



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA – POSGRAP
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PRODIR**

**ACESSIBILIDADE DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO MERCADO DE
TRABALHO MEDIANTE COTAS**

LAYANNA MARIA SANTIAGO ANDRADE

**SÃO CRISTÓVÃO/SE
NOVEMBRO/2014**

LAYANNA MARIA SANTIAGO ANDRADE

**ACESSIBILIDADE DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO MERCADO DE
TRABALHO MEDIANTE COTAS**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe (UFS).

Orientadora: Prof.^a Dra. Flávia Moreira Guimarães Pessoa

**SÃO CRISTÓVÃO/SE
NOVEMBRO/2014**

**FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA CENTRAL
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE**

A553a Andrade, Layanna Maria Santiago
Acessibilidade das pessoas com deficiência no mercado de trabalho mediante cotas / Layanna Maria Santiago Andrade; orientadora Flávia Moreira Guimarães Pessoa. – São Cristóvão, 2014.
196 f.

Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade Federal de Sergipe, 2014.

1. Direitos fundamentais. 2. Deficientes. 3. Programas de ação afirmativa – Brasil. 4. Justiça social – Brasil. I. Pessoa, Flávia Moreira Guimarães, orient. II. Título.

CDU 342.726-056.26(81)

Layanna Maria Santiago Andrade

**ACESSIBILIDADE DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO MERCADO DE
TRABALHO MEDIANTE COTAS**

Aprovada em 15 de novembro de 2014:

Prof.^a. Dra. Flávia Moreira Guimarães Pessoa
(Orientadora)

Prof. Dr. Augusto César Leite de Carvalho

Prof. Dr. Henrique Ribeiro Cardoso

**SÃO CRISTÓVÃO/SE
NOVEMBRO/2014**

በግንባታው ላይ ግንባር ለማድረግ ለሚችሉት ግንባር
በግንባታው ላይ ግንባር ለማድረግ ለሚችሉት ግንባር

AGRADECIMENTOS

A Deus, meu amigo mais querido, minha história de amor. É Tua, Senhor, esta e toda vitória alcançada em minha vida.

Registro, ainda, os seguintes agradecimentos:

Como não poderia deixar nunca de ser, aos meus maiores incentivadores e exemplos de vida, àqueles que abdicaram dos próprios sonhos para que os meus se realizassem, os meus Pais, Mark Clark e Maria Auxiliadora.

Ao meu irmão Wendell, por sempre, pacientemente, ter me ouvido falar, repetidamente, sobre as pessoas com deficiência, por sempre ter lido o meu trabalho, por todas as matérias que pesquisou sobre o tema, por sempre estar ao meu lado nos momentos em que eu mais preciso. E, igualmente, aos meus irmãos Wesley e Mark Clark, por todo apoio, carinho e pela presença constante em minha vida. Lembro, ainda, minha vó Lúcia, que, desde minhas primeiras letras até hoje, acompanha meu desenvolvimento.

Ao dileto Des. José dos Anjos, palavras são pouco para lhe agradecer.

Ao amigo Elder Cruz de Souza que tanto me auxiliou nessa etapa.

A colega de mestrado e amiga Cecília Nogueira Guimarães Barreto que caminhou passo a passo ao meu lado, comungando os trunfos e, também, as angústias do nosso mestrado. E, ainda, ao colega de mestrado Emerson Albuquerque Resende pela confiança e solidariedade em dividir os seus conhecimentos comigo.

À Prof. Dra. Flávia Moreira Guimarães Pessoa, que me aceitou como orientanda e com paciência, dedicação, generosidade, disponibilizou-me, sem reservas, seu denso conhecimento jurídico. Por todos os momentos de debate, pela motivação, pelas críticas sempre construtivas e, mormente, pela confiança sempre depositada em mim. Sem ela, não seria possível a concretização desta jornada.

Ao professor Dr. Augusto César Leite de Carvalho, exemplo profissional, brilho de Sergipe além-fronteiras, que não mede esforços em transmitir seu elevado saber jurídico. Muito obrigada, por haver aceitado gentilmente o convite de participar da banca de defesa, contribuindo para aprimorar o presente trabalho.

Ao Prof. Dr. Otávio Augusto Reis de Sousa, por toda atenção e por todo apoio (sempre imediato e voluntário), bem como ao Prof. Dr. Henrique Cardoso, por ter participado ativamente de minha banca de qualificação e, também por compor a banca de defesa desta dissertação.

À Prof. Dra. Maria José Nascimento Soares, por todo incentivo acadêmico, a senhora foi essencial para essa conquista.

À funcionária do PRODIR, Catuscha Demétrio da Silva Pitombo, por todos os serviços e também pelos favores prestados.

A todos os meus Professores e à Universidade Federal de Sergipe, pela formação profissional proporcionada.

“Sou baiano, Negro, Pobre e Gay Sou cigano Feio, Baixo e Chinês Nordestino ou Argentino Mendigo ou Indigente Idoso ou Menor Carente Deficiente ou Impotente Crente ou Ateu Árabe ou Judeu Umbandista ou Adventista Testemunha ou Kardecista Migrante ou Imigrante Presidiário ou Proletário Refugiado ou Desabrigado Bêbado ou Drogado Alcoólatra ou Viciado Desempregado ou Condenado

Sou muito mais que tudo isso... Se, não na carne, no espírito de solidariedade com aquele que sofre, chora e morre não pelo que faz ou fez, mas pelo sentimento incontrolável de quem não compreende... Nem faz qualquer esforço para isso...

É preciso sentir na pele, por vezes, literalmente, para dimensionar a loucura de julgar o outro sem um dado objetivo que justifique esta postura.

Não é fácil matar um leão por dia e ser excluído pelo grau de melanina OU por quem você suspira OU pela sua conta bancária OU pela sua luta diária OU de onde vai ou vem OU de quem você crê no além...

Esqueça-me por um dia ou – melhor! – definitivamente, pois o meu maior defeito é parecer diferente aos olhos de quem esqueceu qual é o sentido de ser gente...”

(Rodolfo Pamplona Filho, Preconceito)

2014: 200 anos de falecimento de Antônio Francisco Lisboa, renomado escultor do barroco brasileiro, conhecido como “Aleijadinho” (☆29/08/1738; †18/11/1814).

RESUMO

Lastreado nos ditames constitucionais e da ordem internacional, o presente estudo se propõe a analisar a acessibilidade das pessoas com deficiência ao mercado de trabalho, com enfoque nas políticas públicas desenvolvidas para efetivar o direito ao labor de tal grupo minoritário. Em consonância com esse objetivo, será feito um exame crítico em torno do conceito de deficiência, no qual serão averiguados os méritos, as incongruências e a carga simbólica da legislação que disciplina a matéria. Nesse sentido, será ressaltada a necessidade do conhecimento criterioso acerca das deficiências e de suas funcionalidades, para uma justa e equânime distribuição de benefícios que possa ter gênese e guarida. Com o intuito, ainda, de promover a efetiva inclusão social dos deficientes, será feita uma breve reflexão acerca da Hermenêutica crítica e constitucional, ressaltando a necessidade da libertação do indivíduo da tradição, do dogmatismo exacerbado, bem como, dos preconceitos que impedem a concretização e a fruição dos direitos fundamentais de forma igualitária, com identificação de seus reais destinatários. Oportunidade essa em que serão abordados os novos métodos de interpretação, ante a insuficiência da Hermenêutica jurídica clássica para solucionar as novas demandas da sociedade moderna (líquida, multifacetada, tecnológica, etc.). Finalmente, serão destacados o papel do Poder Judiciário, a função do Ministério Público, bem como da Defensoria Pública na tutela dos interesses das pessoas com deficiência, mormente no que tange à questão trabalhista.

PALAVRAS-CHAVES: Deficiência; Política afirmativa; Concretização Constitucional; Justiça Social; Igualdade Material

ABSTRACT

Based on the constitutional dictates and on the international order, the present study aims to analyze the accessibility of people with disabilities in the labor market, focusing on public policies designed to enforce the right to work in such a minority group. In this purpose, a critical examination will be made around the concept of disability, where will be investigated the merits, the inconsistencies and the symbolic significance of the legislation regulating this matter. In this regard, it will be emphasized the need for thoroughly knowledge about the disabilities and their functionality, in order to achieve a fair and equitable distribution of benefits. In order further to promote effective social inclusion of the disabled, a brief reflection about the Critical and Constitutional Hermeneutics will be made, emphasizing the need for release of the individuals from tradition, exacerbated dogmatism, as well as from the prejudices that prevent the realization and enjoyment of fundamental rights equally, identifying their actual recipients. In this opportunity, where new methods of interpretation will be addressed, given the inadequacy of traditional legal hermeneutics to solve the new demands of modern society (net, multifaceted, technology, etc.). Finally, it will highlight the role of the judiciary, the role of the prosecutor as well as the Public Defender in favour of disabled people's interests, especially concerning the labor issue.

KEYWORDS: Disability; Affirmative action; Constitutional achievement; Social Justice; Material equality

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1. O DIREITO SOCIAL AO TRABALHO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA	17
1.1. Trabalho: conceito e evolução histórica.....	17
1.2. O Direito constitucional do trabalho: valorização do trabalho humano e proteção ao trabalhador.....	22
1.3. Histórico das relações trabalhistas das pessoas com deficiência.....	27
1.4. A constitucionalização do direito das pessoas com deficiência de integrar o mercado de trabalho: Igualdade e Não Discriminação dos Trabalhadores com deficiência.....	31
1.5. Ações afirmativas à luz do constitucionalismo dos direitos sociais no Brasil.....	39
1.5.1. Inclusão das pessoas com deficiências no mercado de trabalho.....	40
1.5.1.2. Conceito e justificações da ação afirmativa.....	46
1.5.1.3. Ações afirmativas para além do sistema de cotas.....	50
1.6. Proteção ao Direito do Trabalho dos deficientes na Ordem Internacional.....	55
1.6.1. Sistemas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos e o direito ao trabalho das pessoas com deficiência.....	56
1.6.2. Transconstitucionalismo: uma proposta de solução para os conflitos na ordem internacional.....	60
1.6.3. Previsões normativas no âmbito internacional acerca dos direitos dos deficientes.....	62
2. PESSOAS COM DEFICIÊNCIAS: REDEFINIÇÃO CONCEITUAL E A NORMATIZAÇÃO TRABALHISTA	67
2.1. Redefinição conceitual de pessoa com deficiência.....	68
2.1.1. Análise da trajetória da nomenclatura.....	68
2.1.2. Análise e evolução classificatória.....	70
2.1.3. Os avanços e os limites da Medicina no processo de reconstrução do conceito de deficiência.....	96
2.2. As ideias de Justiça e de Verdade na demarcação do conceito de deficiência.....	102
2.3. Análise das normas pretensamente protetivas dos deficientes: méritos e incongruência.....	108
2.4. Imprecisão conceitual de deficiência nos demais ramos do Direito.....	115

3. A INTERPRETAÇÃO ACERCA DO CONCEITO DE DEFICIÊNCIA E A TUTELA JURÍDICA DO TRABALHO DAS PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIAS: REFLEXOS DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL.....	125
3.1. Breves notas sobre a definição de hermenêutica e interpretação.....	126
3.2. Hermenêutica Jurídica Crítica: considerações de Lenio Streck como fundamentação da necessidade de reformulação do conceito de deficiência.....	129
3.3. Interpretação Tradicional: reflexo do sistema romano-germânico.....	132
3.3.1. Substratos sobre a interpretação do conceito de pessoa com deficiência nos EUA.....	133
3.3.2. Métodos Tradicionais de Interpretação.....	137
3.4. Importância da Interpretação Neoconstitucional.....	139
3.5. Novos paradigmas de interpretação constitucional: condicionantes para a reformulação do conceito de deficiência	141
3.6. O Papel do Poder Judiciário na Nova Hermenêutica Constitucional: necessidade de uma atuação proativa na concretização dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência.....	150
3.6.1. Limites da Atividade Jurisdicional.....	157
3.7. O Papel do Ministério Público na proteção do direito ao trabalho da pessoa com deficiência.....	160
3.8. O Papel da Defensoria Pública na proteção do direito ao trabalho da pessoa com deficiência.....	162
3.9. Respeito ao Princípio da vedação ao retrocesso.....	166
3.10. Combate ao simbolismo normativo.....	169
 CONCLUSÕES	 172
 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	 177

INTRODUÇÃO

O presente estudo busca analisar, à luz dos princípios constitucionais, a acessibilidade dos deficientes físicos no mercado de trabalho por meio de cotas, averiguando os méritos e as incongruências da legislação pátria regente.

Afigura-se como objetivo específico para o que aqui se propõe o entendimento do conceito de deficiência, considerando os avanços da medicina e da tecnologia em tal seara. E de igual forma, a análise da legislação brasileira de proteção aos deficientes, verificando-se se esta instrumentaliza ou restringe os preceitos constitucionais, bem como se possui eficácia social, no sentido de ser aceita pela sociedade.

Dessa forma, aqui se busca perquirir se o preenchimento de vagas de deficientes físicos por pessoas portadoras de deficiências de menor grau cria um obstáculo ao amplo acesso das pessoas com graves e reais limitações, ferindo assim o princípio da isonomia.

No contexto da promoção da máxima eficácia constitucional, tem-se por objetivo, ainda, avaliar se a ausência de algumas doenças graves com expressa menção na listagem normativa de proteção aos deficientes físicos acaba promovendo uma discriminação odiosa.

Guiando-se por essa senda, a presente dissertação procura expor alternativas mais eficazes para garantir a verdadeira acessibilidade do deficiente ao mercado de trabalho, segundo as diretrizes da Carta Maior e dos tratados internacionais.

Para tanto, propõe-se a interpretação conforme a Constituição, sem ou com redução de texto, e neste caso, sugerindo a criação e/ou alteração legislativa para assegurar e aprimorar a inserção justa dos deficientes no mercado de trabalho.

O sentido é, através da análise crítica da produção legislativa e executiva acerca da matéria, combater qualquer forma de desvio da finalidade das Leis e dos programas de políticas públicas. O norte aponta para a integração das pessoas com deficiências na sociedade, identificando quem seriam os reais e necessitados destinatários desta tutela.

Em consonância com os objetivos expostos, foi realizada a tripartição do presente trabalho, para melhor explanação do tema.

No primeiro capítulo, será feito um breve esboço histórico das relações trabalhistas das pessoas com deficiência.

O intuito é demonstrar a importância do trabalho para as pessoas – ao menos para aquelas que compreendem ser este um valor humano e dignificante pelo fato de se sustentar com o próprio esforço – notadamente aos que apresentam deficiência e que merecem proteção jurídica, mas não exercem autopietismo e nem almejam parasitar a sociedade.

Em especial, é para essas pessoas, ditas deficientes (invariavelmente associadas à persistente marginalização econômica e social que isso acarreta), é que se fazem necessários a análise e o aprimoramento dos instrumentos de inclusão social. Esta é uma responsabilidade compartilhada por toda sociedade e é uma singela contribuição para os estudos a isso associados.

A partir da demonstração do processo de estigmatização sofrido por tais indivíduos, traça-se a trajetória da sociedade em relação à temática em questão, bem como o reconhecimento, em sede constitucional e internacional, da importância de se erradicar a discriminação e de se promover a igualdade, com as consequentes edições legislativas e executivas a respeito.

Nesse propósito, é que o presente texto irá dispor sobre o fenômeno da constitucionalização dos direitos das pessoas com deficiência. Será igualmente apresentado o tratamento conferido a tais indivíduos, sobretudo em relação ao Direito ao Trabalho, com ênfase na Constituição Federal brasileira de 1988.

Desnuda-se o pano de fundo do princípio maior da dignidade da pessoa humana, bem como, do princípio da igualdade. Estes, juntamente, com os documentos internacionais, deverão orientar todo o trabalho.

No segundo capítulo, há a proposta de reformulação e flexibilização do conceito de deficiência física, debruçando-se na doutrina médica e jurídica, acerca da temática.

Sugere-se, então, uma revisão da concepção tradicional do que se entende por patológico, levando em consideração os avanços tecnológicos e científicos da Medicina que atenuam e até mesmo superam a deficiência, bem como, a noção de

certeza e verdade de Ilya Pregrogine e a concepção de Justiça de John Rawls, com aquele foco de fixar a identidade dos reais destinatários da tutela normativa.

Destaca-se, ainda, a existência de inúmeras doenças humanas não contempladas nas normas que tratam da reserva de vagas no mercado de trabalho para pessoas portadoras de necessidades especiais, especialmente o Decreto nº 3.298/99, com redação alterada pelo Decreto nº 5.296/04, no sentido de comprovar a dissonância com a Constituição.

O escopo se centra na demonstração de que com esta alteração conceitual (ou melhor, paradigmática), afastam-se, por um lado, atitudes preconceituosas e, por outro, atinge-se uma distribuição mais justa das políticas públicas, levando em consideração o indivíduo e a sociedade em que se encontra inserido, juntamente com seus fatores econômicos e culturais.

O foco, portanto, passa a se centrar na deficiência efetivamente limitadora, e nos indivíduos demonstradamente hipossuficientes.

Finalmente, no terceiro capítulo, como não poderia deixar de ser, será o estudo ancorado na hermenêutica constitucional, a fim de demonstrar a insubsistência da clássica Teoria das Fontes e da Interpretação do Direito.

Com fulcro na hermenêutica filosófica, sugere-se uma abordagem crítica acerca da conceituação e interpretação, na busca da libertação do indivíduo da mera tradição ou do corpo da lei, bem como dos preconceitos que impedem a concretização e a fruição dos direitos fundamentais de forma devida a quem e por quem seja seu real titular.

Tal perspectiva será destacada no estudo do tema da acessibilidade dos deficientes ao mercado de trabalho, na tentativa de comprovar a impossibilidade do conceito de deficiência ficar adstrito por um critério jurídico *stricto sensu* ou de um dogmatismo insuficiente, levando em consideração os diversos aspectos além dos físico-biológicos ou das pré-compreensões tradicionais acerca do que seja deficiência.

Considerando, ainda, que no atual processo de judicialização das relações político-sociais, o Direito, em sua inerente tridimensionalidade integrativa de fato, norma e valor, numa patente aproximação deste à Moral, será destacado o papel do Poder Judiciário, em especial na missão de exercer o controle de

constitucionalidade, destacando-se a atividade do Supremo Tribunal Federal como órgão guardião da Constituição.

Vivencia-se uma sociedade com múltiplos projetos de vida, em constante transformação, composta por indivíduos dotados de variadas características e peculiaridades, sobretudo no tocante às pessoas portadoras de deficiência, cujas expressões, consoante se busca confirmar, são de impossível previsão pelos editores das normas jurídicas de regência.

Diante de tal cenário, procura-se evidenciar que a própria noção de “lacunas” passa a abranger não somente os casos de falta de legislação, mas também os de sua desatualização ou da não-correspondência aos valores vigentes.

Dada a insuficiência dos métodos tradicionais de interpretação normativa, bem como de preenchimento de tais lacunas, estes últimos outrora oferecidos pelo próprio sistema normativo, o estudo volta-se para a interpretação criativa, que ultrapassa a simples subsunção, com a atuação proativa do Judiciário, impondo um modelo jurídico corretivo e transformador, baseado no domínio de técnicas de ponderação de princípios constitucionais, que são diretamente aplicados aos casos concretos.

Outrossim, reconhecendo tal protagonismo judicial, a abertura do sistema normativo com a conseqüente rejeição ao formalismo exacerbado faz estabelecer os limites dessa atuação, garantindo racionalidade, legitimidade e efetividade das decisões judiciais.

Assim sendo, assenta-se o capítulo em questão no reforço da fundamentação, através do discurso participativo, da argumentação jurídica e dos princípios instrumentais que conduzirão a interpretação e conseqüente aplicação do Direito conforme os ditames da Constituição.

Complementando a temática sobre a tutela jurídica do trabalho das pessoas portadoras de deficiência, analisar-se-ão a função do Ministério Público, bem como o papel da Defensoria Pública na promoção da inclusão social de tal grupo minoritário de forma justa e igualitária.

Por derradeiro, será analisado o princípio da vedação de retrocesso social, bem como o fenômeno do simbolismo normativo, demonstrando os seus efeitos nefastos.

Metodologicamente, a pesquisa, quanto à tipologia, será factual, visto que “[...] cuida dos objetos factuais” (HENRIQUES; MEDEIROS, 2004, p.35).

No tocante à problemática de estudo, será realizado um levantamento bibliográfico, ancorando-se em diversos autores que abordam o tema, na perspectiva de garantir uma leitura crítica acerca da acessibilidade dos deficientes no mercado de trabalho (compilação analítica).

De igual forma, será analisado entendimento jurisprudencial acerca da temática, com consultas nos diversos tribunais pátrios, especialmente no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal.

Concernente à linha básica de pesquisa, tratar-se-á de uma análise teórica, na perspectiva de aprofundar conhecimentos basilares dos clássicos que tratam da temática, utilizando-se dos conceitos manejados de modo criativo.

O método de abordagem será hermenêutico, em particular a hermenêutica jurídica constitucional trabalhista, com ênfase nos critérios interpretativos da máxima efetividade, identidade e concordância prática, onde se procederá a uma análise axiológica das normas e atos.

Sugerindo, após, modificações normativas e executivas para albergar não somente pessoas portadoras de deficiências físicas, mas também todas aquelas que, de alguma forma, apresentam limitações, impedindo o livre e amplo acesso ao mercado de trabalho; indica, ainda, meios para afastar eventuais práticas abusivas.

O procedimento metodológico será o hipotético-dedutivo (científico), uma vez que parte da percepção de uma lacuna, ambiguidade ou impasse nos conhecimentos, acerca do qual se formulam hipóteses e, mediante inferência dedutiva, testa o prognóstico da ocorrência de fenômenos abrangidos pelas hipóteses.

1. O DIREITO SOCIAL AO TRABALHO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Para o entendimento do tema principal deste trabalho que versa sobre a acessibilidade dos deficientes no mercado de trabalho mediante cotas, imprescindível se faz tecer algumas considerações acerca do conceito e da evolução do trabalho humano, demonstrando assim a sua importância para promoção da inclusão social da pessoa com deficiência.

Será ainda analisado o tratamento constitucional conferido à proteção do trabalho das pessoas portadoras de deficiência física, realçando a necessidade de concretização dos princípios e mandamentos da Constituição Federal, pois dotados de força normativa.

Desta feita, como pressuposto lógico do desenvolvimento de todo o trabalho, serão enfrentadas as várias vertentes do Princípio da Igualdade, bem como serão anotadas disposições sobre a não-discriminação.

Necessário, ainda, discorrer sobre as ações afirmativas, através de prévia análise histórica, no desiderato de orientar o leitor para as peculiaridades da sociedade brasileira que repercutirão na aplicação dos institutos de políticas afirmativas, para que haja sua integral efetividade.

Finalmente, será feita uma abordagem acerca da proteção dos direitos sociais albergada na ordem internacional. Para tanto, serão estudados os Sistemas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos, bem como os diversos diplomas consagrados no âmbito internacional, em especial a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência que possui *status* de emenda constitucional no ordenamento jurídico brasileiro.

1.1. Trabalho: conceito e evolução histórica

Sem pretensão de exaurir todo o conceito de Trabalho, serão feitas algumas considerações em torno da evolução histórica, de modo a demonstrar a conotação

social do trabalho para inserção do ser humano na sociedade, sobretudo das pessoas com deficiência.

Historicamente, o significado de trabalho humano esteve associado ao cansaço físico, atrelado à fadiga, à pena, à tortura, “na Grécia antiga, era um castigo.” (DINIZ, 2004, p. 223).

[...] O mais credenciado é E. Littré que aponta *trabs* como raiz originária, lembrando igualmente que trabalhar teve o sentido de viajar, sentido que se liga as penas de fadiga. É dessa acepção que deriva do inglês *to travel*. A origem certa, porém, e neste sentido se inclina a maioria dos filólogos e linguistas, é das palavras *tripalium* e *tripaliare*.” (MORAES, 1956, p. 59-62).

Na Antiguidade, predominava a exploração do trabalho escravo, em que não apenas o fruto do trabalho pertencia ao senhor dono, mas também, nas palavras de Orlando Gomes (1995, p. 10): “o trabalhador era propriedade viva de outro homem, sobre cujos ombros recaíam os encargos de riqueza”.

Ainda ali não se reconheciam os direitos trabalhistas dos escravos, que eram tidos como verdadeiros objetos (*res*). Apenas acerca do trabalho livre havia algumas disposições esparsas em Códigos que versavam sobre o trabalho humano, de natureza contratual¹.

Após a escravatura, surge o colonato, em regime de servidão. Nesse modo de produção, o trabalhador passa a ser reconhecido como pessoa, sendo titular de direitos e obrigações, porém sua liberdade sofre uma série de restrições, estando verdadeiramente preso à terra, à propriedade feudal, ou seja, servo da gleba. (SOUSA, 2002, p. 20).

Com o surgimento das cidades, exsurge o regime corporativo de trabalho, cujo exercício da profissão somente era permitido àqueles que fizessem parte das

¹ [...] Não obstante se reconheçam, mesmo em alguns Códigos de então, esparsas disposições sobre o trabalho humano. Ainda assim habitualmente se reportam os autores a um contrato de Direito Romano, a *locatio conductio operum*, como antecedente remoto do contrato individual de trabalho.” (SOUSA, 2002, p. 19). Sobre o tema aduz ainda Orlando Gomes (1995, p. 110) que “[...] Era um contrato que se realizava quando ‘se prometia, por certa paga, uma coisa para fruir, um serviço para prestar, uma obra para fazer’. Este contrato podia apresentar-se sob três modalidades: a) *locatio rei*; b) *locatio operarum*; c) *locatio operis faciendi*”. Da mesma forma, pode-se encontrar no Código de Hamurabi algumas disposições trabalhistas.

corporações de ofício e guildas. Tal modelo, insustentável economicamente por suas limitações intestinas, culminou no liberalismo.

Com a eclosão da Revolução Industrial, cujos efeitos sociais decorrentes repercutiram, diretamente, para o reconhecimento dos Direitos do Trabalhador, pois seriam “a fonte material de toda a construção jurídica engendrada para muitos, com a finalidade específica: proteger o proletariado da situação abjeta e desumana vivenciada pelos trabalhadores. [...]” (SOUSA, 2002, p. 24), sobretudo no que tange às denominadas “meias forças”, correspondentes ao trabalho infantil.

Nessa senda, merece destaque a crítica social desenvolvida por Marx e Engels ao demonstrar que o sistema capitalista, através da divisão e da exploração da força trabalhista, valoriza o resultado do trabalho e não o trabalhador; este é reduzido a um mero objeto na cadeia produtiva.

Os trabalhadores “[...] não são sujeitos-criadores das coisas. São, ao contrário, as coisas que são os mestres de seus destinos [...]” (SPURK, 2005, p.199). Logo, se do regime escravocrata o trabalhador era objeto do senhor dono e na servidão subordinado à propriedade, no capitalismo é ele escravo do capital.

Os fatores precursores da Revolução Industrial são principalmente: o acúmulo de capitais, a inovação tecnológica e o decorrente excesso de mão-de-obra disponível. Tem-se, pois, a ascensão da burguesia, que clamava pela liberdade econômica e pela omissão do Estado em tal esfera, cabendo tão somente a este garantir as liberdades individuais.

Foi justamente este o momento em que foram abolidas as corporações de ofício, e a ingerência estatal se afigurava ilegítima. Imperava a lei da oferta e da procura.

O cenário era, portanto, de individualismo, sob o ideário célebre do *laissez-faire, laissez passer*. O objetivo era a maior produção pelo menor custo, e a seleção no mercado de trabalho era, portanto, altamente discriminatória. A igualdade, adiante desenvolvida, era meramente formal, quando muito.

Logo, diante de tal contexto social, somado ao número de acidentes de trabalho ocasionados pelas máquinas, começaram a tomar fôlego as movimentações em prol da inclusão das pessoas com deficiência física no mercado de trabalho.

O despertar da atenção para a questão da habilitação e da reabilitação do portador de deficiência para o trabalho aguçou-se a partir da Revolução Industrial, quando as guerras, epidemias e anomalias genéticas deixaram de ser as causas únicas das deficiências, e o trabalho, em condições precárias, passou a ocasionar os acidentes mutiladores e as doenças profissionais, sendo necessária a própria criação do Direito do Trabalho e um sistema eficiente de Seguridade Social, com atividades assistenciais, previdenciárias e de atendimento à saúde, bem como a reabilitação dos acidentados (FONSECA, 2000, s/p).

A atuação estatal ainda atrelada aos ideais liberalistas, através do Poder de Polícia, era no sentido de coibir os movimentos da classe proletária. Dessa forma, as associações eram criminalizadas, e as greves reprimidas. De sorte que as primeiras legislações trabalhistas foram concebidas pela própria burguesia com o objetivo de apaziguar o ambiente de trabalho e manter os níveis de produção. (SOUSA, 2002, p. 26).

Posteriormente, surge a necessidade de revisão do modelo liberalista, passando o Estado a regular as relações de trabalho, em garantia dos direitos sociais, marco este que será apontado no próximo tópico.

Ante o exposto, observa-se que, ao lado dessa visão odiosa do trabalho, sempre se reconheceu seu caráter econômico, essencial ao suprimento das necessidades humanas e da sociedade.

Atualmente, num viés diametralmente oposto, o trabalho possui uma conotação positiva e imperiosa na vida humana. “O trabalho dignifica o Homem”, mormente no que diz respeito aos hipossuficientes, pois é a única forma de se conquistar uma melhoria de sua vida.

