo desta exposição.

De qualquer modo, é oportuno frisar que uma maneira eficiente de facilitar a aplicação das normas jurídicas citadas neste capítulo é a adoção da reserva real de vagas, uma vez que a incidência do percentual sempre levaria em consideração o número efetivo de cargos ou empregos públicos de cada órgão, bem como o número de pessoas com deficiência que já consta em seus quadros³²⁹.

Com isso, estar-se-ia conferindo eficácia plena ao art. 37, VIII, da CRFB, tornando o mercado de trabalho, em âmbito público, muito mais inclusivo.

Acrescente-se a isso o fato de se tornar mais transparente todo esse processo de reserva de vagas no serviço público, visto que o quadro de pessoal da Administração Direita, Indireta e Fundacional são definidos em lei, logo, seria possível qualquer cidadão fiscalizar

tame após exame médico admissional, que atestou a incompatibilidade entre as atribuições do cargo e a deficiência apresentada. 4. Entretanto, o Decreto n. 3.298/99, que vem regulamentar a Lei n. 7.853/89 e instituir a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, assegura ao candidato aprovado em vaga destinada aos portadores de deficiência física que o exame da compatibilidade no desempenho das atribuições do cargo seja realizada por equipe multiprofissional, durante o estágio probatório. 5. Recurso especial provido para assegurar a permanência do recorrente no concurso de médico do trabalho promovido pelo Município de Curitiba.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1179987/PR. Relator: Min. Jorge Mussi. Órgão Julgador: Quinta Turma. Brasília, 13/09/2011, Diário da Justiça Eletrônico de 26/09/2011, vol 209, p. 118. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 08/04/2014).

329 No mesmo sentido, cf. GUGEL, Maria Aparecida. Pessoas com deficiência e o direito ao concurso público: reserva de cargos e empregos públicos, administração pública direito e indireta. Goiânia: Ed. da UCG, 2006.

a observância do cumprimento do comando constitucional instituidor da política afirmativa em comento. Todavia, o mesmo não se pode dizer da reserva instituída casuisticamente sobre cada um dos concursos a ser realizados.

Por último, é preciso que se registre que a efetiva concretização do comando constitucional, que determina a reserva de cargos e empregos públicos à pessoa com deficiência, é dependente da real contratação desta, após aprovação no concurso público.

Ou seja, a simples aprovação da pessoa com deficiência, sem a sua respectiva contratação, não torna efetivo o comando constitucional, o qual busca incluir os integrantes deste grupo vulnerável nos quadros funcionais do Poder Público e não apenas conferir-lhes expectativa ilusória de ocupação de um posto de trabalho³³⁰.

4.2.2 A Aplicabilidade da Lei de Cotas ao Setor Público

Conforme mencionado em linhas acima, não só a Lei nº 8.112/90 e o Decreto nº 3.298/99 versam sobre a reserva de mercado de trabalho às pessoas com deficiência. A Lei nº 8.213/91 também se dedica à temática. Em seu art. 93 determina que as empresas com 100 ou mais empregados devam, necessariamente, preencher de 2% a 5% de seus postos de trabalho com pessoas com deficiência e/ou pessoas reabilitadas, de acordo com a proporção a seguir: a) de 100 a 200 empregados, 2%; b) de 201 a 500, 3%; c) de 501 a 1000, 4%; e d) a partir de 1001 empregados, 5%.

Segundo dados divulgados pelo Ministério do Trabalho e Emprego, a Lei de cotas (Lei nº 8.213/91), que apesar de publicada em 1991, só veio a ter vigência em 2000, com a publicação do decreto nº 3.298/1999, que a regulamentou, e foi responsável pela contratação de mais de 300 mil pessoas com deficiência desde então³³¹.

330Em sentido análogo, cf. BONFANTE, Patrícia dos Santos. Reserva de vagas em concursos públicos para pessoas com deficiência: do edital à nomeação. Revista do Curso de Direito - Amicus Curiae. [Recurso eletrônico] Vol. 4, nº 4, Criciúma/SC: Universidade do Extremo Sul Catarinense, 2007. Disponível em: <<http://periodicos.unesc.net/index.php/amicus/article/viewFile/221/225>>. Acesso em: 19/03/2014.

331 FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. O novo conceito constitucional de

A princípio, poder-se-ia pensar que as disposições dessa lei ordinária aplicar-se-iam apenas as empresas privadas, visto que, como comentado em item anterior, às empresas públicas e às sociedades de economia mista (SAs) aplica-se a exigência constitucional de contratação de pessoal por concurso público e, por conseguinte, o disposto no supracitado decreto, bem como o percentual máximo de reserva estabelecido pela legislação de cada ente federado, de acordo com a natureza dessas empresas estatais.

Porém, é preciso frisar que a lei de cotas também se aplica às mencionadas empresas estatais que explorem atividade econômica, nos termos do art. 173, § 1º, II, da CRFB, ante a sua sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações trabalhistas, dentre outras.

Some-se a isso o disposto na própria lei em comento, art. 14, que define como empresa, para os fins de sua regulamentação, “a firma individual ou sociedade que assume o risco de atividade econômica urbana ou rural, com fins lucrativos ou não, bem como os órgãos e entidades da administração pública direta, indireta ou fundacional”.

Logo, ante ao exposto não restam dúvidas quanto à incidência da lei de cotas sobre as empresas estatais exploradoras de atividade econômica, que, além de cumprir as exigências constitucionais para contratação de pessoal e reserva de cargos a pessoa com deficiência (art. 37 da CFRB), precisam também cumprir o disposto na lei ordinária sobre exame, inclusive no que tange a reserva real de postos de trabalho à pessoa com deficiência e reabilitados, conforme art. 93, já citado.

Nessa perspectiva, cabe aqui pontuar que o vínculo laboral que se estabelece nas relações trabalhistas entre a empresa estatal e seu funcionário formaliza-se através do contrato de trabalho regido pela CLT, com devida anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) do empregado, quando cabível, e filiação compulsória ao Regime Geral de Previdência Social, também disciplinado na lei federal em estudo.

Em suma, para se proceder à contratação de pessoal por

pessoa com deficiência: um ato de coragem. In: FERRAZ, Carolina Valença... [et al.] (Coord.). Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 29.

empresa estatal (empresa pública e sociedade de economia mista) que explore atividade econômica, deve realizar-se concurso público que (a) assegure o direito de inscrição da pessoa com deficiência a todos os empregos disponibilizados no certame, (b) estabeleça a reserva de vagas ao referido grupo, incidente sobre os empregos disputados no certame, em conformidade com o percentual escolhido dentro de sua margem discricionária, e (c) busque concretizar a reserva real de empregos públicos nos parâmetros definidos pelo art. 93, da Lei nº 8.213/91.

Sublinhe-se que, por se tratar de reserva real, os percentuais definidos, na mencionada lei ordinária de 1991, devem incidir sobre o número total de empregados no caso de único estabelecimento. Todavia, quando tratar-se de empresa que possua mais de um estabelecimento, mesmo que cada um deles possua Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ) diferente, a reserva incidirá sobre o número total de empregados de todos os estabelecimentos daquela empresa³³².

Nesse contexto de sujeição das empresas estatais que exploram atividade econômica à Lei nº 8.213/1991, cabe aqui destacar os termos da sentença proferida pela 61ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro no processo nº 0000220-74.2011.5.01.0061.

Trata-se de ação civil pública (ACP) promovida pelo Ministério Público do Trabalho (MPT) em desfavor de Petróleo Brasileiro SA – Petrobrás.

Conforme a sentença mencionada, o MPT alega que a empresa ré descumpre a legislação em vigor quanto aos percentuais mínimos para admissão do trabalhador com deficiência, uma vez que, de um total estimado de 52 a 53 mil empregados, a Petrobrás possui em seu quadro de pessoal apenas 658 ou 752 pessoas com deficiência ou reabilitados, quando deveria dispor de cerca de 2600 a 2650 empregados com deficiência, nos termos do art. 93, IV, da Lei de Cotas.

Acrescenta ainda que no concurso público regido pelo Edital nº 1 – PETROBRÁS/PSP-RH2/2010, das 839 vagas disponíveis para provimento, apenas 12 foram reservadas às pessoas com deficiência, em 08 dos 52 cargos dispostos no edital.

332 Sobre o assunto, cf. GUGEL, Maria Aparecida. Pessoas com deficiência e o direito ao concurso público: reserva de cargos e empregos públicos, administração pública direta e indireta. Goiânia: Ed. da UCG, 2006.

Ainda, segundo a sentença em análise, a Petrobrás justifica a baixa contratação de pessoas com deficiência, assim como a reserva restrita a certos cargos, conforme edital publicado, em razão das condições de periculosidade, insalubridade, exposição a riscos e situações de emergências que caracteriza a maioria de seus cargos, exigindo, portanto, de seus funcionários, aptidão plena para o desenvolvimento de suas atribuições.

De acordo com o exposto em linhas passadas, não é lícito a Administração Pública excluir de plano as pessoas com deficiência daqueles cargos ou empregos que exijam aptidão plena, pois a Constituição Federal de 1988 garante a todos os brasileiros o direito de acesso a cargos e empregos públicos, bem como o direito à igualdade e à não discriminação, inclusive no que tange aos critérios de admissão do trabalhador com deficiência.

Por tais considerações, deve ser garantido à pessoa com deficiência o amplo acesso aos cargos e empregos públicos, de forma que esta concorrerá em igualdade de condições com os demais candidatos, cabendo às provas e exames aplicados no certame a função de eliminar os candidatos que não demonstrem possuir habilidades para o desempenho das atribuições do cargo ou emprego em disputa³³³, não importando se trata-se de candidato com ou sem deficiência, eis que a Administração Pública

333 Nesse diapasão, ressalte-se trecho da sentença em estudo que reforça esta ideia: “Ainda que entendido como discrimen justificado, o permissivo do artigo 38, II, Decreto 3.298/99 merece interpretação que não impeça a concorrência ou a nomeação do candidato com deficiência para qualquer cargo ao qual se habilite, nos termos da lei. [...] O que não se pode tolerar, portanto, é a imposição de óbice ao direito de inscrição da pessoa com deficiência em concurso ou processo seletivo público para provimento de cargo. A lei infraconstitucional não pode ser interpretada restritivamente, muito menos sob a alegação de justa causa e preservação da integridade física e mental do trabalhador deficiente, ou mesmo de que há incompatibilidade das funções a serem desempenhadas e ambiente de trabalho com a deficiência. Para que estas alegações possam deixar de atuar no plano da presunção e serem transportadas para os fatos, exatamente como previsto no art. 43, parágrafo 2o do Decreto 3.298/99, há que se possibilitar a inscrição do candidato e, se for o caso, eliminá-lo por inapto, no exame de avaliação física, caso previsto para o cargo; na qualificação biopsicossocial; pelos exames médicos, ou ainda durante a sua participação no Programa de Formação de Empregados, etapas constantes dos editais da ré” (BRASIL. 61ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro. Ação Civil Pública nº 0000220-74.2011.5.01.0061. Autor: Ministério Público do Trabalho. Réu: Petróleo Brasileiro SA. Rio de Janeiro: 07/01/2013. Disponível em: <www.trt1.jus.br>. Acesso em: 08/04/2014).

deve reger-se pelos princípios constitucionais da Imparcialidade e Moralidade, dentre outros.

Reconhecendo a M.M. Juíza que “a pessoa com deficiência não pode ser considerada de plano incapaz para toda e qualquer função”, assim como que “a responsabilidade da ré não pode se limitar à oportunizar o acesso a determinados cargos e vagas por ela escolhidos, mas sim em relação ao quantitativo do seu quadro funcional totalizado”, condena a Petrobrás a: 1) reservar 5% das 839 vagas disponíveis no concurso objeto da ACP para pessoas com deficiência; 2) assegurar em seus concursos públicos o amplo acesso da pessoa com deficiência a todos os seus cargos, eliminando qualquer cláusula editalícia redigida com o objetivo de impedir o acesso a determinados cargos que exijam aptidão plena; 3) reparar os danos morais coletivos suportados pela sociedade, ante ao descumprimento injustificado das garantias fundamentais constitucionais da igualdade material e da não discriminação, sendo esta no importe de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

E, por fim, na sentença também se fixa astreint (multa por descumprimento) no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), revertidos ao FAT – Fundo de Amparo ao Trabalhador, em caso de descumprimento das obrigações de fazer determinadas.

Continuando a análise da lei em estudo, seu referido art. 93 ainda acrescenta, em seu § 1º, que a “dispensa de trabalhador reabilitado ou de deficiente habilitado ao final de contrato por prazo determinado de mais de 90 (noventa) dias, e a imotivada, no contrato por prazo indeterminado, só poderá ocorrer após a contratação de substituto de condição semelhante”.

Em outras palavras, para realizar a resolução contratual sem justa causa ou em razão do fim do contrato por prazo determinado, o empregador deve primeiramente providenciar a contratação de outro empregado com deficiência ou reabilitado para substituir aquele que será dispensado, a fim de não alterar o cumprimento do percentual de cotas reservadas.

Note-se que esta exigência legal não se aplica aos casos de dispensa por justa causa ou mesmo pedido de demissão do empregado.

A não satisfação dessa exigência legal, que figura-se como uma forma peculiar de garantia de emprego³³⁴, torna a rescisão

334 Sobre o assunto, cf. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 646255-10.2000.5.02.5555. Relator: Min. Carlos Alberto Reis de Paula. Órgão Julgador: Terceira Turma. Brasília, 12/03/2003, Publicado no Diário Ofi-

contratual nula, nos termos do art. 9º da CTL, permitindo-se a reintegração laboral do empregado com a percepção de seus salários e vantagens como se trabalhando estivesse³³⁵.

Convém ressaltar que a posição acima referida não é pacífica no âmbito trabalhista, visto que há Tribunal Regional do Trabalho³³⁶ entendendo que o descumprimento do mencionado dispositivo legal configura-se apenas como uma infração administrativa, e não como uma espécie de garantia de emprego. Todavia, pontue-se que o entendimento sobre a possibilidade de reintegração é pacífica apenas no âmbito do TST.

Importa, ainda, destacar que a lei em comento não exige que o novo empregado seja contrato para o mesmo cargo dantes ocupado pelo empregado com deficiência desligado da empresa; não existe esta vinculação³³⁷, por isso o novo empregado com deficiência ou reabilitado poderá ser contratado para qualquer posto de trabalho.

No caso de empresas estatais, o mesmo se aplica, porém, não se pode olvidar a exigência de prévia aprovação em concurso público para provimento daquela vaga a ser ocupada.

cial de 04/04/2003. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>>. Acesso em: 08/04/2014.

335 Sobre esta sui generis garantia de emprego, vide, BRASIL. Superior Tribunal do Trabalho. Recurso de Revista nº 1440-47.2005.5.04.0025. Relatora Ministra: Rosa Maria Weber Candiota da Rosa. Terceira Turma. Brasília: Julgado em 27/08/2008, Publicado no Diário da Justiça do Trabalho do dia 10/10/2008. Disponível em: <www.tst.jus.br>. Acesso em: 10/04/2014.

336 Nesse sentido, cite-se a seguinte ementa: “ESTABILIDADE – O art. 93 da Lei n. 8.213/91 tão-somente estabelece cotas a serem preenchidas nas empresas com mais de cem empregados por beneficiários reabilitados ou portadores de deficiências. O parágrafo primeiro sofre interpretação que não pode ser dissociada do conjunto e limita-se a criar mecanismo que impede a redução dessas cotas, não estabelecendo garantia de emprego ou estabilidade em caráter individual ao trabalhador beneficiário reabilitado ou portador de deficiência”. (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 2ª Região. Recurso Ordinário nº 42742-2002-902-02-00-8. Acórdão nº 20020798100. Relator: Catia Lungov. Revisor: Rosa Maria Villa. Oitava Turma. São Paulo: julgamento em 9/12/2002, Diário da Justiça de 14/01/2003. Disponível em: <www.trt2.jus.br>. Acesso em: 10/04/2014).

337 MENDONÇA, Luiz Eduardo Amaral de. Lei de cotas: Pessoas com deficiência: A visão empresarial. São Paulo, LTr, 2010, p. 114.

Convém observar que, de acordo com a estimativa do Espaço da Cidadania³³⁸, deveria existir cerca de 937 mil vagas reservadas as pessoas com deficiência considerando apenas os postos de trabalho para cumprimento da lei de cotas naquelas empresas com 100 ou mais empregados. Contudo, apenas 32% destes postos estão ocupados por pessoas com deficiência, conforme dados divulgados na RAIS de 2010, o que equivale a 306 mil empregados com deficiência³³⁹.

Logo, diante dessa realidade, fica patente que a maioria das empresas, sejam elas privadas ou públicas, não cumprem integralmente a lei de cotas³⁴⁰, usualmente, alegando carência de mão-de-obra qualificada.

Entretanto, este argumento não se sustenta ante aos dados estatísticos apresentados pelo IBGE, em razão do Censo 2010, eis que, no Brasil, tem-se 42 milhões de pessoas com deficiência em idade ativa, ou seja, entre 15 e 59 anos.

Ademais, conforme tais dados, 24,2% das pessoas com deficiência acima de 15 anos possuem ensino médio completo e

338 O Espaço da Cidadania é uma Organização Não-Governamental criada em 14 de fevereiro de 2001 com o objetivo de estimular o debate sobre políticas públicas voltadas para a igualdade de oportunidades.

339 Conforme estudos realizados por Costilla, Neri e Carvalho (COSTILLA, Hesia Guillermo; NERI, Marcelo Cortes; CARVALHO, Alexandre Pinto de. Política de cotas e Inclusão Trabalhista das Pessoas com deficiência. Ensaio Econômico, nº 462. Rio de Janeiro: FGV, EPGE, 2010, p. 50), quem mais emprega pessoas com deficiência são as empresas de pequeno e médio porte, isto é, aquelas que possuem menos de 100 empregados e, por conseguinte, não estão legalmente obrigadas a ter trabalhadores com deficiência em seus quadros de pessoal, contudo, contribuem para a inclusão social deste grupo vulnerável de pessoas, reconhecendo seu valor e contribuição para o mercado de trabalho, econômico e social. Segundo a mencionada pesquisa, 31% das pessoas com deficiência empregadas possuem vínculo de emprego com empresas que possuem até 99 empregados, enquanto que outros 29% encontram-se nas empresas com mais de 1.000 funcionários; 14,57% são empregados de empresas com mais de 100 empregados e menos de 250; nas empresas com número de empregados situado no intervalo de 250 a 400 empregados, empregam 13,57% das pessoas com deficiência; e 11,80% delas estão empregadas naquelas empresas que possuem de 500 a 999 funcionários.

340 Em face ao exposto, evidencie-se que, segundo levantamento estatístico realizado pelo Espaço da Cidadania, em 2011, a média de cumprimento da lei de cotas era de 27,4%.

ensino superior, isto, em números absolutos, corresponde a um contingente de mais de 10 milhões de pessoas em idade ativa, disponível ao mercado de trabalho.

Frise-se que esse número é dez vezes maior do que aquele estimado para o cumprimento integral da Lei nº 8.213/91, art. 93³⁴¹.

Note-se que ainda hoje existe uma grade resistência empresarial no cumprimento das disposições do art. 93 da referida lei, pois eles alegam que (a) a baixa escolaridade das PcDs e sua conseqüente baixa qualificação para o mercado de trabalho, somada (b) a baixa produtividade desses trabalhadores, desestimulam o empresariado no cumprimento da lei de cotas³⁴².

No que se refere à baixa qualificação e capacitação profissional das pessoas com deficiência alegada pelos empregadores como argumento justificador do inadimplemento da obrigação imposta pelo art. 93 da Lei de cotas, é preciso registrar que, atualmente, visualiza-se uma maior articulação dos empregadores com entidades dedicadas a habilitação, qualificação e colocação de pessoas com deficiência em postos de trabalho, de modo a atender às exigências profissionais requeridas ao preenchimento da vaga.

Também já se observa algumas iniciativas de contratação da pessoa com deficiência, onde sua qualificação se dará no curso do contrato de trabalho, ou seja, o empresário vem formando e capacitando sua mão-de-obra, com o fito de se adequar as exigências legais e do mercado competitivo³⁴³.

É importante sublinhar que não se deve interpretar o art. 93 da lei de cotas de forma que dele advenha a obrigação de contratação sem critérios, considerando-se apenas a condição de pessoa com deficiência, uma vez que esta interpretação ocasiona diversas dificuldades à inclusão social da pessoa com deficiência,

341 GUEDES, João. Muito Além da Cota. Revista Proteção. Novo Hamurgo/RS; Ano XXVI, nº 255, p. 46-48, mar. 2013.

342 Nesse sentido, vide, FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. O novo conceito constitucional de pessoa com deficiência: um ato de coragem. In: FERRAZ, Carolina Valença... [et al.] (Coord.). Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência. São Paulo: Saraiva, 2012.

343 GUGEL, Maria Aparecida. O direito ao trabalho e ao emprego: a proteção na legislação trabalhista. In: FERRAZ, Carolina Valença... [et al.] (Coord.). **Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 427.

que passa a ser visualizada apenas como meio da empresa cumprir um número imposto por lei e evitar sanções pecuniárias, em face da fiscalização do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), sem se preocupar em fornecer as condições necessárias para o pleno desenvolvimento desse funcionário, o qual, muitas vezes, é alocado “num cantinho” da empresa, sem desempenhar funções de maior produtividade, sendo, normalmente, marginalizado pelo empregador e por sua equipe de trabalho, aviltando-se, assim, sua dignidade³⁴⁴.

É preciso atentar para a interpretação finalística da norma, visto que, para a plena inclusão da pessoa com deficiência, não basta abrir novos postos de trabalho, também se faz necessário combater a discriminação, realizar trabalhos multidisciplinares na preparação e adaptação de ambientes laborais, assim como equipamentos, de forma que se possa bem incluir as pessoas com deficiência no mundo laboral³⁴⁵.

Nesse contexto, ressalte-se que a experiência internacional demonstra que a concessão às empresas de incentivos governamentais, tais como ajuda financeira, renúncia fiscal e créditos tributários, em razão do cumprimento das cotas em comento, tem se mostrado eficiente.

Portanto, é algo a ser avaliado pelo governo brasileiro como mais uma ferramenta adequada para aumentar a adesão a essa política afirmativa, mesmo que tais benesses sejam temporárias, como o é a ação afirmativa, eis que tais incentivos auxiliarão na superação de uma importante barreira atitudinal (o preconceito), conferindo maiores oportunidades das pessoas com deficiência demonstrarem suas capacidades e habilidades para o desenvolvimento socioeconômico do país.

344 Nesse sentido, destaca-se o posicionamento de Sandra Morais de Brito Costa, citada por MENDONÇA, Luiz Eduardo Amaral de (Lei de cotas: Pessoas com deficiência: A visão empresarial. São Paulo, LTr, 2010, p. 194): “no mundo inteiro, o sistema de cotas compulsório, quando usado isoladamente, revelou-se ineficiente para promover a inserção. As empresas, quando forçadas a admitir, tendem a cumprir essa obrigação, alocando os portadores de deficiência em setores de atividades marginais que, em muitos casos, se transformam em verdadeiros depósitos de seres humanos, agravando ainda mais a situação daquelas pessoas”.