Desse modo, reconhece-se que o “trabalho passou a ser a honra ao mesmo tempo em que confere segurança ao homem que trabalha” (FERRARI, 1998, p. 42), passa a adquirir *status* social, justamente pelas possibilidades de contribuir para uma vida condigna. A propósito, vale a transcrição que segue:

[...] para além das considerações de eficiência econômica, está sobretudo a preocupação com a equidade e com a dignidade humana, que justifica o investimento de recursos coletivos na solução de problemas fundamentais, como os ligados à saúde do trabalhador, à sua qualificação, às suas motivações psicológicas como também os problemas concernentes aos programas de assistência aos deficientes e incapazes. (BAGOLINI, 1997, p.58)

A perspectiva de que o trabalho serve à exploração e à coisificação do homem, em consequência da essência do capitalismo. (LUDWIG, 2006, p. 172), não obstante cunhada de realismo, endossa a necessidade de mudança de foco do objeto jurídico a ser tutelado: não mais o trabalho e sim o trabalhador.

A importância do trabalho para as pessoas, em especial para aquelas com alguma limitação ou deficiência física, ou econômica e socialmente marginalizadas, erige-se em responsabilidade a ser compartilhada por toda sociedade.

O custo de vida para uma pessoa com deficiência é, de fato, mais elevado em comparação às pessoas sem deficiência alguma, uma vez que aquelas enfrentam barreiras específicas: custos com saúde especializada, a exemplo de tratamentos e medicamentos específicos, próteses etc., com mobilidade urbana, com o acesso à educação e material de apoio, até mesmo o acesso à informação é mais dispendioso, dentre muitos outros.

Compreendido isso, e cediço ser o fruto do trabalho o que deve garantir o sustento econômico das pessoas com deficiência, configura-se ele como instrumento, inclusive para mitigar os efeitos da deficiência e, até mesmo, para superação desta, através dos variados recursos tecnológicos e educacionais que demandam um custo financeiro elevado, consoante aduzido.

Para além disso, a própria função de sociabilidade do trabalho se torna instrumento para identificação da pessoa com deficiência como um igual, como ser útil e produtivo no meio social.

Deve-se ainda mencionar o *status* social do trabalho exercido perante a Administração Pública, cujo ingresso é cada vez mais concorrido, mormente a partir da Constituição de 1988 que estabelece a obrigatoriedade de concurso para o exercício das funções públicas, ressalvadas as exceções constitucionais, razão pela qual se faz necessária a potencialização das políticas de inclusão também no setor público.

Deste modo, devem-se perquirir com acuidade todos os mecanismos para o aprimoramento da inclusão de todos, quanto possível for, no mercado de trabalho, nas esferas pública ou privada, dinamitando os obstáculos, seja de ordem social,

econômica e até mesmo jurídica, que impeçam ao indivíduo de exercer com plenitude o direito fundamental ao trabalho, indissociável da dignidade humana.

1.2. O Direito constitucional do trabalho: valorização do trabalho humano e proteção ao trabalhador

A insurgência da classe trabalhadora,² no decorrer do século XIX e início do século XX, advém em busca da melhoria das condições de trabalho, da participação política igualitária, de uma legislação que os protegesse contra as condições de miserabilidade e de exploração de trabalho. É atrelada ainda a exigência de uma postura estatal ativa, a fim de garantir a justiça social.

Tudo isso fez com que o modelo liberal e as constituições que o albergavam não dessem conta dos anseios desse estrato social marginalizado.

Esse cenário reivindicava um Estado que se voltasse para o bem-estar social. Soma-se aos efeitos oriundos da Primeira Guerra Mundial, que fez surgir um novo modelo estatal, dirigente e controlador da vida socioeconômica.

Assim, os direitos sociais, dentre eles, o direito ao trabalho, passam a configurar os novos direitos fundamentais.

Os direitos sociais, em especial o Direito do Trabalho, constituem “o segundo grupo de Direitos Humanos” (MAGALHÃES, 2008, p. 157). Configuram-se assim, em direitos fundamentais, que, juntamente aos direitos individuais, estes garantidos outrora, formam os instrumentos para a liberdade e efetiva igualdade de todos, inclusive e especialmente das pessoas com deficiência física, e não apenas de uma parcela restrita da sociedade.

É no reconhecimento, e, a partir disso, na mitigação de tais desigualdades, que se vai evoluir para uma sociedade onde não haja uns mais iguais que os outros. Onde a igualdade “na” Lei, “perante” a Lei e “para” a Lei se revele uma verdade

² Como exemplo, tem-se o Manifesto Comunista de 1848, a Revolução Russa de 1917 que são típicas insurgências da classe trabalhadora em face do modelo liberal, omissos à questão social.

atávica, e não uma quimera filosófica, e se transmude numa igualdade “pela” Lei, que seja nela justificada, ali tutelada e que dela decorra.

Os direitos trabalhistas são assim os mais importantes dentre os direitos sociais, mas além deles se encontram também o direito à saúde, à educação, à cultura, ao lazer, à segurança pública e à habitação, consoante o entendimento de Recaséns-Siches (1978, p.600), bem como segundo José Luiz Quadros Magalhães (2008, p. 158).

Vê-se que a tônica do constitucionalismo clássico era um Estado abstencionista perante os direitos subjetivos.

Com o advento do constitucionalismo social, o Estado passa a ter o dever de promover os direitos humanos, através de prestações positivas, preenchendo verdadeiras lacunas sociais deixadas pelo modelo anterior, sobretudo na esfera trabalhista. Nas palavras do Abade Francês Henri Dominique Lacordaire (1802-1861) “*Entre o fraco e o forte, entre o rico e o pobre é a liberdade que escraviza, é a lei que liberta*”.

O trabalho passa pela primeira vez a ser matéria constitucional em 1917 na Constituição Mexicana e, na Alemanha, com a Constituição de Weimar datada de 1919. A partir de então, alastra-se³ o constitucionalismo dos direitos sociais e em destaque os direitos trabalhistas, no alvorecer do *welfare state*.

No Brasil, em que pese encontrar nas Constituições de 1824 e 1891, essencialmente liberais, notas acerca dos direitos sociais, estes passam a ser contemplados tão somente com a Constituição de 1834. A partir deste diploma, os direitos trabalhistas se tornam direitos fundamentais, sendo, portanto, marco inaugural do constitucionalismo social brasileiro. (MAGALHÃES, 2008, p. 165).

A Constituição de 1937, muito embora autoritária, mantém no seu texto literal normas de proteção ao trabalhador, ainda que desprovidas de efetividade.

A linha social é confirmada pelas Constituições de 1946 e mesmo na de 1967 e na Emenda de 1969.

³ A exemplo de outras constituições que passaram a dispor dos Direitos Trabalhistas: Constituições da União Soviética (1918, 1923, 1936 e 1977), a Constituição da Espanha (1931), a Constituição da Itália (1947) e as Constituições da França (1946 e 1958).

Ocorre que, no final da década de 70, com a crise do petróleo e o declínio do socialismo suplantando com a queda do muro de Berlim, o *welfare state*, altamente burocrático e dispendioso, tornou-se insustentável, culminando no denominado “neoliberalismo”, sujeito ele também a profundas críticas.

Este modelo defende a diminuição do intervencionismo estatal com a flexibilização das normas trabalhistas. “O neo-liberalismo é o novo; como seu nome indica, ele é agressivo, atuante, vigilante e, sobretudo, é comprometido com a questão social” (RUSSOMANO, p. 146, 1992).

A constituição dirigente e controladora não resistiu, tornando-se inevitável a redefinição do papel do Estado.

Não podendo mais situar o sistema financeiro como expressão isolada do país, quando os próprios Estados Nacionais, rompendo voluntariamente o conceito criado na Idade Moderna, abrem mão de parte de seu *jus imperii*, em nome de um eventual progresso econômico daí decorrente, a globalização finda por criar um sistema financeiro transnacional, mitigando a própria idéia de soberania da nação.

Diante desse contexto, é promulgada a Constituição Federal Brasileira em 1988 que traz uma série de inovações significativas em um considerável anteparo de direitos sociais⁴.

A Carta Magna fixa um rol de medidas protetivas do trabalho e antidiscriminatórias, consagrando ao mesmo tempo valores da iniciativa privada, da propriedade privada e da livre concorrência, sempre em consonância com os direitos sociais, tendo como pano de fundo o princípio maior da dignidade da pessoa humana.

Observa-se um aperfeiçoamento constitucional da perspectiva do trabalho, que, na CF/88, passa a ter natureza e finalidade de valor social, tendo primado na ordem social, comprovando a valorização do trabalho humano.

Diante de todo o aduzido, nota-se a necessidade de criação de uma tutela mínima para todo tipo de trabalho e também de trabalhador, inclusive para aqueles

⁴ No tocante à proteção conferida pela Constituição de 1988 ao direito do trabalhador com deficiência física, dada a grande importância da disciplina, foi destinado e desenvolvido em tópico específico do presente capítulo. Ver tópico 1.4. A constitucionalização do direito das pessoas portadoras de deficiência física no mercado de trabalho.

que mais necessitam: os portadores de deficiência, especialmente quando social e economicamente vulneráveis.

Possuindo o trabalho um intrínseco (e positivado) valor social, e dele fluindo predicados para a dignidade humana, todo aquele merecedor desta dignidade (ou seja, todo ser humano) é também merecedor da chance de autossustentar-se com o fruto de seu labor.

Reconhecem-se, dessa maneira, os Direitos Fundamentais nas relações trabalhistas em decorrência da condição humana do trabalhador e não dos direitos obrigacionais. “Não existe o trabalho, mas sim o homem que trabalha” (FILAS, 2007, p.1).

E, nas palavras do Ex-Ministro do TST, Barata Silva:

É preciso não perder de vista que o trabalho é um dever social, dever que, a bem dizer, surgiu com o próprio homem. Se há esse dever, forçoso admitir a correspondente obrigação do Estado de proporcionar condições que passam a ser um direito, fundado na própria natureza humana. (1992, p. 53-54).

Deve-se, assim, atribuir aos direitos sociais a característica de manifestações dos direitos fundamentais de liberdade e de igualdade material.

Destarte, há ainda posicionamentos na doutrina, afirmando a insuficiência da lei e da constitucionalização dos direitos sociais para torná-los efetivos, quando dissociados dos ditames do sistema financeiro e da razoabilidade (SOUSA, 2002, p. 90-91).

Tal corrente doutrinária propõe a desconstitucionalização parcial dos direitos sociais, para evitar a hiperinflação da Constituição e a conseqüente perda da efetividade.

E, de igual forma, advoga pela flexibilização de seu artigo 7º, reservando-se assim o espaço constitucional tão somente para as normas essenciais que compõem o núcleo essencial da disciplina; prega-se, ao mesmo tempo, a intangibilidade das normas que são direitos relacionados à qualidade da pessoa humana. (SOUSA, 2002, 92).

Essa linha de raciocínio fundamenta-se na negativa do alcance da cláusula pétrea aos direitos sociais, logo, poderiam estes ser objeto de emenda.

Dessa forma, a cláusula pétrea aludiria tão somente ao capítulo I da Constituição Federal, que trata sobre os direitos e os deveres individuais, elencados no artigo 5º, e não aos direitos e garantias fundamentais. Somando-se, ainda, que o artigo 60, § 4º, também da Constituição se refere aos retromencionados direitos e deveres individuais, que não se confundem com os direitos sociais. (ROMITA, 1998 p. 85).

De fato, se a Constituição abdicar da sua pretensão de impor padrões mínimos de justiça nas relações humanas, com sua omissão ela estará legitimando o *status quo*, e coonestando a exclusão social. Se é certo que a Constituição não pode tudo, e não deve, por isso, ser sobrecarregada com tarefas que ela não tem minimamente como cumprir, sob pena da sua desvalorização como norma jurídica, também é certo que decapitar a Constituição de sua carga substantiva, condenando-a ao silêncio sobre a opressão a injustiça social, corresponde, *mutatis mutandis*, a convertê-la num Pôncio Pilatos, que lava suas mãos diante da ignomínia. (SARMENTO, 2004, p. 413)

Na esperança de que não há como retroceder nas conquistas sociais de proteção ao trabalhador, por outro lado, deve-se atentar para uma questão fática: a humanidade se encontra em processo contínuo de transformação de valores, sendo, conseqüentemente, insustentável a manutenção de uma sistematização jurídica conservadora, não mais condizente com a realidade e desprovida de efetividade.

Nesse espectro, se a lei de início chegou a justificar a escravidão e a servidão, para evoluir e outrora configurar verdadeira rota de fuga diante de um contexto de exploração mercantil, por outro lado, a proteção efetiva dos direitos dos trabalhadores não pode ser obstaculizada por abusos cometidos pela própria atividade legislativa, pelas eventuais limitações ainda do modelo de Estado hodierno, ou por qualquer outro fator.

Desta feita, o direito trabalhista e todas as normas que direta ou indiretamente disciplinam a matéria merecem ser constantemente atualizadas e interpretadas de acordo com os valores insculpidos na Carta Magna, a fim de que haja efetiva concretização de direitos essenciais do ser humano, dentre estes o direito à inclusão no mercado do trabalho.

1.3. Histórico das relações trabalhistas das pessoas com deficiência

É de suma importância ser analisado o contexto histórico das relações de trabalho das pessoas com deficiência, aferindo os progressos e os retrocessos, bem como os setores que necessitam de avanço.

Historicamente, em caráter excepcional, constate-se o enaltecimento da pessoa com deficiência física em determinados grupos sociais, a exemplo tribos primitivas da Malásia (*Semangs*), dos habitantes da África (*Ashantis*), onde afiguravam, respectivamente, como conselheiros e responsáveis pela decisão de disputas, bem como, na condição de mensageiros de missões difíceis (ALVES, 1992, p.19)⁵.

Na Idade Antiga, a civilização egípcia também foi exemplo emblemático de respeito às pessoas com deficiência. “A arte do Egito Antigo, tais quais os afrescos, os papiros, os túmulos e as múmias, revela que a pessoa com deficiência estava presente, participando das diferentes classes sociais (escravos, agricultores, artesãos, nobres, faraós)”. (MACIEL, 2011, p. 24).

Não obstante esse raro reconhecimento das pessoas com deficiência física, historicamente, a regra foi a segregação desse grupo social.

A começar pelas citações litúrgicas, em especial no Livro do Levítico de Moisés, onde se pode aferir o tratamento discriminatório às pessoas com deficiência física, na sociedade hebraica, ao impedir que elas apresentassem ofertas sacrificais, na condição de sacerdotes (RANAURO; SÁ, 1999, p. 36).

Ainda que se enxergue na democracia grega a base para os direitos dos deficientes, em Esparta e Atenas as crianças, na condição de propriedade estatal, quando nascidas com algum tipo de anomalia, ou ainda, quando não eram consideradas fortes o suficiente, eram exterminadas: arremessavam-nas do abismo do Taigeto. Outras, aos doze anos, eram submetidas a provas de resistência. (FIGUEIREDO, 1997, p.48).

⁵ Apesar de algumas tribos proteger seus integrantes, inclusive as pessoas com deficiência, observa-se que o próprio meio era excludente, devido a falta de condições mínimas de sobrevivência associado a um contexto vigente pela regra da força, ou seja, mais forte vence. Para saber mais detalhes acerca das culturas primitivas em relação às pessoas com deficiência ver: SILVA, Otto Marques da. Atitudes face a Pessoas com Deficiência: culturas primitivas de ontem e de hoje. Disponível em: <<http://www.crfaster.com.br/Atitudes.htm>> . Acesso em 10 jun 2014.

Por outro lado, privilegiavam-se as pessoas com deficiências adquiridas em guerras. Protegiam-se, assim, os direitos dos soldados gravemente feridos ou mutilados, havendo, inclusive, previsão legislativa sobre a assistência social em tais casos, a denominada “Lei de Sólom” (640 a 558 a. C.)⁶.

Havia assim, de certa forma, uma prestação positiva e obrigatória por parte do Estado, garantindo-se, em decorrência, os direitos mínimos para a sobrevivência do deficiente. Ao menos daqueles que adquiriram tal deficiência na defesa daquele mesmo Estado.

Não obstante, naquela época, já se vislumbravam “desvios na aplicação das leis, onde falsos ‘deficientes’ procuravam tirar proveito da lei, o que levou ‘Lysias’ a fazer um discurso intitulado ‘Em favor dos deficientes’”. (ALVES, 1992, p. 21).

É, ainda, na civilização grega que se encontra o berço da noção de habilitação e reabilitação dos trabalhadores com deficiência.

Os filósofos Platão, em “A República” (2000, p. 130-133), e Aristóteles, em “A Política” (1998, p. 73), também defendiam o uso de medidas eugênicas, muito embora este último fosse defensor ferrenho dos direitos trabalhistas das pessoas com deficiência.

Na Roma Antiga, a Lei das XII Tábuas expressa de igual forma o repúdio às pessoas com deficiências.

A Tábua IV estabelece: “*I- Que o filho nascido monstruoso seja morto imediatamente*”. Observa-se que “tinha o romano uma espécie de obsessão contra os defeitos físicos e não perdoava até mesmo aqueles que chegavam à suprema autoridade, como o imperador Claudius, que sempre foi ridicularizado pela sua manqueira ou claudicância”. (ALTAVILA, 2001, p. 34).

Na Idade Média, se avistam maiores indícios de preocupação em relação às pessoas com deficiência física. Durante o reinado de Luís IX da França, foi construído o denominado *Quize-Vingts*, primeiro centro para tratamento da cegueira dos soldados vítimas das Cruzadas (SILVA, 1986, p.135).

⁶ Na mitologia grega, em “Ilíada e Odisseia”, Homero relata que o Deus Hefesto era portador de deficiência nas pernas, possuindo, contudo, grandes habilidades em artes marciais e habilidades metalúrgicas (ALVES, 1992, p.21).

Adentrando a Idade Moderna⁷, na Inglaterra, a Lei dos Pobres (1531) fazia referência aos deficientes físicos e idosos, permitindo que pedissem esmola. A criação das *workhouse* (1723) tinha por objetivo empregar os trabalhadores deficientes, contudo, não atingiram sua finalidade, pois os postos de trabalho acabaram sendo preenchidos tão somente pela população carente, porém saudável. (ALVES, 1992 p. 25).

Foi, porém, a Revolução Industrial o marco diferencial nas relações trabalhistas das pessoas com deficiência. Nesse período, as condições subumanas, a extensiva jornada de trabalho, bem como as mutilações provocadas pelas máquinas impulsionaram manifestações e reivindicações, a princípio atendidas em parte pela própria burguesia em prol da subsistência do modelo capitalista, em seguida impulsionaram a intervenção estatal.

Deu-se, então, um aumento na produção legislativa voltada ao trabalhador: *Lei de Peel* (1802) que continha prescrições de natureza sanitária, *Factory Act* (1833) que tratou da fiscalização das condições de trabalho das fábricas, bem como, as leis que regularizavam o trabalho feminino (1842) e a jornada de trabalho (1844, 1850 e 1853).

Nos EUA, em 1907, “[...] houve a Primeira Conferência da Casa Branca sobre os Cuidados de Crianças Deficientes e, na cidade de Boston, foram organizadas as primeiras turmas de trabalho protegido para pessoas com deficiência nas empresas.” (MACIEL, 2011, p.28).

Com o período pós-Guerra Mundial, dentre outras consequências drásticas, surgiram novos e numerosos casos de deficientes, contribuindo para o reconhecimento das necessidades, dos direitos da pessoa com deficiência física, no âmbito trabalhista. Foi, sobretudo, na Segunda Guerra Mundial,

⁷ A partir da Idade Moderna, há registros de importantes medidas que afetariam significativamente a vida das pessoas com deficiências, como a criação do método de educação por meio de sinais, pelo Monge Pedro Ponce de Leon (1520-1584), o surgimento da primeira cadeira de rodas, projetada pelo paraplégico Stephen Farler (1655), na Alemanha. Posteriormente, destaca-se a criação do sistema de escrita padrão para pessoas cegas - Braille (1827), Paris pelo aluno Louis Braille. No Brasil, Dom Pedro II criou o atual Instituto Benjamin Constant, através do Decreto Imperial nº. 1.428/1854. E, em 1857, foi fundado o atual Instituto Nacional de Educação de Surdos – INES). Representa ainda um marco histórico: os primeiros Jogos Paraolímpicos realizados em Roma (1960).

que essas necessidades afloraram como questão do Estado e de toda sociedade. De um lado, os interesses dos mutilados de guerra, que pressionavam o Estado por uma política séria no sentido de reabilitá-los para o mercado de trabalho, e de outro, a pressão dos civis portadores de deficiência que desejavam permanecer ativos, uma vez que haviam ocupado, com bons resultados, os postos vagos na indústria, comércio e serviços deixados por aqueles que haviam sido convocados para a guerra. (KREWER, 2000, p.51).

Com a adoção da Recomendação nº 99/1955, da Organização Internacional do Trabalho, restou evidenciada, no cenário internacional, a imprescindibilidade de inclusão no mercado de trabalho das pessoas portadoras de toda deficiência física, independentemente da origem e da natureza, seguida de várias outras recomendações e orientações da OIT, que serão apresentadas, mais adiante, nesse trabalho.

Cabe ainda lembrar que na década de 1970, no Brasil, houve significativa produção legislativa, acompanhada de programas destinados à inclusão da pessoa com deficiência física no ensino educacional e no mercado de trabalho. (SANTOS, 1995, p/ 21-29).

Diante do esforço histórico despendido, observa-se que a concepção do trabalhador com deficiência física se encontra associada à própria visão que a sociedade possui a respeito dos deficientes em geral, variando de acordo com o tempo e com o contexto social e cultural.

Em razão disso, faz-se necessário um avanço na concepção, inclusive terminológica, do que seja deficiência física, promovendo, dessa forma, a concretização da inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho, mormente levando-se em consideração o modelo capitalista vigente e o processo de globalização, que selecionam os indivíduos baseados em sua produtividade.

A amplitude conceitual, e ao mesmo tempo criteriosa, do que se entende por deficiência, é igualmente importante, para que não haja desvios na legislação acerca da matéria, avistáveis desde os primórdios, consoante se pode atestar pela análise histórica despendida. O intuito deve ser a promoção da justiça social.

1.4. A constitucionalização do direito das pessoas com deficiência de integrar o mercado de trabalho: Igualdade e Não Discriminação dos Trabalhadores com deficiência

Por ser o trabalho um dos pilares essenciais à vida, a sua reivindicação como direito fundamental “[...] – tão fundamental que passou a fazer parte de todas as Declarações de Direitos Contemporâneas – teve as mesmas boas razões da anterior reivindicação do direito de propriedade como direito natural” (BOBBIO, 1992, p. 77).

É, destarte, essencial, a garantia constitucional do direito ao trabalho às pessoas com deficiência.

Por sua vez, configura-se o princípio da igualdade (ou da equiparação), em sua vertente material, em verdadeiro instrumento de viabilização concreta desse direito, ao combater qualquer tipo de conduta discriminatória tendente a excluí-las do mercado de trabalho e, concomitantemente, ao impor práticas para sua inclusão, razão pela qual, mister se faz o estudo prévio desse instituto, bem como a constante referência a ele em todo o trabalho.

A concepção de igualdade, contudo, modificou-se ao longo do tempo, podendo-se distinguir dois principais enfoques: igualdade formal e igualdade material.

A primeira delas foi resultado da evolução histórica da sociedade, que, inicialmente escravocrata e em seguida feudal, foi cronicamente marcada pela desigualdade de classes.

Nesse contexto, o pensamento filosófico e o próprio sistema jurídico da época legitimavam as diferenças econômicas entre os indivíduos.

Com o advento da sociedade burguesa, passou-se a reivindicar um tratamento igualitário para todos, no sentido de afastar a concessão de privilégios em títulos de nobreza.

A igualdade formal se reduz à fórmula de que “todos são iguais perante a lei”, o que significou um decisivo avanço histórico decorrente das modernas Declarações de Direitos do final do século XVIII. Nesse momento histórico, as chamadas modernas Declarações de Direitos – destaquem-se a

Declaração francesa de 1789 e a Declaração americana de 1776 – consagravam a ótica contratualista liberal, pela qual os direitos humanos se reduzem aos direitos à liberdade, segurança e propriedade, contemplados pela resistência à opressão. O discurso liberal da cidadania nasce no seio do movimento pelo constitucionalismo e da emergência do modelo de Estado liberal, sob as influências das ideias de Locke, Montesquieu e Rousseau. Frente ao absolutismo, fazia-se necessário evitar os excessos, o abuso e o arbítrio do poder. (PIOVESAN, 1998, p. 127-128).

Através da igualdade meramente formal, desconheciam-se as desigualdades reais e individuais, impondo a aplicação da lei de forma indistinta à coletividade, nesse sentido, confunde-se praticamente com o princípio da legalidade e com o da não discriminação no emprego.

Estabelece-se, então, um Direito que se afirma fundado no reconhecimento da igualdade dos homens, igualdade em sua dignidade, em sua condição essencial de ser humano. Positiva-se o princípio da igualdade. A lei, diz-se então, será aplicada igualmente a quem sobre ela se encontre submetido. Preceitua o princípio da igualdade perante a lei. (ROCHA, 1999, p. 35).

A reduzida aceção pregada pela igualdade formal ficou-se insuficiente para a garantia da igualdade efetiva entre os homens, passando a exigir o respeito a suas singularidades, esse é o segundo enfoque da igualdade, ou seja, a igualdade substancial ou materialmente considerada.

Isso implica, por um lado, a flexibilização e a dinamicidade do princípio em questão, e por outro a conduta estatal ativa para a remoção dos obstáculos associada à viabilização de instrumentos, inclusive jurídicos, aptos a promover a equalização entre os cidadãos ou grupos, para que dessa forma seja minimizada, ou até mesmo totalmente suprida, a dificuldade que teriam. A fortalecer tal concepção, leciona Luiz David Araújo:

A regra isonômica da igualdade perante a lei não se constitui em norma de proteção, mas apenas de instituição de princípio democrático, extensível a todos, inclusive aos portadores de deficiência, princípio este que coloca o grupo protegido em condições de interação social. Todavia, o que se pretende demonstrar, no momento, é a existência de regras que, de fato, discriminam, protegem, colocam privilégios imprescindíveis sob a ótica política do constituinte, para a equiparação de certas situações ou grupos. (Op. cit. p. 89).

Trata-se, assim, de uma discriminação positiva ou reversa, visando justamente à proteção de todos, em especial daqueles mais vulneráveis, a exemplo das pessoas portadoras de deficiência.

As Constituições brasileiras sempre contemplaram o princípio da igualdade, em certos momentos com timidez, noutros com maior vigor, mormente a partir do reconhecimento da força normativa dos princípios.

Na Carta de 1824, havia tão somente a referência literal à equidade, com a sua remissão ao legislador ordinário. Em tal momento da história, a igualdade coexistia com o legitimado regime escravocrata. (MELLO, 2006, p.82).

Na Constituição de 1891, com o advento da República previu-se a igualdade perante a lei, no sentido de coibir o tratamento privilegiado assentado em títulos da aristocracia feudal, mantido pela Constituição popular de 1934. Nesta, recriminavam-se formalmente as tradicionais formas de discriminação, ou seja, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou ideais políticos. (MELLO, 2006, p. 83).

Na Constituição de 1937, suavizou-se a proteção à igualdade ao proclamar-se tão somente que todos seriam iguais perante a lei. Por sua vez, a Constituição progressista de 1946 consolidou o princípio da igualdade, rechaçando a propaganda de preconceitos de raça e de classe. (MELLO, 2006, p. 83).

Em nada inovando, a Constituição de 1967 permaneceu contemplando o princípio sob o enfoque único formalista e se destacava por prever a punição do preconceito de raça. Seguida igualmente da Emenda nº1/1969 que proclamou a intolerância à discriminação. (MELLO, 2006, p. 83).

A nossa atual Constituição, por si só, já resguarda os interesses e conseqüentemente o amplo acesso dos deficientes físicos ao mercado de trabalho, em condições de igualdade, consoante a leitura de seus princípios gerais e de vários artigos esculpidos ao longo do seu texto normativo, sendo que os direitos de tais indivíduos, mesmo que não houvesse legislação infraconstitucional nem normas infralegais, estariam diretamente albergados na *Lex Legun*, em prol de sua máxima eficácia.

Logo nos primeiros artigos da Constituição Brasileira de 1988 consegue-se extrair o espírito de igualdade e justiça, bem como a preocupação ao fiel resguardo

da dignidade da pessoa humana, valores esses de suma importância na abordagem do tema em tela.

Perquirir-se conteúdo mais que semântico ao fato-signo “dignidade”, sendo seu exclusivo destinatário o ser humano (e, portanto, as pessoas ideais ou jurídicas não a detêm, em que pese outros atributos de personalidade poderem ficta ou normativamente serem a estas deferidos).

Colha-se, em termos reflectivos, ser a cidadania (art.1º, inciso II, da Carta Constitucional) verdadeiro desaguadouro desta dignidade (não se pode ter dignidade humana sem os predicados da cidadania); bem assim os valores sociais do trabalho e da liberdade de iniciativa (inciso IV), não sendo crível que se possa admitir haver reconhecimento da dignidade ao ser humano sem que, a um só tempo, a força de seu trabalho seja glorificada e sua liberdade de criação seja reconhecida, e, igualmente, dignificada.

É assim que podem ser, para além do cru e frio formalismo, alcançados objetivos fundamentais à própria República (*res publica* efetiva: coisa de todos, pois construída por todos e para todos, segundo sua contribuição e seus méritos). É assim que se pode edificar, para além da letra estática impressa, mas como substância viva, a “sociedade livre, justa e solidária”, a que se refere adiante do art.3º, inciso I, da mesma Carta Fundadora. É assim que se pode desaguar, sem predileções injustas, na promoção do “bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, consoante o inciso IV, deste mesmo indicativo constitucional.

Adentrando, propriamente, os Direitos e Garantias Fundamentais, calha citar: o Direito à vida, o princípio da igualdade, que são destinados a todos. Leia-se:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
[...]

Relevante ainda para matéria o inciso XLI, do retromencionado art. 5º: “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”.

Tem-se aí uma expressão do conteúdo do princípio da igualdade sob seu prisma negativo (resguardar a igualdade traduz-se assim por não permitir discriminações atentatórias à dignidade humana).

Conforme visto, contudo, sobre o direito à igualdade leciona Dirley da Cunha Júnior (2012, p. 696):

O direito à igualdade é o direito que todos têm de ser tratados igualmente na medida em que se igualem e desigualmente na medida em que se desigualem, quer perante a ordem jurídica (*igualdade formal*), que perante a oportunidade de acesso aos bens da vida (*igualdade material*), pois todas as pessoas nascem livres e *iguais* em dignidade e direitos. A exigência de igualdade decorre do princípio constitucional da igualdade, que é um postulado básico da democracia, pois significa que todos merecem as mesmas oportunidades, sendo defeso qualquer tipo de privilégio e perseguição. O princípio em tela interdita tratamento desigual às pessoas iguais e tratamento igual às pessoas desiguais.

Vedando também qualquer forma de discriminação e, portanto, extensível aos deficientes físicos, encontra-se o artigo 227 da CF⁸.

Mais especificamente, no tocante às garantias trabalhistas, voltadas aos deficientes físicos, extrai-se do artigo 7º inciso XXXI da CF a expressão da regra de igualdade de tratamento: “*proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência*”.

De sorte que as discriminações somente serão admitidas quando compatíveis com o princípio da igualdade. Assim, somente será possível conferir tratamento desigual quando este for decorrência lógica de determinada peculiaridade residente na pessoa.

Logo, o direito ao trabalho da pessoa com deficiência somente pode sofrer limitações, quando comprovada a sua incapacidade total para a atividade a ser desenvolvida. “Em caso de dúvida, para o desempenho da função, esta deve ser dirimida em favor do empregado, como forma de aplicação ao direito de integração social” (ARAÚJO, 1994, p. 83).

⁸ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

[...] respeitada a situação de habilitação, a pessoa portadora de deficiência não pode sofrer qualquer discriminação, quer quanto à admissão, que quanto ao salário. Não só, porém. Em realidade não pode sofrer qualquer discriminação em relação a nenhum aspecto do contrato de trabalho (local de trabalho, condições de salubridade e periculosidade, horário, jornada etc.). A Constituição Federal, por entender que as violações do princípio poderiam ser mais frequentes na área da admissão e do salário, frisou esses dois aspectos do contrato de trabalho (ARAÚJO, 1994, p. 87).

Na trilha de tal espírito, comprovando que o Brasil através de sua própria Constituição adota uma política afirmativa para a questão, tem-se o artigo 37, VIII, que diz: “*a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão.*”.

Por mais que, neste instante, a Constituição remeta para a lei (lei, aí, de natureza ordinária) aqueles aspectos instrumentais de indicar qual o percentual, quais os critérios admissionais, o certo é que o reconhecimento normativo que resguarda o valor está expresso ali, com maestria constitucional. Nesse sentido, aduz Luís Carlos Moro (2008, p.11):

Como se vê, a Constituição não é omissa sobre o tema e legitima um tratamento diferenciado aos portadores de deficiência física, com vistas a assegurar uma igualdade efetiva, do mundo real, e não apenas a igualdade forma da letra fria da lei.

As ações afirmativas compensatórias das desigualdades têm assento constitucional e, portanto, toda legislação nesse sentido, tenha origem nacional ou internacional, é recebida com beneplácito da Lei Fundamental.

Não obstante a existência na Constituição de fulgente normatização, estabelecendo tratamento diferenciado em torno da proteção aos deficientes físicos, impõe-se apresentar meios para que haja a eficácia de seus dispositivos, na sociedade.

Isso envolve, inevitavelmente, o estudo do próprio conceito de deficiência, sobretudo, no atual cenário da medicina em que são desenvolvidas tecnologias para a habilitação e reabilitação de deficientes que, associada aos fatores sócio-econômicos, definirá quais indivíduos sofreram reais restrições em sua formação a justificar o tratamento *discrimen* no acesso ao emprego público, tendo como Direito fundante, em especial, o da Igualdade.

Vê-se, portanto, que o direito à igualdade é a fundamentação de todos os direitos constitucionalmente conferidos à pessoa com deficiência, justamente por

considerar positivamente as diferenças do ser humano. Nesse sentido, importantes considerações são feitas por Celso Antônio Bandeira de Mello (2000, p. 10):

A Lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos. Este é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral, ou de todo modo assimilado pelos sistemas normativos vigentes.

E propõe ainda, o mesmo autor:

[...] tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para a vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, *in concreto*, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. (MELLO, 2000, p. 22-22).

Destarte, a acepção aristotélica de tratar os iguais de maneira igual e os desiguais de maneira desigual na medida de suas desigualdades, parece-nos insuficiente, tendo em vista que o cerne da questão e verdadeiro ponto de partida deve ser distinguir os iguais e os desiguais.

O comando normativo limitado a ditar as deficiências físicas que fazem jus às cotas se mostra incompatível ao conteúdo ontológico princípio da igualdade, se é que podemos dizer assim.

Notar que não de agora se diz que o “[...] princípio da igualdade é vazio, pois recebe o conteúdo de outros valores, como a justiça, a utilidade e a liberdade.[...]” (TORRES, 2005, p.77), dependendo pois de todo um contexto para sua integração e fornecimento de conteúdo material, sem o qual, enquanto “ser em si”, pouco mais tem a ofertar senão palavras destituídas de concretude.

Com efeito, deve-se perquirir, inclusive para preencher (ou extrair) o conteúdo material daquele princípio, quais os efeitos médicos, sociais e psicológicos de determinada enfermidade ou deficiência que tornaria determinado “ser” desigual em relação aos demais.

E isso, entretanto, somente poderá ser averiguado à luz e em essência, diante de cada caso concreto, o que ressalta a relevância da atividade desenvolvida

pelo intérprete e aplicador da norma. “Dês que se atine com a razão pela qual em um caso o discrimen é ilegítimo e em outro é legítimo, ter-se-ão franqueadas as portas que interditam a compreensão clara do conteúdo da isonomia” (MELLO, 2000, p. 12.)

Dessa forma, se as normas editadas, sejam leis, sejam decretos, impõem aleatoriamente algum fator de diferenciação, elas acabam por violar o princípio da igualdade.

A atividade legislativa pode incorrer em dois grandes equívocos que a doutrina norte-americana denomina de *underinclusiveness* e *overinclusiveness*, trazida para o vernáculo como sub-abrangência e superabrangência, respectivamente. (CASTRO, 1983, p. 67).

No primeiro caso, a classificação adotada pelo legislador “[...] inclui no tipo legal menos do que se deveria ter feito, deixando de lado pessoas ou bens que, face à semelhança de situação, deveriam estar abrangidas pela lei” (SILVA, 2001, p. 94).

Configura-se, por sua vez, a segunda hipótese, quando “[...] a norma classificatória é por demais abrangente, incluindo em seu bojo, situações que, pela dessemelhança, mereceriam tratamento jurídico individualizado”. (SILVA, 2001, p. 94).

Logo, não sendo utópico pensar que, no futuro, provavelmente, os deficientes físicos poderão, através do uso de equipamentos sofisticados, possuir rendimentos, até mesmo, superiores aos não portadores de qualquer anomalia.

Dessa forma, o critério para preenchimento das cotas em concursos públicos deveria situar-se para além da comprovação da deficiência, alcançando, também, os prejuízos sofridos na formação intelectual e social, vindo a configurar como destinatários de tais cotas somente aqueles que não tiveram acesso a toda evolução tecnológica, numa maneira de igualá-los aos demais.

Destacando-se, por outro lado, e ainda nessa mesma seara, a necessidade de abranger doenças que não foram expressamente previstas na legislação infraconstitucional nem nos decretos exarados pelo Poder Executivo, como doenças psicológicas, a exemplo da depressão, bem como os casos de alcoolismo e dependências a outras drogas, quando em nível patológico.

Há que se ter em mente que a igualdade apresenta-se como regra e princípio constitucional. Adverte-se, ainda, que a igualdade deve ser entendida além do seu sentido formal (igualdade perante a lei), e ou meramente no sentido da expressão cunhada no Estado Social de Direito (igualdade na lei), para se alcançar o sentido construído sob o Estado Democrático de Direito (igualdade através da lei), ou seja, “ igualdade através da lei legitimamente construída por seus destinatários”. (LORENTZ, 2006, p.21).

É no intuito de concretizar a igualdade material que surge a atuação estatal, não de forma arbitrária ou autoritária, mas sim ao proibir discriminações atentatórias ao exercício do trabalho das pessoas com deficiência.

Ao mesmo tempo, as denominadas ações afirmativas são imprescindíveis à inclusão de tal grupo no processo produtivo, isto é, quando pautadas por critérios múltiplos, para além da ciência jurídica.

A finalidade de tais instrumentos deve ser: fazer com que todos sem distinções possam concorrer em condições equânimes a uma vaga no mercado de trabalho, em especial, nos concursos públicos tão disputados.

1.5. Ações afirmativas à luz do constitucionalismo dos direitos sociais no Brasil

Deficiência, física ou psíquica, não é sinônimo de incapacidade. Limitação não é inaptidão. Os trabalhos, em sua maioria, podem ser executados com eficiência por pessoas com alguma deficiência.

Observa-se que o principal obstáculo que impede a inclusão de tal grupo minoritário no mercado de trabalho é, ineludivelmente, a ausência de concretização dos direitos sociais já consagrados de forma robusta pela Constituição brasileira.

Em que pese o número expressivo de pessoas com deficiência, persistem taxas muito mais altas de desemprego em relação a estes indivíduos, que variam de acordo com diversos fatores da própria deficiência, bem como com fatores contextuais.

As políticas afirmativas, dentre elas o sistema de cotas, cumprem, pois, o papel de efetivar o princípio de igualdade, em seu sentido material. Para tanto, é imprescindível o conhecimento das deficiências e de suas funcionalidades que irão orientar a implementação e distribuição das cotas de forma mais criteriosa, efetiva e justa, alcançando aqueles que delas, efetivamente e em realidade concreta, mais necessitam.

De igual forma, o acesso à educação de qualidade, à saúde básica e especializada, aos serviços de habilitação e reabilitação, aos serviços de assistência pessoal e familiar, à tecnologia assistiva, serão determinantes para inclusão social das pessoas com deficiência.

E assim, dar preenchimento pela via das cotas a quem delas de fato necessitem, e não a todo e qualquer grau de deficiência que já esteja mitigado, ou mesmo suplantado por avanços médicos e terapêuticos.

Destarte, faz-se necessário investimento público e privado em tais setores, bem como a fiscalização estatal para coibir práticas discriminatórias negativas.

Tudo isso associado à participação da sociedade civil nas questões, envolvendo as pessoas com deficiência, será determinante para a reversão do processo de marginalização, estigmatização desse grupo social.

Nesse sentido, a seguir serão desenvolvidas as temáticas em torno da inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho, do conceito e justificações da ação afirmativa e, finalmente, serão analisadas as ações afirmativas para além do sistema de cotas.

1.5.1. Inclusão das pessoas com deficiências no mercado de trabalho

É patente a discriminação negativa sofrida ao longo da história pela pessoa com deficiência, sobretudo no âmbito trabalhista, em decorrência, dentre outros fatores, da identificação de tais indivíduos como incapazes.

Nesse sentido, “discriminar nada mais é do que insistir em apontar ou em inventar diferenças, valorizar e absolutizar essas diferenças, mediante atividade

intelectual voltada à legitimação de uma agressão ou de um privilégio.” (GOMES, 2001, p.18).

São múltiplas as formas de discriminação negativas exercidas em face das pessoas com deficiência: horizontal, vertical, direta ou indireta.

Em todas elas, a grande problemática é a negação de direitos à pessoa do trabalhador, é o atentado à dignidade deste. Dessa forma, para igualá-los é que se torna necessária a implementação de medidas especiais.

Por discriminação horizontal se entende a exclusão de determinado grupo social, em virtude da dominação exercida por outro grupo.

Caracteriza-se pela restrição de determinados setores da economia, geralmente aqueles de maior prestígio, tão somente às pessoas sem deficiência, ou ainda, pela diferença salarial existente dentre uma mesma categoria, por razões nítidas de preconceito.

Configura-se um verdadeiro *apartheid* social, resultado de um processo de marginalização explícito.

A discriminação vertical é verdadeiro prolongamento da discriminação horizontal, é a manutenção da condição desfavorável que impede a ascensão no mercado de trabalho de determinados grupos minoritários, dentre eles os formados por pessoas com deficiências ou limitações funcionais.

No tocante à discriminação direta, “o empregador [...] trata de modo menos favorecido os membros de grupo cuja causa de homogeneidade é o sexo, a cor etc.” (LIMA, 1997, p. 35), independentemente das suas respectivas capacidades e competências profissionais que sequer são examinadas objetivamente.

É, pois, como o próprio nome sugere, o tratamento discriminatório desigual, expresso, intencional no intuito de desfavorecer determinadas pessoas, a exemplo do que ocorre com os deficientes, mormente quando elevado o grau da deficiência.

Torna-se, destarte, necessária a implementação de políticas públicas, especialmente de informação e fiscalização, a fim de romper com tal paradigma preconceituoso, em torno de tais indivíduos, e com essas práticas criminosas.

No que se refere à discriminação indireta, de constatação mais difícil, há um tratamento formalmente isonômico, mas que em relação a determinados grupos se torna excludente.

Noutras palavras, “[...] constituem discriminações indiretas aquelas práticas que, sendo formal ou aparentemente neutras, possuem, não obstante, um efeito adverso sobre os membros de um determinado grupo, sobretudo quando se trate de um grupo historicamente discriminado” (SILVA, 1996, p.190).

Constrói-se um exemplo: um concurso público que exija, em qualquer de suas etapas, aptidões impossíveis de serem alcançadas por pessoas com deficiência, ainda que tenham sido indistintamente impostas a todos os candidatos. Da mesma forma, uma empresa que fixe critérios em sua seleção que são totalmente incompatíveis com as condições de determinadas pessoas ou grupos.⁹

As discriminações indiretas se configuram, assim, em manobras, intencionais ou não, que extrapolam o plano da razoabilidade, e que apesar de não se manifestarem expressa e diretamente, são igualmente ou ainda mais nefastas.

Soma-se tudo isso ao entendimento estereotipado, ainda presente nos dias atuais, de que todos os deficientes são igualmente deficientes para labor, sem se aferir o grau, o tipo da deficiência, bem como os aspectos singulares de cada ser humano:

Incapacidade e pessoa portadora de deficiência não andam necessariamente juntas. É certo que as pessoas portadoras de deficiência apresentam limitações para o exercício de determinadas atividades, mas não para toda e qualquer atividade. Tais limitações, inclusive, são superadas, na maioria dos casos, mediante empenho da pessoa portadora de deficiência combinado com o apoio Estatal e da sociedade. (MELO, 2004, p. 23).

⁹ Conferir a ementa do seguinte julgado: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. POLÍCIA CIVIL. REDAÇÃO DO EDITAL. ÓBICE A PORTADORES DE DEFICIÊNCIA. ILEGALIDADE. CURSO DE FORMAÇÃO. ÊXITO. BARRA FIXA. ANULAÇÃO. 1. É ilegal a exigência editalícia redigida de modo a permitir o não cumprimento por parte do Distrito Federal da lei distrital nº 160/91, a qual regulamenta o art. 37, VIII, da Constituição Federal, reservando um percentual de vagas de concurso público às pessoas portadoras de deficiência física. 2. a redação dos editais deve revelar a preocupação por parte da banca examinadora em aferir a compatibilidade da deficiência com as atribuições do cargo almejado, isto para dar efetivo cumprimento ao disposto no art. 37 do Decreto nº 3.298/99. 3. Se é cabível a anulação pela via judicial da exigência do teste de flexão de barra fixa para o ingresso de candidatos do sexo feminino nos quadros da polícia civil do distrito federal, vez que fere os princípios da proporcionalidade e da igualdade, com mais forte razão assim se deve considerar em se tratando de uma candidata portadora de deficiência física. 4. RECURSO PROVIDO. MAIORIA. (TJ-DF - APL: 774602120058070001 DF 0077460-21.2005.807.0001, Relator: SANDOVAL OLIVEIRA, Data de Julgamento: 18/11/2009, 4ª Turma Cível, Data de Publicação: 17/03/2010, DJ-e Pág. 89)

Logo é de se notar que muito além de coibir práticas atentatórias à discriminação das pessoas com deficiência, há a necessidade do desenvolvimento pelo Estado de uma política que exija dos entes públicos e privados ações positivas de inclusão em relação às minorias marginalizadas.

Por minoria entenda-se não somente em termos quantitativos, mas, principalmente, aqueles grupos que são histórica ou culturalmente dominados, sendo ainda patente alguma espécie de desvantagem ou discriminação, em seu sentido negativo (GURGEL, 2000, p. 22-23).

A pessoa com deficiência, núcleo central do presente estudo, é um segmento expressivo da sociedade. Contudo, são significantes os dados referentes às taxas de desemprego, relacionadas a esse grupo específico.

Destarte, em que pese o número expressivo de deficientes no mundo e no Brasil, trata-se, infelizmente, de minoria, devido a sua menor participação econômica.

Segundo o Relatório Mundial sobre deficiência, publicado pela Organização Mundial da Saúde (OMS) sob o título “*World Report on Disability*” mais de um bilhão de pessoas apresentam alguma expressão de deficiência o que significa 15% da população mundial, considerada em 2010. (OMS, 2011, p.293)

É de se ressaltar que o número de pessoas com deficiência é diretamente proporcional ao aumento da expectativa de vida, tendo em vista que, com o avanço da faixa etária, eleva-se o índice de doenças crônicas, a exemplo de doenças renais, cardiovasculares, encefálicas, câncer etc, e, em consequência, há um maior risco de deficiência. (OMS, 2011, p. 294).

Dados que merecem destaque, portanto, referem-se ao número de deficiências não relatadas pelo Decreto nº 3.298/99, com redação alterada pelo Decreto nº 5.296/04, que se referem justamente às doenças crônicas, bem como àquelas associadas às patologias psicológicas.

A OMS identifica ainda um maior índice de deficiência entre os países de média e baixa renda. Sendo significativas as deficiências resultantes de acidentes, violência e conflitos armados, cenário este que é agravado pela falta de condições médicas e de serviços sociais, em especial de reabilitação.

Afirma, assim, que tais condições limitam a capacidade de participação social plena das pessoas com deficiência¹⁰, mormente em relação ao sistema econômico.

A Pesquisa Mundial da Saúde “*World Health Survey*”¹¹, implementada pela OMS em 2002-2004, contando com a participação de 70 países, demonstra que as pessoas com deficiência são mais propensas ao desemprego ou remuneração mais baixa, apresentando índices menores de emprego para pessoas com deficiência 53% e 20% para homens e mulheres, respectivamente.

A Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE) demonstrou, através de sua pesquisa envolvendo 27 países, uma série de desvantagens no mercado de trabalho, aferindo uma taxa de desemprego 2,5 vezes maior em relação a esse grupo (OMS, 2011, p. 296).

Estudos da Organização das Nações Unidas (ONU)¹², por sua vez, indicam que cerca de 10% da população mundial possui uma deficiência, identificando tal grupo como a maior minoria do mundo.

De igual forma, apontam para a associação entre deficiência e o grau de miserabilidade. Cerca de 20% das pessoas mais pobres são deficientes, sendo que 80% dessas vivem em países em desenvolvimento, muitas vezes se encontram abaixo da linha de pobreza.

¹⁰ “Around the world more than a billion people live with disabilities, the vast majority in low-income and middle-income countries. A significant proportion of disabilities are caused by injuries including those which result from traffic crashes, falls, burns, and acts of violence such as child abuse, youth violence, intimate partner violence, and war and conflict. Global and regional estimates of the injury-specific causes of disability are lacking. However, estimates from some countries suggest that up to one quarter of disabilities may result from injuries and violence. In Mexico studies show that 17.7% of disabilities result from unintentional injuries alone, while for Hungary and Sierra Leone the figures are 12.7% and 14.3% respectively. The results from studies on violence-related injuries which result in disability are not well documented. [...] Lack of access to health and rehabilitation services, education and employment and the high cost of medical care limit the ability of people with disabilities to fully participate in their societies. Injury prevention will reduce the causes of disabilities and improved care and services will better the lives of people living with injury-related disabilities. WHO conducts a number of activities to prevent and mitigate the consequences of injury and thereby disability. These include WHO’s work on preventing violence and road traffic injuries, including the WHO Helmet Initiative, as well as work on improving emergency care and rehabilitation for victims of trauma.”. Disponível em: < http://www.who.int/violence_injury_prevention/disability/en/>. Acesso em 19 mai 2014. .

¹¹ Sobre a pesquisa citada conferir: World Health Survey. Geneva, World Health Organization, 2002–2004. Disponível em: <<http://www.who.int/healthinfo/survey/en/>> . Acesso em: 09 jun 2014.

¹² A despeito conferir: <<http://www.onu.org.br/a-onu-em-acao/a-onu-e-as-pessoas-com-deficiencia/>>. Acesso em: 09 jun 2014.

No Brasil, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) publicou no censo demográfico de 2010 que 38,5 milhões de brasileiros, 23,9% da população, possuíam algum tipo de deficiência.

Porém, segundo o Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), na Relação Anual de Informações Sociais (RAIS)¹³ do ano de 2012, dos 47,459 milhões de vínculos empregatícios formais ativos, 330,3 mil vínculos foram declarados como PCD, o que corresponde a 0,70% do total dos vínculos empregatícios, sinalizando uma relativa estabilidade, quando comparado com o resultado registrado em 2011 também de 0,70%. (BRASIL, 2012, p. 29)

A RAIS de 2012 aponta um número ainda pequeno de reabilitados (33,3 mil), o que corrobora a necessidade de investimento no processo de reabilitação e, principalmente, no setor de educação, pois na relação entre o vínculo de emprego e o grau de instrução o menor número ocorre na categoria de analfabetos. (BRASIL, 2012, p. 29-30).

Foi constatada, igualmente, uma variação de vínculos empregatícios entre diferentes tipos de deficiências: física 170,5 mil, auditiva 74,4 mil, visual 26,1 mil, intelectual (mental) 21,3 mil, múltipla 4,7 mil (BRASIL, 2012, p. 30).

Observa-se que, apesar de um número inexpressivo de deficiências consideradas, o vínculo empregatício diminui em decorrência da amplitude da deficiência, sobretudo quando o indivíduo porta mais de uma modalidade, o que de logo é incompatível com um sistema de cotas indiferente a tais variações.

Diante dos dados apresentados, resta patente a necessidade de instituição de ações afirmativas, para a inclusão das pessoas com efetiva deficiência no mercado de trabalho. Devendo-se fomentar todos os instrumentos de obstrução de barreiras incapacitantes.

¹³ A Relação Anual de Informações Sociais (RAIS) é um Registro Administrativo criado pelo Decreto nº 76.900/75, com declaração anual e obrigatória a todos os estabelecimentos existentes no território nacional. Os dados apresentados dentre outros pode ser acessados no site do Ministério do Trabalho e Emprego. Disponível em: <<http://portal.mte.gov.br/data/files/FF808081419E9C900141B730BF0D7473/Apresenta%C3%A7%C3%A3o%20RAIS%202012%20consolidado%20ultima%20versao.pdf>>. Acesso em 21 maio 2014.

1.5.1.2. Conceito e justificações da ação afirmativa

Entende-se por ações afirmativas justamente o arsenal de políticas obrigatórias e facultativas, com o objetivo de combater a discriminação e promover a efetiva participação de grupos minoritários e subrepresentados no fruir dos seus direitos fundamentais.

Direitos esses, em especial aos relacionados às pessoas com deficiências, que foram formalmente consagrados, sendo resultado de lutas históricas e não de uma efêmera e súbita vontade legislativa despertada por um senso de justiça. (POZZOLI, 2006, p. 182).

Trata-se de verdadeira conquista, adquirida ao longo das sociedades, em torno da própria acepção dos deficientes físicos, muito embora ainda não plenamente alcançada.

Pode-se considerar um avanço o reconhecimento da responsabilidade social de promover a integração de tais indivíduos, na economia, na política, enfim em todos os setores de participação humana, aferido na essência das ações afirmativas.

A corroborar o aduzido, são palavras do ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, Joaquim Barbosa Gomes:

Um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à 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 [...]. Em síntese, trata-se de políticas e de mecanismos de inclusão concebidos por entidades públicas, privadas e por órgãos dotados de competência jurisdicional, com vistas à concretização de um objetivo constitucional, universalmente reconhecido – o da efetiva igualdade de oportunidades a que todos os seres humanos têm direito. (GOMES, 2001, p. 40).

Há divergência acerca da origem primária da ação afirmativa.

Encontra-se entendimento de que a ação afirmativa tenha seu nascedouro na Índia onde começou a ser inserida ainda sob o domínio colonial inglês e posteriormente confirmada pela constituição de 1947, momento este em que o país já havia alcançado sua independência (Weisskopf, 2004).

Conforme posicionamento majoritário da doutrina,¹⁴ todavia, as ações afirmativas surgiram nos Estados Unidos, em razão dos conflitos raciais da década de 60.

Neste país, inicialmente, as ações afirmativas se configuravam como mero instrumento de estímulo estatal para inclusão de fatores como raça, sexo, e nacionalidade na pauta de discussão, tanto na esfera pública como na privada. (MELO, 2004, p. 125).

Posteriormente, com a edição da *Executive Order* n. 11.246, em que pese sua redação genérica, determinou-se que os contratantes com o governo concretizassem medidas positivas em prol das minorias. (MELO, 2004, p. 125).

E foi durante o mandato de Richard Nixon que as ações afirmativas contaram com critérios mais objetivos e flexíveis em sua implementação, seguidas de diversos outros diplomas legislativos norte-americanos (MELO, 2004, p. 126).

Observa-se ainda que no direito europeu discriminação positiva foi também desenvolvida, como forma de materialização do princípio da igualdade.

Nota-se assim que as ações afirmativas contemplam um rol ilimitado de medidas voltadas para a supressão das desigualdades, no sentido de ampliar as oportunidades de acessibilidade das pessoas com deficiência, sobretudo no mercado de trabalho.

É, assim, verdadeiro instrumento de correção de desequilíbrios existentes, e é esse o fim que deve perseguir.

Em relação ao direito do trabalho, Alice Monteiro de Barros afirma que a ação afirmativa:

¹⁴ Seguem tal entendimento: MENEZES, Paula Lucena de. A ação afirmativa (affirmative action) no direito americano. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. GOMES, Joaquim B. Barbosa. Ação Afirmativa & princípio constitucional da igualdade : o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA. Rio de Janeiro, 2001. SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. Princípio constitucional da igualdade. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001. De igual forma, Roberta Kaufmann em referência a Skrenty aduz que: “A expressão ação afirmativa foi usada pela primeira vez na Lei de Relações de Trabalho Nacionais, de 1935, por meio da qual se determinava que o empregador que estivesse promovendo a discriminação contra negros deveria parar de promovê-la, além de efetuar ações afirmativas para inserir as vítimas da segregação nos cargos que estariam ocupando se não tivessem sido discriminados. A despeito de a expressão ter conhecido exemplo na década de 30, apenas a partir de Kennedy o termo passou a ser utilizado dentro de um contexto de luta pelos direitos civis, inicialmente como uma medida de combate à discriminação e, posteriormente, objetivando a inclusão das minorias. [...]”, conferir em: KAUFMANN, Roberta Frago Menezes. Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? – uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 169.

consiste, portanto, em promover a igualdade de oportunidades transformando a função estática do princípio igualitário inserido na lei em uma função ativa, com a utilização de meios capazes de alterar as regras do 'jogo do mercado de trabalho'. As ações afirmativas já não visam ao reconhecimento da igualdade de tratamento, mas aos meios necessários para torná-la efetiva. (BARROS, p.67)

No Brasil, a política afirmativa se ancora, basicamente, em três modos de justificação, quais sejam: a justiça distributiva ou justiça social, a justiça compensatória e a promoção da diversidade, que serão analisadas especificamente em relação às cotas de deficientes físicos no mercado de trabalho.

A efetivação da justiça distributiva ou social tem por objetivo a concretização do princípio de igualdade através da promoção de oportunidades para aqueles que não conseguem se fazer representar de maneira igualitária.

De igual forma, contribui para quebra de determinados paradigmas acerca do conceito de pessoas com deficiência, fomentando uma sociedade mais aberta, tolerante e democrática, conseqüentemente, promove a diversidade, segundo a qual todos os segmentos da sociedade devem estar representados nas instituições de poder, prestígio e decisão.

Por outro lado, cumpre observar que diferentemente das cotas raciais, que encontram fundamento na efetivação da justiça compensatória, baseada na retificação de injustiças ou de falhas ocorridas no passado por parte do governo ou de particulares, as cotas para pessoas com deficiência se mostram incompatíveis com a justificativa da hereditariedade do fator discriminatório, tanto para sua implantação, quanto para se estabelecer o parâmetro de sua destinação.

Um dos pilares de justificação das cotas raciais baseou-se na reparação, em consequência do reconhecimento de uma espécie de injustiça social cometida no passado em detrimento da raça negra e indígena, proveniente do processo de escravidão e, ainda, dizimação destes últimos.