345 GUEDES, João. Muito Além da Cota. Revista Proteção. Novo Hamurgo/RS; Ano XXVI, nº 255, p. 45, mar. 2013.

Frise-se que as empresas, em geral, reagem melhor a estímulos, como os citados, do que a sanções econômicas definidas em lei, como ocorre hoje no Brasil³⁴⁶.

5. FENOMENOLOGIA E PRAGMATISMO: O AMBIENTE DE PROTEÇÃO DO DIREITO AO TRABALHO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO ESTADO BRASILEIRO

Conforme salientado ao longo dessa exposição, existem diversos pontos da legislação nacional sobre a matéria em estudo que geram fenômenos conflitantes e práticas dispares na interpretação e aplicação das normas jurídicas aplicadas à política de cotas, instituída pelo art. 37, VIII, da CRFB, motivo pelo qual se afigura relevante analisar o posicionamento dos tribunais superiores sobre a temática, bem como conhecer e analisar a prática administrativa realizada nas Instituições Federais de Ensino (IFEs) situadas no Rio Grande do Norte, estado brasileiro com maior número de pessoas com deficiência, de acordo com dados estatísticos do Censo 2010 apresentados em momento anterior.

Entretanto, considerando que ao longo deste trabalho já se colacionou diversas decisões jurisprudenciais sobre a legislação infraconstitucional dedicada a regulamentação do comando constitucional acima citado, bem como tendo em vista a precípua importância da correta caracterização da pessoa com deficiência para fins de usufruto das vantagens advindas com a discriminação positiva para ingresso no mercado de trabalho, mais precisamente no serviço público, restringir-se-á a análise jurisprudencial proposta ao conceito de pessoa com deficiência, enfocando-se o posicionamento dos tribunais superiores brasileiros e também a ADPF nº 182, proposta pela Procuradoria Geral da República, uma vez que dita ação de controle concentrado de constitucionalidade discute a necessidade de adequação da legislação infraconstitucional, regulamentadora do Benefício de Prestação Continuada (BPC), ao novo conceito de pessoa com deficiência vigente no âmbito constitucional pátrio.

346 No mesmo sentido, cf. MENDONÇA, Luiz Eduardo Amaral de. Op. Cit.

5.1 A CARACTERIZAÇÃO DA DEFICIÊNCIA E A JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA

Conforme destacado em tópico anterior, há de fato vários diplomas normativos que definem pessoa com deficiência, todavia, após a incorporação da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) ao ordenamento constitucional brasileiro, está em vigor um novo conceito de pessoa com deficiência. Mas não é só isso, há um novo arcabouço constitucional à disposição da concretização dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência.

Portanto, cabe agora avaliar se o posicionamento jurisprudencial adotado na concretização da política de cotas ao trabalho previsto no art. 37, VIII, encontra-se em harmonia com esse novo panorama inclusivo das pessoas com deficiência.

Isto é, precisa-se averiguar se o debatido Decreto nº 3.298/99, com as alterações conferidas pelo Decreto nº 5.296/2004 ainda estão servindo de parâmetro exclusivo à caracterização da deficiência.

Além disso, é preciso identificar se os tribunais superiores brasileiros já adotam o modelo biopsicossocial de deficiência, no qual se diferencia pessoa que tem deficiência daquela com deficiência.

Em outras palavras, esse modelo considera apenas pessoa com deficiência àquele indivíduo que, além de apresentar uma limitação funcional, também apresenta dificuldades de inserção social, em face das barreiras a ele impostas, em razão dessa limitação funcional identificada.

Por isso aqueles que apenas apresentarem uma ou mais limitações funcionais, mas não sofre nem um impedimento ou dificuldade de inserção social em razão desta, não se enquadra no conceito constitucional, atual, de pessoa com deficiência, e, por conseguinte, não deve ser considerado como beneficiário da política de cotas para o trabalho determinada pela Constituição Federal de 1988.

Para tanto, faz-se necessário analisar alguns julgados recentes dos tribunais superiores brasileiros, assim como de tribunais instalados no Rio Grande do Norte, em razão do recorte metodológico realizado no presente estudo, a fim de se identificar o parâmetro legal utilizado para a caracterização da pessoa com

deficiência na efetivação do comando constitucional referido.

Por tratar-se do direito ao trabalho, inicia-se essa averiguação pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST), que, em Outubro de 2012, assim se manifestou no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 11800-35.2011.5.21.0000, publicado no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho (DEJT) em 15/10/2012:

MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATA INSCRITA COMO PORTADORA DE NECESSIDADES ESPECIAIS. ENQUADRAMENTO COMO PNE NEGADO PELA COMISSÃO CENTRAL DO CONCURSO. DEFICIÊNCIA AUDITIVA UNILATERAL. ARTIGOS 3º E 4º DO DECRETO 3.298/1999. A interpretação dos arts. 3º e 4º do Decreto 3.298/1999 (com a redação dada pelo Decreto 5.296/2004) em harmonia com os dispositivos da Constituição da República, mormente com os seus arts. 1º, incs. II e III, e 3º, inc. IV, os quais evidenciam que, mediante as denominadas ações afirmativas, sejam efetivadas as políticas públicas de apoio, promoção e integração dos portadores de necessidades especiais, leva à conclusão de que a deficiência auditiva unilateral é suficiente para assegurar o direito do candidato concorrer a uma das vagas destinadas aos portadores de necessidades especiais a que aludem os arts. 37, inc. VIII, da Constituição da República e 5º, § 2º, da Lei 8.112/1990, não se exigindo que a deficiência auditiva seja bilateral. [...] (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 11800-35.2011.5.21.0000. Relator: Ministro João Batista Brito Pereira, Órgão Especial. Brasília, 01/10/2012, Publicado no DEJT do dia 15/10/2012. Disponível

em: <<http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>>. Acesso em: 14/04/2014) (grifos nossos)

Conforme se verifica com a leitura da emenda acima transcrita, o TST, mediante uma interpretação sistemática³⁴⁷ dos art. 3º e 4º do Decreto nº 3.298/1999, ampliou o rol de pessoas com deficiência exposto no art. 4º do referido decreto, moldando-o as exigências constitucionais de inclusão social e efetivação da ação afirmativa prevista no art. 37, VIII da CF.

Entretanto, ainda encontra-se atrelado ao modelo biomédico para caracterização da deficiência, visto que nada versa sobre a existência de barreiras que dificultem ou impeça o candidato de exercer qualquer de seus direitos fundamentais, apenas pauta-se na existência de uma limitação funcional, que, apesar de não estar expressamente definida como deficiência pela legislação regulamentar, dela pode ser inferida.

Observa-se, também, que o citado Tribunal, ainda, não utiliza no analisado acórdão a nomenclatura mais adequada à designação das pessoas com deficiência, eis que ainda faz uso da expressão “pessoa portadora de necessidades especiais” (PNE), assim como não tece qualquer referência a CDPD, deixando de aplicar a definição constitucional colacionada pela referida convenção.

É importante destacar que, analisando o inteiro teor da decisão comentada, verifica-se que o Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região (Rio Grande do Norte) cassou a liminar inicialmente concedida por esse mesmo Egrégio Tribunal Regional, com o fundamento de que a época da publicação do Edital discutido (2010), a legislação nacional em vigor não era suficiente para

347 “O método sistemático disputa com o teleológico a primazia no processo interpretativo. O direito objetivo não é um aglomerado aleatório de disposições legais, mas um organismo jurídico, um sistema de preceitos coordenados ou subordinados, que convivem harmonicamente. Sistema pressupõe ordem e unidade. A interpretação sistemática é fruto da ideia de unidade do ordenamento jurídico. Através dela, o intérprete situa o dispositivo a ser interpretado dentro do contexto normativo geral e particular, estabelecendo as conexões internas que enlaçam as instituições e as normas jurídicas.” (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7 ed rev. São Paulo: Saraiva, 2009. 2 tiragem, 2010, p. 106).

caracteriza a Impetrante como “candidato portador de deficiência física”, em face da sua perda auditiva unilateral, logo, neste julgamento o tribunal referido utilizou como parâmetro legal o supracitado decreto de 1999.

Todavia, tal argumento não deve prosperar, haja vista que desde agosto de 2008 a CDPD fora ratificada pelo Brasil com hierarquia de norma constitucional, alterando, sensivelmente, a definição de pessoa com deficiência, pois o conceito insculpido na citada convenção é mais amplo do que àquele disposto na legislação infraconstitucional utilizada pelo mencionado tribunal, abarcando, portanto, tantos outros casos que não estejam ali enumerados.

Ademais, repita-se, hoje a caracterização da pessoa com deficiência não mais se encontra vinculada exclusivamente à patologia, mais também a interação do indivíduo com o meio ambiente, em razão da limitação funcional por ele apresentada, motivo pelo qual os operadores do Direito devem estar atentos à necessidade de interpretar a legislação infraconstitucional em conformidade com o novo paradigma constitucional, abandonando-se o modelo biomédico para definição de deficiência e adotando o biopsicossocial.

Outro Acórdão digno de menção e análise é o proferido no julgamento conjunto de Reexame Necessário e Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 29400-69.2011.5.21.0000, publicado no DEJT em 15 de outubro de 2012³⁴⁸.

348 “[...] CONCURSO PÚBLICO PARA SERVIDOR. PERDA AUDITIVA SUPERIOR A 41 dB EM UM DOS OUVIDOS. ENQUADRAMENTO COMO DEFICIENTE PARA CONCORRER A VAGA DESTINADA AOS PORTADORES DE NECESSIDADES ESPECIAIS. O art. 4º do Decreto nº 3.298/99, que enumera as deficiências hábeis a autorizar que o candidato em concurso público concorra às vagas reservadas aos portadores de necessidades especiais, exige perda auditiva bilateral superior a 41 dB, não permitindo em sua literalidade enquadrar como deficiente o impetrante, portador de perda auditiva bilateral de 46,5 dB na orelha direita e 30 dB na orelha esquerda. Contudo, o rol de deficiências previsto no dispositivo regulamentar em foco não é exaustivo, demandando leitura à luz do conceito de deficiência oferecido pelo art. 1º da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, norma trazida para a ordem jurídica interna com status de Emenda Constitucional, nos termos do art. 5º, § 3º, da CF. Nesse contexto, considerando que a perda auditiva de que é portador o impetrante foge do padrão de normalidade física, trazendo-lhe limitações sensoriais que impedem a sua convivência em pé de igualdade com as demais pessoas, impõe-se reconhecer a

Em análise à referida emenda, observa-se que, nesse acórdão, o TST realizou, mais uma vez, interpretação sistemática do Decreto nº 3.298/199, de modo a considerar como deficiência, limitação funcional não constante no rol do art. 4º, entretanto, a esta acrescentou ponderação quanto ao conceito constitucional de deficiência advindo da CDPD³⁴⁹, realizando interpretação que privilegia o Princípio da Supremacia da Constituição.

Registre-se, também, que no momento que o Colendo Tribunal reconheceu que as limitações sensoriais vividas pelo candidato “impedem a sua convivência em pé de igualdade com as demais pessoas”, dito tribunal acabou por fazer uso do modelo biopsicossocial para caracterizar o candidato como pessoa com deficiência, abandonando, desta feita, o modelo anterior.

Destaque-se que, nas razões do voto proferido pela Ministra Dora Maria da Costa, o Órgão Especial do TST claramente reconhece que as normas infraconstitucionais que regem a matéria são normas integrantes da “diretriz constitucional de garantia da proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência, e têm o escopo de assegurar efetivamente a isonomia.” E por isso, necessitam ser interpretadas “em obediência à máxima da dignidade da pessoa humana, em função dos interesses constitucionais protegidos.”. E assevera, ainda, que:

Nessa interpretação conjunta, há de se conferir especial relevo às normas inscritas na Constituição Federal, tendo em vista a inquestionável supremacia de que é dotado o texto constitucional

sua condição de deficiente físico, tendo direito líquido e certo à reserva de vagas prevista nos arts. 37, VIII, da CF e 5º, § 2º, da Lei nº 8.112/90. Precedentes deste Órgão Especial e do Superior Tribunal de Justiça. Remessa necessária e recurso ordinário conhecidos e não providos. (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Reexame Necessário e Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 29400-69.2011.5.21.0000. Relator: Ministra Dora Maria da Costa, Órgão Especial. Brasília, 01/10/2012, Publicado no DEJT do dia 15/10/2012. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>>. Acesso em: 14/04/2014) (grifos nossos).

349 “À luz desse conceito, reitere-se, dotado de status constitucional, é que devem ser lidas todas as normas que visam traçar os limites da proteção às pessoas portadoras de deficiência, entre elas o já mencionado art. 4º do Decreto nº 3.298/99.” (Idem).

e os valores neles positivados. Na linha desse entendimento, a doutrina vem propondo que o administrador público contemporâneo não se submete apenas ao princípio da legalidade estrita, mas, sim, ao princípio da juridicidade, pautado pela aplicação da lei à luz da Constituição.³⁵⁰.

Diante desse acórdão, resta evidente que o Tribunal Superior do Trabalho reconhece a importância da política de cotas ao trabalho prevista no art. 37, VIII, da CF, bem como busca pautar sua atuação na concretização de tal dispositivo, conferindo interpretação sistemática à legislação infraconstitucional, compatibilizando-a com as mudanças ocorridas na Constituição Federal, em razão da ratificação da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência³⁵¹, tudo em homenagem ao Princípio da Supremacia da Constituição, princípio esse que não pode ser olvidado quando se estiver diante de interpretação constitucional.

Frise-se que os dois acórdãos acima analisados foram julgados no mesmo dia, pelo mesmo órgão julgador, contudo, em cada uma das decisões fora aplicado um modelo diferente para caracterização da deficiência, sendo, portanto, lícito inferir que os Ministros integrantes deste Colendo Tribunal já visualizaram algumas mudanças constitucionais operadas pela CDPD no âmbito normativo pátrio, principalmente, no que tange ao modelo vigente para caracterização da deficiência, todavia, ainda é majoritária a aplicação do modelo biomédico na jurisprudência deste tribunal superior, conforme revela a pesquisa jurisprudencial realizada, tendo como exemplo recente o acórdão³⁵² proferido em razão de

350 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Reexame Necessário e Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 29400-69.2011.5.21.0000. Relator: Ministra Dora Maria da Costa, Órgão Especial. Brasília, 01/10/2012, Publicado no DEJT do dia 15/10/2012. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>>. Acesso em: 14/04/2014.

351 Ainda nesta seara, destaca-se o acórdão proferido no julgamento do Recurso Ordinário nº 9-84.2012.5.12.0000, que, assim como o anteriormente citado, também reconhece a necessidade de interpretar o art. 4º do Decreto nº 3.298/99 como rol meramente exemplificativo, em face da ratificação da CDPD.

352 No mesmo sentido, cf. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 8829-08.2011.5.02.0000. Relator: Ministro

juízo de Reexame Necessário em Mandado de Segurança nº 1220-74.2012.5.15.0000, julgado em 02/09/2013³⁵³.

Em consequência desse posicionamento majoritário, verifica-se que o TST, no intuito de concretizar o art. 37, VIII, da CRFB, vem contribuindo para o enquadramento errôneo de indivíduos no grupo de pessoas com deficiência, e, conseqüentemente, vem deferindo o benefício da reserva de vaga em cargos e empregos públicos a pessoas que não possuem qualquer dificuldade ou impedimento para sua plena inserção no mercado laboral em detrimento daqueles que efetivamente necessitam fazer uso dessa política afirmativa para ter seu direito fundamental ao trabalho efetivado.

Então, com esse posicionamento, o Colendo Tribunal, ao invés de contribuir efetivamente para a efetivação do comando constitucional supra referido, o descaracteriza, reduzindo ainda mais as chances dos integrantes desse grupo vulnerável conseguir ocupar um posto de trabalho no serviço público, já que parte das vagas a eles reservadas estão sendo ocupadas por indivíduos com limitação funcional, mas não caracterizados com pessoas com deficiência, ante a ausência de barreiras para o pleno exercício de seus direitos.

Ainda no âmbito trabalhista, cabe aqui analisar o posicionamento do TRT 21ª Região, uma vez que este é o tribunal com competência trabalhista no Estado do Rio Grande do Norte, local onde estão sediadas as Instituições Federais de Ensino objeto de estudo deste trabalho.

João Oreste Dalazen, Órgão Especial. Brasília, 03/06/2013, Publicado no DEJT 28/06/2013. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br>>. Acesso em: 08/04/2014.

353 “REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. INSCRIÇÃO. ANALISTA JUDICIÁRIO. PESSOA DEFICIENTE AUDITIVA. SURDEZ UNILATERAL. ANACUSIA. RESERVA DE VAGA 1. A perda auditiva igual ou superior a 41 decibéis (dB) em pelo menos um dos ouvidos (surdez unilateral), aferida por audiograma nas frequências de 500HZ, 1.000HZ, 2.000HZ e 3.000HZ, caracteriza deficiência auditiva. Inteligência dos arts. 3º e 4º do Decreto nº 3.298/99 com a redação do Decreto nº 5.296/2004. 2. Nessa condição, assegura-se à pessoa com surdez unilateral, nos concursos públicos, a reserva de vagas destinadas aos candidatos com deficiência física. 3. Reexame necessário conhecido e ao qual se nega provimento.” (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Reexame Necessário em Mandado de Segurança nº 1220-74.2012.5.15.0000. Relator: Ministro João Oreste Dalazen, Órgão Especial. Brasília, Julgado em 02/09/2013, Publicado no DEJT do dia 13/09/2013).

De acordo com a pesquisa realizada nos acórdãos do Egrégio Tribunal, verifica-se que, assim como o TST, o mencionado tribunal regional também adota como parâmetro para caracterização da deficiência o Decreto nº 3.298/99, e suas alterações posteriores, realizando, igualmente, interpretação sistemática do citado diploma legal, assim como ainda encontra-se aplicando o modelo biomédico, visto que valoriza apenas a existência de limitação funcional para enquadrar alguém como pessoa com deficiência, não atentando para o novo conceito insculpido na CDPD, nem para o modelo biopsicossocial³⁵⁴.

Ressalte-se que, da mesma forma que o TST, o posicionamento do TRT 21ª Região também contribui para o desvirtuamento da política de cotas ao trabalho, constitucionalmente instituída, haja vista o defasado parâmetro legal utilizado para caracterização da pessoa com deficiência, nos termos acima explicitados.

Partindo agora para uma análise do posicionamento do Tribunal Superior de Justiça (STJ) sobre a temática em enfoque, destaca-se o Acórdão proferido no Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança nº 24.445 - RS, publicado no Diário da Justiça Eletrônico (DJe) em 17 de outubro de 2012³⁵⁵.

354 Sobre o assunto, cf. BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 21ª Região. Mandado de Segurança nº 36900-89.2011.5.21. Acórdão nº 113.999. Impetrante: Fernanda Daniele Gonçalves de Macedo. Impetrado: Desembargador Presidente do TRT da 21ª Região. Des. Relatora: Maria de Lourdes Alves Leite. Natal, Julgado em 15/12/2011, Divulgado no DEJT nº 879, em 20/12/2011, Publicado em 21/12/2011. Traslado nº 01614/2011. Disponível em: <<http://www.trt21.jus.br/asp/jurisprudencia/pesquisatextual.asp>>. Acesso em: 14/04/2014; BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 21ª Região. Mandado de Segurança nº 25900-92.2011.5.21. Acórdão nº 113.737. Impetrante: Alberto Jorge Araújo. Impetrado: Desembargador Presidente do TRT da 21ª Região. Des. Relatora: Lygia Maria de Godoy Batista Cavalcanti. Natal, Julgado em 01/12/2011, Divulgado no DEJT nº 874, em 13/12/2011, Publicado em 14/12/2011. Traslado nº 01592/2011. Disponível em: <<http://www.trt21.jus.br/asp/jurisprudencia/pesquisatextual.asp>>. Acesso em: 14/04/2014.

355 “ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA AUDITIVA UNILATERAL. RESERVA DE VAGA. POSSIBILIDADE. DILAÇÃO PROBATÓRIA. DESNECESSIDADE. SURDEZ AFERIDA POR JUNTA MÉDICA. 1. A solução da controvérsia não exige dilação probatória, pois não se discute o grau de deficiência do recorrente, que já foi aferido por junta médica, mas, sim, determinar se a surdez unilateral configura deficiência física, para fins de aplicação da legislação protetiva. 2. Nos termos da Lei nº 7.853/1989,

Como é possível verificar na leitura da ementa mencionada, o STJ já possui entendimento pacificado quanto à possibilidade de caracterização da deficiência física por perda auditiva unilateral, desde que igual ou superior a 41 decibéis.

Ou seja, ante a vigência do modelo biomédico, o referido Tribunal já realizava uma interpretação sistemática das normas regulamentares, como se pode verificar no inteiro teor do Acórdão acima referido³⁵⁶, tomando por base a legislação infraconstitucional que rege a matéria, mais precisamente a Lei nº 7.853/1989 e o Decreto nº 3.298/1999, com a redação conferida pelo Decreto nº 5.296/2004.

Desse modo, o STJ considera o art. 4º do Decreto nº 3.298 como um rol meramente exemplificativo, o qual deve ser interpretado em conjunto com o disposto no artigo antecedente, de forma a se privilegiar a Política de Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, disposta na referida lei.

regulamentada pelos Decretos nos 3.298/1999 e 5.296/2004, toda perda de audição, ainda que unilateral ou parcial, de 41 decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500HZ, 1.000HZ, 2.000Hz e 3.000Hz, caracteriza deficiência auditiva. 3. O laudo médico oficial confirmou que o candidato possui “deficiência acústica unipolar” no ouvido esquerdo, o que se revela suficiente para a caracterização da deficiência, porquanto a bilateralidade da perda auditiva não é legalmente exigida nessa seara. 4. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que a pessoa que apresenta surdez unilateral tem direito a vaga reservada a portadores de deficiência. A propósito: AgRg no AREsp 22.688/PE, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/4/2012, DJe 2/5/2012; AgRg no RMS 34.436/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 3/5/2012, DJe 22/5/2012; AgRg no REsp 1.150.154/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 21/6/2011, DJe 28/6/2011; RMS 20.865/ES, Rel. Ministro PAULO MEDINA, SEXTA TURMA, julgado em 3/8/2006, DJ 30/10/2006. 5. Agravamento regimental a que se nega provimento.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravamento Regimental no Recurso em Mandado de Segurança nº 24.445/RS. Relator: Ministro OG FERNANDES. Brasília, 09/10/2012. Publicado no DJe 17/10/2012. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 05/04/2014).

356 “O agravo não merece êxito, porquanto a interpretação dada à Lei nº 7.853/1989, que dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, e ao Decreto nº 3.298/1999, cujo art. 3º, I, define, para fins do benefício previsto no referido art. 37, VIII, CF/1988, os contornos da expressão “pessoas portadoras de deficiência”, é consonante com a jurisprudência firmada nesta Corte Superior no sentido de que a pessoa que apresenta surdez unilateral tem direito a vaga reservada a portadores de deficiência, em concursos públicos.” (Idem).

Portanto, mediante mencionado método interpretativo, o STJ busca concretizar o comando constitucional insculpido no art. 37, VIII da CF, e, conseqüentemente, auxiliar na integração social da pessoa com deficiência, garantindo-lhe o direito fundamental ao trabalho.

Entretanto, em verdade, em razão a esta estrita vinculação a aspectos biomédicos, o Superior Tribunal de Justiça acaba por desvirtuar o intento da ação afirmativa disposta constitucionalmente, eis que reconhece como pessoa com deficiência indivíduos que, a priori, possuem apenas limitações funcionais, sem se perquirir se tais limitações são responsáveis por sua dificuldade ou impedimento em inserir-se socialmente.

Note-se que esta ausência de atualização do parâmetro legal para a identificação da pessoa com deficiência, além de causar distorções no sistema, gera também um ranço da sociedade em desfavor de ações afirmativas, pois se visualiza cotidianamente a excepcionalização do critério meritocrático para o reiterado privilégio de indivíduos “normais” – isto é, indivíduo cuja deficiência apresentada não o impede ou dificulta o exercício de seus direitos, por isso, são tidos como os mais “espertos”, que se aproveitam de um falha do sistema para tirar proveito imoral, e agora com a ratificação da CDPD, ilegal –, quando dita medida de exceção deveria ser utilizada para beneficiar pessoas em situação de vulnerabilidade real, que teve e tem dificuldades e impedimentos de acesso a seus direitos fundamentais, tais como educação, locomoção, lazer, etc.

Contudo, como se pode observar no acórdão proferido em Recurso ao Mandado de Segurança nº 34.902 – PR, publicado no DJe em 13 de dezembro de 2011³⁵⁷, o STJ tem conhecimento do novo panorama

357 “ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. INAPTIDÃO TEMPORÁRIA CONSTATADA A PRIORI. PERDA PROGRESSIVA DE AUDIÇÃO BILATERAL. LAUDOS COMPLEMENTARES. NECESSIDADE DE SIMPLES USO DE APARELHO AUDITIVO. CONCEITO DE “ADAPTAÇÃO RAZOÁVEL” (CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E POLÍTICA NACIONAL PARA A INTEGRAÇÃO DA PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA). CANDIDATO QUE DEVE SER CONSIDERADO “APTO” PARA O DESEMPENHO DO CARGO PÚBLICO.

(...) 5. Note-se, portanto, que a realidade da vida é apenas uma: o recorrente-impetrante é candidato portador de deficiência, embora não tenha concorrido às vagas destinadas aos PNEs. Se é deficiente auditivo, ele pode se valer de todo o microsistema normativo de proteção de sua situação especial, mesmo que tenha optado por concorrer como “não-PNE”. E assim é por um motivo claro, qual seja, a necessidade de observar sempre a norma que mais realize o vetor da

constitucional inovado pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, eis que a utiliza para reconhecer o direito à posse de cargo público por candidato com perda progressiva de audição bilateral, uma vez que, em face da existência da adaptação razoável, não se visualiza qualquer incapacidade do candidato em desenvolver as atribuições de seu cargo.

Conforme se observa, o Ministro Relator, Dr. Mauro Campbell Marques, desenvolve toda a sua argumentação jurídica em face da CDPD, considerando que, por trata-se de norma ratificada pelo Brasil,

dignidade humana no caso concreto. 6. Nessa esteira, e acordo com o art. 2º do Decreto 6.949/09, que promulgou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, considera-se adaptação razoável “as modificações e os ajustes necessários e adequados que não acarretem ônus desproporcional ou indevido, quando requeridos em cada caso, a fim de assegurar que as pessoas com deficiência possam gozar ou exercer, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos humanos e liberdades fundamentais” (no mesmo sentido, v. art. 19 do Decreto n. 3.298/99, que institui a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência), sendo dever de qualquer Estado-partes “[a]bster-se de participar em qualquer ato ou prática incompatível com a presente Convenção e assegurar que as autoridades públicas e instituições atuem em conformidade com a presente Convenção”. 7. Entre as obrigações imputáveis aos Estados-partes, cuja observância é garantida pela referida Convenção, encontra-se o direito ao trabalho/emprego (em sentido praticamente idêntico, cf. arts. 34 e ss do Decreto n. 3.298/99). A ver: “Artigo 27. Trabalho e emprego. 1.Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência ao trabalho, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. Esse direito abrange o direito à oportunidade de se manter com um trabalho de sua livre escolha ou aceitação no mercado laboral, em ambiente de trabalho que seja aberto, inclusivo e acessível a pessoas com deficiência. Os Estados Partes salvaguardarão e promoverão a realização do direito ao trabalho, inclusive daqueles que tiverem adquirido uma deficiência no emprego, adotando medidas apropriadas, incluídas na legislação, com o fim de, entre outros: a) Proibir a discriminação baseada na deficiência com respeito a todas as questões relacionadas com as formas de emprego, inclusive condições de recrutamento, contratação e admissão, permanência no emprego, ascensão profissional e condições seguras e salubres de trabalho; [...] g) Empregar pessoas com deficiência no setor público; [...] i) Assegurar que adaptações razoáveis sejam feitas para pessoas com deficiência no local de trabalho;”. 8. Assim sendo, revela-se ilegítimo ato da Administração Pública que não permite nomeação e posse do recorrente-impetrante em razão de alegada deficiência auditiva incompatível com o cargo em disputa quando é possível, mediante simples uso de aparelho auditivo, que o candidato compense satisfatoriamente a inaptidão. 9. Recurso ordinário em mandado de segurança provido.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 34.902/PR. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Brasília, 06/12/2011. Publicado no Dje 13/12/2011. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 05/04/2014) (grifos não existentes no original).

a legislação nacional infraconstitucional precisa ser interpretada com fulcro nessa nova conjuntura de inclusão social e proteção às pessoas com deficiência, garantindo-lhe o direito ao trabalho.

Note-se que no caso em comento, o Impetrante é pessoa com deficiência, contudo, optou por não fazer uso da política de cotas constitucionalmente assegurada, tendo sido aprovado e convocado pela lista geral de candidatos, todavia, teve seu direito à nomeação, e à posse, tolhido pela Administração Pública, que, em nítido caráter discriminatório, considerou o Impetrante não apto ao exercício do cargo, mesmo quando junta médica oficial asseverava que a deficiência do Impetrante era transitória, pois poderia ser afastada mediante o uso de aparelho auditivo.

No intuito de corrigir a distorção acima aponta, o Colendo STJ utilizou-se dos ditames constitucionais da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, ratificada pelo Brasil com status de norma constitucional, eis que, a partir da ratificação desta, o microsistema de proteção das pessoas com deficiência adquiriu novos contornos, os quais necessitam ser plenamente observados pelos aplicadores do Direito em observância ao Princípio da Supremacia da Constituição, de forma a possibilitar a máxima eficácia das normas constitucionais, concretizando o direito fundamental ao trabalho das pessoas com deficiência.

Porém, apesar disso, em matéria de identificação de quem realmente possa ser considerado pessoa com deficiência, o Colendo Tribunal ainda encontra-se atrelado aos parâmetros normativos anteriores a CDPD, não tendo, neste ponto, atualizado sua jurisprudência, pois insiste na supervalorização apenas de limitações funcionais para enquadramento de alguém neste grupo fragilizado, haja vista que em nem um dos seus julgados pesquisados perquire sobre a existência de barreiras ambientais e atitudinais que dificultem ou impeçam o pleno exercício de direitos fundamentais.

Considerando que a jurisprudência é fonte secundária do Direito e, por isso, influencia a adoção de entendimentos e práticas administrativas, é importante aqui analisar a jurisprudência dominante no Tribunal Regional Federal da 5ª Região, visto que este é o Tribunal responsável para dirimir as lides instaladas nas relações entre as Instituições Federais de Ensino sediadas no Rio Grande do Norte, objeto de estudo no item seguinte.

De modo similar ao cenário encontrado na jurisprudência do STJ, o TRF 5ª Região também demonstra em seus julgados ainda estar

aplicando exclusivamente o disposto no Decreto nº 3.298/99, mediante uma interpretação conjunta dos art. 3º e 4º deste regulamento, como parâmetro legal objetivo na caracterização da pessoa com deficiência, não averiguando a existência de qualquer outro fator a não ser a existência de limitação funcional³⁵⁸.

358 Sobre o assunto, cf. alguns dos julgados pesquisados: “ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO QUE APRESENTA PERDA AUDITIVA DE 80 a 95 DECIBÉIS EM UM OUVIDO E DE 25 a 35 DECIBÉIS NO OUTRO. NOMEAÇÃO NA CONDIÇÃO DE PORTADOR DE NECESSIDADES ESPECIAIS. POSSIBILIDADE. DECRETO Nº 3.298/99. 1. Sentença que julgou procedente o pedido autoral, que objetivava o reconhecimento de sua condição de deficiente auditivo, nos termos do art. 4º, II, do Decreto nº 3.298/1999 e, em consequência, a anulação do ato administrativo nº 301/2007-TRT, que tornou sem efeito o ato nº 223/2007-TRT, que o nomeou para o cargo de técnico judiciário - área administrativa, na condição de portador de necessidades especiais, do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região; sob o argumento de que a perícia médica do referido Tribunal havia concluído que o Autor-Apelado não seria considerado portador de deficiência auditiva. 2. O entendimento do Superior Tribunal de Justiça - STJ é pacífico acerca do tema, no sentido de que “o inciso II do artigo 4º do Decreto 3.298/99 deve ser interpretado em consonância com os termos do artigo 3º, I, do mesmo Decreto, que define deficiência como 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”, assegurando, portanto, a reserva de vaga para deficiente auditivo, seja ela unilateral ou bilateral. 3. No caso em apreço, o Autor/Apelado apresenta perda auditiva de 80 a 95 decibéis no ouvido direito e de 25 a 35 decibéis no ouvido esquerdo, devendo, portanto, ter a sua nomeação garantida, na condição de portador de necessidades especiais. 4. Apelação e Remessa Necessária improvidas. (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação em Reexame Necessário nº 13009/RN. Relator: Desembargador Federal Geraldo Apoliano. Recife, 12/07/2012. Terceira Turma. Publicado no Diário da Justiça Eletrônico TRF5 (DJE) - 23/07/2012 - Página 346. Disponível em: <www.trf5.gov.br>. Acesso em: 08/04/2014)

“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. VISÃO MONOCULAR. COMPROVAÇÃO. LAUDO MÉDICO. RECONHECIMENTO DO DIREITO DO IMPETRANTE, PELA UNIVERSIDADE, À CONCORRER ÀS VAGAS DESTINADAS AOS PORTADORES DE NECESSIDADES ESPECIAIS. 1. Impetrante que concorreu ao cargo de Secretário Executivo na condição de portador de deficiência visual - visão monocular, nas vagas reservadas aos portadores de deficiência, sendo aprovado em primeiro lugar. Publicada a homologação do concurso em 7-5-2013, foi convocado para se submeter à perícia médica onde foi considerado inapto pela Junta Médica, mesmo sendo portador de visão monocular, decorrente de atrofia peripapilar do olho esquerdo (CID: H54.4), conforme laudo médico expedido pela Drª Michelle G. Barros. 2. “O portador de visão monocular tem direito de concorrer, em concurso público, às vagas reservadas aos deficientes” - Verbete

As ementas pesquisadas demonstram o quanto à jurisprudência do TRF em estudo é amplamente influenciada pelos julgados e súmulas do STJ nesta matéria, portanto, infere-se que uma necessária guinada nos julgados do mencionado Tribunal Superior, à valorizar a aplicação da CDPD e reconhecer seu impacto no ordenamento jurídico pátrio, seria refletida também na jurisprudência daquele tribunal regional, contribuindo para uma correta concretização do comando constitucional insculpido no art. 37, VIII, da CRFB, de modo que somente aquelas pessoas que têm deficiência e enfrentam barreiras na efetivação de seus direitos passaria a ser consideradas pessoas com deficiência e, por conseguinte, beneficiárias da reserva de vagas em comento.

Por último, cabe agora averiguar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição Federal, na temática proposta.

Em razão do estudo jurisprudencial realizado, observou-se que a matéria em debate não vem sendo discutida com frequência no Supremo.

Acredita-se que a existência de diversos sistemas impeditivos de recurso, bem como a abordagem costumeiramente dispensada à temática, que enfatiza a definição constante no Decreto nº 3.298/1999, ao invés daquela decorrente da norma constitucional, mais precisamente do art. 1º da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, tem dificultado o pronunciamento do STF sobre o mérito da definição de pessoa com deficiência.

Apesar do exposto acima, registre-se a existência da ADPF nº 182, que será tratada em tópico próprio, e de um julgado do Supremo que enfrenta parcialmente a temática, por isso cabe destacar aqui o Acórdão proferido no Agravo Regimental em Mandado de Segurança nº 29.910 – DF, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, publicado no DJe em 01 de agosto de 2011.

nº 377 da Súmula de Jurisprudência do STJ. 3. A UFERSA reconheceu o direito do autor de concorrer às vagas destinadas aos portadores de necessidades especiais diante da conclusão do Laudo Médico Id. 59959 de que o impetrante sofre de visão monocular. Remessa necessária improvida. (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação em Reexame Necessário em PJE nº 08001304120134058401. Relator: Desembargador Federal Rubens de Mendonça Canuto. Recife, 14/11/2013. Terceira Turma. Disponível em: <www.trf5.gov.br>. Acesso em: 08/04/2014)

Nesse julgado o Ministro Gilmar Mendes faz uso de uma interpretação literal³⁵⁹ do disposto no Decreto nº 3.298/99, entendendo que a deficiência auditiva só se qualifica pela perda bilateral, nos parâmetros elencados no citado decreto³⁶⁰.

Todavia, na parte final do transcrito voto, o Ministro sinaliza para a possibilidade de se fazer uso de uma interpretação sistemática, ou mesmo teleológica³⁶¹, do mencionado decreto, quando menciona que “discutir se a lesão apresentada pelo impetrante limitaria suficientemente sua função física a ponto de qualificá-lo como portador de deficiência demandaria extensa dilação probatória”, ou seja, infere-se que o Ministro não se demonstra contrário ao alargamento das hipóteses previstas no debatido decreto, apenas ressalta não ser o Mandado de Segurança meio adequado para a produção de novas provas necessária ao alargamento do conceito estabelecido no Decreto nº 3.298/1999.

Em face do Acórdão citado, observa-se que o STF parece não tomar conhecimento que há um novo conceito de pessoa com de-

359 Conforme Barroso (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7 ed rev. São Paulo: Saraiva, 2009. 2 tiragem, 2010, p. 101), a interpretação literal pode ser assim compreendida: “Pela interpretação gramatical – também dita textual, literal, filológica, verbal, semântica – se cuida de atribuir significados aos enunciados linguísticos do texto constitucional”.

360 “O Decreto 3.298/99, que regulamenta a Lei 7.853/1989, ao dispor sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, qualificou como deficiência auditiva a ‘perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500HZ, 1.000HZ, 2.000Hz e 3.000HZ’. Logo, por si só, a perda auditiva unilateral não é condição apta a qualificar o candidato a concorrer às vagas destinadas aos portadores de deficiência. Por outro lado, discutir se a lesão apresentada pelo impetrante limitaria suficientemente sua função física a ponto de qualificá-lo como portador de deficiência demandaria extensa dilação probatória, inclusive a produção de prova pericial.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Mandado de Segurança nº 29.910/DF. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 21/06/2011. Divulgado no DJe-146, do dia 29-07-2011. Publicado em 01-08-2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 08/05/2014).

361 Barroso (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7 ed rev. São Paulo: Saraiva, 2009. 2 tiragem, 2010, p. 108) assim define a interpretação teleológica: “Chama-se de teleológico o método interpretativo que procura revelar o fim da norma, o valor ou bem jurídico visado pelo ordenamento com a edição de dado preceito”.

ficiência e, o mais grave, que esse conceito é norma constitucional de observância obrigatória e conformadora da legislação infraconstitucional, como vem reconhecendo os Tribunais Superiores analisados anteriormente.

O Supremo permanece, ainda hoje, a aplicar e discutir a definição de pessoa com deficiência exposta no Decreto nº 3.298/99, com a redação conferida pelo Decreto nº 5.296/2004, sem, contudo, realizar uma interpretação da referida legislação em conformidade com as normas da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência³⁶², dificultando, desta forma, a efetivação da norma constitucional ante a aplicação irrestrita da interpretação literal de dispositivo infraconstitucional dissonante do novo panorama constitucional surgido com a ratificação da CDPD.

Como bem adverte Barroso³⁶³, a interpretação literal, também conhecida como gramatical, textual, filológica, verbal, semântica, deve constituir-se no momento inicial do processo interpretativo e não o único momento, evitando-se o excessivo apego ao texto normativo, que poderá conduzir a injustiças.

Nesse diapasão, é importante destacar a lição de Luiz Alberto David Araújo³⁶⁴ que, considerando o fato de as pessoas com deficiência constituir-se num grupo multifacetado, onde as deficiências possuem as mais variadas origens, assim se manifesta:

Na hora de analisarmos quem é pessoa portadora de deficiência, não podemos perder de vista que estamos diante de um conceito inclusivo, onde devemos ter uma visão larga da questão. Assim os critérios devem deixar de restringir o tema, pensando de forma ampla, para que todos os grupos possam ser incluídos

362 O único julgado encontrado que faz expressa referência a CDPD é aquele que julga a ADI nº 2.649-6/DF, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, onde se discute a constitucionalidade da Lei nº 8.899, de 29 de junho de 1994, que concede passe livre, no transporte rodoviário, às pessoas com deficiência.

363 BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit., p. 101.

364 ARAÚJO, Luiz Alberto David. A Proteção Constitucional das Pessoas Portadoras de Deficiência: Algumas Dificuldades para Efetivação dos Direitos. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). Igualdade, Diferença e Direitos Humanos. 2 tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 917.

socialmente. Para tanto, o conceito de pessoa portadora de deficiência deve ser um conceito alargado, de maneira que a Constituição Federal cumpra a sua tarefa.

Ou seja, a interpretação literal ou gramatical do conceito de pessoa com deficiência previsto no Decreto nº 3.298/1999 não vem demonstrando-se adequada à concretização da política de cotas prevista no art. 37, VIII da CF.

Ademais, não se pode olvidar que, atualmente, não basta à comprovação da limitação funcional para considerar alguém pessoa com deficiência nos termos da CDPD, é preciso atentar para a existência de barreiras que dificultem ou impeçam o pleno exercício de direitos, eis que a ação afirmativa é meio idôneo na busca pela concretização de direitos fundamentais de grupos vulneráveis, sendo inconstitucional (além de imoral) o uso deste instrumento para instituir privilégios odiosos àqueles que não são vitimados por suas deficiências.

Nesse contexto, frise-se, mais uma vez, que com a ratificação da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência pelo Brasil com hierarquia de norma constitucional, um novo microsistema ingressou no ordenamento jurídico pátrio, o qual, ante seu status de norma constitucional, deve regular a interpretação da legislação infraconstitucional, de modo a se manter a unidade do sistema jurídico e a supremacia da Constituição.

Conforme se pode observa nas casuísticas analisadas acima, verifica-se que os tribunais brasileiros ainda encontram-se atrelados, quase que exclusivamente, a definição disponível no Decreto nº 3.298/99, bem como ao modelo biomédico de deficiência, não tendo ainda atentado para a mudança de paradigma ocorrida no ordenamento constitucional pátrio.

Isso indica que é preciso investir mais na divulgação dos impactos ocasionados ao ordenamento jurídico brasileiro, em face da ratificação da CDPD com hierarquia constitucional, principalmente no que tange ao novo conceito de pessoa com deficiência e ao modelo vigente para a caracterização deste grupo.

Some-se a isso a necessidade de adequação da legislação infraconstitucional ao parâmetro constitucional acima citado, de acordo com as obrigações assumidas pelo Brasil com a assinatura

e ratificação da retro mencionada convenção. Tudo isso para viabilizar a correta concretização da política de cotas ao trabalho instituída constitucionalmente.

5.1 A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 182

Em pesquisa ao site do Supremo Tribunal Federal, verificou-se estar em curso uma ação do controle abstrato de constitucionalidade, a qual discute a inconstitucionalidade do conceito de pessoa com deficiência empregado na Lei nº 8.742/93, que dispõe sobre a organização da Assistência Social, bem como regulamenta a concessão do Benefício de Prestação Continuada (BPC) ao idoso e à pessoa com deficiência, previsto no art. 203, V, da CRFB.

Trata-se da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 182, onde a Procuradoria-Geral da República (PGR) requer a declaração de invalidade, por não recepção, do art. 20, § 2º da citada lei³⁶⁵, de forma que seja empregado o conceito constitucional de pessoa com deficiência insculpido no art. 1º da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

A ADPF encontra-se prevista no art. 102, § 1º da CRFB e constitui-se em instrumento pelo qual se realiza o controle de constitucionalidade judicial, abstrato e repressivo, tendo como traço marcante a subsidiariedade, isto é, visa preencher as lacunas deixadas pelas demais garantias e ações do controle abstrato de constitucionalidade, de modo a tornar o sistema de controle mais completo e complexo³⁶⁶.

Em virtude disso, a ADPF não se presta ao papel de substituir as garantias e ações já existentes, sendo à única que tutela

365 Art. 20, da Lei nº 8.742/1993: “O benefício de prestação continuada é a garantia de 1 (um) salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 70 (setenta) anos ou mais e que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família.”

§ 2º: “Para efeito de concessão deste benefício, a pessoa portadora de deficiência é aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho.”

366 No mesmo sentido, cf. DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. Curso de Processo Constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

especificamente o descumprimento de preceito fundamental, assim como permite a impugnação de ato do Poder Público anterior a Constituição, nas três esferas de governo, conforme disposições da Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, que veio a regulamentar o disposto no art. 102, § 1º da CRFB.

De acordo com a Lei nº 9.882/1999, a ADPF “terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.”³⁶⁷, sendo cabível “quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”³⁶⁸.

Logo, por ser a Lei nº 8.742/1993 – objeto de controle – anterior à incorporação da CDPD ao bloco formal e material de constitucionalidade brasileiro, a única ação de controle de constitucionalidade abstrato cabível é a ADPF.

Note-se que a debatida ação possui como parâmetro de controle “preceito fundamental, decorrente da Constituição”, nos termos do art. 102, § 1º, da CRFB. Portanto, não é qualquer norma constitucional que é parâmetro de controle, apenas aquelas que se constituem em verdadeiro preceito fundamental.

A doutrina diverge bastante sobre quais normas constitucionais podem ser consideradas preceitos fundamentais. Podem-se destacar três correntes: a) a restritiva; b) a extensiva; e c) a moderada.

Na primeira, preceito fundamental é sinônimo de princípio, por isso a referida ação apenas tutelaria os princípios fundamentais insculpidos nos art. 1º a 4º da Constituição Federal.

Na segunda, além das normas previstas no título I da Constituição, a ADPF também resguardaria os princípios sensíveis do art. 34, IV, assim como os princípios da ordem econômica, dispostos no art. 170 da CRFB³⁶⁹.

No que tange a corrente moderada, seria preceito fundamental

367 Caput do art. 1º da Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do art. 102, § 1º, da CRFB.

368 Art. 1º, I, da Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999.

369 DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. Curso de Processo Constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 174.

todas as interpretações que respeitam e concretizam o Estado de Direito e o Estado Democrático.