Guiando-se por essa linha de raciocínio, apontam-se, como beneficiários da política afirmativa, os afrodescendentes e os descendentes indígenas. Conseqüentemente, o fato de ser negro ou índio é considerado como um dos fatores para fomentar a implementação de reservas de vagas em Universidades para tal

grupo minoritário, conforme se avista na Lei nº 12.711/2012¹⁵, bem como, no mercado de trabalho, consoante pretende o Projeto de Lei nº 6738/2013 e estabelecem diversas leis estaduais e municipais atualmente em pleno vigor.¹⁶

Tal base argumentativa, no tocante aos deficientes físicos, mostra-se inadequada, levando-se em consideração o fato de que as deficiências, em sua maioria, não são transmitidas entre as gerações, ou seja, não há, necessariamente, sucessão da deficiência física, exceto aquelas provenientes de doenças genéticas.

Uma vez afastada tal espécie de dívida histórica, resta insuficiente ser, tão somente, deficiente físico, mormente nos termos fixos da lei, para fazer jus ao benefício da cota, sendo premente a necessidade de avaliação criteriosa e casuística.

É de suma importância salientar que não se defende aqui, e na atual evolução da Medicina, a extinção do uso das cotas para deficientes,

Defende-se, sim, a análise dos critérios e do modo de distribuição de tais cotas, levando-se em consideração, dentre outros fatores, os tipos e graus de deficiências, seus efeitos e, sobretudo, o nível de acesso aos meios de inclusão social de seus portadores e de mitigação dos efeitos e limitações que aquela deficiência acarreta na prática laboral e vivencial.

Tudo isso a fim de garantir que as cotas sejam usufruídas tão somente por aqueles que delas necessitem.

Do contrário, servirão ao oposto do desiderato a que se propõem, ou seja, irão, na verdade, impedir a competição pela vaga no mercado de trabalho em nível de igualdade material.

Que se garantam cotas a quem, de fato, das cotas necessite.

¹⁵ A Lei 12.711 de 29 de agosto de 2012 que trata sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio, estabelece em seus artigos 1º e 3º a reserva de 50% das vagas nas instituições federais de educação superior vinculadas ao Ministério da Educação, para alunos oriundos de escolas públicas e associa ainda os fatores econômicos e raciais.

¹⁶ A exemplo da Lei municipal nº 54/2011, de Salvador-Bahia, que determina a reserva de até 30% das vagas destinadas a concursos públicos para a população negra, bem como da Lei Estadual nº 14.274, de 24/12/2003, no Paraná que estabelece reserva de 10% das oferecidas no Concurso Público aos afrodescendentes.

1.5.1.3. Ações afirmativas para além do sistema de cotas

As ações afirmativas não se confundem com as cotas; estas são apenas uma espécie, uma das formas de política de inclusão social, o que é muito confundido no Brasil.

Destacam-se, assim, as diversas medidas afirmativas que vão além do simples reservas de cotas no mercado de trabalho, e que podem ser consideradas mais importantes para efetiva integração das pessoas portadoras de deficiência.

Tais medidas estão previstas expressa ou implicitamente na Constituição Federal de 1988 e devem ser implementadas, sobretudo, considerando que no Brasil, e nos termos atuais, as causas de deficiência física se relacionam com acidentes automobilísticos, falta de higiene sanitária e de assistência médica, principalmente, acompanhamento da gestação e do parto e, além disso, a maior causa de desemprego dentre as pessoas com deficiência física é o analfabetismo.

A saúde também é afetada por fatores ambientais, tais como água potável e saneamento, nutrição, pobreza, condições de trabalho, clima, ou acesso a atendimento de saúde. Como a Comissão sobre Determinantes Sociais da Saúde da Organização Mundial da Saúde (OMS) tem alegado, a desigualdade é uma das principais causas dos problemas de saúde, e portanto da deficiência (OMS, 2011, p. 4).

No âmbito internacional e no período pós-Guerra Mundial, os direitos sociais, em especial de garantia ao trabalho dos deficientes físicos, estiveram atrelados a uma política de inserção dos mutilados.

Atualmente, verifica-se a necessidade de políticas voltadas aos demais direitos sociais, à saúde, à educação, que refletirão diretamente no acesso ao trabalho das pessoas portadoras de deficiência.

Grande exemplo disso pode ser vislumbrado no preâmbulo do Relatório Mundial sobre a Deficiência na Leitura, ante o depoimento de Stephen W. Hawking, no qual ele afirma: “durante praticamente toda a minha vida adulta sofri da doença do neurônio motor. Mesmo assim, isso não me impediu de ter uma destacada carreira como astrofísico e uma vida familiar feliz.” (OMS, 2011, p.9).

Isso porque, consoante alega, ele sempre teve acesso aos meios de mitigação e até mesmo de remoção das barreiras atitudinais, físicas e principalmente financeiras, ou seja, assistência médica de primeira classe, assistentes pessoais que o auxiliam nas tarefas diárias, residência e local de trabalho adaptados.

Tais medidas devem estar no alcance de todas as pessoas que possuem necessidades especiais e não ser privilégio apenas de uma pequena parcela detentora de poder aquisitivo.

Dessa forma, o governo e toda a sociedade não podem negligenciar essa obrigação moral de obstruir todas as barreiras que impedem a integral e efetiva inclusão social de tais grupos minoritários: trata-se de um dever constitucional.

Deve ainda haver um processo de conscientização da população acerca dos direitos das pessoas com deficiência, e, para isso, os meios de comunicação social e as novas mídias internéticas são fundamentais, tanto na disseminação, como, por vezes, igualmente mecanismo de mitigação de tais limitações.

Ademais, o objetivo primordial deve ser pautado na prevenção, tendo em vista que 70% dos casos de deficiência são evitáveis ou atenuáveis, consoante atesta a cartilha “*A Pessoa com Deficiência e o Sistema Único de Saúde*”, que traz um conjunto de informações sobre seus direitos na área da saúde, desenvolvida pelo Ministério da Saúde, da Secretária de Atenção à Saúde e do Departamento de Programáticas e Estratégicas. Relata ainda que

a prevenção pode incluir muitos e diferentes tipos de ações como: cuidados primários da saúde, puericultura, pré-natal e pós-natal, educação em matéria de nutrição, campanhas de vacinação contra doenças transmissíveis, medidas contra doenças endêmicas, normas e programas de segurança para evitar deficiências e doenças profissionais, e a prevenção das deficiências resultantes da combinação do meio ambiente ou causadas por conflitos armados. Dados revelam que 40% dos casos graves de deficiência mental e 60% das deficiências visuais podem ser evitados por medidas preventivas. (BRASIL, 2008, p. 9).

Destarte, o sistema de cotas deveria ser (mesmo) uma exceção, aferível por meios criteriosos, pautados pelo princípio da igualdade, materialmente construída,

com conteúdo preenchido e democraticamente instituído. Elas devem ser avaliadas no contexto fático concreto, conforme afirma Thomas Sowell¹⁷:

Inúmeros princípios, teorias, hipóteses e assertivas têm-se utilizado para justificar os programas de ação afirmativa -alguns comuns a vários países do mundo, outros peculiares a determinados países ou comunidades. Notável é o fato de que raramente essas noções são empiricamente testadas, ou mesmo claramente definidas ou logicamente examinadas, muito menos pesadas em relação aos dolorosos custos que muitas vezes impõem. Apesar das afirmativas abrangentes feitas em prol dos programas de ação afirmativa, um exame de suas consequências reais torna difícil o apoio a tais programas ou mesmo dizer-se que esses programas foram benéficos ao cômputo geral - a menos que se esteja disposto a dizer que qualquer quantidade de reparação social, por menor que seja, vale o vulto dos custos e dos perigos, por maiores que sejam. (SOWELL, p.198, 2004).

Outrossim, no âmbito laboral, reformas para a remoção de obstáculos são medidas implementadas recentemente e precisam ainda ser desenvolvidas, pois dificultam o acesso ao ambiente de trabalho. Logo, em que pese o conhecido discurso sobre a necessidade de efetivação de tais obras, sua concretização se faz premente, basta citar que a Lei de Acessibilidade, lei nº 10.098 é de dezembro de 2000.

No Supremo Tribunal Federal, órgão guardião da constituição, apenas em 2010, por iniciativa do Ministro Carlos Ayres Britto, a tribuna da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) foi adaptada aos deficientes físicos, em especial àqueles que utilizam cadeira de rodas¹⁸.

Por iniciativa do mesmo ministro, tão somente em 2012, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) adotou a mesma medida, sendo ainda recomendada a todos os tribunais¹⁹, oportunidade esta em que foi proposta a edição de normas e orientações para efetivar a Lei de Acessibilidade.

Além de obras arquitetônicas, mister se faz vencer as barreiras impostas pelo preconceito ou pela própria falta de conhecimento da sociedade, sendo imprescindível o treinamento do pessoal para lidar com as diversas expressões da

¹⁷ Thomas Sowell é PhD em economia pela Chigago University e Professor das universidades de Cornell, Amherst e University of California Los Angeles - UCLA, ele examinou a aplicação de ações afirmativas em diversos países do mundo.

¹⁸ Ver notícia na íntegra no portal eletrônico do STF, disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=119499&caixaBusca=N>>.

¹⁹ Ver notícia na íntegra no portal eletrônico do CNJ, disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/20507-tribunais-serao-orientados-a-adaptar-tribunas-para-cadeirantes>>.

deficiência, exigindo-se que atitudes depreciativas aos portadores de deficiência sejam hermeticamente combatidas.

Importante, portanto, o papel do Poder Judiciário para impor sanção em casos de assédio moral, vertical (praticado por superiores hierárquicos) e horizontal (praticado por funcionários de mesmo ou de inferior nível hierárquico), prática infelizmente ainda existente na sociedade, consoante se observa na pesquisa jurisprudencial sobre o tema²⁰.

Por fim, a ênfase e investimento no processo de habilitação e reabilitação, através da realocação e redistribuição de recursos públicos, associado à combinação de financiamento público e privado, bem como da cooperação internacional, são de fundamental importância.

Soma-se ainda a necessidade de expansão da cobertura de atendimento e da acessibilidade aos serviços de habilitação e reabilitação e de treinamento continuado dos médicos especializados em tal área e do investimento em tecnologias assistivas. Devendo ser os deficientes pobres o foco principal. (OMS, 2011, p. 99-153).

A educação da pessoa portadora de necessidades especiais, sendo citados em quase todos os diplomas internacionais, tendo em vista que a estrutura brasileira é ainda muito precária, impedindo que a pessoa portadora de deficiência supere sua incapacidade e se (re)insira no mercado de trabalho, ou ainda, socorrendo unicamente as cotas, que implicam o aumento dos gastos com benefícios previdenciários.

Medidas ainda de incentivos fiscais (extrafiscalidade) para as empresas que estimulam a integração laborativa das pessoas portadoras de deficiência. As licitações públicas, por exemplo, deveriam favorecer produtos e serviços contendo mão de obra destes, o que já ocorre em relação aos bens e serviços nacionais, desde o advento da Lei 12.349/2010.

Enfim, deve haver a irradiação dos mandamentos constitucionais em toda normatização infraconstitucional e infralegal, o que fortaleceria o efetivo e legítimo acesso dos deficientes físicos ao trabalho, e nos moldes propostos, a devida

²⁰ A exemplo, processo nº 0001269-05.2011.5.20.0003, da 3ª vara do trabalho de Aracaju/Sergipe.

atenção aos ditames da ordem financeira. Em abono do exposto, recordamos a realista lição de Otávio Augusto Reis de Sousa (2002, p. 91):

Percebe-se, em bom tempo, que a heteronomia da lei ou a Constitucionalização dos Direitos Sociais não se afigura suficientemente para, por passe de mágica, torná-los efetivos, operantes, pois os Direitos que surgem de forma descendente são burilados na sociedade e, se não respeitam os ditames do Direito Econômico e da razoabilidade, são simplesmente abandonados.

Reconhecem-se significativos custos da deficiência, tanto econômicos quanto sociais, diretos e indiretos, que são cobertos não apenas pelo indivíduo com deficiência, como também pela sua família e pelo governo mas, sobretudo, pelo empregador.

No sistema capitalista vigente, tal desembolso somente será suportado pelas empresas diante da qualificação técnica do trabalhador com deficiência. Por isso, é de suma importância o investimento em todos os setores sociais, em especial a educação que é primordial para a execução de um trabalho produtivo e de qualidade.

Sem dúvida alguma, é um caminho mais árduo, porém mais dignificante que a mera distribuição piedosa e imediatista de reserva de vagas para um rol fechado.

Todo investimento haveria de ser considerado inclusive no direcionamento das cotas, exigindo sua contraprestação, de forma a não prestigiar pessoas já beneficiadas e altamente inseridas na sociedade, em detrimento de outras que tiveram pouco ou nenhum acesso às políticas públicas positivas.

A não ser assim, tende a se perpetuar a marginalização destas últimas no mercado de trabalho, por não conseguirem competir com indivíduos considerados legalmente deficientes, cuja deficiência, porém, é assintomática, seja por sua gravidade mínima no que tange ao aspecto clínico, seja pelo processo de reabilitação inserido.

Para contornar tal situação de efetiva desigualdade, ocasionada pelo próprio ordenamento jurídico, em decorrência da inadequada disposição e interpretação normativa infraconstitucional, aumenta-se na carga tributária ou o número de cotas no mercado de trabalho, renovando-se o círculo vicioso de consequências drásticas em termos sociais e, sobretudo, econômicos.

O objetivo primordial das cotas deve ser igualar o nível de competição no mercado de trabalho, fazendo com que as pessoas com deficiências limitadoras possam exercer o seu pleno direito ao trabalho.

Se assim for, e não sendo gerados discrimens inadequados, a própria validação social (para além da mera positivação legislativa) estará mais próxima de ser assegurada.

Atente-se ainda que as medidas fiscalizatórias e sancionatórias devem ser também instrumento para combater a discriminação contra as pessoas com deficiência²¹.

Não é a cota que deve cumprir esse papel por si só.

O conhecimento das especificidades das deficiências e suas funcionalidades, juntamente com o aprimoramento do sistema de informação das estatísticas de dados nacionais e da comparabilidade destes com os dados internacionais, são de substancial importância para o planejamento e gestão de programas públicos, mormente das ações afirmativas, em especial das cotas.

O importante é que, para garantir um resguardo de diferenciação aos desiguais, na medida de suas desigualdades, de modo a lhes gerar igualdade de oportunidades, não se defiram cotas para quem tenha suas limitações já mitigadas ou mesmo, na prática, de todo afastadas, mas sim para quem delas efetivamente necessite, também numa justa medida: a medida de suas necessidades.

1.6. Proteção ao Direito do Trabalho dos deficientes na Ordem Internacional

O Brasil se encontra hoje pautado na defesa global dos direitos humanos, seja através da composição de órgãos colegiados, seja ao assinar tratados bilaterais ou multilaterais com países latino-americanos e europeus.

²¹ Nesse sentido, no dia 2 de junho de 2014 entrou em vigor a lei 12.984/14 que tipifica a conduta de discriminar o portador do vírus HIV e o doente de aids em razão de sua condição de portador ou de doente, punindo tais práticas com a pena de reclusão de um a quatro anos e multa.

Diante disso, deve-se ter em mente os múltiplos diplomas e seus mecanismos de concretização, existentes no cenário mundial para efetivação dos direitos fundamentais e afastar eventuais práticas de agressão ou restrição de tais direitos, mormente quando envolvendo pessoas com deficiência.

1.6.1. Sistemas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos e o direito ao trabalho das pessoas com deficiência

Diante da centralidade dos direitos humanos, observa-se a prevalência da concepção universalista, quando confrontada com o relativismo cultural na defesa da dignidade da pessoa humana.

Nesse entender é que, para além da irradiação dos comandos constitucionais em todos os segmentos jurídicos, mostra-se necessário o estudo de mecanismos que ultrapassem as instâncias internas, quando estas se mostrarem insuficientemente eficazes para garantir integralmente os direitos fundamentais, dentre eles o direito ao trabalho.

A grande tônica passa a ser a defesa de direitos essenciais destinados a todos os indivíduos sem qualquer tipo de discriminação. Direitos estes sem os quais inviabiliza-se a própria existência humana, pois é impossível assegurar o direito à vida, quando se queda desconsiderada a sua dignidade.

O estudo do fenômeno da internacionalização dos direitos fundamentais tem por objetivo proporcionar ao cidadão o acesso às instâncias internacionais. Soma-se à própria Constituição, sujeitando os Estados à responsabilidade pelas violações cometidas.

Os sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos se estruturam pelo sistema global, também conhecido como sistema universal, fundamentalmente coordenado pela Organização das Nações Unidas (ONU), bem como pelos sistemas regionais.

Dentre os documentos, deste primeiro sistema, os mais importantes para o tema em defesa são: a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), os

Pactos de Direitos Civis e Políticos e sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ambos de 1966), que juntos formam a Declaração Internacional de Direitos (*International Bill of Rights*).

A Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência, adotada pela ONU (2007), aprovada pelo Congresso Nacional, através do Decreto Legislativo nº 186/2008 e promulgada na ordem interna brasileira pelo Decreto nº 6.949/2009, compõe ainda o mencionado sistema global.

Ocorre que “até o momento, ainda não existe um tribunal internacional aberto à participação de qualquer Estado do mundo que, de maneira expressa, esteja voltado especificamente a promover a aplicação de suas normas internacionais de direitos humanos do Sistema Global.” (PORTELA, 2011, p.768).

Ademais, a Corte internacional de Justiça (CIJ), tribunal de natureza civil apenas²², não é órgão especializado de direitos humanos, funcionando em qualquer matéria que envolva a atuação da ONU.

A Corte possui competência facultativa, contenciosa e consultiva. Seu principal aspecto, entretanto, centra-se na restrição da legitimidade ativa para nela demandar, tornando-a acessível apenas aos Estados soberanos.

Isso demonstra a dificuldade de alcançar, via sistema internacional de normas, resposta às demandas atentas ao direito específico das pessoas com deficiência ao acesso ao mercado de trabalho.

Resta inviabilizado através desse sistema o questionamento de incongruências normativas e jurisdicionais acerca das cotas para esse grupo específico, em que pese a magnitude do tema.

Apesar disso, a Convenção da ONU sobre as pessoas com deficiência física é o único tratado de direitos humanos incorporado ao ordenamento jurídico pátrio com status de emenda constitucional.

Há ainda a participação do Comitê sobre os direitos das Pessoas com Deficiências (CRPD) que conta, na sua atuação, com os mecanismos de relatórios e

²² O julgamento de crimes compete ao Tribunal Penal Internacional. “Criado pelo Estatuto de Roma de 1998, que visa, precipuamente, a processar e julgar indivíduos que tenham cometido os chamados ‘crimes internacionais’, que são ilícitos, tipificados nesse Estatuto, que se revestem ‘de maior gravidade’, que tenha ‘alcance internacional’ e que incluem atos atentatórios aos direitos humanos, como os crimes de genocídio e de guerras e os crimes contra a humanidade” (PORTELA, 2011, p. 768). Portanto a questão da acessibilidade no mercado de trabalho das pessoas com deficiência física e suas vicissitudes não se enquadram em tais demandas do TPI.

petições individuais, em decorrência do Protocolo Adicional à Convenção firmado inclusive pelo Brasil. Por isso mesmo, a importância do estudo do Sistema Global de Direitos Humanos no presente trabalho.

Os sistemas regionais, por sua vez, têm por função promover os direitos humanos em determinadas regiões do mundo, facilitando o consenso entre os Estados participantes, bem como o acesso do cidadão aos respectivos órgãos jurisdicionais.

Serão considerados nesse estudo o Sistema Interamericano, do qual o Brasil faz parte, e o Sistema Europeu²³.

O Sistema Interamericano é administrado pela Organização dos Estados Americanos (OEA), e seus principais órgãos são: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a quem compete a observância e defesa dos direitos humanos, atuando inclusive como instância consultiva e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, responsável pelo processamento e julgamento dos Estados. Avista-se como tratado mais importante a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica, 1969).

Há precedente nessa Corte de condenação do Brasil em virtude de sua omissão na prevenção da tortura de um deficiente mental.

Trata-se do caso Damião Ximenes, deficiente mental, internado na Casa de Repouso Guararapes, instituição vinculada ao Sistema Único de Saúde (SUS), vítima de maus tratos e em decorrência disso veio a óbito. O caso foi levado à Corte Interamericana, e, pela primeira vez, o Brasil foi responsabilizado internacionalmente por ser incapaz de prevenir e punir a tortura e a morte de uma pessoa portadora de deficiência, em violação aos direitos humanos.

Assim, o Decreto nº 6.185/2007, no seu art. 1º, autorizou a Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, a indenizar a família de Damião Ximenes, em cumprimento à decisão da Corte, reafirmando o

²³ Há ainda o Sistema Africano de Direitos Humanos, centrado na União Africana (UA) e o Sistema Mercosul de Direitos Humanos ligado às questões econômicas, não sendo sua finalidade a promoção dos direitos humanos, apesar da temática ter passado a integrar a pauta de discussão do bloco. A Ásia, por outro lado, infelizmente, não possui um sistema internacional de Direitos Humanos, pressentindo ainda em determinados países o sistema ditatorial, indo totalmente de encontro com o contexto atual da ordem internacional.

compromisso brasileiro com o Sistema Interamericano de proteção aos direitos humanos.

Muito embora não se trate de uma demanda envolvendo a questão trabalhista, nada impede que a ela se recorra em casos de discriminações ou de cerceamento ao direito ao trabalho das pessoas com deficiências, por ser este um direito reconhecidamente fundamental e de natureza humana, conforme demonstrado em linhas pretéritas.

O sistema europeu, por sua vez, surgiu com o fim da Segunda Guerra Mundial. A comoção gerada em todo o Continente Europeu pelos efeitos desse conflito militar, fez surgir o Conselho Europeu (1949), resultado das discussões da Conferência de Haia.

É, assim, o mais antigo e o mais bem sucedido sistema internacional de proteção dos direitos humanos, devido à submissão de todos os Estados integrantes ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos, bem como em virtude do respeito existente às decisões proferidas por tal órgão.

O principal documento desse sistema é a Convenção Europeia para a proteção de direitos humanos e liberdades fundamentais (1950), que alberga os direitos civis e políticos. Os direitos sociais estão contemplados na Carta Social Europeia (1961).

A maior distinção entre o sistema europeu e o sistema americano é justamente o acesso irrestrito e direto dos indivíduos ao Tribunal Europeu. Os cidadãos possuem legitimidade ativa de provocar a jurisdição internacional, sem que seja necessário passar pela apreciação de uma Comissão, extinta desde 1998, quando da entrada em vigor do Protocolo nº 11.

Por isso mesmo, o sistema europeu é mencionado como referência de amplitude na cobertura internacional dos direitos humanos, sobretudo, no que tange à facilidade de acesso oferecida ao jurisdicionado.

A importância no que tange a este último aspecto é acentuada quando se trata das pessoas com deficiências físicas, em virtude das inúmeras barreiras já enfrentadas por elas para se inserirem socialmente.

É, dessa maneira, a maior peculiaridade a ser considerada em tal sistema, por se tratar de importante mecanismo de concretização dos direitos sociais fundamentais das pessoas com deficiências, em especial o direito ao trabalho.

Como os indivíduos passam inclusive a ser dotados da capacidade – sem precedentes – de iniciar processos diretamente perante a Corte, inaugurou-se, no âmbito do sistema europeu de proteção, uma nova fase, mais avançada, da proteção internacional dos direitos humanos: a rigor, passou-se do *locus satndi* a um verdadeiro *jus standi*, com os indivíduos afigurando-se como verdadeiros sujeitos do Direito Internacional dos Direitos Humanos dotados significativamente de incontestes e plena capacidade jurídica processual internacional (CANÇADO TRINDADE, 2003, p.141).

Demonstra-se assim a importância de pensar os instrumentos para coibir eventuais abusos de decisões judiciais nos casos em que haja o afrontamento à Lei Maior, especialmente no que tange aos direitos fundamentais de direitos humanos ratificados ou incorporados pelos tratados internacionais.

Se os cidadãos passam a ter reconhecida a possibilidade de acesso direto às instâncias internacionais (sujeição ativa), são ainda os Estados sujeitos à responsabilidade pelas violações (sujeição passiva). A franca admissão de particulares também como destinatários de sanções internacionais talvez consista no próximo passo de desenvolvimento da jurisdição internacional de proteção aos direitos fundamentais, revelando em um desdobramento da universalidade de uma dimensão supranacional da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. (ROTHENBURG, p. 148, 2000).

Assim, exaurindo-se o exercício jurisdicional interno, entram em cena os recursos às Cortes Internacionais, não obstante poder ser realizado em todas as instâncias jurisdicionais não só o controle difuso de constitucionalidade, mas igualmente, o controle de convencionalidade.

1.6.2. Transconstitucionalismo: uma proposta de solução para os conflitos na ordem internacional

Cumprir mencionar a teoria acerca do Transconstitucionalismo, desenvolvida por Marcelo Neves (2009). Não se trata, aqui, da defesa da universalização dos

direitos fundamentais para todos os povos do mundo. Considerando a noção de Direito enquanto norma, valor e fato, tem-se bastante ser bastante dificultosa tal concepção ante a heterogeneidade cultural, mormente entre os hemisférios ocidental e oriental.

Trata-se na verdade de uma tentativa de analisar as múltiplas soluções para idênticos problemas constitucionais, debatidos por órgãos jurisdicionais diversos, num verdadeiro entrelaçamento, nas palavras do próprio autor:

Assim um mesmo problema de direitos fundamentais pode apresentar-se perante uma ordem estatal, local, internacional, supranacional e transnacional (no sentido estrito) ou, com frequência, perante mais de uma dessas ordens o que implica cooperações e conflitos, exigindo aprendizado recíproco. No que diz respeito às ordens jurídicas transnacionais em sentido estrito, que envolvem sobretudo atores privados e quase públicos, é indiscutível que questões de direitos fundamentais ou de direitos humanos surgem perante elas. (NEVES, 2009, p.121).

Apesar de não se estabelecer uma unidade das constituições nacionais, tendo em vista a pluralidade e fragmentaridade das sociedades contemporâneas, busca-se a mitigação da noção de soberania, não mais absoluta e ilimitada, mas, sim, atrelada ao conceito de responsabilidade.

Sempre numa relação de horizontalidade entre as nações e os diversos órgãos internacionais, ou seja, “[...] em vez da busca por uma Constituição hercúlea, o transconstitucionalismo aponta para a necessidade de enfrentamento dos problemas hidraconstitucionais mediante a articulação de observações recíprocas entre as diversas ordens jurídicas da sociedade mundial” (NEVES, 2009, p. 129).

Assim, de igual forma, no plano internacional não é importante dizer quem tem o poder de decisão, mas que atinja a solução de forma conjunta para os problemas em comum.

Nesse sentido, refuta Marcelo Neves (2009, p. 145-146) a noção de soberania ilimitada, ao mesmo tempo em que rechaça a saída do internacionalismo como *ultima ratio*, ou seja, como uma nova hierarquização absoluta, ou a saída do supranacionalismo, como nova panaceia jurídica, ou o transnacionalismo, como fragmentação libertadora contra as amarras do estado, ou o localismo, como expressão da etnicidade definitiva e inviolável. Aponta, assim, para a aludida necessidade de se estabelecer “pontes de transição” interordinatória.

Diante do exposto, observa-se o quão é imprescindível o estudo e aprofundamento da temática, sobretudo da proposta trazida pelo transconstitucionalismo, para o desenvolvimento de instrumentos aptos a solucionar demandas constitucionais.

Evita-se, através dessa teoria, que influências imediatas de grandes potências instalem uma ordem atentatória aos direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana, que o Direito seja mais uma vez manipulado, inclusive através de técnicas de convencimento de uma maioria, para camuflar práticas impositivas de poder, visando apenas à expansão de Impérios (e seus ridículos microimperadores), perpetuando o estado de beligerância entre as Nações e sacrifício dos cidadãos, sobretudo das minorias marginalizadas.

Para tanto, o desafio, inclusive reconhecido por Marcelo Neves (2009, p. 132), é o incremento metodológico, onde “o debate a se instaurar precisará ser transparente e aberto, sem preconceitos, ou apego a axiomas, tão desatuais em um universo assentado sobre a *relatividade*” (SOUSA, 2002, p. 93), o que sem dúvida alguma perpassa o campo das novas técnicas de interpretação a nortear e limitar a aplicação do Direito.

Sob essa ótica, observa-se a imposição de proteção contra todo e qualquer tipo de discriminação (*discrimen* injusto, vale dizer), bem como de medidas positivas (a convocar o legislador positivo) voltadas às pessoas portadoras de necessidades especiais, e não apenas a um fixo e limitado rol de deficiências, envolvendo um diálogo de fontes, que inclusive ultrapassa o Direito Interno.

1.6.3. Previsões normativas no âmbito internacional acerca dos direitos dos deficientes

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), no artigo 23, estabelece que todas as pessoas têm direito ao trabalho, compatível com a dignidade da pessoa humana, em condições satisfatórias; já o artigo 25 estabelece o direito à segurança, ante o desemprego, dentre outras circunstâncias, na doença, e

ainda em situações alheias à vontade do indivíduo e que impossibilitem sua subsistência.

Em 1998, exsurgiu a Declaração Sociolaboral do MERCOSUL, em destaque os artigos 1º e 2º que tratam, respectivamente, do princípio da não discriminação e da igualdade às pessoas portadoras de necessidades especiais.

Historicamente, a OIT encampa a luta em prol da defesa dos trabalhadores, estipulando metas para melhores condições não apenas do trabalho em si, mas de vida e de saúde, sendo suas recomendações e convenções voltadas especificamente às pessoas portadoras de necessidades especiais.