Filiando-se a segunda corrente³⁷⁰, a PGR propõe ADPF por entender que há descumprimento de preceito fundamental, uma vez que os direitos fundamentais das pessoas com deficiência estão sendo violados, ante a irrestrita aplicação do art. 20, § 2º da Lei nº 8.742/93, que não teria sido recepcionado pelo sistema constitucional vigente, em face da incorporação da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência no bloco de constitucionalidade brasileiro.

Em sua petição inicial, alega a Procuradoria que

[...] até a incorporação da referida Convenção, não havia, em nosso bloco de constitucionalidade, um conceito de pessoa com deficiência expressamente consagrado. Agora há, e ele é frontalmente incompatível com aquele estabelecido no ato normativo ora impugnado³⁷¹.

Diante do exposto, a PGR requer que seja retirado do mundo jurídico o art. 20, § 2º da Lei nº 8.742/93, bem como, por arrastamento, todas as normas administrativas que o regulamentam, e, ainda, que o Supremo Tribunal Federal declare a imediata aplicabilidade do conceito de pessoa com deficiência insculpido no art. 1º da CDPD, para fins de benefícios assistenciais.

Recebida a petição inicial, o Relator, Ministro Celso de Mello, determinou a emissão de solicitação de informações aos arguidos

370 Assim se pronuncia a PGR em sua petição inicial: “Por outro lado, os direitos fundamentais, em razão de seu protagonismo no sistema constitucional vigente, tanto que se qualificam como cláusulas pétreas, configuram certamente preceitos fundamentais.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição Inicial da ADPF nº 182. Arguinte: Procuradoria-Geral da República. Arguidos: Presidente da República e Senado Federal. Brasília, 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 15/07/2013, p. 6).

371 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição Inicial da ADPF nº 182. Arguinte: Procuradoria-Geral da República. Arguidos: Presidente da República e Senado Federal. Brasília, 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 15/07/2013, p. 3.

– o Presidente da República e o Congresso Nacional –, assim como de manifestação do Advogado-Geral da União e de parecer do Procurador-Geral da República.

Em sua peça de informação, o Presidente da República, por intermédio da Advocacia-Geral da União, requereu a improcedência da ação, alegando, em apertada síntese, que não há diferença entre os conceitos apontados, uma vez que:

A Convenção e a LOAS versam bases de incidência inconfundíveis. Se ambas têm ponto de contato na circunstância de se ocuparem da pessoa deficiente, apartam-se, todavia, no aspecto essencial de que a LOAS cuida daqueles deficientes que necessitam de apoio financeiro da sociedade, especificidade que a Convenção não se atém³⁷².

Dita manifestação, baseia-se nos subsídios previamente prestados pelo Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS) e pelo Ministério da Previdência Social (MPS)³⁷³, os quais defendem que a norma impugnada não pode ser interpretada isoladamente, mas sim de forma conjunta a outros dispositivos legais e infralegais, numa verdadeira interpretação sistemática, de modo a se alcançar o espírito da norma constitucional.

Logo, o disposto no art. 20, § 2º, da Lei nº 8.742/93 deve ser interpretado em conjunto com o disposto no art. 4º, III e art. 16, §§ 1º e 2º, ambos do Decreto nº 6.214/2007 c/c o Anexo III da Portaria Conjunta MDS/INSS nº 01/2009, de 25 de maio de 2009³⁷⁴,

372 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Peça de Informação do Presidente da República na ADPF nº 182. Arguinte: Procuradoria-Geral da República. Arguidos: Presidente da República e Senado Federal. Brasília, 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 15/07/2013, p. 78.

373 Trata-se dos Ofícios nº 846/2009/CONJUR/MPS e nº 891/2009/CONJUR/MPS, e seus anexos, cuja cópia foram juntados aos autos da ADPF nº 182 como anexos da manifestação do Presidente da República.

374 “Bem de ver que a definição de pessoa com deficiência, para fins de deferimento do Benefício de Prestação Continuada advém da compatibilização do art.

a qual já cita a CDPD em seu texto.

Interpretado desta forma, não há que se falar em descumprimento de preceito fundamental, visto que o preceito fundamental considerado como fundamental para a ADPF 182 – considerar a deficiência em múltiplas dimensões, relacionando-as à participação efetiva na sociedade – está sendo observado.

Instada a se manifestar, a Câmara dos Deputados limitou-se a informar que o dispositivo legal impugnado foi aprovado de acordo com os trâmites constitucionais e regimentais exigidos para a espécie legislativa³⁷⁵.

O Senado Federal, por sua vez, sustenta que, ante a ausência de promulgação Presidencial do Decreto Legislativo nº 186, de 09 de julho de 2008, o trâmite procedimental para vigência da CDPD no ordenamento jurídico interno não estava completo, portanto, dita norma ainda não geraria qualquer efeito no sistema jurídico interno³⁷⁶.

Diferentemente do que afirmar a PGR, entende o Senado Federal que para que um tratado internacional seja incorporado ao ordenamento jurídico pátrio, faz-se necessário a cumprimento de todo o trâmite procedimental previsto na Constituição Federal, mesmo nos casos previstos no art. 5º, § 3º, ou seja, mesmo tendo status de emenda constitucional – que não necessita de promulgação pelo Presidente da República para viger no ordenamento pátrio –, defende o Senado que todo e qualquer tratado precisa percorrer todo o iter procedimental³⁷⁷,

203, inciso V, da Constituição, com o art. 20, §§ 2º e 3º, da Lei nº 8.742/93 e dos arts. 4º, incisos II/IV, e 16, ambos do Decreto nº 6.214/2007.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Peça de informação emitida pelo Ministério da Previdência Social na ADPF nº 182. Arguinte: Procuradoria-Geral da República. Arguidos: Presidente da República e Senado Federal. Brasília, 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 30/07/2013, p. 110)..

375 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Peça de informações juntada pela Câmara dos Deputados na ADPF nº 182. Arguinte: Procuradoria-Geral da República. Arguidos: Presidente da República e Senado Federal. Brasília, 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 30/07/2013, p. 132.

376 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Peça de informação juntada pelo Senado Federal na ADPF nº 182. Arguinte: Procuradoria-Geral da República. Arguidos: Presidente da República e Senado Federal. Brasília, 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 15/07/2013, p. 157.

377 “Nesse sentido, após a assinatura do tratado internacional pelo Presidente

fundamentando seu entendimento em diversos julgados do STF.

Em face do exposto, o Senado Federal requer, liminarmente, o indeferimento da petição inicial, de modo que seja a ação extinta sem julgamento de mérito.

Entretanto, enfrentando o mérito da ação, alega o Senado que:

O conceito de pessoa portadora de deficiência contida no § 2º do art. 20 (que seria aquela incapacidade para a vida independente e para o trabalho), segundo os próprios termos do dispositivo, aplica-se exclusivamente para determinação das condições para concessão do benefício previsto no caput, não se confundindo nem se prestando a ser uma definição geral de pessoa portadora de deficiência a ser aplicada a outras finalidades legais³⁷⁸.

Analisando o trecho colacionado acima, verifica-se, neste ponto, uma aproximação da tese defendida pelo Senado e aquele exposta na manifestação do Presidente da República, uma vez que ambos sustentam a generalidade do conceito insculpido na Convenção e a especificidade da definição de pessoa com deficiência para fins de concessão do BPC, não ocasionando,

da República, no uso da competência prevista no art. 84, inciso VIII, da CF/88, é necessário que o seu texto passe pelas seguintes fases: a) aprovação pelo Poder Legislativo, por intermédio de decreto legislativo, nos termos do art. 49, inciso I, da CF/88; b) ratificação pelo Presidente da República, a qual será depositada junto ao Estado ou Organismo Internacional responsável; e c) a promulgação pelo Presidente da República, mediante decreto executivo, com vistas a que seja dada a publicidade e o valor imperativo ou executório ao texto aprovado.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Peça de informação juntada pelo Senado Federal na ADPF nº 182. Arguinte: Procuradoria-Geral da República. Arguidos: Presidente da República e Senado Federal. Brasília, 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 15/07/2013, p. 149).

378 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Peça de informação juntada pelo Senado Federal na ADPF nº 182. Arguinte: Procuradoria-Geral da República. Arguidos: Presidente da República e Senado Federal. Brasília, 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 15/07/2013, p. 159-160.

portanto, qualquer incongruência entre tais definições, eis que a regra especial excepciona a geral nos limites de sua excepcionalidade.

Quanto à manifestação do Advogado-Geral da União, este também pugna pela improcedência da ação, pois considera que não há incompatibilidade entre os artigos comparados, desde que se realize uma interpretação sistemática³⁷⁹, conforme já aludido acima. Ademais, também sustenta a tese da especificidade do conceito de pessoa com deficiência existente na legislação infraconstitucional impugnada³⁸⁰.

A PGR, mesmo sendo autora da ação, é chamada a emitir parecer, ante a permissibilidade do art. 5º, § 2º, da Lei nº 9.882/1999, bem como a exigência do art. 103, § 1º da CRFB, e, como é de se esperar, discorda dos argumentos trazidos pelas demais autoridades, pois compreende que a incompatibilidade existente entre a Lei nº 8.742/93 e a CDPD não é passível de resolução mediante recurso a normas infralegais, as quais são incompatíveis com o ato normativo a que visam regular³⁸¹.

Ademais, assevera que o “conflito entre ambos surge sem maior esforço hermenêutico. E as consequências na adoção de um ou outro conceito, para fins de concessão de benefício assistencial, são de diferença abissal”³⁸². Nestes termos, a PGR reitera o disposto na petição inicial.

379 “Primeiramente, é preciso esclarecer que a arguente fez uma leitura equivocada da aplicação do art. 20, § 2º, da Lei nº 8.742/93, cujo teor não revela qualquer incompatibilidade com o artigo 1º da Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência. Tal constatação decorre, claramente, da interpretação sistemática da norma atacada, segundo a qual um dispositivo legal não pode ser interpretado de forma isolada, descontextualizada do sistema jurídico no qual se insere.” (Idem, p. 120.).

380 “Na verdade a norma convencional apenas conceitua, de forma ampla e genérica, pessoa com deficiência, não tecendo qualquer consideração acerca de requisitos para a concessão de benefícios de assistência social aos portadores de deficiência. Já o dispositivo impugnado traz conceito específico para os fins do benefício de prestação continuada, estabelecendo critério de identificação de pessoas que, além de deficientes, são hipossuficientes, necessitando de amparo financeiro do Estado, aspecto que a Convenção não disciplina.” (Ibidem, p. 128) (grifos não existentes no original).

381 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Parecer da Procuradoria-Geral da República na ADPF nº 182. Arguinte: Procuradoria-Geral da República. Arguidos: Presidente da República e Senado Federal. P. 138-141. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 15/07/2013, p. 138-141.

382 Idem, p. 140.

Destaque-se que, até fevereiro de 2015, esta ação ainda não tinha sido julgada, bem como o Relator ainda não tinha proferido qualquer análise sobre o pedido cautelar realizado na petição inicial, deixando passar uma excelente oportunidade de pacificar o debate jurídico sobre qual conceito aplicar no ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse contexto, registre-se que, de acordo com o exposto nos capítulos anteriores, o debatido conceito constitucional de pessoa com deficiência insere no ordenamento jurídico um novo paradigma, onde este grupo vulnerável liberta-se da concepção meramente biológica (médica) e alcança uma concepção mais inclusiva, onde os critérios biológicos devem estar atrelados aos critérios socioambientais, intimamente relacionados às barreiras (físicas e sociais) que lhe são impostas.

Portanto, realizando uma análise histórica e sistemática do dispositivo impugnado, verifica-se que, assim como outros citados no decorrer deste estudo, este fora concebido em período anterior à promulgação da CDPD, estando ainda atrelado a concepção puramente médica da definição de pessoa com deficiência, conforme se verifica na ênfase conferida a incapacidade para a vida independente e para o trabalho.

Portanto, é preciso adequar tal dispositivo ao novo panorama constitucional vigente, de forma que a esta concepção biológica seja acrescida à socioambiental³⁸³.

Não restam dúvidas que os demais dispositivos infralegais citados pelas autoridades intervenientes já se encontram bem mais afinados a esta nova conjuntura, até porque foram revistos após a promulgação da CDPD, contudo, não é possível fazer uma interpretação de norma superior com base em norma inferior, como querem os arguidos, pois são as normas de hierarquia superior que conformam as inferiores e não ao contrário, conforme se verifica na teoria kelseniana³⁸⁴.

Também é inquestionável que há de ser feita uma interpretação sistemática de qualquer dispositivo legal, todavia, o parâmetro de conformação é a norma hierarquicamente superior, no caso em debate a Constituição Federal, que definiu, através da Convenção, o conceito de pessoa com deficiência para todos os fins legais.

383 Vide a redação do atual art. 20 da Lei nº 8.742, com as alterações introduzidas pela Lei nº 12.435, de 06 de julho de 2011.

384 Sobre o tema, cf. KELSSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. Martins Fontes: São Paulo, 1992.

Ou seja, não se veda que o legislador infraconstitucional, de posse e observância dos critérios constitucionais para a caracterização da pessoa com deficiência, faça outras exigências para a concessão de determinado benefício àquele grupo já definido, haja vista a existência de reserva legal declarada na Constituição, como ocorre com o Benefício de Prestação Continuada.

Em outras palavras, o legislador infraconstitucional tem a obrigatoriedade de reconhecer como pessoa com deficiência todas àquelas que se enquadrem na definição constitucional, ante a supremacia da Constituição, contudo, para fins do BPC poderá definir critérios para aferição da hipossuficiente de recursos das pessoas já enquadradas naquele grupo vulnerável, como por exemplo, o critério de possuir renda familiar de até $\frac{1}{4}$ do salário mínimo nacional.

Todavia, não poderá estabelecer critérios outros para declarar alguém como inclusa ou não no grupo de pessoas com deficiência, conforme o faz o art. 20, § 2º, da Lei nº 8.742/93, haja vista que dita definição já se encontra na norma constitucional.

Logo, por mais que a definição do art. 20, § 2º, da citada lei tenha por objeto a concessão do BPC, isto é, possua objetivo específico, a ela não é dada a prerrogativa de excepcionar a definição constitucional.

Frise-se que a Carta Magna traçou contornos mínimos para a concessão do referido benefício, eis que o art. 203, V, garante o benefício de um salário mínimo mensal à “pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei”³⁸⁵. Isto é, para fazer jus ao benefício, é preciso comprovar: a) ser pessoa com deficiência ou idoso; b) hipossuficiência.

Veja que dito artigo não define pessoa com deficiência, mas outro artigo constitucional o faz (art. 1º da CDPD), por isso não cabe ao legislador infraconstitucional definir outros critérios para se comprovar a condição de pessoa com deficiência, mas pode (e deve) regulamentar as formas de se comprovar a hipossuficiência, pois se trata de conceito indeterminado.

385 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/>> Acesso em: 05/03/2013, Art. 203, V.

Em termos técnicos, pode-se afirmar que, ao analisar a área de regulamentação³⁸⁶ do direito social em debate, verifica-se que a definição de pessoa com deficiência é ponto crucial da sua área de proteção, pois o Poder Constituinte Originário garantiu tal direito às pessoas com deficiência e aos idosos que comprovarem não possuir meios de prover sua manutenção ou tê-la provida por sua família.

Destaque-se, ainda, que não se discute a existência de uma reserva legal, contudo, dita reserva deve ser exercida dentro de certos limites, sob pena de constituir-se em intervenção indevida na área de proteção do direito estudado, implicando em violação à Constituição.

Logo, em face de todo o exposto, verifica-se que o conceito de pessoa com deficiência expresso no art. 20, § 2º da Lei nº 8.742/93, com a redação da época da propositura da ação, constitui-se em intervenção indevida no âmbito de proteção do Benefício de Prestação Continuada, uma vez que restringe a concessão desse direito apenas àquelas pessoas com deficiência que se encaixem em meros parâmetros médicos, olvidando a dimensão socioambiental do conceito constitucional introduzido pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Em que pese esta argumentação a favor do deferimento da ADPF, esta deverá ser julgada extinta pelo Supremo Tribunal Federal, uma vez que a norma impugnada foi alvo de modificação legislativa através da Lei nº 12.435, de 06 de julho de 2011, não mais subsistindo a utilidade na declaração da inconstitucionalidade³⁸⁷.

Hodiernamente, o debatido art. 20, § 2º vige com a seguinte redação:

386 Para maior aprofundamento na temática da área de regulamentação e proteção dos direitos fundamentais cf. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012, p. 127 e ss.

387 Vide BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.912/RJ. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 25/03/1999. Pleno. Publicado no DJ 21-05-1999. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13/11/2013, que demonstra a posição assente no STF sobre a necessidade de subsistir o “predicado utilidade” nas ações de controle abstrato.

Para efeito de concessão deste benefício, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas³⁸⁸.

Observe que, agora, o dispositivo impugnado é plenamente compatível com o conceito de pessoa com deficiência insculpida na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, chegando ao ponto de reproduzi-lo parcialmente.

Em face do exposto, não restam dúvidas de que a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência faz parte do bloco de constitucionalidade brasileiro, possuindo, portanto, status de emenda constitucional, ante sua ratificação pelo procedimento previsto no art. 5º, § 3º da Constituição de República Federativa do Brasil, e, como tal, encontra-se abarcada pelo princípio da supremacia constitucional.

Sublinhe-se, novamente, que a ratificação da citada Convenção ocasionou diversos impactos no ordenamento jurídico pátrio, haja vista inaugurar um novo paradigma de proteção a este grupo vulnerável, abandonando-se uma visão exclusivamente médica (patológica), para se galgar uma concepção socioambiental conjugada com a vertente médica.

Logo, ante ao novo conceito constitucional expresso, cabe ao legislador realizar as adequações necessárias na legislação infraconstitucional, de modo a conformá-las com a Constituição, pois dito conceito insculpido pela CDPD deve servir de parâmetro para a caracterização de qualquer pessoa como pertencente ou não a tal grupo e, conseqüentemente, beneficiária dos direitos e deveres inerentes a tal condição.

Diante disso, verifica-se que, no mérito, a ação proposta pela Procuradoria-Geral da República (ADPF nº 182) deveria ser julgada

388 BRASIL. Lei nº 8.742, de 07 de Dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Disponível em: <www4.planalto.gov.br/legislacao/>. Acesso em: 13/11/2013, Art. 20, § 2º, com as alterações da Lei nº 12.435/2011.

procedente, entretanto, considerando a perda de objeto, em face da alteração legislativa dos dispositivos impugnados, a ação deverá ser julgada extinta, sem julgamento do mérito.

5.3 O MODELO APLICADO PELAS INSTITUIÇÕES FEDERAIS DE ENSINO SEDIADAS NO RN À RESERVA DE CARGOS E EMPREGOS PÚBLICOS A PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Com o intuito de averiguar a prática administrativa na efetivação da ação afirmativa disposta na Constituição Federal de 1988, art. 37, VIII, elaborou-se um questionário, que foi aplicado à Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), à Universidade Federal Rural do Semiárido (UFERSA) e ao Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Norte (IFRN), únicas instituições federais de ensino do RN.

Sublinhe-se que tal recorte metodológico se faz necessário em razão da multiplicidade de órgãos e entidades da Administração Pública Direta, Indireta, Autárquica e Fundacional obrigadas a reservar percentual de seus cargos e empregos públicos à pessoa com deficiência, conforme o sustentado em capítulo anterior.

Assim sendo, foi enviado a cada uma dessas instituições federais de ensino o mesmo questionário, por intermédio do Sistema de Informação ao Cidadão (SIC).

Referido sistema eletrônico é gerenciado pela Controladoria-Geral da União (CGU) e foi criado em razão da publicação da Lei nº 12.527/2011, a qual veio regulamentar o direito à informação, constitucionalmente previsto no art. 5º, XXXIII, da CRFB, de modo a viabilizar o acesso a informações de interesse particular, coletivo ou geral.

Tais informações requeridas deverão ser prestadas no prazo de até 20 dias (art. 11, § 1º), sob pena de responsabilidade (art. 32 e ss.), ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

Com fundamento na legislação acima citada, os pedidos de informações foram protocolados no SIC em data de 07 de março de 2014, motivo pelo qual as instituições requeridas dispunham até o dia 31 do mesmo mês e ano para encaminhar à solicitante às respostas requeridas, o que foi atendido a contento.

Entretanto, antes de adentrar ao mérito da questão proposta, cabe aqui fazer algumas observações. Primeiro, é preciso deixar assente que todas as IFEs são autarquias federais, que nos últimos anos passaram, e ainda passam, por um grande processo de investimento e expansão, tanto em sua estrutura física quanto em seu quadro de pessoal, em face dos objetivos de ampliação da oferta educacional no país, inclusive com sua interiorização.

Além disso, estas autarquias possuem quadro de pessoal semelhante no que tange às carreiras que as compõe, eis que todas possuem a carreira de Técnico Administrativo em Educação (TAE), subdividida em níveis de formação profissional e em especialidades (nos níveis de formação técnica e superior), e a de Magistério, sendo comum a todas estas instituições citadas a de Ensino Básico, Técnico e Tecnológico (EBTT).

Registre-se que além das carreiras mencionadas, a UFRN possui também a carreira de Magistério Superior.

Realizadas estas observações e ante as informações recebidas, passa-se agora a análise do panorama fático administrativo existente em cada uma das instituições referidas.

Considerando a margem discricionária existente na esfera federal para definição por cada órgão ou entidade do percentual a ser aplicado na reserva de cargos e empregos públicos às pessoas com deficiência, conforme já explicitado em capítulo próprio, questionou-se qual o percentual costumeiramente utilizado por cada uma destas instituições.

Em resposta, verificou-se que tanto a UFRN quanto o IFRN reservam 10% das vagas em disputa em seus editais, seja para os cargos da carreira de TAE, seja para a carreira Docente.

A UFERSA, por sua vez, limitou-se a informar que reserva de 5% a 20% das vagas dispostas em edital para tal grupo de pessoas, não informando, portanto, o percentual normalmente aplicado. Contudo, em análise às informações prestadas em virtude de outros questionamentos, é possível observar que, em verdade, para os cargos de EBTT, a citada universidade geralmente reserva o limite mínimo, isto é, 5%³⁸⁹.

389 Assim se pronunciou a UFERSA: “[...] Ocorre que, as vagas destinadas a proventos de cargos docentes geralmente tem números reduzidos diante das especificidades diversas de suas áreas, sendo que, geralmente consta a seguinte informação nos editais de abertura: ‘Não será oferecida vaga destinada a pessoas portadoras de deficiência, uma vez que o atendimento do percentual de 5%

Ainda no que se refere à definição do percentual, ante a mencionada margem discricionária, buscou-se saber se as entidades sob estudo utilizam algum critério objetivo para a definição do referido percentual e, em caso afirmativo, qual seria este.

Em resposta, a UFERSA informa que o “cálculo do percentual leva em consideração o quadro funcional”, porém não explicita em que parâmetros este é considerado, contudo, em resposta ao questionamento seguinte, revela que o número de pessoas com deficiência existentes em seu quadro de pessoal é observado para fins de definição do percentual em estudo.

O IFRN, por sua vez, destaca que o estabelecimento do percentual de 10% para reserva de vagas constitui-se em prática administrativa, não sabendo identificar, atualmente, como e porque se chegou a esse número, logo, em razão disso, não sabe informar se, à época, o número de pessoas com deficiência existente em seu quadro funcional foi considerado para estipulação deste percentual.

Em linha de pensamento similar, a UFRN declara que a definição de 10% para o percentual em estudo trata-se de prática administrativa costumeira adotada por esta universidade, uma vez que este número é considerado como “um meio termo entre o mínimo e o máximo exigido por lei”.

Informa, ainda, que o número de pessoas com deficiência existente em seu quadro de pessoal não é considerado para definição desse percentual em qualquer de seus concursos, visto que compreendem que a “reserva de vagas pelo número de pessoas do grupo existente no quadro de pessoal é utilizada em empresas cujos beneficiários são vinculados à Previdência Social, o que exclui a UFRN desse rol”.

Em face desse entendimento esposado pela UFRN, cabe aqui frisar que, de fato, o legislador infraconstitucional não determinou a reserva real nesta política de cotas para preenchimento de cargos públicos (Decreto nº 3.298/99, art. 37), tendo procedido desta maneira somente na Lei nº 8.213/90, aplicável às empresas privadas e às empresas estatais que explorem atividade econômica, conforme já referido em capítulo anterior.

das vagas oferecidas no certame [...]” (UFERSA. Peça de informação ao questionário enviado. 2014, p.1).

Todavia, considerando o Princípio da Máxima Efetividade das normas constitucionais e a inexistência de vedação legal, é adequado considerar o efetivo número de pessoas com deficiência existente no quadro funcional de cada órgão ou entidade, para fins de definição do percentual a ser aplicado, de modo que se busque a plena concretização dos objetivos constitucionalmente traçados.

Ou seja, a análise da realidade existente em cada órgão ou entidade possibilita se avaliar a necessidade de majorar ou minorar o percentual antes definido, com o intuito de aplicá-lo no novo certame a ser lançado, na ânsia de cumprir a CRFB e efetivar a inclusão da pessoa com deficiência no seio social, garantindo-lhe o direito ao trabalho e auxiliando a promoção do bem de todos, sem qualquer discriminação.

Portanto, quanto menor o número de PcDs em seu quadro de pessoal, maior deveria ser o percentual definido para a reserva, de maneira a buscar modificar o panorama até então encontrado, tornando eficaz o comando constitucional que determina a reserva, pois, conforme já sustentado em linhas anteriores, a concretização da política de cotas constitucionalmente instituída só é possível com a efetiva nomeação e posse dos integrantes deste grupo vulnerável e não com a mera previsão de reserva, por isso a importância de considerar sua realidade fática antes de definir objetivamente o percentual a ser aplicado.

Ainda em razão das declarações prestadas pela UFRN, é preciso sublinhar que, matematicamente falando, o meio termo, entre o percentual máximo e mínimo citados, é 12,5% e não 10%, como sugere a universidade mencionada.

Dita ressalva se faz importante porque 2,5% podem ser decisivos na reserva de mais uma vaga a este grupo vulnerável em estudo, contribuindo para a inserção de mais uma pessoa marginalizada e para a diversidade cultural e respeito à diferença.

Nesse contexto, registre-se que apesar da UFERSA informar que considera o número de pessoas com deficiência existente em seu quadro funcional para definir o percentual de reserva a ser aplicado, os dados estatísticos por ela apresentados – e que será melhor aprofundado em momento oportuno – são incompatíveis com aquela afirmação, uma vez que, se realmente a citada universidade considerasse o número de PcDs que já ocupam cargos em seu quadro de pessoal, o percentual a ser aplicado em seus concursos deveria ser bem maior do que aqueles 5%, usualmente

definido nos certames para preenchimento de cargos de Docente, haja vista a inexistência de nomeação de qualquer pessoa pertencente a esse grupo fragilizado para ocupar tais cargos nessa instituição de ensino, conforme indicam seus registros oficiais.

Logo, fica patente que dita universidade não se encontra tão preocupada com a inserção da pessoa com deficiência no mercado de trabalho, como quer fazer crer com as respostas formuladas ao questionário enviado.

É importante sublinhar que seus servidores, em regra, encontram-se regidos pela Lei nº 8.112/90 e pelas leis específicas de cada carreira (Lei nº 11.091/2005 para os TAE e Lei nº 11.784/2008 para os Docentes do Magistério Superior e EBTT), e, portanto, seu contrato de trabalho é regido pelas normas do Regime Jurídico Único (RJU), sendo, então, servidores estatutários.

Entretanto, ditas instituições de ensino possuem autorização legal para realizar a contratação temporária e excepcional de servidor por outro regime jurídico, o celetista, onde estas contratações se dão, obrigatoriamente, por prazo determinado, razão pela qual o profissional contratado por este regime não integra o quadro permanente de pessoal do órgão ou entidade.

A lei que confere tal autorização é a de número 8.745/1993, com suas alterações posteriores, a qual em seu art. 1º exige, para tanto, a ocorrência de “necessidade temporária de excepcional interesse público”, cujas hipóteses de configuração encontram-se taxativamente enumeradas no artigo seguinte.

Em face da realidade das instituições pesquisadas, a hipótese mais comuns de contratação temporária prevista na referida lei é aquela inscrita em seu art. 2º, IV: “admissão de professor substituto e professor visitante”, a qual, de acordo com o § 1º desse mesmo artigo só poderá ocorrer em razão de: a) vacância do cargo; b) concessão de afastamento ou licença; ou c) nomeação para ocupar cargo de direção na qualidade de Reitor, Vice-Reitor, Pró-Reitor ou Diretor de Campus.

Registre-se que tal hipótese abrange apenas a carreira docente, não havendo autorização parecida para a carreira dos técnicos.

Então, considerando essa realidade, questionou-se sobre a aplicação da política de cotas também nos processos seletivos, ou seja, modalidade de concurso público mais simplificada

para contratação de pessoal temporário, para contratação de professores substitutos e/ou temporários (alínea X do art. 2º, da Lei nº 8.745/1993, incluso pela Lei nº 12.425/2011), momento em que todas as instituições pesquisadas afirmaram também reservar vagas para as pessoas com deficiência nesta modalidade de contratação, aplicando-se aquele mesmo percentual utilizado para a contratação de efetivos.

Nesse contexto, assevera a UFRN que a disponibilização de reserva de vagas às pessoas com deficiência nestes processos seletivos é muito rara, eis que a contratação dos professores substitutos está atrelada a ocorrência de vacância, afastamentos ou licenças de docentes efetivos, sem falar na necessidade de se guardar relação com a mesma área de conhecimento em que atuava o docente gerador da vaga temporária, logo,

[...] é praticamente impossível lançarmos edital para uma área de conhecimento, ofertando cinco ou mais vagas, o que consequentemente daria direito à reserva de vagas a pessoas com deficiência, pois, para isso, haveria a necessidade de cinco ou mais docentes efetivos vinculados àquela unidade acadêmica terem se afastado/licenciado ou solicitado vacância de forma concomitante. Assim, a única forma encontrada pela UFRN de garantir a reserva de vagas aos candidatos com deficiência foi prever uma antecipação dessa reserva durante o período de validade do certame, ou seja, se durante a validade do processo seletivo (1 ano, prorrogável por igual período) ocorrerem novas vacâncias/licenças/afastamentos naquela área do conhecimento abrangida em edital, a 5ª vaga será obrigatoriamente exclusiva do candidato que se declarou portador de deficiência.

Logo, verifica-se que, apesar da previsão editalícia de reserva de vagas às pessoas com deficiência, nos processos seletivos

realizados por estas IFEs, dita previsão carece de efetividade, em razão do baixo número de vagas ofertadas para cada cargo/especialidade, somado ao fato do baixo percentual incidente sobre as vagas definidas em edital (e não em razão do seu quadro de pessoal).

No que se refere ao arredondamento do número fracionário usualmente encontrado com a aplicação do percentual definido no edital, as instituições de ensino pesquisadas revelam que só aplicam as disposições do art. 37, § 1º, do Decreto nº 3.298/99, nos casos em que o arredondamento respeita os percentuais mínimo e máximo determinados na legislação pátria vigente, pois, segundo a UFRN, a aplicação do dispositivo legal já mencionado “não se dá de forma isolada, devendo ser levado em consideração também o disposto no art. 5º, § 2º, da Lei nº 8.112/90”.

Um reflexo desse posicionamento, o qual encontra-se em harmonia com a jurisprudência majoritária do STF e STJ, conforme salientado anteriormente, pode ser sentido na ausência de reserva efetiva de vagas a pessoa com deficiência nos concursos destinados ao provimento de cargos da carreira Docente (EBTT e Magistério Superior), visto que o número de vagas disposta em edital para tais cargos é dividida por especialidade (disciplina/área de formação acadêmica), acarretando um número reduzido de vagas para cada especialidade, o que, conseqüentemente, gera um número fracionário muito baixo, cujo arredondamento facilmente suplantaria o limite percentual máximo disposto no Estatuto dos Servidores Civis Federais (Lei nº 8.112/90).

Na prática, considerando o percentual de 10% costumeiramente aplicado pelo IFRN e pela UFRN, só serão viabilizadas reservas de vagas à esse grupo vulnerável naqueles cargos ou especialidades que disponibilizem um número mínimo de 05 vagas.

Ou seja, naqueles cargos (ou especialidades) em que o número de vagas for inferior a cinco, não haverá, inicialmente, qualquer reserva de vagas, salvo se no decorrer do certame surgirem novas vagas, que, somadas com as anteriormente existentes, superem o número de quatro vagas a serem providas.

Portanto, esses dados vêm reforçar as constatações do baixo grau de eficácia deferido ao art. 37, VIII, da CFRB, em razão do atual sistema legislativo regulamentar desta política de cotas, que se atrela ao número total de vagas (por especialidade) dispostas em edital de concurso, ao invés de adotar a reserva real, como fizera na Lei nº 8.213/91.

Agora buscando conhecer a prática administrativa no momento da convocação para nomeação e posse, ante a ausência de normativo legal sobre a temática, questionou-se como tais instituições de ensino procedem nessa fase.

Referido questionamento possui como intuito averiguar se às pessoas com deficiência dedicam-se as últimas vagas a serem preenchidas, retardando sua nomeação e prejudicando seu direito de escolha de localidade, nos casos em que isto se aplica.

Em razão do questionário realizado, todas as entidades pesquisadas registraram que a convocação para a posse é realizada de forma alternada e proporcional entre a lista geral e a específica (destinadas apenas as PcDs que lograram êxito na superação da nota mínima exigida para aprovação).

Por exemplo, nos casos de provimento de 12 vagas, mediante um percentual de reserva de 10%, serão convocados 10 candidatos da lista geral (ampla concorrência) e dois candidatos com deficiência (lista específica), observada a ordem de classificação em ambas as listas, onde estes dois últimos candidatos ocuparam a 5ª e 10ª vaga na convocação realizada, não sendo, portanto, preteridos em sua nomeação, nem no seu direito de escolha da localidade de exercício, nos casos em que haja esta possibilidade. Logo, verifica-se que as IFEs pesquisadas encontram-se em harmonia com as orientações doutrinárias e jurisprudenciais sobre o assunto, devidamente exploradas em capítulo anterior.

Ainda nesta temática, as citadas autarquias foram questionadas se o quantitativo de vagas dispostas em edital e já providas era considerado para fins de determinar o número de pessoas com deficiência a ser convocada em caso de surgimento de novas vagas durante a validade do concurso, vagas estas não previstas inicialmente no edital do certame.

Em comentário ao conteúdo abordado, as três autarquias, objeto de pesquisa, declararam considerar o total de vagas surgidas desde a homologação do certame para a correta realização do cálculo de vagas a serem reservadas e preenchidas por pessoas integrantes de tal grupo vulnerável.

Todavia, a efetiva nomeação dos candidatos com ou sem deficiência para estas novas vagas não previstas no edital, é condicionada a existência de candidatos aprovados, de acordo com a homologação realizada no certame, eis que de acordo com o art. 16 do Decreto nº 6.944/2009, a Administração Pública Federal possui

limitação numérica, no que tange a homologação da quantidade de candidatos aprovados, de modo que nem todos os candidatos que foram exitosos na superação da nota mínima e do ponto de corte terão sua aprovação homologada no concurso, pois só será homologada a quantidade de candidatos definidas pelo mencionado decreto, conforme seu anexo II.

Isso também vale para as pessoas com deficiência, que mesmo aprovadas na nota mínima só terão homologadas as aprovações em número definido pelo referido decreto, de acordo com o número de vagas previstas em edital.

Nesse sentido, a UFRN assim exemplifica: “se o edital disponibilizar 3 (três) vagas, teremos um máximo de 14 (quatorze) aprovados. Desta forma, a 5ª e a 10ª vagas surgidas durante a validade do certame serão destinadas aos portadores de deficiência, salvo se inexistir candidatos em tais condições”, visto que nesse caso as vagas serão revertidas para a ampla concorrência, conforme já sublinhado em capítulo anterior.

Note-se que, como consequência da aplicação desse decreto, além da limitação do número de aprovados na ampla concorrência, verifica-se também uma maior restrição na homologação de candidatos com deficiência aprovados, ante ao número reduzido de vagas destinadas a tal grupo de pessoas, parâmetro utilizado pelo normativo legal para definir o número de candidatos homologados, o que vem a prejudicar ainda mais a concretização da política afirmativa em estudo, ocorrendo, frequentemente, à reversão das vagas reservas, ante a inexistência de candidato com deficiência para provimento da vaga.

Portanto, observa-se que, apesar das IFEs considerarem o total de vagas surgidas no curso da validade do certame, para fazer incidir o percentual de reserva definido, esbaram nessa limitação infralegal, que, se por um lado, resguarda a qualidade dos candidatos aprovados, à medida que restringe à homologação aos primeiros colocados, instituindo, em verdade, novo ponto de corte. Por outro, dificultam ainda mais a efetividade da política em estudo, uma vez que à pessoa com deficiência também se aplica esta espécie de ponto de corte, instituído pelo mencionado decreto de 2009.

Ressalte-se que outro ponto crucial, na efetivação administrativa da política de cotas sob estudo, é a correta caracterização/identificação da pessoa com deficiência, ante ao novo conceito

inserido no ordenamento pátrio pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (art. 1º), motivo pelo qual se questionou as entidades pesquisadas qual instrumento legal elas utilizam para o reconhecimento da condição de pessoa com deficiência, bem como qual era o órgão responsável por este reconhecimento e em que momento do processo de admissão dita condição é aferida.

Diante destas indagações, as autarquias pesquisadas informaram utilizar o Decreto nº 3.298/99 para identificar quem deve ser considerado pessoa com deficiência.

Mais precisamente, elas fazem uso do art. 4º, do citado diploma legal. Este artigo traça parâmetros biomédicos bem definidos para o enquadramento de alguém no grupo sob análise.

Além desse parâmetro, a UFRN acrescentou, ainda, que também faz uso da súmula nº 377 do STJ, cujo teor é o seguinte: “O portador de visão monocular tem direito de concorrer, em concurso público, às vagas reservadas aos deficientes”³⁹⁰.

Como se pode observar, todos os três órgãos ainda encontram-se atrelados ao modelo biomédico de caracterização da pessoa com deficiência, provavelmente, por não terem sido ainda orientados, e treinados, para utilizar a CDPD como parâmetro e, conseqüentemente, utilizar o modelo biopsicossocial da deficiência, instituído pela revisão da Classificação Internacional de Funcionalidades, Deficiência e Saúde.

Esse modelo diferencia pessoas que tem deficiência – ou seja, alguma limitação funcional (parâmetro meramente biomédico) – daquelas com deficiência, isto é, que além de possuírem alguma(s) limitação funcional enfrentam, cotidianamente, barreiras socioambientais no exercício de seus direitos fundamentais, em razão das limitações funcionais apresentadas.

Portanto, em conformidade com o amplamente debatido em capítulo anterior, somente a pessoa COM deficiência deve ser considerada a legítima beneficiária da ação afirmativa em comento, em razão da obstrução pela sociedade, conscientemente ou não, de seus direitos fundamentais, tais como educação, locomoção, igualdade, acessibilidade, lazer, trabalho, entre outros.

390 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 377, da Terceira Seção. O portador de visão monocular tem direito de concorrer, em concurso público, às vagas reservadas aos deficientes. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 21/03/2014.

É preciso destacar, nesse diapasão, que a ratificação da CDPD com hierarquia de norma constitucional em âmbito brasileiro ocasionou diversos impactos no sistema normativo pátrio, inclusive no que tange a não-recepção de conceitos e definições tanto de deficiência quanto de pessoa com deficiência, incompatíveis com o novo paradigma implantado pela já citada convenção, na qual valoriza-se não apenas os aspectos biomédicos para identificação de algum indivíduo como integrante desse grupo fragilizado, mas valoriza-se, precipuamente, a interação dessa pessoa com alguma limitação funcional e o meio ambiente em que se encontra, como foi amplamente debatido no curso do presente estudo.

Logo, resta evidente a necessidade de adequação das três entidades pesquisadas à correta identificação dos integrantes do grupo vulnerável em destaque, de modo a se evitar o favorecimento indevido daquele que, em face do novo modelo vigente, não se enquadra mais nesse grupo de pessoas e acaba por ocupar as vagas dos legítimos beneficiários, ante a ausência de barreiras socioambientais a ser enfrentadas, distorcendo os objetivos da ação afirmativa determinada pela Carta Constitucional de 1988.

No que diz respeito ao setor responsável por auferir esta condição, informa a UFERSA que tal competência é exercida por sua Junta Médica Oficial, em momento anterior a posse.

O IFRN, por sua vez, destaca que dita condição é avaliada, atualmente, pelo Sistema Integrado de Atenção à Saúde do Servidor (SIASS), tendo como um de seus polos, no Rio Grande do Norte, a UFRN, ademais, a aferição dessa condição é realizada em momento anterior a publicação da nomeação em Diário Oficial da União (DOU).

A UFRN, por último, declarou que o candidato com deficiência é submetido à inspeção médica por Perícia Médica Singular, a cargo da Diretoria de Atenção à Saúde do Servidor (DASS) e essa perícia se constitui em “decisão terminativa” quanto à qualificação do candidato como pessoa com deficiência.

Logo, não sendo este considerado pela perícia médica singular PcD, será excluído da lista específica do concurso público realizado, permanecendo na lista geral, caso seu desempenho no certame tenha sido suficiente para aprovação no ponto de corte e dentro do limite estabelecido pelo decreto de 2009, já mencionado.

Caso contrário, será excluído das listas de aprovados. Quanto ao momento dessa verificação, assim como o IFRN, a UFRN também a realiza em momento anterior a nomeação no DOU.

Frise-se que o procedimento adotado por todas as instituições consultadas não se encontra em harmonia com o disposto no Decreto nº 3.298/99, art. 43, § 1º, I, segundo o qual a competência para este tipo de averiguação é da equipe multiprofissional designada para assistir ao órgão responsável pela realização do concurso.

Porém, como ficou patentemente demonstrado, quem detém, na prática administrativa, esta competência é o setor médico da instituição de ensino, que designa um de seus médicos (perícia médica singular) ou conjunto deles, para decidir sobre o enquadramento do candidato no modelo biomédico adotado pelo mencionado decreto de 1999.

Portanto, verifica-se, mais uma vez, a necessidade de se adequar a prática administrativa ao ordenamento jurídico vigente no país, de modo que sejam respeitadas aquelas normas protetivas às pessoas com deficiência.

Continuando a análise da realidade existente em sede de implementação do art. 37, VIII, da CRFB pelas instituições federais de ensino existentes no RN, procurou-se saber se aquelas instituições possuíam algum normativo interno regulamentador dessa política de cotas, considerando as lacunas legais, bem como a margem discricionária existente nesta matéria, obtendo-se resposta afirmativa de todas elas.

A UFERSA informou a existência da Resolução CONSUNI/UFERSA nº 003/2008, de 17 de novembro de 2008³⁹¹, a qual estabelece normas gerais para realização de concurso público para o provimento de cargos técnicos administrativos em educação, assim como também destacou a Resolução CONSUNI/UFERSA nº 003/2012, de 19 de junho de 2012³⁹². Esta, por sua vez, versa sobre

391 UNIFERSIDADE FEDERAL DO SEMI-ÁRIDO. **Resolução CONSUNI/UFERSA nº 003/2008**, de 17 de novembro de 2008. Estabelece as Normas gerais de concurso público para o provimento de cargos técnico-administrativos na UFERSA. Disponível em: < http://www2.ufersa.edu.br/porta1/view/uploads/setores/83/arquivos/consuni/2013/RESOLUCOES/RESOLUCAO_CONSUNI_003_2008_NORMAS_CONCURSO_TECNICO_ALTERADA%20E%20COMPILADA.pdf>. Acesso em: 02/04/2014.

392 UNIVERSIDADE FEDERAL DO SEMI-ÁRIDO. Resolução CONSUNI/UFERSA nº 003/2012, de 19 de junho de 2012. Dispõe sobre normas para concursos de docentes efetivos e temporários da UFERSA. Disponível em: < <http://www2.ufersa.edu.br/porta1/view/uploads/setores/83/arquivos/consuni/2013/RESOLUCOES/>

normas para realização de concurso público para provimento de cargos de docente, sejam estes efetivos ou temporários.

Em consulta a tais normativos, foi possível observar que a segunda resolução citada limita-se a estabelecer que, no que se refere à participação da pessoa com deficiência nos concursos públicos para ocupar cargo de docente, “serão cumpridas as legislações constitucional e infraconstitucional em vigor” (art. 3º), nada mais versando sobre a matéria em análise.

Já a outra resolução mencionada dedica toda a sua seção IV ao estabelecimento de normas que disciplinam a participação de candidato com deficiência nos concursos por ela regidos.

Em análise aos sete artigos situados na referida seção, percebe-se que a maioria de suas disposições são semelhantes aquelas existentes no Decreto nº 3.298/99, art. 37 e ss.

Exemplo disso é o art. 9º da resolução em comento, que, reproduzindo o teor do art. 38, II, do mencionado decreto, exclui da reserva de vagas aqueles cargos que exijam aptidão plena.

Sobre este assunto, em consonância com as observações realizadas em capítulos anteriores, cabe aqui sublinhar que referido dispositivo regulamentar é considerado inconstitucional por vários doutrinadores, haja vista a violação de diversos dispositivos constitucionais, como por exemplo, o art. 7º, XXXI, que veda qualquer discriminação no tocante a critérios de admissão do trabalhador com deficiência. Logo, esta exclusão automática não é compatível com o sistema constitucional pátrio.

Ademais, todos aqueles candidatos (com ou sem deficiência) que não demonstrarem possuir as habilidades e capacidades exigidas ao desempenho das atribuições do cargo pleiteado serão naturalmente eliminados do certame, por não lograrem êxito nas provas e exames aplicados, portanto, resta claro que o dispositivo em comento reveste-se de nítido caráter discriminatório, por isso, deve ser abolido do ordenamento jurídico brasileiro.

Outro artigo desta mesma resolução que merece destaque é o de número 13, eis que esse determina que o candidato com deficiência deva ser submetido a uma avaliação a ser realizada pela Junta Médica Oficial do órgão com o objetivo de verificar a compatibilidade da sua deficiência com as atribuições do cargo que pretende ocupar.