A Recomendação nº 22/1925 foi pioneira na ordem internacional a reconhecer as necessidades das pessoas portadoras de deficiência. Em 1995, a Recomendação nº 99 declarou que “todos os indivíduos com limitações, quaisquer que sejam a origem ou natureza, têm direitos aos meios de reabilitação profissional para poderem exercer um emprego adequado as suas limitações” (MELO NAHMÍAS, 2004, p. 90).

Cumprir ainda mencionar as Convenções de nº 159 e nº 111 da OIT, ambas aprovadas pelo Brasil nos Decretos Legislativos de nº 51/1989 e de nº 104/1964, a primeira versando também sobre a reabilitação profissional, bem como sobre a integração no mercado de trabalho das pessoas portadoras de deficiência física e impondo medidas positivas de forma a igualá-las, materialmente. Em relação à Convenção nº 111, a disposição dos itens 1 e 2 do artigo 1º²⁴ abriu a questão dificultosa a ser enfrentada que é justamente diferenciar as discriminações ilícitas das distinções, exclusões ou preferências lícitas. (MORO, 2008, p. 17).

A identificação quanto aos *discrimens*, se seriam eles lícitos ou ilícitos, perpassa juízos de valor diante de casos e situações concretas, a encontrar (ou não)

²⁴ artigo 1º da convenção nº 111 da OIT: (1) Para os fins da presente Convenção, o termo ‘discriminação’ compreende: a) Toda a 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 oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão; b) Toda e qualquer distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão, que poderá ser especificada pelo Estado Membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de patrões e trabalhadores, quando estas existirem, e outros organismos adequados. (2) As distinções, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para determinado emprego não são consideradas como discriminação.

amparo na norma: expressão própria do Direito, em sua tridimensionalidade, consoante ora identificado.

Confere-se, nesta linha, um exemplo: alguém com deficiência de grau mínimo (que por esta condição adentra a “cota” de reserva) compete, com vantagem sobre todos os demais, mas também com vantagem para com os que efetivamente tenham uma deficiência efetivamente limitadora.

É nisso que se centra a necessidade de se fixar que apenas as deficiências próprias e impeditivas, inclusive, sendo o caso, em adição a critérios sócio-educativos, podem e devem justificar a reserva para tais casos.

Salienta-se ainda que quando se fala em deficiências mínimas, reporta-se aos seus respectivos graus,²⁵ e, primordialmente, aos efeitos na formação intelectual e na integração do indivíduo na sociedade, muitas vezes imperceptíveis até mesmo pela própria pessoa, de modo a limitar e, quanto possível, expurgar os *discrimens* ilegítimos (ainda que possam ser aparentemente “lícitos”, num dado rol em *numerus clausus*).

Não há que se confundir com as denominadas deficiências não aparentes; defende-se, ao contrário, a garantia e concretização dos direitos fundamentais de pessoas portadoras de todas as doenças, inclusive as que são também formas de deficiência, desde que causem uma redução na capacidade laborativa, dificultando o acesso ao trabalho, ampliando os *discrimens* legítimos (tornando-os positivamente lícitos) quando for o caso.

Nessa perspectiva, torna-se de fundamental importância a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, incorporada ao ordenamento jurídico interno, sob a égide do parágrafo 3º, do artigo 5º da Constituição Federal, possuindo status de emenda constitucional, consoante se extrai do preâmbulo do Decreto Federal nº 6.949, de agosto de 2009²⁶.

²⁵ Como exemplo, cita-se a Lei de Ação Afirmativa da França (Lei nº 75-534/1975) que classifica as deficiências em seus variados graus: leve, moderado e sério.

²⁶ Decreto Federal nº 6.949, de agosto de 2009: “O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso IV, da Constituição, e Considerando que o Congresso Nacional aprovou, por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, conforme o procedimento do § 3º do art. 5º da Constituição, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007; Considerando que o Governo brasileiro depositou o instrumento de ratificação dos referidos atos junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas em 1º de agosto de 2008; Considerando que os atos

Enfatiza-se a força normativa de tal diploma, consoante explana Marcelo Novelino (2009, p. 382-383):

Com o advento da Constituição de 1988, alguns internacionalistas, como Celso Lafer, Antônio Augusto Cançado Trindade, Flávia Piovesan, passaram a defender uma hierarquia constitucional para os tratados internacionais de direitos humanos, por força do disposto no § 2º do art. 5º. A tese de que a Constituição teria acolhido a sistemática da incorporação automática dos tratados internacionais de direitos humanos (“concepção monista”), conferindo-lhes o mesmo status das normas constitucionais, teve grande repercussão no âmbito doutrinário e jurisprudencial, mas não havia convencido os Ministros do STF, que mantiveram o posicionamento tradicionalmente adotado pela corte.

Em razão da polêmica envolvendo a hierarquia desses tratados, foi acrescentado um novo parágrafo do art. 5º, estabelecendo que os tratados e convenções internacionais de direitos humanos, aprovados em dois turnos de votação em cada Casa do Congresso Nacional, por três quintos dos respectivos Membros, serão equivalentes às emendas constitucionais (CF, art. 5º, § 3º).

Voltando, todavia, ao foco da questão, qual seja a ampla proteção a todos os deficientes, logo no preâmbulo da Convenção, na alínea “e”, introduz-se uma proposta revolucionária ao reconhecer “que a deficiência é um conceito em evolução e que a deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas”.

Igualmente, dentre os outros dispositivos, o artigo 1º da Convenção enfatiza a importância de agregar os efeitos sociais para a delimitação do conceito:

O propósito da presente Convenção é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente.

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.

internacionais em apreço entraram em vigor para o Brasil, no plano jurídico externo, em 31 de agosto de 2008.”

O novo conceito de deficiência proposto pela Convenção Internacional da ONU transcende o caráter assistencialista e tão somente lastreado na medicina. A respeito, elucida Ricardo Tadeu Marques da Fonseca (2008, p. 127):

[...] Defende-se, destarte, a idéia de que os “impedimentos” pessoais de caráter físico, mental, intelectual ou sensorial revelam-se como atributos pessoais, que todavia, são fatores de restrição de acesso aos direitos, não pelos efeitos que tais impedimentos produzem em si mesmos mas, sobretudo, em consequência das barreiras sociais e atitudinais. O conceito é revolucionário, porque é defendido pelos oitocentos representantes das Organizações não Governamentais presentes nos debates, os quais visavam à superação da conceituação clínica das deficiências (as legislações anteriores limitam-se a apontar a deficiência como uma incapacidade física, mental ou sensorial). A intenção acatada pelo corpo diplomático dos Estados Membros, após longas discussões consiste no deslocamento do conceito para a combinação entre esses elementos médicos com fatores sociais, cujo efeito é determinante para o exercício dos direitos pelos cidadãos com deficiência. Evidencia-se, então, a percepção de que deficiência está na sociedade, não nos atributos dos cidadãos que apresentem impedimentos físicos, mentais, intelectuais ou sensoriais. [...]

Feitas tais considerações e, reconhecendo a força normativa da Convenção em pauta, extrai-se de seu texto que a definição de deficiência deve ser compreendida em um processo evolutivo que passa sua própria terminologia. É justamente esse o objeto de análise do capítulo seguinte.

O que se procurará fixar é que de cada um é, e de cada um não se há de retirar, nem de tutelar, a responsabilidade de zelar por seu próprio destino. Não conferir *discrimens* a situações que, efetivamente estas não se justificam é, a um só tempo, garantir que aquel'outras, onde a diferenciação seja necessária, permanecerão preservadas e garantidas.

2. PESSOAS COM DEFICIÊNCIAS: REDEFINIÇÃO CONCEITUAL E A NORMATIZAÇÃO TRABALHISTA

É chegado o momento de enfrentar o desafio de se estabelecer o que pretensamente seria deficiência e normalidade, e, em decorrência, quais as pessoas com deficiência que mereceriam o tratamento diferenciado.

Tarefa essa árdua visto que “toda classificação, por ser obra da inteligência humana, pode ser considerada incompleta. Isso porque toda construção classificatória dependerá da visão metodológica de cada autor” (PAMPLONA FILHO, 2004, p. 2).

Tal incompletude, todavia, deve ser corrigida, à luz da Constituição, através de métodos racional-argumentativos, de forma atual e contextualizada, priorizando as vicissitudes do caso concreto, em consonância com o espírito constitucional.

Deve, ainda, o enfrentamento da temática se ancorar das diversas disciplinas que estão interligadas ao Direito. Portanto, enfatiza-se a necessidade de um estudo multidisciplinar.

Assim, a análise conceitual de deficiência, dada a sua importância e por ser determinante para o efetivo objeto deste trabalho, será pormenorizada, especialmente quanto à questão na evolução científica e tecnológica da medicina, bem como, nas leis específicas que regem a matéria.

O intuito é detectar as incongruências, principalmente legislativas e executivas, e propor a ampliação terminológica de deficiência, para além de uma definição restrita ao modelo tradicional com a interação dos fatores psicossociais e econômico-culturais.

Guiando-se por essa senda, será demonstrado que as diversas acepções desenvolvidas acerca de deficiência, seja na literatura médica ou na jurídica, são insuficientes para demonstrar a complexidade humana em seus múltiplos componentes indissociáveis da sua peculiar estrutura.

Corroborando o estudo em tela serão então ainda cotejadas a Teoria de Justiça de John Rawls, bem como a tese desenvolvida por Ilya Prigogine que

através da introdução na física da instabilidade, irreversibilidades e flutuações reformula a noção científica de verdade e certeza na construção do conhecimento.

Despindo-se das lentes opacas que conferem uma visão estática, maniqueísta e bipolar de um mundo que se apresenta quântico, abre-se, aqui, um convite para uma releitura do conceito de deficiência à luz da Constituição e dos Tratados Internacionais, cujo foco é o ser humano em sua dignidade.

2.1. Redefinição conceitual de pessoa com deficiência

A redefinição conceitual perpassa duas análises. A primeira, relativa à nomenclatura utilizada para designar as pessoas com deficiência, dada a importância da referência que a estas é feita (por mais odiosa que uma rotulagem social possa ser). A segunda, objeto específico do presente trabalho, centra-se na determinação e classificação da deficiência; ou seja, trata-se de uma abordagem em torno das concepções de “normal” e “patológico”; enfim, do estado humano que deveria ser considerado como “deficiente”, para fins de tutela normativo-protetiva, com vista a se estabelecer em seu favor um *discrímen* moralmente justificável e socialmente aceitável, inclusive em âmbito laboral.

2.1.1. Análise da trajetória da nomenclatura

Ao analisar as diversas expressões terminológicas utilizadas, ao longo da história, para denominar as pessoas com deficiência, percebe-se toda uma tentativa de desvendar o conceito mais adequado.

Essa é “uma constante nas poucas monografias que tratam do tema” (SILVA, 1993, p. 30). Nesse particular, é de suma importância a abordagem feita em torno da evolução conceitual, pois facilita a compreensão do trabalho desenvolvido, bem como repercute na concepção social acerca desse grupo singular de pessoas.

Não era incomum a utilização de termos pejorativos como: aleijados, especiais, excepcionais, defeituosos, inválidos, prejudicados, minorados, descapitados etc., avistáveis até mesmo nos documentos legais e nas instituições assistencialistas. Essas designações são impróprias e tendem a criar um estigma em torno da aceção de deficiência.

Tem-se, por exemplo, a Associação de Assistência à Criança Defeituosa (AACD), atualmente denominada como Associação à Criança Deficiente. A Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais (APAE) ainda hoje persiste com essa titulação.

Da mesma forma, o revogado Decreto Federal nº 60.501, de 1967, que dispunha sobre o Regulamento Geral da Previdência Social, trazia no bojo do seu texto a expressão “inválido”, referindo-se às pessoas com deficiência.

Em nível constitucional, a Emenda nº 01, de 1969, utilizou a adjetivação “excepcional” para denominar os indivíduos com deficiência²⁷.

Por sua vez, a ONU inovou ressaltando a figura da pessoa humana, em sua dignidade, ao denominar o ano de 1981 como Ano Internacional das Pessoas Deficientes. A Constituição Cidadã de 1988 adota a mesma terminologia, e, de igual forma a Convenção 19/83 da OIT (art. 11).

Na década de 1990, o uso das expressões “pessoas especiais” e “pessoas portadoras de deficiência” era frequente, consoante se observa na leitura dos motivos da Lei nº 7.853/89 e ao longo de seus dispositivos.

Inclusive, argumenta-se que “o termo ‘deficiência’, em virtude da força semântica, coloca-os em uma situação perene de desvantagem em relação a outras pessoas, ao passo que o termo ‘necessidades especiais’ implica desvantagem apenas circunstancial” (ASSIS; POZZOLI, 2005, p. 236).

Não se justifica, entretanto, a equiparação da pessoa com deficiência à figura do incapaz, como assim o faz a redação do artigo 3º do Decreto 914/1993, que alterou a lei acima citada:

²⁷ Consoante lembra Luiz Alberto David Araújo, a expressão excepcional “traz uma ideia normalmente mais ligada à deficiência mental. Há uma tendência muito forte de se tratarem as pessoas mentalmente doentes como sendo ‘excepcionais’. Assim sendo, entendemos desaconselhável o uso do termo, especialmente porque a matéria deve ser tratada da forma mais comum possível, pois o Direito precisa trabalhar com dados da realidade e esta indica que a palavra excepcional não tem grande aceitação para cuidar de deficiências físicas ou de deficiência de metabolismo”. (2001, p. 20).

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

No mesmo sentido, a Lei 8.742/93 preceitua que “[...] a pessoa portadora de deficiência é aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho”. (art. 20, § 2º).

Sensível a essa problemática, o Decreto nº. 3.298/1999 que será, mais adiante, objeto de análise do presente estudo, traz a distinção entre deficiência e incapacidade.

Finalmente, a crítica doutrinária, então, propôs a mudança da nomenclatura para Pessoas com Deficiência que finalmente foi cunhada internacionalmente a partir da Convenção Internacional para Proteção e Promoção dos Direitos e Dignidade das pessoas com Deficiência de 2006.

Ao aprofundar a análise conceitual desenvolvida pela doutrina especializada, observa-se, então, que são quatro as fases para o processo de inclusão: a exclusão, a segregação, a integração e, por último, a inclusão propriamente dita. Desse último estágio, não pode haver retrocesso. (SASSAKI, 1997, p. 16).

O objetivo é sempre avançar na inserção efetiva e definitiva das pessoas com deficiência na sociedade, razão pela qual as questões envolvendo o direito trabalhista ganham preponderância.

2.1.2. Análise e evolução classificatória

Para além da análise puramente terminológica, onde o foco é na carga ideológica em torno da denominação que se faz do deficiente, faz-se necessária uma abordagem classificatória acerca do conceito de deficiente.

É preciso direcionar o estudo para definição de deficiência. Isso tornará possível a distinção dos indivíduos que deverão fazer, ou não, jus ao benefício das cotas para ingresso no mercado de trabalho.

Conceituar remonta aos primórdios e, desde então, configura-se um desafio imposto à espécie *Homo Sapiens*, uma vez que para atingir tal mister é necessário o árduo exército da comparação, de natureza essencialmente imperfeita, variando de acordo com o exercício metodológico desprendido pelo autor.

Por outro lado, em decorrência lógica da alteridade imprescindível se faz superar tal alteração e, conseqüentemente, estabelecer conceitos de acordo com o parâmetro médio da normalidade, onde, porém, a injustiça intrínseca a tal procedimento só poderá ser superada quando forem levados em consideração os aspectos individuais do caso concreto.

As perguntas feitas, nesse momento, são: O que é pessoa com deficiência? O que é deficiência? O que é normal? O que é patológico?

Diversos autores se posicionam a respeito, alguns de forma mais tradicional, restrita e conservadora, outros, porém, avançam no tema, reconhecendo a complexidade que existe em torno da definição de deficiência.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho define as pessoas deficientes, tão somente como “aqueles que por motivos físicos ou mentais se encontram em situação de inferioridade em relação aos chamados normais”. (1975, p. 78).

No mesmo caminho, Pontes de Miranda defende que os deficientes são “pessoas que, por faltas ou defeitos físicos ou psíquicos, ou por procedência anormal (nascido, por exemplo, em meio perigoso) precisam de assistência” (1969, p.62).

Cibbele Linero Goldfarb avança, ao apontar para a imprescindibilidade das ações afirmativas, na promoção da inclusão social, porém restringe o conceito de deficiente físico à esfera individual, ao dizer que:

Pessoas com deficiência “como aquelas que por possuir alguma limitação física, sensorial, mental ou múltipla, enfrentam maiores dificuldades para se inserir no mercado de trabalho e nele se manter e se desenvolver, especialmente quando comparadas às pessoas que não importam tais limitações, necessitando, pois, de medidas compensatórias com vistas a efetivar a igualdade de oportunidades e o acesso ao emprego” (2007, p. 35-36).

Assim, apesar da importância teórica de tais definições, eles não apresentam solução para a problemática conceitual, por serem por demais

genéricas. Mais apropriados são os comentários de Moacyr de Oliveira, que amplia consideravelmente a noção de pessoas com deficiência física.

Para esse autor (1981, p. 12), “no conteúdo do conceito legal de deficientes, figuram elementos de natureza moral (valorização da pessoa humana), social (sua integração ou reintegração no meio por interesse da coletividade) e econômica (reabilitação para um desempenho produtivo)”. Nesse sentido, conclui-se:

“O que define a pessoa portadora de deficiência não é a falta de um membro nem a visão ou audição reduzidas. O que caracteriza a pessoa portadora de deficiência é a dificuldade de se relacionar, de se integrar na sociedade. O grau de dificuldade para a integração social é que definirá quem é ou quem não é portador de deficiência” (ARAÚJO, 2001, p. 13)

Ainda nesses termos, diversas doenças, muito embora não aparentes, e, por não se encaixarem no conceito popularmente consolidado de deficiência, terminam sendo desconsideradas, em que pese sua gravidade.

Dessa forma, as pessoas com doenças altamente limitantes acabam não recebendo os devidos tratamentos, médicos nem jurídicos, que são necessários para a erradicação das suas desigualdades.

Consoante assevera o mencionado Luiz Alberto David Araújo, “o deficiente de audição ou de locomoção é logo notado, enquanto, por exemplo, uma pessoa portadora de deficiência de metabolismo não pode sequer, ser identificada” (2001, p. 44). Essa identificação deve ser feita, enfatize-se, através da análise cada caso concreto.

Logo, embora a deficiência não se confunda com doença, muito menos com incapacidade, deve-se ressaltar, a associação entre deficiência e doenças, estas muitas vezes são secundárias, ou seja, decorrentes da própria deficiência.

Não se pode olvidar também que muitas doenças podem causar redução laborativa, devendo, portanto, ser consideradas deficiência para efeitos do sistema de preenchimento de cotas (ações afirmativas).

Segundo Luís Rey, em Dicionário de termos técnicos de medicina e saúde, verificam-se os seguintes significados:

deficiência *S. f. Patol.*: Termo geral englobando toda e qualquer perturbação ou limitação de uma estrutura anatômica ou de uma função fisiológica ou psicológica, podendo causar ou não mau funcionamento do organismo

como um todo. Nesta área, assinalam-se nuances entre os termos sinônimos de deficiência: enfermidade, incapacidade, *handicap* e invalidez, os primeiros referindo-se a causas e os últimos a consequências. [...]. *Inglês: deficiency* (REY, 2008, p. 231)

doença *S. f. Patol.:* 1. Alteração do estado de saúde. 2. Disfunção fisiológica ou psicológica de um indivíduo. 3. Perturbação das funções normais de um ou de vários órgãos cujas causas podem ser conhecidas ou não, traduzindo-se por um conjunto de sintomas e sinais clínicos que orientam ou asseguram o diagnóstico. [...] *Sinon.:* moléstia, enfermidade, mal. [...]. *Inglês: disease, sickness, illness* (REY, 2008, p. 269)

De fato, as deficiências podem ser parte ou uma expressão de uma condição de saúde, mas isso não aponta, necessariamente, para a presença de uma doença.

Cumprido ressaltar que, durante o presente trabalho, os termos: patológico, doença, deficiência (em sentido amplo), enfermidade, distúrbio, disfunção, defeito e anormalidade²⁸ são assim concebidos similarmente. O intuito é referenciar os efeitos sintomáticos decorrentes desses estados. Realçam-se, assim, suas implicações na vida do ser humano.

Feito tal esclarecimento, persiste uma alteração de maior relevância prática: identificar os tipos e graus de deficiências e/ou patologias que merecem ser consideradas como suficientemente significativas para justificar sua compensação através da cota.

²⁸ Em termos médicos, contudo, há uma variação no sentido de cada uma dessas expressões, que segundo o Dicionário de termos técnicos de medicina e saúde (REY, 2008), são: “defeito *S.m.* Falta, deficiência ou anomalia de algo necessário para a adequação morfológica ou funcional do organismo ou de suas partes, tanto em nível molecular ou orgânico, como em nível mental ou comportamental [...]” (p. 230). “anormal *Adj.:* 1. Que não segue a norma; que não é usual. Irregular ou anômalo. 2. Diz-se de um organismo, órgão ou tecido que apresenta desenvolvimento incompleto ou defeituoso ou que sofreu alteração patológica de sua estrutura habitual. 3. Também significa defeito de funcionamento de órgão, tecido, ou processo metabólico pelo qual sua função não é cumprida adequadamente, como no caso de uma glândula endócrina, p. ex., que secreta um hormônio em quantidade insuficiente ou excessiva. 4. Indivíduo cujo tipo físico ou comportamental se desvia sensivelmente da norma, como, p.ex., criança com defeito congênito grave. *Inglês: abnormal*” (p. 64). “disfunção *S. f. Patol.:* 1. Alteração da função de um órgão ou sistema, sobretudo em seus aspectos qualitativos. 2. Função dificultada ou anormal de um organismo, órgão, tecido ou célula. *Inglês: dysfunction.*” (p. 259). “distúrbio *S. M. Patol.:* 1. Perturbação; desvio da normalidade; interrupção ou interferência com um estado anormal. 2. Anomalia da estrutura, da função ou de ambas em um órgão ou sistema, que resulta de falha genética ou do desenvolvimento embrionário imperfeito, ou, então, de fatores exógenos, quaisquer que sejam suas causas (físicas, químicas, biológicas, ou sociológicas). 3. Agitação psicológica; inquietude. *Inglês: disturbance, disorder.*” (p. 263). “patológico *Adj.* 1. Relativo à patologia. 2. Causado ou alterado pela doença. 3. Anatômica ou fisiologicamente desviado da normalidade. *Inglês: pathologic, pathological.*” (p. 677).

É de suma importância para o desenvolvimento do presente trabalho a demarcação da deficiência, assim entendida através dos efeitos por ela causados quando associada aos fatores externos (cultural, histórico, econômico, social, etc.).

Trata-se, conseqüentemente, de uma limitação não incapacitante do indivíduo e, mormente, da própria sociedade, esta sim deficiente em reinseri-lo de forma plena.

Percebe-se que a definição de deficiência é um exercício a ser enfrentado de acordo com o conjunto das variações e das especialidades de cada civilização, dos espaços e dos tempos. É, inclusive, fundamental para a compreensão do tema, até mesmo, o padrão estético imposto pela sociedade.

A dimensão, a valoração de uma alteração física é aferida através de múltiplos fatores. Revela-se, pois, a necessidade de amplitude conceitual.

A propósito, a variação doutrinária acerca do conceito de deficiente não se limita ao âmbito jurídico.

Ao fazer referência aos conceitos de Patologia e Medicina, bem como, de Saúde e Doença, Luís Bogliolo aponta para a importância dos aspectos físicos, psíquicos e sociais na construção do conceito de saúde e conclui pela inexistência de um significado de normalidade.

Para as ciências da saúde humana, é importante ainda considerar que o conceito de saúde envolve o ambiente em que o indivíduo vive, tanto no seu aspecto físico como também no psíquico e no social. Por essa razão, os diversos parâmetros orgânicos precisam ser avaliados no contexto do indivíduo. Número elevado de hemácias, por exemplo, pode ser sinal de uma policitemia se a pessoa vive ao nível do mar, mas representa apenas um estado de adaptação para o indivíduo que mora a grandes altitudes. Saúde e normalidade não têm mesmo significado. (BOGLIOLO, 2011, p.1).

E, no mesmo sentido, Leovegilo Leal de Moraes, em sua obra “Medicina Preventiva” discorre sobre os fundamentos da medicina preventiva e, para tanto, enfrenta tal dicotomia.

Em medicina, saúde é considerada o estado “normal” do organismo humano. Difícil, porém, é estabelecer o limite preciso entre o que é normal e o anormal ou patológico. O estado normal não pode ser determinado com exatidão porque há variações no organismo de cada pessoa que dependem de vários fatores. Com a mesma idade, vários indivíduos apresentam diferentes peso e estrutura, variável temperatura, desiguais quantidades de hemoglobina. Na prática, portanto, deve-se admitir como normal o fato mais

frequente ou o que apresenta maioria. O normal pode ser considerado a média aritmética, com pequeno desvio para mais ou para menos. (MORAES, 1985, p.19).

Apesar da superficialidade dessa conclusão prática, ao considerar o normal apenas em termos quantitativos, confirma-se a impossibilidade de se estabelecer um conceito de normalidade que consiga abarcar a universalidade de hipóteses da condição humana.

Michel Foucault, em “O Nascimento da Clínica” (1980), demonstra a passagem da medicina clássica, onde o foco era a doença abstratamente considerada, para a medicina clínica, em que o indivíduo passa a ser considerado em sua singularidade.

Como consequência desse deslocamento de objetivo da medicina, desenvolve-se a medicina do espaço social, bem como o processo de conscientização da doença como verdadeiro problema político.

Uma das principais obras que trata dessa questão foi escrita por Georges Canguilhem. Em “O Normal e o Patológico” (2009), o autor busca discutir filosoficamente tais concepções.

Georges Canguilhem sugere a transformação da noção de normal e patológico em diferentes momentos históricos.

Em um primeiro instante, o autor analisa criticamente os trabalhos de Augusto Comte (1908), Broussais (1822-1823) e Claude Bernard (1877), nos quais a doença é apresentada como uma variação meramente quantitativa do normal, ou seja, enquanto algo estritamente intrínseco ao ser humano. Visão essa hegemônica até o século XX. (CANGUILHEM, 2009, p. 12-35).

No trabalho de desconstrução crítica dessa concepção quantitativa, Canguilhem introduz a dimensão fenomenológica e organicista dos conceitos de normal e patológico, o que é feito a partir das críticas à Leriche (1936).

Para Leriche, a concepção de doença que considere a consciência do paciente não poderia ser considerada científica. Posição essa refutada por Canguilhem. (2009, p. 35-39).

A especificidade de Leriche é apresentação do patológico como alteração qualitativa do normal. É a partir de então que a doença passa a ser conceituada com base nas suas consequências.

Contudo, vislumbra-se, nessa primeira parte da obra de Canguilhem, um positivismo científico. As perspectivas do patológico, como alteração quantitativa ou qualitativa do normal, até então aprofundadas, fundamentaram-se no racional modelo médico-anatômico-clínico.

É, contudo, na segunda parte de “O Normal e o Patológico”, mais precisamente no capítulo “IV – Doença, Cura e Saúde” (CANGUILHEM, 2009 p. 71-80), que se encontra a maior contribuição da obra para o presente trabalho. Nesse ponto do livro, é destacada a incidência do indivíduo no processo de imposição dos limites entre as tais aceções dicotômicas.

Sob a influência de Goldstein (1934) e de Merleau-Ponty (1942), Canguilhem defende a subjetividade da patologia, sendo marcante na identificação desta a centralidade do ser vivo.

Goldstein nega a possibilidade de aferir a normalidade estatisticamente. Para ele, é inviável determinar o “ser doente”, pautando-se por uma norma supra-individual, o que seria possível através da norma individual. (GOLDSTEIN, 1934, p. 265-272). Opinião essa, seguida por Canguilhem:

A fronteira entre o normal e o patológico é imprecisa para diversos indivíduos considerados simultaneamente, mas é perfeitamente precisa para um único e mesmo indivíduo considerado sucessivamente. Aquilo que é normal, apesar de ser normativo em determinadas condições, pode se tornar patológico em outra situação, se permanecer inalterado. O indivíduo é que avalia essa transformação, porque é ele que sofre suas consequências, no próprio momento em que se sente incapaz de realizar as tarefas que a nova situação lhe impõe (2009, p. 71).

Desse modo, a singularidade de cada pessoa será determinante para se estabelecer o início da doença. Assim, fortalece-se a idéia de relatividade do normal, do patológico e da deficiência, ante à insubsistência de uma cientificidade rígida.

Cada deficiência possui uma configuração própria. Isso impede a formalização normativa de sua classificação.

“A vida não é, portanto, para o ser vivo, uma dedução monótona, um movimento retilíneo; ela ignora a rigidez geométrica, ela é debate ou explicação (o que Goldstein chama de *Auseinandersetzung*) com um meio em que há fugas, vazios, esquivamentos e resistências inesperadas”. (Canguilhem, 2009, p. 78).

Importante ainda mencionar que a constituição funcional de cada ser humano depende, de igual forma, da estrutura ambiental.

Considere-se que a “saúde é uma margem de tolerância às infidelidades do meio [...]. Isso ainda admissível quanto ao meio social em que as instituições são precárias; as convenções, revocáveis; as modas efêmeras como um relâmpago” (Canguilhem, 2009, p. 78).

O restabelecimento da ordem que foi alterada pela deficiência sofre, substancialmente, as influências das flutuações do meio.

Nessa esteira, abandona-se a noção de deficiência atomística. Qualquer diagnóstico não pode prescindir da observação do paciente e da sua interação com a exterioridade.