Com a simples leitura desse artigo, verifica-se que ele padece de vício de ilegalidade, uma vez que, nos termos do art. 43, § 2º, do Decreto de 1999 mencionado, a compatibilidade entre a deficiência apresentada e o cargo a ser ocupado deverá ser avaliada no curso do estágio probatório, por equipe multiprofissional, composta por três profissionais da área da saúde, sendo um deles, obrigatoriamente, médico, e por três profissionais pertencentes à carreira almejada pelo candidato.

Desse modo, a decisão sobre a compatibilidade da deficiência apresentada será decidida por estes seis profissionais no curso do estágio probatório, permitindo-se a análise desta por diversos ângulos e não apenas pelo viés médico, como quer a referida universidade.

Quanto ao IFRN, este declarou a existência da Orientação Normativa nº 03/2011-DIGPE³⁹³ e da Nota Técnica nº 03/2011-DIGPE³⁹⁴, onde na primeira encontram-se orientações “sobre a inclusão de itens relativos às condições para participação de Portadores de Necessidades Especiais em editais de concursos públicos para servidores efetivos e processos seletivos para professor temporário e substituto”, enquanto que o outro normativo estabelece os procedimentos a serem adotados na reserva de vagas e convocação de candidatos nos concursos públicos promovidos pela IFE.

A orientação normativa em destaque traz orientações quanto à necessidade de constar nos editais de seus concursos período específico para o candidato com deficiência requerer às adaptações que entender cabíveis (art. 1º), exemplificando alguma delas, como a impressão da prova em braile e a presença de interprete de libras, dentre outras.

393 INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E TECNOLOGIA DO RIO GRANDE DO NORTE. Orientação Normativa nº 03/2011- DIGPE, de 06 de Setembro de 2011. Orienta sobre a inclusão de itens relativos às condições para participação de Portadores de Necessidades Especiais em editais de concursos públicos para servidores efetivos e processos seletivos para professor temporário e substituto e demais procedimentos decorrentes.

394 INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E TECNOLOGIA DO RIO GRANDE DO NORTE. **Nota Técnica nº 01/2012-DIGPE**, de 27 de Janeiro de 2012. Estabelece os procedimentos a serem adotados no âmbito do IFRN, no que se refere a reservas de vagas e a convocações de candidatos inscritos em processos seletivos simplificados para professores temporários e substitutos, bem como em concursos públicos para provimento de cargos efetivos. Disponível em:< <http://portal.ifrn.edu.br/servidores/rotinas-administrativas/notas-tecnicas/nota-tecnica-no-01-2012/view>>. Acesso em: 02/04/2014.

Acrescenta que o edital poderá condicionar o atendimento de tais requerimentos à juntada de laudo médico atestando a deficiência do candidato, a ser entregue no ato do requerimento (art. 1º, § único).

Frise-se, que em conformidade, com o normativo em estudo, as adaptações solicitadas serão atendidas de acordo com critérios de viabilidade e razoabilidade (art. 3º).

Note-se que tal normativo interno não inova nessa matéria, pois se limita a uma reprodução parcial do art. 40, § 1º, do Decreto nº 3.298/99, já discutido em capítulo anterior.

Já a nota técnica mencionada traça com mais detalhes a política de cotas efetivada pelo IFRN, versando, por exemplo, sobre o percentual a ser aplicado, os casos em que o número fracionário encontrado será arredondado, etc.

Considerando que tais disposições já foram objeto de análise, é preciso aqui ressaltar aquelas não abordadas no questionário enviado.

Nesse sentido, merece ser sublinhado o parágrafo único do art. 4º, o qual se encontra assim redigido: “A vaga surgida em razão de vacância de servidor nomeado em concurso vigente implicará a convocação de candidato da respectiva fila de aprovados, geral ou PNE, da qual fora convocado o antigo ocupante da vaga recém-desocupada”.

Registre-se que tal redação lembra aquela existente no art. 93, § 1º, da Lei nº 8.213/91, apesar das disposições do referido artigo não serem aplicadas às autarquias federais em estudo.

Logo, estas instituições de ensino não possuem a obrigação de cumprir a reserva real de cargos e empregos, uma vez que o Decreto nº 3.298/99, ao contrário da mencionada lei, impõe que a reserva em questão incida sobre o número de vagas disponibilizadas em cada concurso e não sobre o total do quadro de pessoal do órgão ou entidade.

Por isso, é louvável esse tipo de iniciativa do Instituto Federal que confere uma espécie de garantia social, pois busca manter o atual número de pessoas com deficiência que já existe no órgão, não privilegiando a ampla concorrência em detrimento da reserva.

Pontue-se, todavia, que a inexistência de outros candidatos aprovados na lista especial, ocasionará a reversão da vaga à ampla concorrência, em razão da supremacia do interesse público sobre

o particular e, também, em razão da continuidade dos serviços públicos.

Ainda quanto à NT em estudo, merece destaque o art. 5º desta, o qual estabelece os procedimentos para nomeação, ressaltando a necessidade da convocação dos candidatos ser realizada de forma alternada e proporcional, resguardando o direito de escolha da localidade de exercício, em face de sua estrutura multicampi, seja ele da lista geral ou restrita.

Nesse sentido, o IFRN demonstra estar em harmonia com o entendimento jurisprudencial e doutrinário majoritário, que preserva o direito de todos os candidatos (pessoas com deficiência ou não) à escolha de sua lotação inicial, nos casos em que este direito se afigura possível.

No que tange a UFRN, esta informou a existência dos seguintes normativos: a) Resolução nº 038/2013-CONSEPE, de 19 de março de 2013³⁹⁵; e b) Resolução nº 108/2013-CONSEPE, de 2 de julho de 2013³⁹⁶.

A primeira dedica-se a pormenorizar os procedimentos a serem aplicados nos processos seletivos para contratação de professor substituto, normatizando tal matéria no âmbito dessa universidade.

Dentre suas disposições, merece destaque o art. 10, XIV e § 2º, os quais traçam alguns parâmetros para a política de cotas em comento.

É no inciso XIV do art. 10 que se encontra a previsão da antecipação de reserva de vaga a pessoa com deficiência, já referida em linhas anteriores.

Já no mencionado § 2º do art. 10 explica como esta reserva deve ser operada, bem como estabelece o percentual de 10% a ser

395 UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE. Resolução nº 038/2013-CONSEPE, de 19 de março de 2013. Aprova atualização das normas sobre a natureza, as condições de contratação e o Processo Seletivo de Professor Substituto na Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Disponível em: < http://www.sigrh.ufrn.br/sigrh/public/colégiados/filtro_busca.jsf>. Acesso em: 02/04/2014.

396 UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE. Resolução nº 108/2013-CONSEPE, de 2 de julho de 2013. Aprova as normas para concurso público de provas e títulos para o ingresso na carreira do Magistério Federal. Disponível em: < http://www.sigrh.ufrn.br/sigrh/public/colégiados/filtro_busca.jsf>. Acesso em: 02/04/2014.

aplicado sobre as vagas disponíveis em edital e sobre aquelas que, por ventura, venham a surgir no decorrer do período de validade do processo seletivo aberto.

A segunda resolução dedica-se a regulamentar internamente a realização de concursos públicos para ingresso na carreira docente (Magistério Federal e EBTT).

Todavia, quanto à temática em estudo, mencionada resolução nada inova no panorama fático já apresentado, visto que se restringe a estabelecer que o edital deva, obrigatoriamente, conter o quantitativo de vagas reservadas às pessoas com deficiência, assim como os critérios de sua admissão, em consonância com o decreto de 1999 (art. 6º, § 4º, da resolução).

Ademais, casuisticamente, o art. 16, parágrafo único, prevê a possibilidade do candidato com deficiência auditiva realizar a prova em Libras, caso tenha realizado requerimento no ato da sua inscrição.

Por fim, na ânsia de averiguar a real concretude da política de cotas aplicada por cada uma das instituições pesquisadas, perguntou-se qual o número de servidores com deficiência hoje existente no quadro funcional de cada uma destas entidades.

Ademais, também se buscou saber, em números percentuais, quanto àquele número informado equivaleria ao total do quadro de pessoal de cada órgão consultado.

Como resposta, a UFERSA informou possuir 11 servidores técnicos administrativos em seu quadro de pessoal, o que equivalia a 2,3% do quadro de referência de TAE. Entretanto, não possuía nem um docente que tenha ingressado pelo sistema de cotas, em razão do baixo número de vagas disponíveis em cada edital para cada especialidade requerida, conforme já aludido.

Já o IFRN declara possuir 15 servidores efetivos com deficiência, não diferenciando entre técnicos administrativos e docentes, o que corresponde a 0,74% de seu total de servidores ativos.

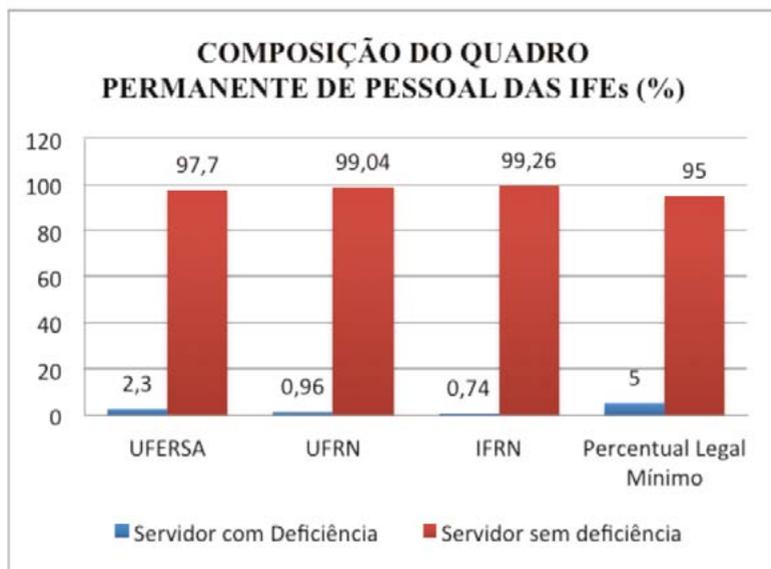
A UFRN, por sua vez, possui 57 servidores com deficiência, não os diferenciando em técnicos e docentes. Todavia, não revelou quantos por cento de seu quadro funcional equivale o número informado. Porém, em busca em seu sítio eletrônico, foi possível encontrar o quantitativo de seu quadro de pessoal em abril de 2014³⁹⁷, e, por conseguinte, calcular o percentual omitido.

397 Disponível em: <http://www.sigrh.ufrn.br/sigrh/public/abas/form_consul-

Logo, em conformidade com os dados encontrados, a UFRN possui, aproximadamente, 0,96% de servidores com deficiência em seu quadro permanente de servidores.

Traduzindo estes números em gráficos, a fim de facilitar a visualização, tem-se o seguinte:

Gráfico 10 – Composição do quadro permanente de pessoal das IFEs (%)



É necessário acentuar que tanto o IFRN quanto a UFRN ressaltaram a possibilidade dos números apresentados estarem subdivisionados, visto que tais números foram extraídos no sistema SIAPE (Sistema de Administração de Recursos Humanos do Governo Federal), o qual requer, no ato do cadastro do servidor, a informação do tipo de deficiência apresentada para que este possa ser incluído no sistema como pessoa com deficiência.

Para tanto, referida informação deveria constar nos laudos médicos emitidos para fins de posse, contudo, nem todos os laudos emitidos possuíam esta informação, o que prejudicou o correto cadastro do servidor no sistema citado.

A UFERSA também levanta a possibilidade de existirem outros servidores com deficiência em seus quadros que não tenham ingressado pelo sistema de cotas, porém, somente após a conclusão do estudo realizado pela Coordenação Geral de Ação Afirmativa, Diversidade e Inclusão Social se poderá precisar o número de servidores com deficiência existente no seu quadro funcional.

Com fundamento nestes dados e considerando toda a realidade administrativa acima descrita, observa-se que esta política minimalista na definição do percentual a ser aplicado para a reserva de vagas somando ao entendimento sobre a impossibilidade de se arredondar número fracionário para além do percentual máximo, além de outras nuances, gera impactos negativos na concretização do comando constitucional em estudo, dificultando a inserção da pessoa com deficiência no meio social, assim como a efetivação de seu direito ao trabalho.

6. CONCLUSÕES

Em análise aos objetivos da CRFB, verificou-se que a sociedade brasileira existente à época da promulgação da citada Constituição Federal caracterizava-se como não-livre, injusta e não-solidária, uma vez que era assolada por desigualdades sociais dos mais diversos gêneros, fundada em inúmeros pré-conceitos e discriminações, o que impossibilitava a existência de todas as condições necessárias ao pleno exercício dos direitos fundamentais, dentre eles, a liberdade.

Logo, para promover uma sociedade livre, justa e solidária, fundada na dignidade da pessoa humana e no valor social do trabalho, o Estado brasileiro fez uso de ações afirmativas, instrumento hábil à promoção de direitos fundamentais dos grupos marginalizados socialmente, bem como hábil à promoção da diversidade cultural, ao reconhecimento e respeito mútuos.

Nesse contexto, verificou-se que a dignidade da pessoa humana é princípio fundante da ordem jurídica brasileira vigente, motivo pelo qual atua como feixe de luz a guiar toda a atuação estatal, de modo que só serão constitucionalmente legítimas aquelas interpretações, ações e omissões, legais e infralegais, que encontrem-se em harmonia com referido metaprincípio, haja vista ser ele fim último da sociedade e do Estado.

Contudo, não se pode entender como respeitada a dignidade inerente a cada ser humano no panorama sócio-político desenhado nos capítulos desta obra, eis que às pessoas com deficiência é negada, diuturnamente, a efetivação de seu mínimo existencial, relegando-as apenas a caridade social e o assistencialismo governamental, impedindo-as de exercer plenamente seus direitos fundamentais, tais como, educação e trabalho.

Demonstrou-se, ainda, que a ação afirmativa constitui-se em instrumento jurídico hábil a promover a inclusão social de grupos vulneráveis, tal como as pessoas com deficiência.

Registrou-se, também, que as cotas são apenas uma de suas espécies, por isso, as ações afirmativas são mais amplas que esta, compreendendo, dentre outras, incentivos fiscais, sistema de bônus, programas exclusivos, etc.

Todavia, seja qual for a espécie de ação afirmativa utilizada, não se pode olvidar seu caráter temporário, de forma que ela apenas resguarda sua constitucionalidade enquanto perdurar o quadro segregacionista que lhe serve de fundamento.

Superado citado panorama, não mais subsiste sua funcionalidade e utilidade, devendo ser, portanto, suprimida, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade, haja vista tratar-se de medida excepcional e onerosa à consecução da igualdade material e à dignidade da pessoa humana.

Frisou-se que não bastam políticas públicas de ação afirmativa. Necessário se faz o investimento conjunto em políticas universalistas materiais, ante ao caráter paliativo e temporário da ação afirmativa, de modo que se estabeleça um sistema equilibrado na distribuição dos ônus e bônus sociais a todos.

Restou demonstrado que além de normas jurídicas internas, nacionais, as pessoas com deficiência encontram-se protegidas por inúmeros documentos internacionais, seja em face de sistema global ou regional de proteção, como também em sistema específico ou geral, cabendo, exclusivamente à vítima de violação de direitos, escolher o instrumento jurídico internacional que tomará por base para fazer valer seus direitos, uma vez que ditos sistemas são complementares entre si, prevalecendo à norma mais favorável a vítima.

Registrou-se que o destaque conferido a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência justificou-se em razão desta constituir-se em norma de hierarquia constitucional para o Estado brasileiro, em face do procedimento

legislativo empregado na sua ratificação, com a permissibilidade do art. 5º, § 3º, da CRFB.

Verificou-se que a forma legislativa empregada fora primordial à pacificação de qualquer possível controvérsia quanto ao pertencimento de suas normas ao bloco de constitucionalidade pátrio, superando, desta feita, o debate existente quanto à hierarquia legislativa dispensada aos tratados internacionais de direitos humanos, ratificados pelo Brasil.

Portanto, concluiu-se que a CDPD é norma constitucional em âmbito pátrio, tanto em seu viés formal, quanto no material, e, por conseguinte, é parâmetro de constitucionalidade ao sistema jurídico brasileiro, conformando-o e unificando-o.

Salientou-se, ainda, que a CDPD possui como mérito a reunião de várias normas internacionais sobre este grupo específico de pessoas, de modo a se tornar mais fácil a difusão e implementação dos direitos humanos dessas pessoas.

Em face disso, verificou-se que a CDPD não ocasionou inovação propriamente dita no sistema internacional de proteção a pessoas com deficiência.

Entretanto, não se pode olvidar a importância sinequa non que referida convenção adquire no ordenamento jurídico pátrio, ante a sua ratificação e incorporação com hierarquia de emenda constitucional, constituindo-se no primeiro, e até agora único, tratado internacional ratificado mediante o procedimento legislativo semelhante à criação de EC, nos termos do art. 60, com a permissibilidade do art. 5º, § 3º, ambos da CRFB.

No que tange, especificamente, ao direito ao trabalho das pessoas com deficiência no Brasil, demonstrou-se, por intermédio de dados estatísticos, que ainda há muitos desafios a serem superados, principalmente, no que se refere ao fomento e investimentos em educação formal e em combate ao preconceito e discriminação, seja quanto aos critérios de admissão no mercado laboral, seja quanto à remuneração conferida a trabalho de igual valor.

Concluiu-se que não basta abrir novos postos de trabalho e dedica-los às pessoas com deficiência. É necessário investir maciçamente em educação para todos, pois sem capacitação e conhecimento adequados a ocupação duradoura de um posto bem remunerado de trabalho tornar-se cada dia mais difícil, ante as exigências crescentes do mercado laboral nos dias de hoje.

Ademais, é preciso investir na disseminação das tecnologias assistivas e acessíveis, de modo a onerar minimamente o empregador nas adaptações do ambiente laboral, necessárias à inclusão (e não apenas a inserção) da pessoa com deficiência no mercado de trabalho.

Saliente-se que, a fim de bem delimitar quem pode ser considerada como parte integrante do grupo fragilizado em estudo, analisou-se o vigente conceito de pessoa com deficiência e concluiu-se que a legislação pátria infraconstitucional, ainda, não se encontra totalmente adaptada ao novo paradigma de deficiência, desenvolvido a partir de 2001, com a revisão perpetrada à Classificação Internacional sobre Funcionalidade, Deficiência e Saúde (CIF), uma vez que poucas modificações foram implementadas, no âmbito legislativo brasileiro, no afã de se abandonar o modelo biomédico, até então existente, e se passar a aplicar o modelo biopsicossocial de deficiência.

Considerando a pesquisa jurisprudencial realizada, demonstrou-se que os tribunais superiores brasileiros, bem como o TRT 21ª Região e o TRF 5ª Região, apesar de tomarem conhecimento da ratificação da CDPD com status de norma constitucional brasileira, permanecem utilizando o modelo biomédico expresso na legislação infraconstitucional pátria, para fins de caracterização da pessoa com deficiência.

Tal prática contribuiu para o desvirtuamento da política de cotas instituída, visto que acabou por beneficiar indivíduos que, apesar de possuírem alguma limitação funcional, não enfrentam barreiras ao exercício de seus direitos fundamentais, ocasionando o preenchimento das vagas reservadas a pessoas indevidas, prejudicando, então, o acesso ao mercado de trabalho aos legítimos beneficiários da política afirmativa estudada.

Acrescente-se que, em análise às peças processuais da ADPF nº 182, que ainda encontra-se tramitando no STF, observou-se que, de fato, antes da reforma legislativa por que passou o art. 20, § 2º, da Lei nº 8.742/93, o conceito de deficiência, adotado para fins de regulamentação do BCP, padecia de vício de inconstitucionalidade, por não recepção, considerando a mudança de paradigma levada a efeito pela ratificação da CDPD pelo Estado brasileiro.

Todavia, em razão da alteração legislativa produzida pela Lei nº 12.435/2011, a citada ação constitucional perde seu objeto, uma vez que o conceito exposto no mencionado art. 20, § 2º, pas-

sa a vigor com nova redação. Esta, agora, em plena harmonia com o parâmetro constitucional.

Nesse diapasão, concluiu-se que o STF deixou passar uma ótima oportunidade de se manifestar sobre o assunto e contribuir para a difusão do novo conceito, constitucional, de pessoa com deficiência, bem como suas repercussões no ordenamento jurídico pátrio.

No que se refere à reserva de cargos e empregos públicos às pessoas com deficiência, cabe, primeiramente, lembrar, conforme demonstrado, que o acesso a cargos e empregos públicos no Brasil encontra-se vinculados a previa aprovação em concurso público de prova ou provas e títulos, dentre outros requisitos legais, salvo os casos de ocupação de cargo em comissão, considerados por lei de livre nomeação e exoneração.

Logo, todos, pessoa com ou sem deficiência, necessitam ser previamente aprovado em concurso público para ocuparem legalmente cargo ou emprego público. Com isso, resguarda-se a qualidade exigida na prestação do serviço público, bem como se defere observância ao Princípio da Igualdade, assim como aos Princípios Constitucionais regentes da Administração Pública, a saber: Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência.

Registrou-se, também, que a competência para o disciplinamento legislativo da política de cotas insculpida no art. 37, VIII, da CRFB, é concorrente. Por isso, cabe a União à edição de normas gerais, e aos Estados, Distrito Federal e Municípios, suplementar a legislação federal sobre esta temática, de modo a atender suas peculiaridades locais. Por esse motivo, restringiu-se o âmbito de análise legislativa à esfera federal.

Em análise à legislação federal brasileira, regulamentadora da política de cotas reservadas a pessoas com deficiência, observou-se que esta é lacunosa e suscita diversas dificuldades à sua interpretação e aplicação, pelos diferentes operadores do Direito.

Salientou-se que referido sistema normativo confere ampla margem discricionária a cada um dos órgãos ou entidades estatais à estipulação do percentual a incidir sobre o total de vagas dispostas para provimento, em cada um de seus editais.

Discricionariedade esta que, somada a uma discriminação velada, ocasiona uma preferência por um percentual próximo ao mínimo legal (5%), conforme restou demonstrado nos casos ana-

lisados nos julgados pesquisados, contribuindo, desta feita, para uma baixa efetividade do comando constitucional estudado.

Verificou-se, ainda, que o legislador federal definiu dois sistemas diferentes à reserva de postos de trabalho a pessoas com deficiência. Um aplicável, predominantemente, à iniciativa privada e, outro, à pública.

Neste, optou o legislador por definir a reserva com base nos cargos e empregos públicos dispostos em edital de concurso, fazendo sobre estas vagas incidir um percentual mínimo de 5% e máximo de 20%.

Já naquele outro sistema, preferiu a instituição de uma reserva real, ou seja, incidente sobre o número total de empregados daquelas empresas com 100 ou mais funcionários, onde o percentual da reserva é definido de acordo com o número de empregados, podendo ser de 2, 3, 4, ou 5%.

Frisou-se que outra causa da inefetividade do comando constitucional estudado pode ser atribuída à regulamentação ineficiente do arredondamento do número fracionário encontrado, normalmente, com a aplicação do percentual de reserva definido em edital de concurso público.