O homem, mesmo sob o aspecto físico, não se limita a seu organismo. O homem, tendo prolongado seus órgãos por meio de instrumentos, considera seu corpo apenas como um meio de todos os meios possíveis. É, portanto, para além do corpo que é preciso olhar, para julgar o que é normal ou patológico para esse mesmo corpo. Com uma enfermidade como o astigmatismo ou a miopia, um indivíduo seria normal em uma sociedade agrícola e pastoril, mas seria anormal na marinha ou na aviação. Ora, a partir do momento em que a humanidade ampliou tecnicamente seus meios de locomoção, saber que certas atividades nos são vedadas faz com que nos sintamos anormais, pois essas atividades se tornaram, para espécie humana, ao mesmo tempo uma necessidade e um ideal. Portanto, só se compreende bem que, nos meios próprios do homem, o mesmo homem seja, em momentos diferentes, normal ou anormal, tendo os mesmos órgãos, se compreendermos como a vitalidade orgânica se desenvolve em plasticidade técnica e em ânsia de dominar o meio. (CANGUILHEM, 2009, p. 79).

Guiando-se por essa senda, Canguilhem finaliza o seu quinto e último capítulo de “O Normal e Patológico”, dedicando-o à definição de fisiologia e patologia.

Nessa oportunidade, Canguilhem enfatiza a inexistência de uma patologia objetiva. Segundo aduz: “podem-se descrever objetivamente estruturas ou comportamentos, mas não podem chamá-los de ‘patológicos’ com base em nenhum critério puramente objetivo. Objetivamente, só se podem definir variedades ou diferenças. Sem valor vital positivo ou negativo” (2009, p. 91).

Cumprido destacar que, na teoria das ciências da saúde, desenvolveram-se dois principais modelos de deficiência: o modelo médico e o modelo social.

O modelo médico, como o próprio nome sugere, reduz a deficiência em seu aspecto biomédico. Em tal modelo, aferem-se as enfermidades, as lesões que atingem o corpo e que causam impedimentos ao ser humano. A causa da deficiência se encontra apenas no organismo humano, ou seja, trata-se de um problema individual (MEDEIROS; DINIZ; SQUINCA, 2006, p. 14).

Por conseguinte, busca-se, por meio dessa abordagem, tão somente, a cura dos indivíduos, através de tratamentos clínicos, cirúrgicos, terapêuticos. Ignora-se o papel das estruturas sociais.

Por outro lado, o modelo social propõe uma ampliação conceitual ao incorporar questões sociais e políticas na definição de deficiência. Deficiente, então, passa a ser a sociedade, por portar barreiras físicas, institucionais, e principalmente, atitudinais, que impossibilitam a todos a convivência digna e humana (HARRIS; ENFIELD, 2003, p.172).

A campanha do movimento social da deficiência tem por meta a promoção da cidadania e da emancipação desse grupo minoritário. Assim, tornam-se relevantes as questões trabalhistas.

Por essa razão, a discussão sobre direito ao ingresso no mercado de trabalho das pessoas com deficiência, em condições de igualdade, assume primordial relevância.

Logo, o modelo social, ao prever condicionantes sociais na identificação da deficiência, realça a complexidade desse processo, cujo resultado dependerá da interação do sistema orgânico do ser humano, bem como das adversidades ambientais enfrentadas por este.

Não seria equivocado, portanto, considerar diferentes definições de deficiência para os programas sociais. Tais definições partiriam das variáveis de habilidades básicas, lesões e determinantes sociais, mas não pressuporiam um caráter absoluto, e sim uma interação complexa entre elas. (MEDEIROS; DINIZ; SQUINCA, 2006, p. 14).

A hegemonia do discurso médico na definição de deficiência provoca a incoerência da aplicação do sistema de cotas. Desvirtua-se o sentido da política das ações afirmativas, qual seja, a superação das necessidades e desigualdades, independentemente da natureza destas.

Essa superposição do modelo médico em detrimento das variáveis sociológicas da deficiência destoa dos princípios constitucionais, principalmente dos princípios igualitários que deveriam fundamentar as diretrizes estatais.

A Organização Mundial da Saúde - OMS (World Health Organization - WHO) trabalha continuamente sobre uma definição geral de deficiência e demonstra que esse é um processo de compreensão ainda não concluído.

Em 1976, na IX Assembléia, a OMS criou a *Internacional Classification of impairments, disabilities, and handicaps: a manual of classification relating to the consequences of disease* – ICIDH (WHO, 1980) cuja tradução se apresenta como Classificação Internacional de deficiências, incapacidades e desvantagens: um manual de classificação das consequências das doenças - CIDID (OMS, 1989), que se afigura como o mais importante sistema de classificação da deficiência.

Segundo essa classificação, deficiência²⁹ “é qualquer perda ou anormalidade de estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica” (WHO, 1980, p. 47).

Representa, dessa forma, “a exteriorização de um estado patológico, refletindo, a princípio, em perturbações orgânicas” (WHO, 1980, p. 47). Refere-se aos efeitos da incapacidade para o desempenho da pessoa.

Já a incapacidade³⁰ é “a restrição (oriunda de uma deficiência) da habilidade para desempenhar uma atividade considerada normal para o ser humano” (WHO, 1980, p. 142); associa-se, portanto, à situação física da pessoa.

²⁹ “Impairment. *Definition*. In the context of Health experience, in impairment is any loss or abnormality of psychological, physiological, or anatomical structure or function. (Note: “Impairment” is more inclusive than “disorder” in that it covers losses – e.g, the loss of a leg is an impairment, but not a disorder) *Characteristics*. Impairment is characterized by losses or abnormalities that may be temporary or permanent, and that include the existence or occurrence of an anomaly, defect or loss in a limb, organ, tissue, or other structures of the body, including the systems of mental function. Impairment represents exteriorization of a pathological state, and in principle it reflects disturbances at the level of organ.” (WHO, 1980, p. 47).

³⁰ “Disability. *Definition*. In the context of health experience, a disability is any restriction of lack (resulting from an impairment) of ability to perform an activity in the manner or within the range considered normal for human being. *Characteristics*. Disability is characterized by excesses or deficiencies of customarily expected activity performance and behavior, and these may be temporary or permanent, reversible or irreversible, and progressive or regressive. Disabilities may arise as a direct consequence of impairment or as a response by the individual, particularly psychologically, to a physical, sensory, or other impairment, and as such it reflects disturbances at the level of the person. Disability is concerned with abilities, in the form of composite activities and behaviours, that are generally accepted as essential components of everyday life. Examples include disturbances in behaving in an appropriate manner, in personal care (such as excretory control and the ability to wash

A incapacidade representa a objetivação da deficiência, por se tratar de “[...] uma decorrência direta da deficiência, como uma resposta do indivíduo, principalmente psicológica, a uma deficiência física, sensorial ou outra, e, como tal, reflete distúrbios da própria pessoa. [...] Está associada às atividades e comportamentos essenciais à vida diária. [...]” (WHO, 1980, p. 142).

Por sua vez, a desvantagem³¹ configura-se no “prejuízo para o indivíduo, resultante da deficiência ou de uma incapacidade, que limita ou impede o desempenho de papéis considerados normais para esse, de acordo com a idade, sexo, fatores sociais e culturais”. (WHO, 1980, p. 182).

Caracteriza-se “[...] por uma discordância entre a capacidade individual de realização e as expectativas do indivíduo ou do seu grupo social. Representa, portanto, a socialização de uma deficiência ou de uma incapacidade que ocasionam consequências - cultural, social, econômica e ambiental”. A desvantagem ocorre “quando há interferência nas habilidades de sobrevivência [...]” (WHO, 1980, p. 142).

No IDIDH/CIDID são, assim, apresentados os conceitos deficiência, incapacidade e desvantagem, estritamente, com base no modelo individual ou no modelo médico.

Essa classificação é importante para se aferir cientificamente as consequências de tais implicações na vida humana. Todavia, a imprecisão consiste em apontar a incapacidade como decorrência lógica e necessária da deficiência ou da desvantagem.

and feed oneself), in the performance of the other activities of daily living, and in locomotor activities (such as the ability to walk). (WHO, 1980, p. 142).

³¹ “Handicap. *Definition*. In the context of health experience, a handicap is a disadvantage for a given individual, resulting from impairment or a disability, that limits or prevents the fulfilment of a role that is normal (depending on age, sex, and social and cultural factors) for that individual

Characteristics. Handicap is concerned with the value attached to an individual’s situation or experience when it departs from the norm. It is characterized by a discordance between the individual himself or of the particular group of which he is a member. Handicap thus represents socialization of an impairment or disability, and as such it reflects the consequences for individual – cultural, social, economic, and environmental – that stem from the presence of impairment and disability. Disadvantage arises from failure or inability to conform to the expectations or norms of the individual’s universe. Handicap thus occurs when there is interference with the ability to sustain what might be designated as ‘survival roles’. *Classification*. It is important to recognize that the handicap classification is neither a taxonomy of disadvantage nor a classification of individuals. Rather is it a classification of circumstances in which disabled people are likely to find themselves, circumstances that place such individuals at a disadvantage relative to their peers when viewed from the norms of society.” (WHO, 1980, p. 182).

A Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde - CIF³² de 2002, ao conceituar desvantagem, passa a reconhecer a necessidade de sociabilização da terminologia.

Complementarmente à CIF, a CID-10 (Classificação Internacional de Doenças – Décima Revisão) também pertencente ao conjunto de classificações da OMS, fornece uma classificação acerca dos estados de saúde.

A CID proporciona o diagnóstico das condições de saúde (doença, lesões etc.), enquanto que a CIF se refere à funcionalidade, de forma mais ampla (OMS, 2004, p. 7-8). Todavia, em relação à definição de deficiência,

é importante também reconhecer a sobreposição entre a CID-10 e a CIF. As duas classificações começam com os sistemas do corpo. Deficiências referem-se às estruturas e funções do corpo que são, em geral, parte do “processo de doença” e portanto, também utilizadas na CID-10. Não obstante, a CID-10 utiliza as deficiências (tais como, sinais e sintomas) como partes de um conjunto que forma uma “doença” ou, algumas vezes, como os motivos de contacto com serviços de saúde, enquanto que o sistema da CIF utiliza as deficiências como problemas das funções e estruturas do corpo associados aos estados de saúde. (OMS, 2004, p. 7-8)

Com efeito, a CIF defende a sintetização do modelo médico e do modelo social na definição da deficiência, o que é de suma importância, consoante se pretende demonstrar através desse estudo. E explica:

O modelo médico considera a incapacidade como um problema da pessoa, causado directamente pela doença, trauma ou outro problema de saúde, que requer assistência médica sob a forma de tratamento individual por profissionais. Os cuidados em relação à incapacidade tem por objectivo a cura ou a adaptação do indivíduo e mudança de comportamento. A assistência médica é considerada como a questão principal e, a nível político, a principal resposta é a modificação ou reforma da política de saúde. O modelo social de incapacidade, por sua vez, considera a questão principalmente como um problema criado pela sociedade e, basicamente, como uma questão de integração plena do indivíduo na sociedade. A incapacidade não é um atributo de um indivíduo, mas sim um conjunto complexo de condições, muitas das quais criadas pelo ambiente social. Assim, a solução do problema requer uma acção social e é da responsabilidade colectiva da sociedade fazer as modificações ambientais

³² A CIF pertence à “família” das classificações internacionais desenvolvida pela Organização Mundial da Saúde (OMS) para aplicação em vários aspectos da saúde. O texto representa uma revisão da Classificação Internacional de Deficiências, Incapacidades e Desvantagens (ICIDH), publicada inicialmente pela Organização Mundial da Saúde com carácter experimental em 1980. Esta versão foi desenvolvida após estudos de campo sistemáticos e consultas internacionais nos últimos cinco anos e foi aprovada pela Quinquagésima Quarta Assembleia Mundial de Saúde para utilização internacional em 22 de Maio de 2001 (resolução WHA54.21).

necessárias para a participação plena das pessoas com incapacidades em todas as áreas da vida social. Portanto, é uma questão atitudinal ou ideológica que requer mudanças sociais que, a nível político, se transformam numa questão de direitos humanos. De acordo com este modelo, a incapacidade é uma questão política. (OMS, 2004, p. 21)

Dessa forma, essa classificação adota inovador modelo biopsicológico para o sistema complexo de deficiência.

A funcionalidade, nesses moldes, é aferida não somente através de dados médicos, mas também de dados sociais. Há uma conjunção entre as variantes de natureza física e individual, bem como, aquelas atreladas à estruturação da sociedade.

Dentre os autores que abordam a temática estão: Wood (1980, p. 376-380), Hall (1995, p. 73-94), Hutchison (1996, p. 61), Atkinson (1996, p. 61), Zola (1993, p. 167-173), Chanie (1990, p. 273-280), De Kleinjn et al (1989, s/p), Stephens & Héту (1991, p. 185-220), Badley (1993, p. 161-178), Viso (1994, s/p), entre outros.

Merece destaque o depreendido por Richard Rieser. Ao abordar os modelos médico e social de deficiência, aduz que o primeiro dá ênfase à dependência, ao considerar a pessoa como um problema, ao passo que o modelo social toma como parâmetro as desvantagens individuais e coletivas, sobretudo no que tange à discriminação institucional. Atribui-se, por conseguinte, à sociedade a tarefa de solucionar a questão da incapacidade através de sua reestruturação e, principalmente, a romper com os estereótipos, os preconceitos e as discriminações (1995, p. 55-56).

Pertinente foi a proposta feita por Stephens & Héту (2000, p. 101) de autoavaliação pelo indivíduo acerca de sua incapacidade, descrevendo as dificuldades decorrentes desta por diversos meios, dentre eles entrevistas, questionários e testes.

Na mesma linha de raciocínio, atestam a necessidade de ampliação do conceito de deficiência física Amiralian *et al* (2000, p. 101):

Outra crítica se refere à simplificação da CIDID quanto à gravidade e ao alcance das consequências das doenças, tendo em vista que estas apresentam ampla gama de situações que não estão contempladas. Algumas dessas consequências são tão relevantes que merecem ser consideradas como condições de pré-deficiência quando uma pessoa, mesmo não apresentando dano em órgão ou função, possui uma condição

orgânica que lhe traz desvantagens significativas, causadas por doenças ou síndromes que apresentam uma evolução progressiva conhecida. Pode-se citar as pessoas com soropositividade para HIV, que, mesmo não apresentando em dado momento doença, deficiência ou incapacidade, estão expostas a inúmeras desvantagens em seus relacionamentos.

Nesse sentido, é preciso explicitar que a CIF faz uma abordagem multidimensional da funcionalidade e da deficiência humana, tendo por referência: o corpo (estruturas e funções corporais³³), a limitação para o desenvolvimento das atividades e às restrições de participação³⁴ (OMS, 2004, p. 13).

Essa classificação enfatiza ainda os fatores contextuais que “representam o histórico completo da vida e do estilo de vida de um indivíduo. Eles incluem dois componentes: Factores Ambientais e Factores Pessoais³⁵ – que podem ter efeito num indivíduo com uma determinada condição de saúde e sobre a saúde e os estados relacionados com a saúde do indivíduo” (OMS, 2004, p. 18-19).

Interessante é a descrição exemplificativa da CIF (OMS, 2004, p. 21), sobre as diversas possibilidades funcionais de uma pessoa³⁶:

³³ “As funções do corpo são as funções fisiológicas dos sistemas orgânicos (incluindo as funções psicológicas). As estruturas do corpo são as partes anatômicas do corpo, tais como, órgãos, membros e seus componentes”. Nesse sentido, as deficiências são tidas como “problemas nas funções ou na estrutura do corpo, tais como, um desvio importante ou uma perda”. (OMS, 2004, p. 13).

³⁴ “A definição de ‘participação’ introduz o conceito de envolvimento. Algumas propostas de definição para ‘envolvimento’ incorporam tomar parte, ser incluído ou participar numa área da vida, ser aceito, ou ter acesso aos recursos necessários.” (OMS, 2004, p.17).

³⁵ A CIF explica os fatores ambientais e pessoais, como sendo: “Os factores ambientais constituem o ambiente físico, social e atitudinal no qual as pessoas vivem e conduzem sua vida. Esses factores são externos aos indivíduos e podem ter uma influência positiva ou negativa sobre o seu desempenho, enquanto membros da sociedade, sobre a capacidade do indivíduo para executar acções ou tarefas, ou sobre a função ou estrutura do corpo do indivíduo”. Já os fatores pessoais “são o histórico particular da vida e do estilo de vida de um indivíduo e englobam as características do indivíduo que não são parte de uma condição de saúde ou de um estado de saúde. Esses factores podem incluir o sexo, raça, idade, outros estados de saúde, condição física, estilo de vida, hábitos, educação recebida, diferentes maneiras de enfrentar problemas, antecedentes sociais, nível de instrução, profissão, experiência passada e presente, (eventos na vida passada e na actual), padrão geral de comportamento, carácter, características psicológicas individuais e outras características, todas ou algumas das quais podem desempenhar um papel na incapacidade em qualquer nível. Os factores pessoais não são classificados na CIF. No entanto, eles são incluídos na Fig.1 para mostrar a sua contribuição, que pode influenciar os resultados das várias intervenções.” (OMS, 2004, p. 18)

³⁶ No anexo 4 da citada CIF (OMS, 2004, 211-214), há uma série de outros exemplos. Dentre eles destaca-se: o de deficiência que não resulta em limitação da capacidade nem em problemas de desempenho: “Uma criança nasce sem uma unha. Esta malformação é uma deficiência de estrutura que não interfere com a função da mão da criança ou no que a criança é capaz de fazer com aquela mão, de maneira que não há limitação da capacidade da criança. Do mesmo modo, pode não haver nenhum problema de desempenho – como brincar com outras crianças sem ser importunada ou excluída da brincadeira – devido a essa malformação. Portanto, a criança não tem limitações de capacidade ou problemas de desempenho.” (p. 211). De igual forma, muito interessante o

ter deficiências sem limitações de capacidade (e.g. uma desfiguração resultante da Doença de Hansen pode não ter efeito sobre a capacidade da pessoa);
ter problemas de desempenho e limitações de capacidade sem deficiências evidentes (e.g. redução de desempenho nas actividades diárias associado a várias doenças);
ter problemas de desempenho sem deficiências ou limitações de capacidade (e.g. indivíduo VIH positivo, ou um ex. doente curado de doença mental, que enfrenta estigmas ou discriminação nas relações interpessoais ou no trabalho);
ter limitações de capacidade se não tiver assistência, e nenhum problema de desempenho no ambiente habitual (e.g. um indivíduo com limitações de mobilidade pode se beneficiar, por parte da sociedade, de ajudas tecnológicas de assistência para se movimentar);
experimentar um grau de influência em sentido contrário (e.g. a inactividade dos membros pode levar à atrofia muscular; a institucionalização pode resultar numa perda da socialização).

O objetivo principal é comprovar a impossibilidade de distinguir precisamente a saúde da doença, o normal do anormal, quando abstrata e genericamente considerados, e, sobretudo, quando analisados única e isoladamente os aspectos clínicos.

No corte epistemológico deste trabalho, é possível classificar os elementos determinantes na classificação das condições de saúde de uma pessoa, que farão dela uma pessoa com deficiência. São eles: o fator médico, o fator social, o fator cultural e o fator temporal. E, a interação de todos esses com os fatores pessoais, apresentados em cada caso concreto.

Corroborar-se a necessidade de dilargar a noção de deficiência, diante da sua complexidade.

Fizemos esta ressalva quanto à amplitude conceitual como uma advertência para aqueles que pretendem classificar as pessoas portadoras de deficiência em fórmulas estanques, inflexíveis. As hipóteses que podem se apresentar no plano concreto do nosso cotidiano são muito mais férteis que a criatividade dos legisladores e doutrinadores. Por isso, entendemos que o conceito pessoa portadora de deficiência deve ser, com base em critérios razoáveis e sensatos, o mais amplo possível. Centrado, não apenas nas

emblemático caso de deficiência que resulta em limitações da capacidade e – dependendo das circunstâncias – em problemas ou não de desempenho, como uma criança com deficiência mental, que a depender das exigências da sociedade circundante (se exigente ou não), sofrerá níveis de impactos distintos. E, com conclui: “Este exemplo levanta duas questões. A primeira é que a norma ou o padrão da população em relação ao qual a funcionalidade individual é comparada deve ser apropriado relativamente ao ambiente habitual em causa. A segunda é que a presença ou ausência de factores ambientais pode ter um impacto facilitador ou limitador sobre essa funcionalidade.” (p. 212).

eventuais limitações físicas, mentais ou sensoriais, mas, também, nas limitações sociais. (MELO, 2004, p. 46)

Basta observar que, tempos atrás, era praticamente unânime, nos manuais médicos, o homossexualismo (cuja denominação foi atualizada para homossexualidade), afigurando-se como uma patologia.

Apesar de praticamente superado tal entendimento, ainda hoje, os próprios manuais de medicina legal postam como polêmica essa questão do homossexualismo e do lesbianismo, abordando-os dentre os transtornos sexuais.

Homossexualismo – Atração sexual, exclusiva ou predominante, por pessoas do mesmo sexo, com ou sem relacionamento físico. Sua inclusão no rol das inclinações sexuais anormais não é pacífica. (HÉRCULES, 2014, p. 586).

As últimas edições do Manual de Diagnóstico e Estatística de Desordens Mentais (DSM-IV) e da Classificação Estatística de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde (CID-10) não mais fazem alusão ao homossexualismo.

Obtempera Guido Palomba (2003, p. 585) que a transformação no entendimento sobre as diversidades sexuais decorreu muito mais da sociedade do que da própria medicina. Assim, para esse psiquiatra forense,

a desindexação do desvio se deu em consequência de manifestações e fortes pressões de grupos homossexuais em diversos pontos do mundo – legítimas, a meu ver -, sensibilizando políticos e autoridades constituídas a ter como discriminatória sua manutenção como transtorno mental e do comportamento, ao que se renderam as classificações (HÉRCULES, 2014, p. 586-587).

Todo o movimento de inclusão dos homossexuais na órbita social repercutiu não apenas no âmbito da medicina e na modificação dos seus conceitos, mas também no próprio sistema jurídico, enquanto ciência humana, que não pode ser refratário a tais modificações. E não tem sido omissos³⁷.

³⁷ Dentre outros, em destaque a Resolução 175 do CNJ impondo aos cartórios a conversão da união estável em casamento, bem como sua celebração, entre pessoas do mesmo sexo. Tal resolução foi amparada, sobretudo, nas recentes decisões do STF, ADPF 132/RJ e ADI 4277/DF, em que veda a discriminação da relação homoafetiva reconhecendo a inconstitucionalidade de quaisquer formas de tratamento desigual. Em que pese o texto constitucional tratar de tal alteração nos seguintes termos: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento” (art. 226, § 3º, CF).

Logo, na contemporaneidade, não mais se justificaria a configuração das dissidências heterossexuais dentre o rol das deficiências, muito embora se reconheça a necessidade, ainda, de se erradicar a discriminação em torno desse grupo minoritário.

Sumamente importante é demonstrar que a acepção do normal, em um número considerável de casos, acaba sendo imposta pela própria sociedade. Queda-se aos ditames sociais a própria ciência médica.

A consubstanciar o aduzido, analisam-se as diversas concepções construídas em torno dos alcoólatras e dos usuários de drogas, em geral.

Historicamente, a ingestão de substâncias entorpecentes se faz presente desde em ritos religiosos, nos momentos festivos, e até em procedimentos terapêuticos, com finalidades específicas. E, durante muito tempo, foi considerada um simples vício, associada ao desvio de caráter, ao vandalismo, numa conotação pejorativa.

Isso ocorre porque cada período apresenta uma forma peculiar de reagir aos fenômenos sociais e, não diferentemente, às questões ligadas ao campo da saúde.

Juridicamente, a normatização do uso das drogas e afins é variável e sofre os reflexos da própria sociedade, bem como do desenvolvimento do estudo médico, em torno de tal questão.

O conceito de alcoolismo nasce no século XVIII, em consequência do processo de industrialização. E a partir do século XX passa a compor no rol de doenças das classificações desenvolvidas doutrinariamente.

Thomas Trotter foi quem, pela primeira vez, referiu-se ao alcoolismo como “doença”.

O psiquiatra americano Benjamin Rush, afirmou: “Beber inicia num ato de liberdade, caminha para o hábito e, finalmente, afunda na necessidade”. (Laranjeira R, 1996. p. 84-9).

Jellinek em “*The Disease Concept of Alcoholism*” exerceu grande influência na evolução do conceito de alcoolismo. Em sua classificação, são apresentadas, em termos clínicos, as fases do processo de dependência desse transtorno: tolerância, abstinência e perda de controle (GRANT; DAWSON, 1999, p.10).

Contudo, foi somente na oitava revisão da Classificação Internacional de Doenças (CID-8) que o uso de substâncias psicoativas foi introduzido dentre os transtornos mentais.

Destacam-se as contribuições de Griffith Edwards e Milton M. Gross (1976, p. 1058-1061) ao proporem a nova Síndrome de Dependência do Álcool (SDA), resultante de uma complexa interação de fatores biológicos, culturais e ambientais, segundo explicam esses autores.

Na mais recente revisão da Classificação Internacional de Doenças, a CID-10, a dependência das substâncias psicoativas é apresentada na categoria “transtornos mentais e comportamentos decorrentes”, configurando-se em típica doença crônica e recidivante.

Isso põe em evidência “a questão da evolução histórica da prática médica como instituição que detém a legitimidade hegemônica do domínio desse cuidado e dos saberes relativos à doença e à saúde” (Ornellas, 1999, p. 20).

Estudo realizado sobre a saúde mundial envolvendo 50 países, entre estes o Brasil, durante os últimos 20 anos, publicado na conceituada revista inglesa *The Lancet*, com título *Global Burden of Disease Study (GBD) 2010*, traz resultados a respeito de doenças, injúrias e riscos.³⁸ Indica como fator de risco à saúde, logo após a hipertensão arterial sistêmica, o tabagismo e o alcoolismo, juntamente com o crescente aumento da obesidade:

Em segundo e terceiro lugares, estão o tabagismo e o alcoolismo, respectivamente, este último responsável por cinco milhões de óbitos somente em 2010. No Brasil, o alcoolismo revelou-se o fator de risco mais importante para a saúde. A obesidade vem aumentando significativamente e foi associada a três milhões de óbitos em 2010, e responsável por 10% da carga global de doenças” (CÂMARA; SILVA, 2013, p. 44)³⁹.

Nesse sentido, é importante a análise de pesquisas desse porte que traz estatisticamente dados que refletem a evolução da saúde populacional, e que

³⁸Para maior aprofundamento ver: *Global Burden of Disease Study 2010*, *The Lancet*, 2012; 380(9859), doi:10.1016/S0140-6736(12)62133-3. Disponível em: <<http://www.thelancet.com/themed/global-burden-of-disease>>.

³⁹ A pesquisa aponta ainda dentre as principais causas de doenças incapacitantes os diversos transtornos mentais em especial e de situação mais crítica a depressão e a ansiedade, que tem diminuído consideravelmente a qualidade de vida dos seus portadores (CÂMARA; SILVA, 2013, p. 46).

servem de base para orientar as prioridades das políticas públicas, influenciando em todo ordenamento jurídico.

Conforme o culturalismo de cada região, o uso das substâncias entorpecentes é mais ou menos tolerado pela população e, da mesma maneira, não há um padrão de ilicitude nos sistemas jurídicos de todos os países, ou na ordem global. No Brasil, nota-se que o próprio Direito sofreu alterações, mormente na seara trabalhista.

No âmbito da Justiça do Trabalho, percebe-se uma evolução na interpretação dada pelos Tribunais, ao afastar o rigor do artigo 482, letra, f, da CLT. Tal dispositivo caracteriza a embriaguez habitual ou em serviço como justa causa para a rescisão do contrato de trabalho pelo empregador, mas a jurisprudência passa a reconhecer o seu caráter patológico⁴⁰.

[...] Essa faceta da embriaguez tem sido atenuada, como justa causa, tanto pela doutrina, quanto pela jurisprudência, em vista da evolução dos estudos sobre o alcoolismo como doença, e não como vício social. A embriaguez patológica, normalmente associada a outros distúrbios de saúde, pode ensejar, em cada caso concreto, a suspensão do contrato individual para encaminhamento do empregado à Previdência Social, em lugar de justificar a denúncia do contrato por justa causa (PINTO; PAMPLONA FILHO, 2000, p. 227-228).

⁴⁰ Confira-se os seguintes julgados: “Justa Causa - Alcoolismo - Doença - Função social da empresa - O empregado, assim denominado “alcoólatra”, equipara-se àquele que sofreu uma moléstia profissional, a indicar o tratamento junto ao INSS, tanto que o alcoolismo crônico é formalmente reconhecido como doença pelo Código Internacional de Doenças (CID - referência F-10.2), tornando imperioso afastar-se o enquadramento do artigo 482, “f” da CLT. Da mesma forma, o empregador exerce uma função social obrigatória, e à empresa não cabe tão-somente a faculdade de poder colocá-la em prática, mas sim, o dever de exercê-la, sempre em benefício de outrem, e nunca em prejuízo. Tal princípio impõe que os interesses da empresa têm, obrigatoriamente, que transcender à pessoa do empresário unicamente, de modo a atingir a ordenação de suas relações com a própria sociedade” (TRT: 2º REGIÃO - TIPO: RECURSO ORDINÁRIO - DATA DE JULGAMENTO: 17/01/2006 - RELATOR(A): VERA MARTA PUBLICO DIAS - REVISOR(A): RILMA APARECIDA HEMETÉRIO ACÓRDÃO Nº: 20060006190 PROCESSO Nº: 00928-2002-019-02-00-8 ANO: 2003 TURMA: 10ª - DATA DE PUBLICAÇÃO: 07/02/2006). E no mesmo sentido: EMBRIAGUEZ. DESPEDIDA SUMÁRIA. Estando o laborista acometido de Síndrome de Dependência do Alcool, com sucessivos encaminhamentos ao INSS e tratamentos em clínicas especializadas, mostra-se injusta a despedida sumária, por embriaguez e perda de confiança, ainda mais sem prova de exame de dosagem alcoólica e tratando-se de empregado com mais de quinze anos na empresa e uma única punição disciplinar datada de sete anos atrás. Despedida que se anula, convertendo-a em despedida sem justa causa, inexistindo amparo legal à pretendida reintegração. (TRT 2ª Reg., no RO nº 02960271623, ac. da 4ª T. nº 02970546226, rel. Juiz Ricardo Cesar Alonso Hespanhol, julgado em 14/10/1997, in DJ-SP de 24/10/1997). JUSTA CAUSA – ALCOOLISMO – O alcoolismo não se tipifica como justa causa, prevista no artigo 482, letra f, da CLT, quando a embriaguez não se verifica de maneira habitual no local de trabalho e não causa prejuízo ao desempenho funcional do empregado. (TRT 9ª Reg., no RO nº 593/1994, ac. da 4ª T. nº 17.107/2000, rel. Juiz Carlos Buck, in DJ-PR de 10/10/2000).

Nessa toada, não há razões para se negar de plano o reconhecimento do alcoolismo e das demais dependências químicas como típicas deficiências.

O uso abusivo de álcool, extensível ao consumo de drogas, assume, atualmente, um caráter patológico, ocasionando prejuízo nas funções sociais e ocupacionais, daqueles que são dependentes dessas substâncias.

Contudo, essa constatação somente será aferida “na avaliação individual do paciente. Além de se diagnosticar a dependência ou o uso nocivo, é necessário que se pesquise o seu padrão de consumo de bebida para que se possa estabelecer o nível de gravidade de uso” (Gigliottia; Bessab, 2004, p. 13).

Corroborar-se, mais uma vez, a necessidade de analisar o caso concreto, levando-se em consideração as suas peculiaridades e a conjugação de uma série de fatores.

Isso será consolidado, após a análise multidisciplinar do candidato à vaga, onde serão diagnosticados a dependência química e os efeitos limitantes dela decorrentes.

Deve ser considerado, ainda, o estigma existente em torno das vítimas desses transtornos mentais.

A obesidade, ventilada acima, é também um emblemático exemplo que corrobora para a defesa do presente trabalho.

A percepção da obesidade se modificou ao longo da história. Na antiguidade, era sinônimo de fartura, de prosperidade. As famílias mais abastadas exibiam corpos avantajados. A forma mais robusta e arredondada correspondia ao padrão de beleza da época. Daí, ser imaginável a reserva de vagas no mercado para os obesos.

A obesidade e os distúrbios alimentares são, porém, ressignificados como consequência na mudança dos padrões sociais de qualidade de vida e da saúde e da própria estética.

E, em decorrência do progresso do conhecimento no campo nutricional, a obesidade passa a configurar doença crônica caracterizada pelo excesso de gordura

corporal, com implicações fisiológicas, psicológicas e sociais comprovadas. Sendo atualmente uma das preocupações da OMS⁴¹.

A prevalência de sobrepeso e obesidade está aumentando em todo o mundo. (MALNICK; KNOBLER 2006, s/p).

E, são vários os efeitos nocivos oriundos da obesidade na saúde; especialmente, além de aumentar o risco de morte prematura, há diversos sintomas não-fatais, porém debilitantes que têm efeitos adversos na qualidade de vida.

Efeitos no sistema respiratório, problemas musculoesqueléticos, que dificultam sobretudo a mobilidade do indivíduo e a execução do trabalho com a mesma eficiência de uma pessoa não obesa. Associa-se igualmente a obesidade à hipertensão arterial, a diabetes, dentre outras. (MALNICK; KNOBLER 2006, s/p).

Determina-se, então, o impacto dessa doença, na vida diária, especialmente na disputa para ingresso, permanência e ascensão no mercado de trabalho.

Há, portanto, a necessidade de se discutir e fornecer orientações práticas para o gerenciamento da inclusão dos obesos.

Por nem sempre ter sido considerada uma doença e por não ser classificada como deficiência, não há uma política de ação afirmativa voltada para essa espécie de disfunção, incluindo o sistema de cotas.

Perceba-se, mesmo que parcial e tardiamente, há um impulso para remoção das barreiras das deficiências tradicionalmente concebidas.

Avista-se a implementação de corredores táteis e de informações em braile para os deficientes visuais, de rampas para deficientes físicos, de sistemas áudio visuais para os deficientes auditivos, o que é louvável e carece ainda de investimento.

Porém é raro nas instituições de ensino, nas repartições públicas, nas empresas privadas e na arquitetura urbana de forma geral, a construção civil adequada para corresponder às necessidades e limitações das pessoas com sobrepeso. Dificilmente, há assento para obesos e entradas que facilitem o acesso.

⁴¹ A estatística de 2014 da OMS traz índices alarmantes, sobretudo da obesidade infantil. Ressalta-se inclusive o risco do sobrepeso virar norma no continente europeu, por ter se tornado uma condição comum. Conferir em: [WHO] World Health Statistics Organization. World Health Statistics 2014: A wealth of information on global public health. Geneva: 2014. Disponível em: <http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/112739/1/WHO_HIS_HSI_14.1_eng.pdf?ua=1>. Acesso em 27.ago. 2014.

Essa é uma problemática de grande parte da população que é acometida com algum tipo de doença ou condição, não concebida como deficiência pela população, pelas autoridades, pelos grandes empreendedores, empresários, etc.

Soma-se a isso a omissão normativa, com a qual o Judiciário e os demais poderes não podem ser coniventes.

Não há, no Brasil, a divulgação dos efeitos de tais deficiências. Não há a cultura de se desenvolver medidas voltadas para atenuar essas barreiras específicas.

Atente-se que são também múltiplas as causas da obesidade: genéticas, metabólicas, comportamentais e ambientais. Predominando-se, esses dois últimos elementos em detrimento das alterações biológicas (MALNICK; KNOBLER 2006, s/p).

Ressalte-se dessa maneira, e mais uma vez, o caráter individual, bem como a carga social das doenças e deficiências, enquanto, invariavelmente, influenciadas pelo ambiente, pela sociedade.

A medicina e o Direito são chamados a responder a essa nova demanda.

São diversas as vias eleitas para superar a obesidade, através das cirurgias bariátricas, dos implantes de balões gástricos, da nutrição alimentar direcionada, o que, todavia, nem sempre acontece, devido, por exemplo, à falta de correspondência do paciente ao tratamento.

Juntamente com todas as transformações da sociedade e de seus valores, superam-se casos antes que eram tidos como anormal e patológico. Ao mesmo tempo, novas doenças ganham espaço, “como anorexia, bulimia e vigorexia (transtorno caracterizado pela prática de exercícios físicos em excesso) que tomaram um vulto assustador. Muitos colocam suas vidas em risco, consumindo remédios para emagrecer e anabolizantes ou até mesmo fazendo cirurgias desnecessárias” (FIRACE, 2010, s/p).

Dadas as peculiaridades espaciais, os valores são assim distintos nas diferentes regiões do mundo.

As condições econômicas, geográficas, culturais dos países e do indivíduo influenciam na determinação e na superação da doença. Até mesmo a religiosidade é capaz de interferir no processo clínico do desenvolvimento da doença e do seu

tratamento tome-se, por exemplo, o caso das Testemunhas de Jeová que se recusam a receber transfusão de sangue.

Por isso, a dificuldade de se impor um conceito internacional de deficiência.

Toma-se, como mais um exemplo: o vitiligo.

Trata-se de uma doença do organismo em produzir melanina que gera tão somente danos estéticos ao paciente, sem, contudo, causar prejuízo algum à saúde.

A caracterização da deficiência relacionada ao vitiligo irá depender, como se tem demonstrado em todos outros exemplos, de diversos fatores.

Se o indivíduo for um ator, um modelo, ou seja, se exerce um trabalho diretamente relacionado à imagem, essa doença gerará, sem dúvidas, reflexos ocupacionais, sobretudo no tocante ao ingresso em tais carreiras.

Da mesma forma, as interações interpessoais também serão influenciadas pelos fatores culturais da sociedade.

Perceba: na África, os graves problemas de saúde assolam o continente. Basta pensar nos casos endêmicos da malária, do HIV, da tuberculose e do mais recente surto de ebola. Nessa região, o vitiligo pode ser algo praticamente insignificante.

Contudo, nos Estados Unidos, que ocupam o 1º lugar no ranking mundial de países que mais realizam cirurgias plásticas, seguido pelo Brasil⁴², há um elevado padrão de exigência em torno da estética. Como consequência lógica, o vitiligo exercerá um impacto mais relevante na vida social da pessoa.

Outra doença que teve seu significado modificado ao longo do tempo é o bócio. Caracterizado pelo aumento da glândula tireoide, pode provocar deformações perceptíveis na região do pescoço.

Tal distúrbio endócrino, na antiguidade, era associado pela sociedade como “um sinal de beleza, entre as pessoas que viviam no alto das montanhas dos Andes⁴³” (SILVERTHORN, 2010, p. 216).

⁴² Segundo o relatório da Sociedade Internacional de Cirurgia Plástica Estética (ISAPS), pela primeira vez, o Brasil foi apontado como o país que mais realizou procedimentos cirúrgicos. No entanto, os EUA ainda lideram o ranking em relação às cirurgias plásticas. Disponível em: <[http://www.isaps.org/Media/Default/global-statistics/2014%20ISAPS%20Results%20\(3\).pdf](http://www.isaps.org/Media/Default/global-statistics/2014%20ISAPS%20Results%20(3).pdf)>. Acesso em: 15 nov. 2014.

⁴³ Era comum no alto dos Andes o bócio, onde a dieta não continha iodo necessário para produzir os hormônios da tireóide.

Atualmente, o bócio não é mais concebido como um padrão de beleza e, de igual forma, a medicina já exerce um controle sobre dessa doença, fazendo com que as pessoas que tenham tal disfunção possam viver normalmente.

[...] A maioria dos hormônios não havia sido descoberta, e as funções dos hormônios conhecidos não eram bem compreendidas. Não havia tratamento para diabetes, nem anticoncepcionais. Bebês que nasciam com secreção inadequada de hormônios da tireoide não cresciam ou não se desenvolviam normalmente. Hoje, tudo isso mudou. Uma longa e crescente lista de hormônios já foi identificada. As doenças endócrinas que no passado matavam ou mutilavam agora podem ser controladas por hormônios sintéticos e procedimentos médicos sofisticados. (SILVERTHORN, 2010, p. 216).

Note-se a variação das disfunções hormonais, uma vez concebida como sinal de beleza, passando por um período índice de mortalidade, alcançando a sua superação.

O mesmo ocorre em relação a uma série de outras doenças e deficiências, que outrora limitavam e até mesmo incapacitavam a vida das pessoas, hoje passam a ser controladas e até mesmo ultrapassadas pelos avanços da medicina.

Essa é a tendência natural em todas as especialidades médicas. Com a evolução clínica, farmacêutica e tecnológica em todos setores da saúde, é natural a superação das tradicionais deficiências.

Enfermidades ou condições que antes poderiam ser limitantes, a assim justificar a presença em cotas ou ações afirmativas, com o desenvolvimento técnico, médico, científico, podem deixar de sê-lo. E, tal qual há uma evolução na medicina, na robótica, também o Direito deve acompanhar a evolução dos tempos.

E, ao que parece inexoravelmente, conviveremos sempre com o surgimento de novas doenças e com a procura interminável pela cura de cada uma delas.

Basta lembrar que o vírus do HIV foi recentemente identificado e também o Câncer é uma doença moderna⁴⁴. Apesar do aprimoramento na fase do diagnóstico e do tratamento de ambos, não existe, ainda, uma resposta médica a combater tais

⁴⁴ O Instituto Nacional de Câncer José Alencar Gomes da Silva (INCA), divulgou, em “Estimativa 2014 – Incidência de Câncer no Brasil”, o número estimado para o ano de 2014 e de 2015 de casos novos de câncer no Brasil, é de aproximadamente 576 mil casos. O inteiro teor da pesquisa pode ser conferido em: < <http://www.inca.gov.br/estimativa/2014/>>. Acesso em: 11. Ago. 2014.

enfermidades, definitivamente. E isso igualmente ocorre com vasta gama das doenças crônicas, raras e degenerativas.

Dentre as doenças da sociedade contemporânea, aparecem o transtorno orgânico da ansiedade, “capaz de causar disfunções cerebrais (p. ex, epilepsia do lobo temporal, tirotoxicose ou feocromocitoma).” (OMS,1993, p. 63) e o transtorno depressivo orgânico⁴⁵. Ambos integram a mais recente Classificação de Transtornos Mentais e de Comportamento da CID-10.

Mais uma vez, a falta de conhecimento da população contribui para a difusão de um conceito errôneo em relação a essas doenças psiquiátricas, que acabam sendo confundidas com quadros de tristeza. Isso impede a identificação e o tratamento adequado das pessoas com esses problemas, aumentando a gravidade do quadro clínico, bem como, conduzindo marginalização social delas.

A questão aqui seria aferir se estaria a se coadunar com o Direito um sistema de cotas para pessoas sujeitas à depressão, fobias, sob tratamento com psicotrópicos.

Notam-se, nestes limiares, as fragilidades de se tentar objetivar situações claramente subjetivas e nitidamente variáveis de indivíduo para indivíduo. E isso ocorre com a enorme gama de casos que comumente se têm como justificadores para o tratamento diferenciado, deixando outras tantas situações, igualmente (ou até mais) merecedoras de fora desta tutela protetiva.

Fato é que a ausência de informação, somada ao preconceito, gera consequências profissionais bastante adversas, pode afetar inclusive a formação intelectual da pessoa, bem como reduzir a eficiência e a produtividade laborativa.

Essa situação de desvantagem gera a necessidade de correção, sendo um dos instrumentos para atingir tais fins as políticas afirmativas.

Entretanto, deve-se salientar que os transtornos psíquicos apresentam inúmeras causas (genéticas, sociais etc) e consequências, a depender do tipo e do grau. Desta feita, reitera-se ser imprescindível a análise individual e pontual de cada um desses fatores, para o diagnóstico.

Nessa senda, verifica-se a existência de toda uma conjuntura a ser avaliada para que se possam classificar determinados fenômenos vitais em normais e

⁴⁵ O Transtorno orgânico da ansiedade é identificado na CID-10 pelo código F.06.4, o transtorno depressivo orgânico pelo código F.06.32.

patológicos, sobretudo para fins de cotas nos concursos públicos ou nas empresas privadas.

Contudo, não será apenas a ciência médica ou a jurídica que, isoladamente, determinarão a definição de deficiência. A análise multidisciplinar é condição *sine qua non* para uma decisão justa.

A evolução nos setores da saúde é fundamentalmente importante na superação da deficiência. E, não diferentemente, toda a estrutura externa ao indivíduo.

Somam-se as variáveis mais abrangentes na determinação de doenças e deficiências: sistema governamental e econômico, clima, avanço científico regionais. Conforme dito, não se pode esquecer também das peculiaridades de cada ser⁴⁶.

Cada ser humano possui uma condição econômica própria, que lhe permitirá ter ou não acesso aos mais sofisticados centros de habilitação e reabilitação, a mais inovadora tecnologia assistiva, a uma educação especial, enfim a toda a gama de instrumentos de mitigação e superação da deficiência.

Cada ser humano possui também uma reação psicológica às intempéries da vida, inerente a si mesmo.

Cada ser humano carrega em si uma estrutura orgânica que irá corresponder de forma específica aos tratamentos médicos. “Cada ser em si carrega o dom de ser capaz, de ser feliz”, a reconhecida canção de Almir Sater.

Ou seja, não pode se dimensionar de forma genérica os efeitos das deficiências no indivíduo.

Nessa toada, guiando-se pelos comandos constitucionais, mencionados em linhas pretéritas, observa-se o quão é imperativo modelar o conceito de deficiente pautado em um contexto histórico, social e econômico, verificando, no caso concreto, as reais limitações funcionais que conduzem a desvantagens.

⁴⁶ Lembre-se de que “A palavra saúde é utilizada em relação ao indivíduo, enquanto o termo normalidade (norma) é utilizado em relação a parâmetros de parte estrutural ou funcional do organismo. O normal (ou a normalidade) é estabelecida a partir da média de várias observações de determinado parâmetro, utilizando-se, para esse cálculo, métodos estatísticos. Os valores normais para descrição de batimentos cardíacos, pressão arterial sistólica ou diastólica etc) são estabelecidos a partir de observações de populações homogêneas, de mesma etnia, vivendo em ambientes semelhantes e cujos indivíduos são saudáveis segundo o conceito enunciado anteriormente”. (BOGLIOLO, 2011, p.1), corrobora-se a associação entre fatores pessoais e sociais, bem como, entre fatores genéricos e fatores individuais.

Dessa forma, haverá o devido ajustamento social, das pessoas com deficiência. É nessa medida que se evita o uso indiscriminado das cotas no ingresso ao mercado de trabalho.

2.1.3. Os avanços e os limites da Medicina no processo de reconstrução do conceito de deficiência

Os reflexos oriundos do avanço tecnológico podem ser sentidos em todas as áreas do saber humano. Bem verdade que cada era por vezes experimenta estes momentos onde se supõe que a inventividade humana parece não ter limites: o esplendor do Império Romano, o Renascimento, a Revolução Industrial. Especialmente, a partir do século XX, o mundo presenciou uma verdadeira transformação que vem sendo presenciada também no campo das ciências da saúde.

O uso de equipamentos, cada vez mais sofisticados, revoluciona a vida das pessoas com deficiência, atenuando, e, inclusive, superando os efeitos da deficiência.

Pode-se cogitar, até mesmo, de um aumento na qualidade funcional dos indivíduos que fazem uso de tais mecanismos assistivos, quando em comparação com aqueles que não possuem limitação física ou orgânica alguma.

A discussão a esse respeito foi travada nas cortes desportivas. Em 2008, o atleta sul-africano Oscar Pistórius travou batalha judicial para conseguir a aprovação para competir com atletas sem deficiência, junto à IAAF (Associação Internacional das Federações de Atletismo) que, inicialmente, negou seu pedido.

O atleta nasceu sem as tíbias e teve as pernas amputadas aos 11 meses; em suas competições faz uso da prótese de fibra de carbono. Por essa razão, precisou comprovar que tal equipamento não lhe conferia vantagem nas competições.

A Corte Arbitral do Esporte revisou a decisão da IAAF e permitiu que Pistórius participasse dos eventos esportivos voltados para atletas sem deficiência.

Note-se: este mesmo atleta agora responde a processo criminal, por conta da morte de sua noiva, da qual é acusado (e condenado culposamente), sendo julgado sem qualquer referência a sua condição física, pois, ali, o Direito não vê qualquer vulnerabilidade (antes, vulnerável foi a vítima, que nenhuma aparente deficiência apresentava).

Para o que importa acerca da figura do aludido atleta neste estudo, frisa-se: não há dúvida de que a tecnologia assistiva abre novos caminhos para a inclusão da pessoa com deficiência.

Incontrovertida, portanto, é a vantagem que se estabelece para as pessoas que possuem amplo acesso aos meios de habilitação e reabilitação em relação àquelas que por algum motivo, quase sempre de ordem econômica, estão à margem desse processo tecnológico.

Por tecnologia assistiva, entende-se⁴⁷ como,

uma área do conhecimento, de característica interdisciplinar, que engloba produtos, recursos, metodologias, estratégias, práticas e serviços que objetivam promover a funcionalidade, relacionada à atividade e à participação de pessoas com deficiência, incapacidades ou mobilidade reduzida, visando sua autonomia, independência, qualidade de vida e inclusão social (CAT, 2007).

São surpreendentes as criações e o desenvolvimento no campo da biorrobótica, bem como da medicina em geral que, inevitavelmente, contribuem para a mudança paradigmática do conceito de deficiência.

Os exoesqueletos (eLEGS)⁴⁸ permitem que paraplégicos consigam ficar de pé e se locomover.

Seu controle se dá através de motores e sensores de movimento, baseado em interface homem-máquina. Esses sensores fazem a leitura da intenção

⁴⁷ Consoante dispõem Mara Lúcia Sartoretto e Rita Bersch: “O termo Assistive Technology, traduzido no Brasil como Tecnologia Assistiva, foi criado em 1988 como importante elemento jurídico dentro da legislação norte-americana conhecida como Public Law 100-407 e foi renovado em 1998 como Assistive Technology Act de 1998 (P.L. 105-394, S.2432). Compõe, com outras leis, o ADA - American with Disabilities Act, que regula os direitos dos cidadãos com deficiência nos EUA, além de prover a base legal dos fundos públicos para compra dos recursos de que estes necessitam”. Disponível em: < <http://www.assistiva.com.br/tassistiva.html>>. Acesso em: 23 set 2014.

⁴⁸ Os exoesqueletos foram desenvolvidos pela Berkeley Bionics, que desenvolveu diversos outros projetos. Ver em: <http://bleex.me.berkeley.edu/>. Há também diversas outras empresas se especializando no desenvolvimento de tais aparelhos, a exemplo da Ekso Bionics, conferir em <http://www.eksobionics.com/ekso>.

do usuário, agindo de acordo com aquilo que é desejado, através de um computador em tempo real, para que esses movimentos sejam executados da forma mais natural possível. (MORURA JÚNIOR; FRESSATTI; MARCHI, 201, s/p).

Semelhante equipamento foi utilizado por um paraplégico na abertura dos jogos da Copa do Mundo Fifa de 2014 e sensibilizou o mundo para a causa das pessoas com deficiência. Foi também uma forma de romper com velhos preconceitos em relação à capacidade dessas pessoas.

Outro avanço é a implantação de eletrodos que aprimoram a qualidade e a sensibilidade das próteses, favorecendo as pessoas vítimas de amputação, como nunca antes. Tal pesquisa abre o caminho para o maior aproveitamento do estudo sobre a codificação neural (RASPOPOVIC et al, 2014, s/p).

As próteses com *feedback* sensorial, sem dúvida alguma, aumentam a capacidade laborativa, sobretudo para os trabalhos que exigem habilidades manuais.

Atualmente, é possível a reconstrução de partes do corpo humano através da impressão tridimensional.

Podem ser criados órgãos, tecidos, vasos sanguíneos e até células humanas, de forma mais rápida e com custos menores e flexíveis, com as impressoras 3D⁴⁹.

De igual forma, existem os biomateriais inteligentes que promovem a regeneração de regiões do sistema orgânico, promovendo a cura de áreas afetadas por lesões.

A implantação de biochips também se faz frequente na medicina. Esses equipamentos são instalados no cérebro para “aliviar a dor de membro fantasma, bloquear alucinações auditivas provocadas pela esquizofrenia, reduzir sintomas do mal de Parkinson e até de certos tipos de epilepsia” (CREMESP, 2009, p. 14).

A utilização e evolução de inovadoras técnicas no campo da saúde é uma prova notória de que a ampliação da capacidade funcional das pessoas com deficiência é possível.

⁴⁹ Sobre o tema conferir em: http://www.dsc.ufcg.edu.br/~pet/jornal/dezembro2013/materias/bem_estar.html, que traz uma série de casos exemplificativos do uso da impressão tridimensional na medicina.

A evolução da engenharia biomédica transforma em realidade o que em tempos atrás era inimaginável e se tratava apenas de ficção científica.

Talvez por serem tais conquistas tecnológicas recentes e pouco conhecidas pela população é que a mudança da concepção de deficiência ainda encontra resistência entre a população.

Ao mesmo tempo em que se presencia todo esse avanço na saúde, a medicina encontra novos desafios a serem ultrapassados.

Há, dessa forma, um “conjunto de doenças dominantes que caracteriza a evolução da doença em cada época, país ou população, chamado de padrão de doença” (FERREIRA, 1982, p.19).

A saúde pública está nos nossos dias em profunda evolução e à medida que o progresso dos conhecimentos permite descobrir solução para alguns problemas essenciais (saneamento, luta contra muitas doenças infecciosas e parasitárias, nutrição, doenças profissionais, educação sanitária da população) e os serviços de saúde adquirem capacidade para os controlar, tais problemas, sem que desapareçam, passam a ser do domínio das tarefas correntes ou vão declinando de urgência e cedem lugar em importância imediata a novos problemas que alargam o horizonte de actuação dos serviços de saúde. Alguns destes novos problemas [...] por serem ainda muito mal conhecidos estão a exigir trabalho porfiado de investigação para que se aperfeiçoem métodos convenientes de luta (FERREIRA, 1982, p. 18).

Com os avanços da medicina e a disponibilização de um verdadeiro arsenal tecnológico, é lógico que muitas deficiências podem ser mitigadas, e seus paradigmas, modificados.

Porém, a medicina não é absolutamente infalível. Muito menos é capaz de solucionar integralmente todos os casos que lhe são apresentados.

Mais do que a medicina, o corpo humano possui suas limitações.

Assim, dentre tantas as possibilidades de resultados dos procedimentos médicos: desde salvar uma vida a quedar-se diante da morte, pode acontecer de determinadas doenças, muito embora clinicamente estabilizadas, continuarem provocando limitações ao longo da vida.

Logo, é preciso chamar atenção para o fato de que a simples previsão na literatura médica de tratamento ou até mesmo de cura para um determinado caso patológico apresentado (de doença ou de deficiência) não significa necessariamente a certeza do restabelecimento da condição anterior de normalidade nem

equivalência com aqueles que jamais tenham sido acometidos com tais ou outras balizas impeditivas ou limitantes.

A nova ordem instalada após a submissão de procedimentos terapêuticos pode apresentar limitações.

Os transplantados renais, cardíacos, hepáticos, pulmonares etc. podem apresentar sequelas limitantes irreversíveis. A qualidade de vida pode não ser a mesma. Muitos deles permanecem precisando de medicamentos diários, desde imunodepressores, para a conservação do órgão, aos remédios voltados à prevenção e tratamento de alterações decorrentes do transplante.

Não é incomum a incidência de rejeição, bem como deve-se considerar que a duração de sobrevivência dos transplantes pode ser curta.

Sopesem-se, de igual forma, as hipóteses de contra-indicação cirúrgica. Estas podem ser absolutas ou relativas, e são frequentes nos casos de portadores de neoplasia maligna, de doença crônica avançada, de sorologia positiva para o HIV, de diabetes, e ainda de pacientes com idade avançada.

Somam-se ainda, os problemas referentes às longas filas de espera para transplantes de órgãos, principalmente no Brasil.

São, portanto, diversos os fatores, muitos mencionados em linhas pretéritas, condicionantes para a identificação, e, como se avista, para a mitigação relevante ou reversão do quadro de deficiência.

Por isso mesmo, a dificuldade de classificar uma pessoa como portadora de deficiência. Razão pela qual, como se deve ter percebido, defende-se no presente trabalho, justamente, que,

[...] para o fim de identificar a pessoa portadora de deficiência para a qual a Constituição fez reserva legal de vagas, deve se proceder em análise criteriosa de cada caso concreto. Não é tampouco, qualquer enfermidade ou problema no metabolismo capaz de equiparar uma pessoa ao portador de deficiência. Entendemos para que seja reconhecida a deficiência, a limitação não pode ser superada sem a ajuda de medicamentos (como pressão alta) ou através de outros meios corretivos. (MELO, 2004, p. 67).

O intuito é impedir que tais espécies de políticas afirmativas sejam atribuídas automaticamente pelo simples diagnóstico médico, que haja a contemplação de delimitações mínimas e imperceptíveis ou que foram atenuadas pelo avanço

tecnológico da medicina e que, portanto, nunca acarretaram quaisquer prejuízos na vida do seu portador.

A respeito, decidiu a Suprema Corte dos Estados Unidos em 1999 que “nenhuma pessoa pode ser considerada deficiente quando medidas corretivas minimizam a sua limitação como é o caso, por exemplo, da miopia que é compensada por óculos, ou da hipertensão que é corrigida por medicamentos” (PASTORE, 2000, p. 114-115).

Indubitavelmente, houve aí a Suprema Corte americana a preencher o conteúdo material do princípio da igualdade, conferindo-lhe parâmetros deontológicos.

É, inclusive, leal reconhecer que esta será uma seara árdua de trilhar, dada a tendência não só social e autopietativa que o tema traduz, mas pela tendência de se recorrer a critérios (pseudo-)genéticos, por si sós, como condão de justificar tratamentos favorecidos, ainda que dali não decorram nexos causais.

Reconhece-se, nessa senda, a necessidade de correção do conceito de deficiência, ponto alvo e principal do presente trabalho.

O caminho corretivo se dará pela imposição de elementos uniformes de identificação da deficiência.

Comprovada a impossibilidade de se estabelecer um conceito fixo e universal de deficiência, infere-se que se trata de um conceito determinável, ou seja, passível de determinação. Não é acabadamente determinado, nem vagamente indeterminado.

Outrossim, é no momento do concurso que deve ser analisada a existência da deficiência, ainda que, posteriormente, o indivíduo tenha as suas faculdades físicas, psicológicas ou orgânicas estabelecidas.

Analogicamente, fundamenta-se tal entendimento com o princípio “*tempus regit actum*”, segundo o qual a lei aplicável é aquela vigente ao tempo do fato.

Do contrário, qualquer lei que disciplinasse as cotas para deficientes no mercado de trabalho seria de dificultosa aplicação, impossibilitando a inclusão das pessoas com deficiência.