Isso porque a jurisprudência majoritária, bem como a prática administrativa, nela embasada, apenas compreendem ser possível o arredondamento desse número fracionário para o número inteiro subsequente naqueles casos em que o novo número permaneça dentro da margem discricionária estabelecida pela legislação vigente.

Por conseguinte, nos casos em que o número arredondado ultrapassar o limite percentual máximo (20%, tomando como parâmetro a legislação federal), este arredondamento não poderá ser efetivado, visto que aplicaria percentual ilegal, conforme sustenta a corrente anteriormente citada.

Contudo, dita concepção, somada ao número reduzido de vagas por especialidades dispostas para provimento em edital e ao baixo percentual de reserva normalmente definido nos editais dos concursos públicos, ocasionam dificuldades a real reserva de vagas às pessoas com deficiência, sendo comum inexistir, nos concursos públicos para provimento de vagas, efetiva reserva de cargos e empregos públicos a este grupo vulnerável, apesar da previsão formal constante nos editais, nulificando, portanto, a política afirmativa determinada constitucionalmente.

Ainda em face da análise realizada, verificou-se que a exclusão automática da pessoa com deficiência do certame, ou mesmo o indeferimento de sua inscrição, nos casos de oferta de cargos ou empregos tidos como de aptidão plena, é inconstitucional, haja vista que cabe aos exames e provas, que compõem cada uma das fases do concurso, eliminar aqueles candidatos que não demonstrarem habilidade e capacidade ao desenvolvimento do cargo, independentemente, de ser esta pessoa com ou sem deficiência.

Ademais, deixou-se assente que a compatibilidade entre as atribuições do cargo e a deficiência deve ser avaliada no curso do estágio probatório (ou período de experiência), por equipe multiprofissional, de acordo com os requisitos legais impostos.

Nesse contexto, frisou-se a importância da mencionada equipe multiprofissional em diversas fases desse processo de contratação, seja para fins de corretamente identificar aqueles candidatos que se enquadram na categoria de pessoa com deficiência, assim como na adaptação das provas e exames aplicados, além da adaptação do ambiente laboral, servindo como instrumento de apoio especializado ao servidor com deficiência.

Destacou-se que o resultado final do certame deve ser publicado em duas listas, sendo uma destinada a todos os candidatos melhores classificados, possuam eles deficiência ou não, e outra destinada apenas aos candidatos com deficiência melhor classificados no certame, que tenham, necessariamente, logrado aprovação na nota mínima, mesmo que não tenham atingido o ponto de corte, exigido apenas à ampla concorrência.

Asseverou-se, também, que a convocação para fins de nomeação, apesar da inexistência expressa de dispositivos legais que discipline a matéria, deverá ser levada a efeito por meio dos critérios da proporcionalidade e da alternância, de modo que se preserve a eficácia da política de cotas, constitucionalmente instituída, assim como o direito de escolha do local inicial de lotação, naqueles concursos que disponham de estrutura multicampi.

Concluiu-se que a inspeção médica realizada pelo setor médico do órgão ou entidade contratante, ou quem lhe faça às vezes, constitui-se em verdadeiro exame admissional, e, como tal, se presta a avaliar a saúde atual do candidato à servidor, não podendo, portanto, ser utilizada como instrumento de aferição da compatibilidade das atribuições do cargo ou emprego com a de-

ficiência do candidato avaliado, pois, repita-se, esta compatibilidade deverá ser avaliada apenas em sede de estágio probatório, por equipe multiprofissional, e não por apenas um (ou mais) médico(s).

Ao longo do estudo realizado, salientou-se, ainda, que a Lei nº 8.213/91 também é aplicada às empresas públicas e sociedades de economia mista (SA) que explorem atividade econômica, inclusive o inteiro teor de seu art. 93, que disciplina a política de cotas a pessoas com deficiência nas empresas privadas.

Portanto, concluiu-se que, nos casos das empresas estatais que explorem atividade econômica, a elas se aplicam tanto às disposições do Decreto nº 3.298/99, como as da mencionada lei ordinária.

Desse modo, a contratação de pessoal, por estas empresas estatais, além de ser, obrigatoriamente, precedida por aprovação em concurso público, observada a reserva de 5% a 20% das vagas nele prevista a pessoas com deficiência, deve buscar cumprir a reserva real de vagas imposta pela Lei de cotas.

Apesar disso, verificou-se que muitas empresas (privadas e públicas) que se encontram no âmbito de incidência do art. 93 da Lei nº 8.213/91, insistem em não cumprir integralmente a política de cotas instituída, ou, pior, contratam a pessoa com deficiência (ou reabilitado) apenas para fins de cumprimento do percentual legal, alocando-as num “cantinho” da empresa, não realizando as adaptações necessárias, alimentando, desta feita, a discriminação dos colegas de trabalho e o sentimento de inutilidade, não permitindo o desenvolvimento e crescimento profissional do trabalhador com deficiência.

Em face dessa realidade, ficou patente que, mais importante do que apenas criar novos postos de trabalho, é combater o preconceito e a discriminação, permitindo-se a verdadeira integração social e laboral da pessoa com deficiência. Dessa forma, essas pessoas poderão demonstrar suas reais habilidades e capacidades, contribuindo para o desenvolvimento social e econômico do país.

Quanto à prática administrativa das Instituições Federais de Ensino pesquisadas, restou evidente que elas não distam daquele panorama jurídico-normativo da tutela de cargos e empregos públicos às pessoas com deficiência no Brasil.

Isto é, a prática administrativa vem perpetuando os mesmos erros e acertos identificados na jurisprudência pátria, contribuindo para uma baixa efetividade do comando constitucional estu-

dado, seja pelo desconhecimento das alterações normativas ocasionadas pela ratificação da CDPD, seja em razão da existência da discriminação estrutural, ainda arraigada no seio social pátrio.

A respeito da reserva de cargos e empregos públicos as pessoas com deficiência, conclui-se que ainda é baixo o nível de concretização da política de cotas instituída pelo art. 37, VIII, da CRFB, uma vez que a regulamentação infraconstitucional em vigor é lacunosa e desatualizada, favorecendo a adoção de interpretações e práticas discricionárias e discriminatórias, dificultando, quando não, distorcendo a execução da ação afirmativa em comento.

Exemplo disso é a opção por fazer incidir a reserva sobre as vagas que venham a ser dispostas em edital, ao invés de estabelecer a reserva real, onde o parâmetro de incidência é de mais difícil manipulação, já que se trata do quantitativo de cargos e empregos existente em cada órgão ou entidade, que são definidos e autorizados por lei.

Ademais, verificou-se que o microssistema criado para regulamentar tal política possui dispositivos inconstitucionais, seja quanto à definição de quem deva ser considerado pessoa com deficiência, seja na incitação da discriminação quando se excluem automaticamente da reserva de vagas aqueles cargos que exigem aptidão plena.

Nesse contexto, também se demonstrou que a ratificação da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência ocasionou diversos impactos no ordenamento jurídico pátrio, inclusive no que tange a não recepção de alguns conceitos de pessoas com deficiência e de deficiência existentes na legislação infraconstitucional, além de posicionamentos jurisprudências e súmulas que precisam ser revistos e adequados ao novo bloco de constitucionalidade brasileiro inaugurado com a ratificação da mencionada convenção.

Desta feita, em razão da pesquisa jurisprudencial realizado, conclui-se, também, que o Poder Judiciário brasileiro não vem agindo em ativismo judicial nesta matéria, ao contrário, vem demonstrando uma ausência de atualização com os novos paradigmas, o que contribuiu para a não superação do modelo revogado, causando, reflexamente, ineficácia do comando constitucional estudado.

Quanto à prática administrativa das instituições de ensino pesquisadas, como não poderia deixar de ser, encontra-se intimamente contaminada pela interpretação desatualizada dos tri-

bunais superiores, assim como pela precária regulamentação infraconstitucional dedicada a matéria, tendo como consequência um vergonhoso índice de contratação de pessoas com deficiência que não chega próximo sequer ao mínimo de 5%, revelando a face cruel da discriminação latente no seio da sociedade brasileira.

Registre-se que não é por ausência de fundamento constitucional que a ação afirmativa estudada encontra-se em tão degradante nível de efetividade, haja vista os diversos fundamentos constitucionais justificadores estudados, os quais retroalimentam-se e fortalecem o sistema de proteção instituído.

O panorama demonstrado é reflexo da incompleta ruptura com o passado de desrespeito da condição humana deste grupo vulnerável que, ainda hoje, enfrenta cotidianamente situações de exclusão, segregação institucional e assistencialismo.

Ressalte-se que a superação dessa realidade não depende apenas da revisão legislativa apontada, mais principalmente de uma revisão de valores sociais, onde não somente as pessoas com deficiência devem se preparar para interagir com a sociedade, mediante seu empoderamento quanto aos instrumentos de apoio especializados (por exemplo, o uso de órteses, próteses, leitura em braille, e tecnologias assistivas), como a sociedade também precisa se adequar as diferentes necessidades de mobilidade urbana das pessoas com deficiência, eliminando não apenas às barreiras físicas, mas igualmente as atitudinais, reconhecendo o próximo como pessoa detentora de igual dignidade e respeito.

Portanto, trata-se de uma via de mão dupla, de um trabalho em equipe, em busca de soluções e efetivo respeito e reconhecimento do outro.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Coimbra: Almedina, 2009.

ARAÚJO, Giselle Ferreira de. Proteção dos direitos humanos por organismos internacionais: controle e coercibilidade. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria. Doutrinas Essenciais: Direitos Humanos. Vol. VI – Proteção Internacional dos Direitos Humanos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seus Reflexos na Ordem Jurídica Interna no Brasil. In: Ferraz, Carolina Valença... [et al.] (Coord.). Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. A impossibilidade de prisão do depositário infiel, o pacto de São José e a decisão do Supremo Tribunal Federal. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria. Doutrinas Essenciais: Direitos Humanos. Vol. VI – Proteção Internacional dos Direitos Humanos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. 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 (Coord.). Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

_____. A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência. Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 1994.

_____. A Proteção Constitucional das Pessoas Portadoras de Deficiência: Algumas Dificuldades para Efetivação dos Direitos. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). Igualdade, Diferença e Direitos Humanos. 2 tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. Terminologia, Atitude e Aplicabilidade da Convenção sobre o Direito das Pessoas com Deficiência. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). Jurisdição Constitucional Democracia e Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes. 2 Série. Salvador: Jus Podivm, 2012.

ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa. O Direito das Pessoas com Deficiência à Participação na Vida Pública e Política. In: Ferraz, Carolina Valença... [et al.] (Coord.). Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência. São Paulo: Saraiva, 2012.

ATIQUÉ, Andraci Lucas Veltroni; VOLTRONI, Alexandre Lucas. A Pessoa Portadora de Deficiência e a Educação no Brasil. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (Org.). Doutrinas Essenciais: Direitos Humanos. Vol. IV - Grupos Vulneráveis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARONI, Alexandre Carvalho. Prefácio. In: RESENDE, Ana Paula Crosara de; VITAL, Flavia Maria de Paiva (Coord.). A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: Versão Comentada. 2. Ed. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7 ed rev. São Paulo: Saraiva, 2009. 2 tiragem, 2010.

_____. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Revista Atualidades Jurídicas. Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. Brasília, DF, n. 4. p. 1-29, Jan/fev de 2009. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 12 de maio de 2012.

_____; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. Revista de Direito Processual Geral. Rio de Janeiro, 57, 2003, p. 335. Disponível em: <http://download.rj.gov.br/documentos/10112/775075/DLFE-46628.pdf/Revista57Doutrina_pg_305_a_344.pdf> Acesso em: 14/12/2013.

BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins. A discriminação às pessoas com deficiência nas relações de trabalho. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (Org.). Doutrinas Essenciais: Direitos Humanos. Vol. IV - Grupos Vulneráveis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BOBBIO, Noberto. A Era dos Direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 4 reimpr. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1992.

BONFANTE, Patrícia dos Santos. Reserva de vagas em concursos públicos para pessoas com deficiência: do edital à

nomeação. Revista do Curso de Direito - Amicus Curiae. [Recurso eletrônico] Vol. 4, nº 4, Criciúma/SC: Universidade do Extremo Sul Catarinense, 2007. Disponível em: <<http://periodicos.unesc.net/index.php/amicus/article/viewFile/221/225>>. Acesso em: 19/03/2014.

BONIFÁCIO, Artur Cortez. O direito Constitucional Internacional e a proteção dos direitos fundamentais. Coleção Professor Gilmar Mendes. Vol. 8. São Paulo: Método, 2008.

BRASIL. 61ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro. Ação Civil Pública nº 0000220-74.2011.5.01.0061. Autor: Ministério Público do Trabalho. Réu: Petróleo Brasileiro SA. Rio de Janeiro: 07/01/2013. Disponível em: <www.trt1.jus.br>. Acesso em: 08/04/2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/>> Acesso em: 05/03/2013.

BRASIL. Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999. Regulamenta a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/>> Acesso em: 05/03/2013.

BRASIL. Decreto nº 5.296, de 2 de dezembro de 2004. Regulamenta as Leis nºs 10.048, de 8 de novembro de 2000, que dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e 10.098, de 19 de dezembro de 2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/>> Acesso em: 05/03/2013.

BRASIL. Decreto nº 6.944 de 21 de agosto de 2009. Estabelece medidas organizacionais para o aprimoramento da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, dispõe sobre normas gerais relativas a concursos públicos, organiza sob a forma de sistema as atividades de organização e inovação institucional do Governo Federal, e dá outras providências. Disponível em: <www4.planalto.gov.br/legislacao/>. Acesso em: 16/04/2014.

BRASIL. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York,

em 30 de março de 2007. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/>> Acesso em: 05/03/2013.

BRASIL. Lei nº 10.690, de 16 de Junho de 2003. Dispõe sobre a Isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, na aquisição de automóveis para utilização no transporte autônomo de passageiros, bem como por pessoas portadoras de deficiência física, e dá outras providências. Disponível em: <www4.planalto.gov.br/legislacao/>. Acesso em: 05/03/2013.

BRASIL. Lei nº 12.425 de 17 de junho de 2011. Altera a Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993, no tocante à contratação de professores. Disponível em: <www4.planalto.gov.br/legislacao/>. Acesso em: 16/04/2014.

BRASIL. Lei nº 12.527 de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei no 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei no 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/>> Acesso em: 06/03/2013.

BRASIL. Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1999. Dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/>> Acesso em: 05/03/2013.

BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/>> Acesso em: 05/03/2013.

BRASIL. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/>> Acesso em: 05/03/2013.

BRASIL. Lei nº 8.742, de 07 de Dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Disponível em: <www4.planalto.gov.br/legislacao/>. Acesso em: 13/11/2013.

BRASIL. Lei nº 8.745 de 09 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos do inciso

IX do art. 37 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <www4.planalto.gov.br/legislacao/>. Acesso em: 16/04/2014.

BRASIL. Lei nº 8.989, de 24 de Fevereiro de 1995. Dispõe sobre a Isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, na aquisição de automóveis para utilização no transporte autônomo de passageiros, bem como por pessoas portadoras de deficiência física, e dá outras providências. Disponível em: <www4.planalto.gov.br/legislacao/>. Acesso em: 05/03/2013.

BRASIL. SECRETARIA NACIONAL DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA. Proposta de Regulamento: III Conferência Nacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência. [2012?]. Disponível em: <<http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/conferencia/proposta-de-regulamento>>. Acesso em: 01/04/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança nº 24.445/RS. Relator: Ministro OG FERNANDES. Brasília, 09/10/2012. Publicado no DJe 17/10/2012. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 05/04/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 8411/DF. Relator: Min. Gilson Dipp. Brasília, 12/05/2004, Diário da Justiça de 21/06/2004, Órgão Julgador: Terceira Seção. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 08/04/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1179987/PR. Relator: Min. Jorge Mussi. Órgão Julgador: Quinta Turma. Brasília, 13/09/2011, Diário da Justiça Eletrônico de 26/09/2011, vol 209, p. 118. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 08/04/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 18669/RJ. Relator: Min. Gilson Dipp. Quinta Turma. Brasília, 07/10/2004, Diário da Justiça de 29/11/2004, p. 354. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 06/04/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 34.902/PR. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Brasília, 06/12/2011. Publicado no DJe 13/12/2011. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 05/04/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 377, da Terceira

Seção. O portador de visão monocular tem direito de concorrer, em concurso público, às vagas reservadas aos deficientes. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 21/03/2014.

BRASIL. Superior Tribunal do Trabalho. Recurso de Revista nº 1440-47.2005.5.04.0025. Relatora Ministra: Rosa Maria Weber Candiota da Rosa. Terceira Turma. Brasília: Julgado em 27/08/2008, Publicado no Diário da Justiça do Trabalho do dia 10/10/2008. Disponível em: <www.tst.jus.br>. Acesso em: 10/04/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Mandado de Segurança nº 31628/DF. Agravante: Evandro Dias de Souza. Agravado: Presidente do Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 06/02/2013, Diário da Justiça eletrônico nº162, divulgação em 19/08/2013, publicação em 20/08/2013. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 03/04/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 227229-1/MG. Recorrente: Rozilene Bárbara Tavares. Recorrido: Câmara Municipal de Divinópolis. Relator: Min. Ilmar Galvão. Brasília, 14/06/2000, Diário da Justiça de 06/10/2000. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 03/04/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. A Constituição e o Supremo. 4. ed. Brasília: Secretaria de Documentação, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.912/RJ. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 25/03/1999. Pleno. Publicado no DJ 21-05-1999. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13/11/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 243-1/RJ. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Requerido: Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 01/02/2001, Diário da Justiça de 29/11/2002, Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266266>>. Acesso em: 05/04/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Mandado de Injunção nº 153. Relator: Min. PAULO BROSSARD. A Constituição e o Supremo. 4.ed. Brasília: Secretaria de Documentação, Brasil, 2011

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Mandado de Segurança nº 29.910/DF. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 21/06/2011. Divulgado no DJe-146, do dia 29-07-2011. Publicado em 01-08-2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 08/05/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 21.322-1/DF. Impetrante: Telma Leite Moraes e Outros. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Min. Paulo Brossard. Brasília, 03 de dezembro de 1992, Plenário, DJ de 22 de outubro de 1993. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2821322.NUME.+OU+21322.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ax3bvk2>>. Acesso em: 31/03/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 24854/DF. Impetrante: Aline Mancino da Luz Caixeta. Impetrado: Procurador-Geral da República. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 26/03/2004, Diário da Justiça de 06/04/2004, p. 8, Decisão Monocrática. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 06/04/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Parecer da Procuradoria-Geral da República na ADPF nº 182. Arguinte: Procuradoria-Geral da República. Arguidos: Presidente da República e Senado Federal. P. 138-141. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 15/07/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Peça de Informação do Presidente da República na ADPF nº 182. Arguinte: Procuradoria-Geral da República. Arguidos: Presidente da República e Senado Federal. Brasília, 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 15/07/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Peça de informação emitida pelo Ministério da Previdência Social na ADPF nº 182. Arguinte: Procuradoria-Geral da República. Arguidos: Presidente da República e Senado Federal. Brasília, 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 30/07/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Peça de informação juntada pelo Senado Federal na ADPF nº 182. Arguinte: Procuradoria-Geral da República. Arguidos: Presidente da República e Senado Federal. Brasília, 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 15/07/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Peça de informações juntada pela Câmara dos Deputados na ADPF nº 182. Arguinte: Procuradoria-Geral da República. Arguidos: Presidente da República e Senado Federal. Brasília, 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 30/07/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição Inicial da ADPF nº 182. Arguinte: Procuradoria-Geral da República. Arguidos: Presidente da República e Senado Federal. Brasília, 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 15/07/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Habeas Corpus nº 79.785/RJ. Recorrente: Jorgina Maria de Freitas Fernandes. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 29/03/2000, Plenário, DJ 22/11/2002. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 12/11/2012

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 676335-MG. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Brasília, 26/02/2013. DJe-058, divulgado em 26/03/2013 e publicado em 01/04/2013. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 05/03/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Mandado de Segurança nº 1232144/PR. Relator: Desembargador Sérgio Rodrigues. Porto Alegre, 05/06/2003, I Grupo de Câmara Cíveis. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=nota+m%C3%ADnima+pessoa+com+defici%C3%Aancia+concurso+p%C3%ABlico>>. Acesso em: 08/04/2014.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 21ª Região. Mandado de Segurança nº 25900-92.2011.5.21. Acórdão nº 113.737. Impetrante: Alberto Jorge Araújo. Impetrado: Desembargador Presidente do TRT da 21ª Região. Des. Relatora: Lygia Maria de Godoy Batista Cavalcanti. Natal, Julgado em 01/12/2011, Divulgado no DEJT nº 874, em 13/12/2011, Publicado em 14/12/2011. Traslado nº 01592/2011. Disponível em: <<http://www.trt21.jus.br/asp/jurisprudencia/pesquisatextual.asp>>. Acesso em: 14/04/2014.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 21ª Região. Mandado de Segurança nº 36900-89.2011.5.21. Acórdão nº 113.999. Impetrante: Fernanda Daniele Gonçalves de Macedo. Impetrado: Desembargador Presidente do TRT da 21ª Região. Des. Relatora: Maria de Lourdes Alves Leite. Natal, Julgado em 15/12/2011, Divulgado no DEJT nº 879, em 20/12/2011, Publicado em

21/12/2011. Traslado nº 01614/2011. Disponível em: <<http://www.trt21.jus.br/asp/jurisprudencia/pesquisatextual.asp>>. Acesso em: 14/04/2014.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 2ª Região. Recurso Ordinário nº 42742-2002-902-02-00-8. Acórdão nº 20020798100. Relator: Catia Lungov. Revisor: Rosa Maria Villa. Oitava Turma. São Paulo: julgamento em 9/12/2002, Diário da Justiça de 14/01/2003. Disponível em: <www.trt2.jus.br>. Acesso em: 10/04/2014.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação em Reexame Necessário em PJE nº 08001304120134058401. Relator: Desembargador Federal Rubens de Mendonça Canuto. Recife, 14/11/2013. Terceira Turma. Disponível em: <www.trf5.gov.br>. Acesso em: 08/04/2014.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação em Reexame Necessário nº 13009/RN. Relator: Desembargador Federal Geraldo Apoliano. Recife, 12/07/2012. Terceira Turma. Publicado no Diário da Justiça Eletrônico TRF5 (DJE) - 23/07/2012 - Página 346. Disponível em: <www.trf5.gov.br>. Acesso em: 08/04/2014.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Remessa Ex Offício nº 67310/CE. Relator: Desembargador Federal Petrucio Ferreira. Recife, 24/08/1999, Diário da Justiça de 03/03/2000, p. 860, Segunda Turma. Disponível em: <<http://www.trf5.gov.br/Jurisprudencia/JurisServlet?op=exibir&tipo=1>>. Acesso em: 06/04/2014.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 646255-10.2000.5.02.5555. Relator: Min. Carlos Alberto Reis de Paula. Órgão Julgador: Terceira Turma. Brasília, 12/03/2003, Publicado no Diário Oficial de 04/04/2003. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>>. Acesso em: 08/04/2014.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 11800-35.2011.5.21.0000. Relator: Ministro João Batista Brito Pereira, Órgão Especial. Brasília, 01/10/2012, Publicado no DEJT do dia 15/10/2012. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>>. Acesso em: 14/04/2014.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 8829-08.2011.5.02.0000. Relator: Ministro João Oreste Dalazen, Órgão Especial. Brasília, 03/06/2013,

Publicado no DEJT 28/06/2013. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br>>. Acesso em: 08/04/2014.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Reexame Necessário e Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 29400-69.2011.5.21.0000. Relator: Ministra Dora Maria da Costa, Órgão Especial. Brasília, 01/10/2012, Publicado no DEJT do dia 15/10/2012. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>>. Acesso em: 14/04/2014.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Reexame Necessário em Mandado de Segurança nº 1220-74.2012.5.15.0000. Relator: Ministro João Oreste Dalazen, Órgão Especial. Brasília, Julgado em 02/09/2013, Publicado no DEJT do dia 13/09/2013.

CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti; CRACKEN, Roberto Nussinkis Mac. Aplicação concreta do princípio da pessoa humana – limites para contratar – impossibilidade de se conviver com cláusulas puramente potestativas. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada, v. 1. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, Coimbra, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CARVALHO, Paulo de Barros. A “dignidade da pessoa humana” na ordem jurídica brasileira. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. Fundamento dos Direitos Humanos. [São Paulo]: Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo, [1997]. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/a_pdf/comparato_fundamentos_dh.pdf>. Acesso em: 16/04/2013.

COSTILLA, Hestia Guillermo; NERI, Marcelo Cortes; CARVALHO, Alexandre Pinto de. Política de cotas e Inclusão Trabalhista das Pessoas com deficiência. Ensaio Econômico, nº 462. Rio de Janeiro: FGV, EPGE, 2010.

CURIE, Benedita Ferreira da Silva Mac. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Lisboa: Almedina, 2005.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. Curso de Processo Constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. 4. ed. rev.. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012.

FINN, Karine. Direito à diferença: um convite ao debate entre universalismo e multiculturalismo. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.). Direitos Humanos. vol. I. Curitiba: Juruá Editora, 2007.

FLORES, Joaquín Herrera. La Construcción de las garantías: Hacia una concepción antipatriarcal de la libertad y la igualdad. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). Igualdade, Diferença e Direitos Humanos. 2 tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. O novo conceito constitucional de pessoa com deficiência: um ato de coragem. In: FERRAZ, Carolina Valença... [et al.] (Coord.). Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Os efeitos da 8ª Convenção Internacional da ONU e o acesso ao mercado de Trabalho para as Pessoas com Deficiência. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (Org.). Doutrinas Essenciais: Direitos Humanos. Vol. VI – Proteção Internacional de Direitos Humanos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Trabalho e Emprego. In: RESENDE, Ana Paula Crosara de; VITAL, Flavia Maria de Paiva (Coord.). A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: Versão Comentada. 2. Ed. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2008.

FRASER, Nany. Redistribuição, Reconhecimento e Participação: Por uma concepção integrada de justiça. SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; e PIOVESAN, Flávia (Coord.). Igualdade, Diferença e Direitos Humanos. 2 tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GALINDO, Bruno. Direito à liberdade: dimensões gerais e específicas de sua proteção em relação às pessoas com deficiência. In: FERRAZ, Carolina Valença... [et al.] (Coord.). Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência. São Paulo: Saraiva, 2012.

GALLI, Alessandra. Ações Afirmativas – Possíveis soluções para o racismo no Brasil. In: PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela (Coord.). Direitos Humanos. Vol. II. Curitiba: Juruá, 2007.

GARCIA, Maria Glória Ferreira Pinto Dias. Estudos sobre o Princípio da Igualdade. Coimbra: Almedina, 2005.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. A recepção do Instituto da Ação Afirmativa pelo Direito Constitucional Brasileiro. In: SANTOS, Sales Augusto dos (Org.). *Ações Afirmativas e Combate ao Racismo nas Américas*. Brasília: Ministério da Educação: UNESCO, 2005.

_____. *Ação afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GUEDES, João. Muito Além da Cota. *Revista Proteção*. Novo Hamurgo/RS; Ano XXVI, nº 255, p. 45-58, mar. 2013.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Dignidade Humana, princípio da proporcionalidade e teoria dos direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

GUGEL, Maria Aparecida. O direito ao trabalho e ao emprego: a proteção na legislação trabalhista. In: FERRAZ, Carolina Valença... [et al.] (Coord.). *Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Pessoas com deficiência e o direito ao concurso público: reserva de cargos e empregos públicos, administração pública direta e indireta*. Goiânia: Ed. da UCG, 2006.

GURGEL, Yara Maria Pereira. *Direitos Humanos, Princípio da Igualdade e Não Discriminação: Sua aplicação às Relações de Trabalho*. 2007. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

_____. *Direitos Humanos, Princípio da Igualdade e Não Discriminação: Sua aplicação às relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2010.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

IKAWA, Daniela. *Direito às ações afirmativas em Universidade brasileiras*. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. (Coord.) *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E TECNOLOGIA DO RIO GRANDE DO NORTE. Nota Técnica nº 01/2012-DIGPE, de 27 de Janeiro de 2012. Estabelece os procedimentos a serem adotados no âmbito do IFRN, no que se refere a reservas de vagas e a convocações de candidatos inscritos em processos seletivos simplificados para professores temporários e substitutos, bem como em concursos

públicos para provimento de cargos efetivos. Disponível em:< <http://portal.ifrn.edu.br/servidores/rotinas-administrativas/notas-tecnicas/nota-tecnica-no-01-2012/view>>. Acesso em: 02/04/2014.

INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E TECNOLOGIA DO RIO GRANDE DO NORTE. Orientação Normativa nº 03/2011- DIGPE, de 06 de Setembro de 2011. Orienta sobre a inclusão de itens relativos às condições para participação de Portadores de Necessidades Especiais em editais de concursos públicos para servidores efetivos e processos seletivos para professor temporário e substituto e demais procedimentos decorrentes.

JUBILUT, Liliana Lyra. A aplicação do direito internacional dos direitos humanos pelo STF. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria. Doutrinas Essenciais: Direitos Humanos. Vol. VI – Proteção Internacional dos Direitos Humanos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. Martins Fontes: São Paulo, 1992.

LEITE, George Salomão. A dignidade humana e os direitos fundamentais da pessoa com deficiência. In: FERRAZ, Carolina Valença... [et al.] (Coord.). Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência. São Paulo: Saraiva, 2012.

LEITE, Glauco Salomão. O sistema de quotas obrigatórias na administração pública e a pessoa com deficiência. In: FERRAZ, Carolina Valença... [et al.] (Coord.). Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência. São Paulo: Saraiva, 2012.

MAIOR, Izabel de Loureiro. Apresentação. In: RESENDE, Ana Paula Crosara de; VITAL, Flávia Maria de Paiva (Coord.). A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: Versão Comentada. 2. Ed. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2008.

MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MARTA, Taís Nader. A proteção às pessoas com deficiência no direito comparado. In: Ferraz, Carolina Valença... [et al.] (Coord.). Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. 22. ed. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2006.

MASSUD, Leonardo. Universalismo e Relativismo Cultural. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.). Direitos Humanos. Vol. II. Curitiba: Juruá Editora, 2007.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Soberania e a proteção internacional dos direitos humanos. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria. Doutrinas Essenciais: Direitos Humanos. Vol. VI – Proteção Internacional dos Direitos Humanos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 29. ed. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo, José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. O conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3. ed. 21. Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2012.

MENDONÇA, Luiz Eduardo Amaral de. Lei de cotas: Pessoas com deficiência: Avisão empresarial. São Paulo, LTr, 2010.

MIRANDA, Jorge. A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

_____. Manual de Direito Constitucional. Tomo IV, 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade da pessoa humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Constituição, direitos fundamentais e Direito Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

MÜLLER, Friedrich. Quem é o povo? A questão fundamental da democracia. Introdução de Ralph Christensen, tradução Peter Naumann, revisão Paulo Bonavides. 3 ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

NOVAES, Jorge Reis. Os princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

OLIVEIRA, Diogo Pignataro de. Os tratados de direitos humanos na contemporaneidade e sua aplicabilidade dentro da nova concepção constitucional brasileira. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria. Doutrinas Essenciais: Direitos Humanos. Vol. VI – Proteção Internacional dos Direitos Humanos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Eutálio José Porto. O Estado, a ordem econômica e a dignidade da pessoa humana. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da. (Coord.). Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Quartier Latins, 2009.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção Internacional

sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Legislação de Direito Internacional. Aziz Tuffi Saliba (Org.). 8. ed. Coleção de leis Rideel. Série Compacta. São Paulo: Rideel, 2013

Organização das Nações Unidas. Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Legislação de Direito Internacional. Aziz Tuffi Saliba (Org.). 8. ed. Coleção de leis Rideel. Série Compacta. São Paulo: Rideel, 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Map of Signatures and Ratifications. Disponível em: < <http://www.un.org/disabilities/>>. Acesso em: 23/04/2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Monitoring the convention on the rights of person with disabilities: Guidance for human rights monitors. Professional training series, n. 17. Genebra/Suíça: ONU, 2010. Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Disabilities_training_17EN.pdf>. Acesso em: 13/03/2014.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção nº 100 de 1951. Dispõe sobre Igualdade de Remuneração de Homens e Mulheres Trabalhadores por Trabalho de Igual Valor. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br>> Acesso em 24/02/2014.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção nº 111 de 1958. Dispõe sobre Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br>> Acesso em 24/02/2014.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção nº 122 de 1964. Dispõe sobre Política de Emprego. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br>> Acesso em 24/02/2014.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção nº 159 de 1983. Dispõe sobre Reabilitação Profissional e Emprego de Pessoas Deficientes. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br>> Acesso em 24/02/2014.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção nº 168 de 1988. Dispõe sobre Promoção do Emprego e Proteção contra o Desemprego. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br>> Acesso em 24/02/2014.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Recomendação nº 150 de 1975. Dispõe sobre o Desenvolvimento dos Recursos Humanos. Disponível em: <<http://www.ilo.org>> Acesso em 24/02/2014.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Recomendação nº 99 de 1955. Dispõe sobre a Adaptação e Readaptação Profissional dos Inválidos. Disponível em: <<http://www.ilo.org>> Acesso em 24/02/2014.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE - OMS. Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde - CIF. Tradução e revisão Amélia Leitão. Lisboa: OMS, 2004. Disponível em: <http://www.inr.pt/uploads/docs/cif/CIF_port_%202004.pdf>. Acesso em: 28/03/2014.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. Criança e dignidade da pessoa humana. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

PIOVESAN, Flávia. A Constituição de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria. Doutrinas Essenciais: Direitos Humanos. Vol. VI – Proteção Internacional dos Direitos Humanos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. A proteção internacional dos direitos humanos e o direito brasileiro. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria. Doutrinas Essenciais: Direitos Humanos. Vol. VI – Proteção Internacional dos Direitos Humanos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Ações Afirmativas sob a Perspectiva dos Direitos Humanos. In: SANTOS, Sales Augusto dos (Org.). Ações Afirmativas e Combate ao Racismo nas Américas. Brasília: Ministério da Educação: UNESCO, 2005.

_____. Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: Inovações, Alcance e Impacto. In: Ferraz, Carolina Valença... [et al.] (Coord.). Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Dignidade humana e a proteção dos direitos sociais nos planos global, regional e local. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da. (Coord.). Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Quartier Latins, 2009.

_____. Direito humanos e o direito constitucional internacional. 4 ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 13 ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012

_____. Direitos Humanos: desafios da ordem internacional

contemporânea. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.). Direitos Humanos. vol. 1. Curitiba: Ed. Juruá, 2006.

_____. Igualdade, Diferença e Direitos humanos: perspectiva global e regional. Artigo inédito. Disponibilizado pela Prof.^a Dra. Yara Maria Pereira Gurgel em aula de Mestrado em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. Direito Internacional Público e Privado: incluindo noções de Direitos Humanos e de Direito Comunitário. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2010.

RAMOS, André de Carvalho. Avanços e Recuos: a Universalidade dos Direitos Humanos no Século XXI. In: COSTA, Paulo Sérgio Weyl A. (Coord.). Direitos Humanos em Concreto. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

RESENDE, Ana Paula Crosara de; VITAL, Flavia Maria de Paiva. Introdução. In: RESENDE, Ana Paula Crosara de; VITAL, Flavia Maria de Paiva (Coord.). A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: Versão Comentada. 2. Ed. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2008.

RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes. As normas constitucionais de tutela das pessoas portadoras de deficiência. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (Org.). Doutrinas Essenciais: Direitos Humanos. Vol. IV - Grupos Vulneráveis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Direito à intimidade e à vida privada. In: FERRAZ, Carolina Valença... [et al.] (Coord.). Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação Afirmativa: O Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica. Revista da Informação Legislativa, v. 33, nº 131, p. 283 – 295, jul./set. de 1996. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/176462>>. Acesso em: 05/02/2014.

_____. O princípio da dignidade humana e a exclusão social. Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos. Ano 2, vol. 2., nº 2, 2001. Disponível em: <http://www.ibdh.org.br/ibdh/revistas/revista_do_IBDH_numero_02.pdf>. Acesso em: 12/01/2014.

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. A reforma do Judiciário e os tratados internacionais sobre direitos humanos. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria. Doutrinas Essenciais: Direitos Humanos. Vol. VI – Proteção Internacional dos Direitos Humanos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011

_____. A reforma do Judiciário e os tratados internacionais sobre

direitos humanos. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria. Doutrinas Essenciais: Direitos Humanos. Vol. VI – Proteção Internacional dos Direitos Humanos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 194.

RULLI NETO, Antonio. Dignidade humana e direitos fundamentais dentro de um contexto efetivista. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SANTOS, Alexandre Gomes Bezerra dos. Reserva de vagas em concursos públicos para candidatos portadores de deficiência: Uma breve análise à luz do artigo 37, incisos II e III, da Constituição Federal. Revista do UNIRN, Natal. v.7, n. 2, 2008. Disponível em: <<http://www.revistaunirn.inf.br/revistaunirn/index.php/revistaunirn/article/view/153>>. Acesso em: 20 de maio de 2012.

SANTOS, Boaventura de Souza. Para uma Concepção Intercultural dos Direitos Humanos. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). Igualdade, Diferença e Direitos Humanos. 2 tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SANTOS, Sales Augusto dos (Org.). Ações Afirmativas e Combate ao Racismo nas Américas. Brasília: Ministério da Educação: UNESCO, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 9. ed. rev. atual. 2. tir. E-book. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, sem paginação.

_____. Igualdade como direito fundamental na Constituição Federal de 1988: Aspectos gerais e algumas aproximações ao caso das pessoas com deficiência. In: Ferraz, Carolina Valença; et. al. (Coord.). Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 1, 2001, p. 10. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br/revistas/17082706/revista-dialogo-juridico-01-2001-ingo-sarlet.pdf>> Acesso em: 31/05/2013.

SARMENTO, Daniel. Casamento e União Estável entre Pessoas do Mesmo Sexo: Perspectivas Constitucionais. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. (Coord.). Igualdade, Diferença e Direitos Humanos. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. Constitucionalismo: trajetória histórica e dilemas contemporâneos. In: LEITE, George Salomão; e SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). Jurisdição Constitucional, Democracia e Direitos

Fundamentais: Estudos em homenagem ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes. 2ª Série. Salvador: Jus Podivm, 2012.

SASSAKI, Romeu Kazumi. Como chamar as pessoas que têm deficiência? Revista da Sociedade Brasileira de Ostimizados, ano I, n. 1, 1º sem. 2003, p. 8-11. Texto atualizado em 2009. Disponível em: <<http://www.planetaeducacao.com.br/portal/artigo.asp?artigo=1855>> Acesso em: 05/03/2013.

_____. O acesso ao trabalho: análise à luz da inclusão. Revista Nacional de Reabilitação - Reação. nº 59, Nov/Dez, São Paulo: 2007. Disponível em: <<http://saci.org.br/index.php?modulo=akemi¶metro=20936>>. Acesso em: 12/03/2014.

SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA; SECRETARIA NACIONAL DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA; CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. 3ª Conferência Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência: Reatório Final. 1 ed. Brasília, SDH/PR - SNPD - Conade, 2013. Disponível em: <http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/livro-relatorio-3a-conferencia-final_0.pdf>. Acesso em: 31/03/2014.

SECRETARIA DE INSPEÇÃO DO TRABALHO (Brasil). A inclusão de pessoas com deficiência no mercado de trabalho. 2. ed. Brasília: Ministério do Trabalho e Emprego, 2007, 100p.

SECRETARIA NACIONAL DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA (Brasil). Cartilha do Censo 2010: Pessoas com Deficiência. Texto de Luiza Maria Borges Oliveira. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, 2012, 32 p.

SEGALLA, Juliana Izar Soares da Fonseca; ARAÚJO, Luiz Alberto David. A utilização do novo conceito de pessoa com deficiência: uma advertência necessária. Revista Direitos Fundamentais & Justiça. Ano 6, nº 19, p. 145-159, Abr/Jun, Rio Grande do Sul: PUC, 2012. Disponível em: <http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/19_Dout_Nacional%205.pdf>. Acesso em: 19/03/2014.

SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade. São Paulo: Companhia das Letras, 2000

SILVA, Diego Nassif da. Inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho: o conceito de pessoa com deficiência e sua aplicação jurídica. Curitiba: Juruá, 2013.

SILVA, Marco Antonio Marques da. Cidadania e democracia: instrumentos para a efetivação da dignidade humana. In: MIRANDA,

Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. Direito Indígena, Direito Coletivo e Multiculturalismo. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). Igualdade, Diferença e Direitos Humanos. 2 tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVA, Roberta Cruz da. Direito à saúde. In: FERRAZ, Carolina Valença... [et al.] (Coord.). Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência. São Paulo: Saraiva, 2012.

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. A dignidade da pessoa humana no contexto da pós-modernidade. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; FERES JÚNIOR, João. Ação Afirmativa: Normatividade e Constitucionalidade. SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; e PIOVESAN, Flávia (Coord.). Igualdade, Diferença e Direitos Humanos. 2ª Tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

STEINMETZ, Wilson. A vinculação dos particulares a direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2004.

TOMEI, Manuela. Ação afirmativa para a igualdade racial: características, impactos e desafios. Brasília: OIT/Brasil, 2005.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos, vol. III. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO SEMI-ÁRIDO. Resolução CONSUNI/UFERSA nº 003/2008, de 17 de novembro de 2008. Estabelece as Normas gerais de concurso público para o provimento de cargos técnico-administrativos na UFERSA. Disponível em: < http://www2.ufersa.edu.br/portal/view/uploads/setores/83/arquivos/consuni/2013/RESOLUCOES/RESOLUCAO_CONSUNI_003_2008_NORMAS_CONCURSO_TECNICO_ALTERADA%20E%20COMPILADA.pdf>. Acesso em: 02/04/2014.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE. Resolução nº 038/2013-CONSEPE, de 19 de março de 2013. Aprova atualização das normas sobre a natureza, as condições de contratação e o Processo Seletivo de Professor Substituto na Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Disponível em: < http://www.sigrh.ufrn.br/sigrh/public/colegiados/filtro_busca.jsf>. Acesso em: 02/04/2014.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE. Resolução nº 108/2013-CONSEPE, de 2 de julho de 2013. Aprova as normas para

concurso público de provas e títulos para o ingresso na carreira do Magistério Federal. Disponível em: < http://www.sigrh.ufrn.br/sigrh/public/colegiados/filtro_busca.jsf>. Acesso em: 02/04/2014.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO SEMI-ÁRIDO. Resolução CONSUNI/UFERSA nº 003/2012, de 19 de junho de 2012. Dispõe sobre normas para concursos de docentes efetivos e temporários da UFERSA. Disponível em: < http://www2.ufersa.edu.br/portal/view/uploads/setores/83/arquivos/consuni/2013/RESOLUCOES/ANEXO_RESOLUCAO_CONSUNI_002_2013.pdf>. Acesso em: 02/04/2014.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Os direitos humanos e os mecanismos constitucionais de sua defesa. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

VIEIRA JÚNIOR, Ronaldo Jorge A. Rumo ao multiculturalismo: a adoção compulsória de ações afirmativas pelo Estado brasileiro como reparação dos danos atuais sofridos pela população negra. In: SANTOS, Sales Augusto dos (Org.). Ações Afirmativas e Combate ao Racismo nas Américas. Brasília: Ministério da Educação: UNESCO, 2005.

WANDELLI, Leonardo Vieira. O direito humano e fundamental ao trabalho: fundamentação e exigibilidade. São Paulo: LTr, 2012.

WORLD HEALTH ORGANIZATION; THE WORLD BANK. Relatório Mundial sobre a Deficiência. Tradução Lexicus Serviços Linguísticos. São Paulo: SEDPcD, 2012. Disponível em: <http://www.pessoacomdeficiencia.sp.gov.br/usr/share/documents/RELATORIO_MUNDIAL_COMPLETO.pdf>. Acesso em: 09/04/2014.





A Prof.ª Deliany Vieira de Alencar Maia possui graduação em Direito pela Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte, é especialista em Direito Público pela Universidade Católica Dom Bosco e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Atualmente, é Advogada, Auditora Interna no Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Norte e Professora do Curso Técnico em Segurança do Trabalho, na modalidade a distância, deste mesmo Instituto Federal.

O Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Norte iniciou em 1985 suas atividades editoriais com a publicação da Revista da ETRN, que a partir de 1999 se transformou na Revista Holos, em formato impresso e, posteriormente, eletrônico. Em 2004, foi criada a Diretoria de Pesquisa que fundou, em 2005, a editora do IFRN. A publicação dos primeiros livros da Instituição foi resultado de pesquisas dos professores para auxiliar os estudantes nas diversas disciplinas e cursos.

Buscando consolidar uma política editorial cuja qualidade é prioridade, a Editora do IFRN, na sua função de difusora do conhecimento já contabiliza várias publicações em diversas áreas temáticas.



Com foco na necessidade de efetivação dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência, a presente obra analisa o grau de efetivação da reserva de cargos e empregos públicos a pessoas com deficiência no Estado brasileiro, uma vez que a Constituição Federal de 1988 expressamente determinou tal reserva em seu art. 37, VIII. Ressalte-se que a redação dada ao dispositivo constitucional vem fomentando acirradas discussões sobre a matéria, que estão desaguando nas portas do Poder Judiciário e encontram-se apimentadas pelo fato do microsistema de proteção a tal grupo vulnerável possuir várias lacunas na regulamentação dessa política. Nesse contexto, esta obra, partindo do sistema jurídico internacional e perpassando pela legislação brasileira aplicada à espécie, aborda a efetivação do direito fundamental ao trabalho das pessoas com deficiência no Brasil, à luz de um Estado Constitucional, propondo um modelo constitucionalmente adequado à maior eficácia da norma constitucional estudada, pautando-se, para tanto, numa análise bibliográfica, acrescida de um estudo jurisprudencial, em âmbito nacional, assim como em estudo de casos, centrado na experiências das Instituições Federais de Ensino existentes no Estado do Rio Grande do Norte.

ISBN 978-85-8333-210-7



9 788583 332107 >