Por óbvio que será determinante se aferir, no caso concreto, os efeitos da deficiência na formação intelectual, bem como, na integração do indivíduo na

sociedade, através da complementariedade entre o modelo médico e social de deficiência.

Enquanto os efeitos da deficiência persistirem, provocando desigualdades, os direitos devem existir, promovendo a igualdade.

2.2. As ideias de Justiça e de Verdade na demarcação do conceito de deficiência

Como já se afirmou e aqui se reitera, não há possibilidade de se encontrar um arquétipo universal de (a)normalidade, de se estabelecer uma definição fixa e invariável de deficiência e do patológico de maneira geral.

Essa constatação, muito embora possa ser frustrante, pois é da natureza humana a busca por certezas, é inclusive aferida no âmbito das ciências naturais e exatas. Nesse campo científico, se concluiu pela inexistência de verdade absoluta e de situações plenamente estáveis.

As ideias epistemológicas do cientista Ilya Prigogine (1917-2003) indicam justamente para uma única possibilidade de verdade: “a verdade na situação”.

Segundo o entendimento desenvolvido por esse físico, verdade científica não significa necessariamente certeza ou determinação, nem tão pouco a incerteza é resultado da falta de conhecimento ou sinônimo de ignorância. Assim, a ideológica estabilidade cede espaço, no hodierno mundo evolutivo, para as transformações (MASSONI, 2008, s/p).

Prigogine introduz, então, na física ocidental, as radicais ideias de relatividade, de irreversibilidade e de probabilidade⁵⁰, e, ainda, afirma a ingerência cultural no desenvolvimento científico. Destaca a amplitude fática e a sinuosidade da

⁵⁰ Nas palavras do cientista: “Nós, pelo contrário, procuramos dar um sentido fundamental à noção de tempo de vida tal como ela se impôs experimentalmente: noção essencialmente probabilista que traduz o caráter incontrolável do acontecimento. Enquanto a maioria dos críticos do formalismo quântico tentavam, de uma maneira ou de outra, retornar a uma representação clássica, determinista, partimos da ideia de que o caráter probabilista dessa teoria é que deve ser ainda mais acentuado”. (PRIGOGINE; STENGERS, 1992, p. 136).

vida, razão pela qual é condição para o alcance do conhecimento a interação entre o sujeito e o objeto⁵¹. Dessa forma,

Os conceitos básicos que fundamentavam a “concepção clássica do mundo” encontraram hoje seus limites num progresso teórico que não hesitamos em chamar de metamorfose. A própria ambição de reduzir o conjunto de processos naturais a um pequeno número de leis foi abandonada. As ciências da natureza descrevem, de ora em diante, um universo fragmentado, rico de diversidades qualitativas e de surpresas potenciais. Descobrimos que o diálogo racional com a natureza não constitui mais o sobrevoo desencantado de um mundo lunar, mas a exploração, sempre local e eletiva, de uma natureza complexa e múltipla (PRIGOGINE; STENGERS, 1997, p. 5).

Diante da perspectiva prigoginiana, questiona-se o próprio papel do ser humano no mundo, se seríamos coadjuvantes ou verdadeiros protagonistas. E nisso importa conhecer o papel do ser humano, um átimo de segundo no relógio da Terra, mas que traz significado a sua existência, a partir do instante em que a cultura humana criou para si um mundo à parte, que recebe interferências e, fisicamente, também interfere no mundo natural. Daí os questionamentos:

Se aceitarmos que o mundo é determinístico, no sentido clássico, qual seria nossa função nele? Desempenhar um papel predeterminado, mas que ignoramos. E isso me parece ainda mais difícil de aceitar: seríamos uma espécie de máquinas inferiores, agindo sem conhecimento algum. Estaríamos apenas seguindo um plano superior que não nos foi comunicado e a que estamos condicionados. Isso é, por assim dizer, repulsivo (PRIGOGINE, 1986, p. 240)

E reconhece, corroborando com todo o expedito nesse capítulo, discorre Ilya Prigogine sobre a complexidade humana.

Cada ser complexo é constituído por uma pluralidade de tempos, ramificados uns nos outros, segundo articulações sutis e múltiplas. A história, seja a de um ser vivo ou de uma sociedade, não poderá nunca ser reduzida à simplicidade monótona de um tempo único, quer esse tempo cunhe uma invariância, quer trace os caminhos de um progresso ou de uma degradação (PRIGOGINE; STENGERS, 1997, p. 211).

⁵¹ Assim aduz: De acordo com o meu ponto de vista, a vida exprime melhor do que qualquer outro fenômeno físico algumas leis essenciais da natureza. A vida é o reino do não-linear, a vida é o reino da autonomia do tempo, é o reino da multiplicidade das estruturas. E isto não se vê facilmente no universo não vivo (PRIGOGINE, 1988, p. 26). E divergindo da ciência clássica, afirma que “de qualquer forma, ela – ciência – se refere a um diálogo com a natureza. A natureza não é, porém, um dado; implica uma construção da qual nós fazemos parte” (PRIGOGINE, 2009, p. 86).

O ideal, portanto, é trabalhar com um conceito de deficiência determinável e fixado no tempo de sua aferição.

Sendo impraticável a padronização universal e atemporal da acepção científica, jurídica e social da deficiência física, mas sim apenas a imposição de elementos universais de identificação da deficiência.

Certo é que os critérios para estabelecer os beneficiários da reserva de vagas no mercado de trabalho devem apontar para a efetivação da Justiça.

O próprio tema do estudo suscita os seguintes questionamentos: o que é Justiça? Como se promover a Justiça na disputa de vagas no mercado de trabalho das pessoas com deficiência?

Deve-se ter em mente que a Justiça em sua carga valorativa é relativa. Desta feita, não se apresenta como único fundamento de decisão, haverá, sim, uma coexistência pacífica entre a Justiça e os demais valores.

[...] De fato, não sei e não posso dizer o que seja justiça, a justiça absoluta, esse belo sonho da humanidade. Devo satisfazer-me com uma justiça relativa, e só posso declarar o que significa justiça para mim: uma vez que a ciência é minha profissão e, portanto, a coisa mais importante em minha vida, trata-se daquela justiça sob cuja proteção a ciência pode prosperar e, ao lado dela, a verdade e a sinceridade. É a justiça da liberdade, da paz, da democracia e da tolerância. (KELSEN, 2001, p.19).

Nesse ínterim, compreende-se necessário destacar a colaboração de John Rawls acerca da justiça social, a qual endossa a relevância dos múltiplos fatores para a caracterização da deficiência e conseqüente destinação das cotas.

O uso da expressão "Justiça Social" apareceu pela primeira vez na obra "*Saggio teoretico di diritto naturale*" de Luigi Taparelli-d'Azeglio, datada de 1849 (HAYEK, 2005, p. 173).

Avista-se na doutrina mais moderna a utilização do termo "Justiça Social" como sinônimo de justiça distributiva⁵², consoante o faz Samuel Fleischacker:

⁵² Os requisitos para se alcançar a justiça distributiva, na moderna concepção que reconhece os direitos fundamentais ao ser humano, são: 1. Cada indivíduo, e não somente sociedades ou a espécie humana como um todo, tem um bem que merece respeito, e aos indivíduos são devidos certos direitos e proteções com vistas à busca daquele bem; 2. Alguma parcela de bens materiais faz parte do que é devido a cada indivíduo, parte dos direitos e proteções que todos merecem; 3. O fato de que cada indivíduo mereça isso pode ser justificado racionalmente, em termos puramente seculares; 4. A distribuição dessa parcela de bens é praticável: tentar conscientemente realizar essa

Até muito recentemente, as pessoas não reconheciam que a estrutura básica da distribuição de recursos em suas sociedades era uma questão de justiça, e tampouco consideravam que a justiça deveria exigir uma distribuição de recursos que satisfizesse as necessidades de todos. É para esse último objeto que está voltada a justiça distributiva em seu sentido atual, e nesse sentido específico a noção tem pouco mais de dois séculos de existência. (2006, p. 4).

Ao dito em linhas pretéritas, pretende-se fundamentar o presente trabalho com base na Teoria da Justiça Social, cuja obra marcante é apresentada por John Rawls, sob o nome “*A Theory of justice*”, de 1971.

Nela, a Justiça aparece como a primeira das virtudes de uma sociedade, lugar onde há a convergência e a divergência de interesses.

Por essa razão, é imprescindível a escolha de uma série de princípios que irão ordenar a sociedade, bem como, orientar a distribuição dos benefícios.

A priori, Rawls conduz a dois princípios básicos da justiça como equidade: o princípio da liberdade de todos e o princípio da diferença (RAWLS, 1971, p. 150-171).

Considerando que a eliminação das ditas desigualdades violam, de certa forma, a liberdade, serão somente aceitas “conquanto que elas melhorem a situação de todos, inclusive às dos menos favorecidos, desde que elas sejam consistentes com a liberdade igual e com a igualdade equitativa de oportunidades” (RAWLS, 1971, p. 163).

Nessa teoria de Justiça Social como equidade, defendida por Rawls, é, então, apresentada uma sequência de quatro estágios, a ser seguida, no intuito de se manter a imparcialidade necessária à concretização da justiça (1971, p. 171).

Amplia-se, dessa forma, a noção de Justiça desenvolvida por Aristóteles (justiça do bom cidadão) para uma dimensão impessoal.

Primeiramente, são escolhidos os princípios básicos que deverão orientar a sociedade bem ordenada.

tarefa não é um projeto absurdo nem é algo que, como ocorreria caso se tentasse tornar a amizade algo compulsório, solaparia o próprio objetivo que se tenta alcançar; e 5. Compete ao Estado, e não somente a indivíduos ou organizações privadas, garantir que tal distribuição seja realizada. (FLEISCHACKER, 2006, p. 12).

Para tanto, parte da “posição original”, uma situação hipotética, na qual são desconsideradas as peculiaridades individuais, ou seja, as condições de vantagens e desvantagens das pessoas. (RAWLS, 1971, p. 171).

O artifício utilizado nessa etapa é denominado pelo filósofo, como o “véu da ignorância”. O sentido é garantir a racionalidade das decisões, evitando-se o estabelecimento de critérios tendenciosos (RAWLS, 1971, p. 118-122).

No segundo estágio, há o estabelecimento da Constituição. Nesse momento, subordinando-se às restrições dos princípios da justiça escolhidos anteriormente, bem como atentando-se a diversidade política, serão desenvolvidos os poderes do governo e os direitos fundamentais dos cidadãos. (RAWLS, 1971, p. 172).

Por sua vez, no terceiro estágio, será avaliada a justiça como conjunto legislativo promulgado e suas políticas. Assim, analisam-se as propostas das leis, com o objetivo de efetivá-las (RAWLS, 1971, p. 173).

No quarto e último estágio, pretende-se justamente a aplicação de normas ao caso concreto, pelos juízes e administradores, bem como a obediência a tais comandos normativos pelos cidadãos em geral.

Nesta fase, tem-se acesso à realidade fática, integralmente. A decisão é então obtida, considerando-se as características e circunstâncias pessoais das partes (RAWLS, 1971, p. 175).

Indo ao encontro do que defende no presente trabalho, na proposta de Rawls, despe-se, progressivamente, do véu da ignorância. O objetivo é garantir a imparcialidade e a justiça desde o processo legislativo à efetivação da lei pelo Poder Judiciário.

Atente-se que, para cumprir tal desiderato, é necessário apreciar as vicissitudes das situações particulares, ante o caso apresentado.

Guiando-se por esse entendimento, as ações afirmativas, especialmente as cotas, devem ser implantadas para conferir igualdades de oportunidades a todos, independentemente dos méritos individuais ou da origem social (RAWLS, 2002, p. 77), o que traz toda uma nova série de críticas e riscos, de se perder a força motriz da criatividade humana, que a meritocracia proporciona.

Um bom lugar a ficar pode ser a meio caminho entre o liberalismo igualitário de Rawls e o objetivismo filosófico de Ayn Rand.

Nessa senda, segundo o filósofo, “a justiça de um esquema social depende essencialmente de como se distribuem direitos e deveres fundamentais e das oportunidades econômicas e condições sociais que existem nos vários setores da sociedade” (RAWLS, 2002, p.8).

Consoante a aduz, a verdadeira anomalia é a social, é aquela engendrada pela omissão das instituições em estabelecer a igualdade. “A distribuição natural não é justa nem injusta; tampouco é injusto que as pessoas nasçam em uma determinada posição da sociedade. Esses fatos são simplesmente naturais. O que é justo ou injusto é a maneira como as instituições lidam com esses fatos” (RAWLS, 2002, p. 109).

Diversos filósofos criticam a teoria de justiça apresentada por Rawls, a exemplo de Ronald Dworkin (2007; 2010) e Gerald Cohen (2000)⁵³. Porém, merecem destaque as balizadas anotações despendidas por Amartya Sen.

Segundo o economista indiano, a grande falha da tese de Rawls seria a desconsideração das capacidades e liberdades substanciais de cada indivíduo. Logo, deve ser não somente considerada a situação econômica das pessoas como critério na abordagem avaliatória para promoção da igualdade.

[...] para muitas finalidades avaliatórias, o ‘espaço’ apropriado não é o das utilidades (como querem os ‘welfaristas’) nem o dos bens primários (como exigido por Rawls), mas o das liberdades substantivas – as capacidades – de escolher uma vida que se tem razão para valorizar. Se o objetivo é concentrar-se na oportunidade real de o indivíduo promover seus objetivos (como Rawls recomenda explicitamente), então será preciso levar em conta não apenas os bens primários que as pessoas possuem, mas também as características pessoais relevantes que governam a conversão de bens primários na capacidade de a pessoa promover seus objetivos. Por exemplo, uma pessoa fisicamente incapacitada pode possuir uma cesta de bens primários maior e ainda assim ter menos chance de levar uma vida normal (ou de promover seus objetivos) do que um indivíduo fisicamente capaz possuidor de uma cesta menor de bens primários. (SEN, 2000, p. 94).

O raciocínio desenvolvido por Amartya Sen não deve ser ignorado, sobretudo por considerar as condições físicas do indivíduo como base criteriosa para as definições de igualdade e de justiça.

⁵³ Sobre o tema ver ainda: BENENTE, Mauro. **Los problemas desiguilarios de la teoria de la justicia de John Rawls. Uma mirada desde Hannah Arendt.** Lecciones y Ensayos, nº 89, 2011, p. 455-474. Disponível em: < <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/89/benente-mauro-los-problemas-desiguilarios-de-la-teoria-de-la-justicia.pdf>> Acesso em 23. Ago. 2014. \

Todavia, as críticas tecidas não afastam a importância da Teoria da Justiça de Rawls, mormente para o presente trabalho, ante o já demonstrado vínculo existente entre a miserabilidade e a deficiência.

2.3. Análise das normas pretensamente protetivas dos deficientes: méritos e incongruências

Se a *res publica* é pertencente a qualquer um do povo em sua soberania, e sendo o deficiente membro deste povo, exsurge, notadamente, como dever republicano a tutela dos interesses dos deficientes físicos. Observa-se, ainda, que a própria Constituição Federal de 1988 estabelece competência legislativa concorrente sobre a matéria, conforme a leitura de seu artigo 24, XIV, *in verbis*:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:
[...]
XIV - proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência;

Portanto, a questão repousa em analisar tais normativos constitucionais, observar este efeito plenioperante e salvífico, explicitar sua máxima eficácia, e ainda, reportar se a legislação infraconstitucional ulterior encontra espeque de validade na Constituição Federal e tem sentido de instrumentalização de tais direitos subjetivos de raiz constitucional, ou, ao inverso, procura delimitar aquilo que não deveria sê-lo.

Cumpra diferenciar a atuação legislativa, considerando a norma exarada tendo como fonte o Poder Legislativo (ainda que muitas vezes pautado pelo próprio Poder Executivo) e de outro lado a regulação normativa, diretamente oriunda do Poder Executivo, por meio da edição dos decretos e regulamentos.

Destacam-se, de pronto, para os fins deste estudo, o Decreto nº 3.298/99 e o Decreto nº 5.296/04, que regulamentam a matéria. Por óbvio, tais decretos, analisados sob o prisma da legalidade ou não, mas antevendo tal legalidade paradigmática, numa interpretação conforme a Constituição, que se procurará

entabular, com enfoque não somente a existência ou não da doença, seja ela qual for, mas sim os efeitos e consequências oriundos dela.

Ocorre que, contraditoriamente, o Decreto nº 3.298/99 possui ampla generalidade em seu artigo 3º, mas, logo em seguida, no artigo 4º, com redação alterada pelo Decreto nº 5.296/04, descreve somente algumas das deficiências.

Dessa maneira, observa-se a total incompatibilidade de tais dispositivos com o princípio da igualdade e o da plena proteção do direito ao trabalho, das pessoas portadoras de outras necessidades especiais. Confira-se:

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

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

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

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

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

I - deficiência física - alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções;

II - deficiência auditiva - perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500HZ, 1.000HZ, 2.000Hz e 3.000Hz; (Redação dada pelo Decreto nº 5.296, de 2004)

III - deficiência visual - cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60º; ou a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores; (Redação dada pelo Decreto nº 5.296, de 2004)

IV - deficiência mental – funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como:

- a) comunicação;
- b) cuidado pessoal;
- c) habilidades sociais;
- d) utilização dos recursos da comunidade;
- e) saúde e segurança;
- f) habilidades acadêmicas;
- g) lazer; e
- h) trabalho;

V - deficiência múltipla – associação de duas ou mais deficiências.

Perceba-se ainda que o próprio inciso I do artigo 3º, supramencionado, apesar de mais genérico quando comparado ao seu subsequente artigo 4º, não abarca o modelo social de deficiência, bem como, não faz referência às disfunções das condições orgânicas dos indivíduos.

Um engessamento do Direito, com feição quase napoleônica, é que merece robustas críticas. Quase um retorno à tentativa de prevalência do brocardo *in claris cessat interpretatio*, que Carlos Maximiliano já criticava, quando os legisladores e os intérpretes de outrora buscavam a “lei clara que não careceria de interpretação”, ao que o emérito hermeneuta então afirmava ser “sem nenhum valor científico, ante as ideias triunfantes na atualidade” (MAXIMILIANO, 1981, p.33), haja vista que “surgiu o brocardo como remédio contra abusos; e resultou o abuso oposto” (MAXIMILIANO, 1981, p. 407).

Desse modo, enfatiza-se a total desconsideração normativa, em relação a algumas necessidades especiais, sobretudo doenças não aparentes, mas que diminuem a capacidade para o labor, o que demonstra um apego ao conceito tradicional de pessoa portadora de deficiência.

Isso consubstancia verdadeira lacuna do ordenamento jurídico, seja por falta de atualização ou por não corresponder à realidade fática do tempo (*zeitgeist*), em dissonância aos preceitos constitucionais.

Cumprir destacar, não obstante, ser o intuito do Decreto 5.296/2004 de evitar que pessoas com deficiências mais severas fossem preteridas por aquelas com deficiências mais leves, quando do preenchimento das cotas.

Até 2004, deficiências leves eram contempladas para fins de cotas, o que não promoveu diretamente a inclusão de pessoas que realmente estavam

segregadas, pois quando as empresas podiam escolher entre cegos unilaterais e cegos totais, por exemplo, obviamente, escolhiam as pessoas cegas de um olho, e assim a regra valia quando as empresas comparavam surdos de um ou dos dois ouvidos e das pessoas com deficiências físicas mais leves com as mais severas.

Ante essa situação de movimento social praticamente inalterado para inclusão, o Decreto 5.296/2004 restabeleceu as deficiências que entram para cota [...] (IGNARRA; CONTRI; BATHE, 2009, p. 20).

Ocorre que, paradoxalmente, esse objetivo não consegue ser alcançado. E isso nunca é conseguido quando se pretende categorizar, abstraindo-se a aferição individual e casuística.

Se é certo que não há limites para criatividade humana para fraudar a lei, conforme visto logo no primeiro capítulo deste estudo, através dos constantes desvios legislativos, da mesma forma, o legislador — aqui compreendido *lato sensu*, englobando não apenas o Legislativo, mas também o Executivo em sua prerrogativa regulamentar — não consegue dar conta da tarefa de estabelecer, sobretudo a longo prazo, ou seja para o futuro, as deficiências que sejam mais severas.

Considerando os avanços da medicina concomitantemente ao surgimento diuturno de novas doenças e deficiências, faz-se necessária a correção e o controle diante do caso concreto, e, especialmente, a superação de ultrapassados paradigmas em torno do conceito de deficiência.

Assim sendo, para que a Lei de Cotas promova efetivamente a inclusão das pessoas com deficiência, mormente no mercado de trabalho e em condições de igualdade, é preciso que seja marcada pela abertura textual e pela flexibilidade, que exigem a sociedade moderna e sua gama factual imensurável.

Anotadas estas abalizadas considerações, põem-se em evidência os casos dos renais crônicos, dos hipertensivos, os cardíacos etc.. Do mesmo modo, aqueles vitimados pelo câncer. E ainda, em destaque os usuários e ex-usuários de drogas e alcoólatras em nível patológico, em abstinência e os obesos mórbidos. Casos esses aprofundados em linhas pretéritas.

Encontra-se em tramitação, inclusive, Projeto de Lei nº 3079/11 que dispõe concessão de benefícios fiscais em contribuição previdenciária às empresas que promovam a inserção no mercado de trabalhos de tais indivíduos.

A Lei 11.343/2006 alberga de forma implícita tal hipótese em seu artigo 24 que aduz: “a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão conceder

benefícios às instituições privadas que desenvolverem programas de reinserção no mercado de trabalho, do usuário e do dependente de drogas, encaminhados por órgão oficial”.

Não mais se concebe a negligência normativa e jurisprudencial no tocante à reserva de vagas no mercado de trabalho destinadas às pessoas portadoras de tais necessidades igual ou superiormente especiais àquelas legalmente amparadas.

Cumpre enfatizar ainda, as inconsistências dos editais de concursos públicos, ao exigir a comprovação da condição de deficiência, com fulcro apenas no retromencionado artigo 4º, bem como, atestado médico, contendo a descrição da espécie e do grau ou nível de deficiência, com expressa referência ao código correspondente da Classificação Internacional de Doença – CID. Não se procede a estudo prévio psicossocial e também econômico, ratificando assim a incongruência normativa.

Aliás é comum encontrarmos editais de concurso público onde expressamente, é destinado um percentual dos cargos a serem preenchidos aos portadores de deficiência ‘física’.

Salienta-se que, na Constituição Federal e na legislação específica que dispõe sobre os direitos e garantias das pessoas portadoras de deficiência não encontramos a expressão deficiente físico mas, apenas, deficiente. (ORTEGA, 1997, p. 179).

No Estado de Sergipe, a Lei nº 3.549/94 estabelece o direito de cotas às pessoas portadoras de deficiências físicas nos concursos para cargos e empregos públicos, apresenta-se de igual forma insuficiente, fundamentada exclusivamente em critérios médicos, sem versar ainda acerca dos tipos e graus de deficiência.

O artigo 43 do Decreto 3.298/99 até prevê a assistência de equipe multiprofissional para o órgão responsável na realização do concurso público.

A composição de tal equipe é de três profissionais capacitados e atuantes nas áreas das deficiências em questão, sendo um deles médico, e outros três profissionais integrantes da carreira almejada pelo candidato, totalizando, portanto, seis profissionais

O intuito é oferecer assistência integral ao órgão responsável pelo concurso durante as diferentes etapas do concurso público e durante o período de estágio probatório.

Ocorre que a própria natureza das competências da equipe multiprofissional endossa o modelo médico de deficiência:

§1º- A equipe multiprofissional emitirá parecer observando:

I - as informações prestadas pelo candidato no ato da inscrição;

II - a natureza das atribuições e tarefas essenciais do cargo ou da função a desempenhar;

III - a viabilidade das condições de acessibilidade e as adequações do ambiente de trabalho na execução das tarefas;

IV - a possibilidade de uso, pelo candidato, de equipamentos ou outros meios que habitualmente utilize; e

V - a CID e outros padrões reconhecidos nacional e internacionalmente.

§ 2º - A equipe multiprofissional avaliará a compatibilidade entre as atribuições do cargo e a deficiência do candidato durante o estágio probatório.

Observa-se que não consta no rol de suas atribuições a análise de fatores sociais, psíquicos e econômicos da deficiência. Tampouco se faz qualquer juízo acerca das deficiências estabelecidas em lei. Não há a devida atualização do comando normativo, de acordo com os avanços médicos e também da própria sociedade, que consoante demonstrado são determinantes na aferição dos efeitos provocados pela deficiência.

Nesse contexto, avança a proposta apresentada, em 2013, de substitutivo ao Projeto de Lei nº 7.699 de 2006, que institui o Estatuto da Pessoa com Deficiência.

O principal objetivo do substitutivo é justamente a adequação do PL 7.699/06 à luz da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, da qual o Brasil é signatário.

Assim, o artigo 2º do referido Projeto confere uma atualização no conceito de pessoa com deficiência, nos moldes propostos no presente estudo.

Art. 2º. Consideram-se pessoas com deficiência 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 igualdade de condições com as demais pessoas.

De igual forma, há uma nítida ampliação da concepção de deficiência, ao adotar o modelo médico-social, suprimindo a lacuna dos decretos normativos em vigor:

Art. 3º. Para o reconhecimento dos direitos de que trata esta Lei, serão consideradas as deficiências que acarretem impedimentos nas funções ou na estrutura do corpo, referentes às capacidades comunicativas, mentais, intelectuais, sensoriais ou motoras.

§ 1º As funções do corpo são as funções fisiológicas dos sistemas orgânicos, incluindo as funções psicológicas.

§ 2º As estruturas do corpo são as suas partes anatômicas, tais como órgãos, membros e seus componentes.

Art. 4º. A avaliação da deficiência será médica e social.

§ 1º A avaliação médica da deficiência e do respectivo grau considerará as deficiências nas funções e nas estruturas do corpo.

§ 2º A avaliação social considerará os fatores ambientais e pessoais.

§ 3º As avaliações médicas e sociais considerarão a limitação do desempenho de atividades, segundo suas especificidades.

§ 4º As avaliações de que tratam os parágrafos 2º e 3º serão realizadas pelo Poder Público, por meio de instrumento desenvolvido para este fim.

§ 5º As categorias e suas definições expressas neste artigo não excluem outras decorrentes de normas regulamentares a serem estabelecidas, ouvido o Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência (Conade).

Destaca-se a importância de tipos e graus de deficiência, que inclusive poderão ser utilizados como documentos probatórios nos concursos públicos e em seleções de empregos privados.

Art. 5º. Regulamento especificará o grau de limitação física, mental, intelectual, auditiva, visual ou múltipla que associada à avaliação social levará à classificação da pessoa como com deficiência para os fins desta Lei e em que grau de deficiência o mesmo deverá ser classificado, servindo como prova da deficiência quando exigida.

Dentre outras questões⁵⁴, a atualização de 2013 do PL 7.699/2006 prevê a responsabilização dos gestores públicos por improbidade administrativa, em caso de descumprimento das leis de acessibilidade. Privilegia ainda a reabilitação em detrimento da aposentadoria das pessoas com deficiência, sendo a inclusão no mercado de trabalho um dos maiores desafios do Estatuto.

Observe-se que muito embora não tenha o condão de revogar os Decretos de nº 3.298/99 e de nº 5.296/04, ao considerar a influência das diversas barreiras no processo de inclusão das pessoas com deficiência, o Projeto aponta para a responsabilidade social na integração desse grupo minoritário.

⁵⁴ A íntegra da redação dada, pela a atualização de 2013, ao Projeto de Lei nº. 7.699/2006, pode ser conferida em:

<http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/arquivos/%5Bfield_generico_imagens-filefield-description%5D_93.pdf>. Acesso em 04. jun. 2013.

No âmbito privado, a maior crítica é destinada à redação do artigo 93 da Lei nº. 8.213/91, por estabelecer que “a empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas [...]” em nítido caráter compensatório.

Contudo, tal disposição traz consigo uma redação que implica grande dificuldade de inserção da pessoa portadora de deficiência física, sobretudo ao exigir a habilitação ou reabilitação pela Previdência Social.

De forma semelhante, o artigo 36 do Decreto n. 3.298/99 ratifica o sistema de cotas, porém, consoante sua redação, aplicável somente aos beneficiários da Previdência Social: “reabilitados” ou as “pessoas portadoras de deficiência habilitadas”.

Esse requisito, felizmente, tem sido afastado pelo Ministério Público do Trabalho por ser considerado um fator de discriminação⁵⁵.

2.4. Imprecisão conceitual de deficiência nos demais ramos do Direito

É, ainda, sintomática a divergência no âmbito das legislações infraconstitucionais quanto ao conceito de deficiência.

Advirta-se que essa variação nem sempre é justificada pela decorrência lógica entre bem jurídico a ser tutelado e os fins a que cada comando se propõe, o que até seria admissível.

Na verdade, constata-se uma falta de sintonia e de unicidade entre os diversos dispositivos normativos, que serão brevemente analisados.

A discrepância no tratamento da matéria é avistável não somente em seu Decreto específico, mas também quando da análise comparativa da legislação trabalhista, civil, penal e de assistência social.

⁵⁵ Ver notícia no site da Escola Judicial do TRT da 4ª Região, disponível em: <<http://www.trt4.jus.br/portal/portal/EscolaJudicial/biblioteca/noticia/info/NoticiaWindow?cod=411563&action=2&destaque=false&filtros=>>>.

No âmbito do direito tributário, há uma previsão de tratamento diferenciado às pessoas com deficiência, que dada a sua condição, não devem figurar como contribuintes, concorrendo com os gastos públicos.

Porém, há grande polêmica no enquadramento da pessoa como portadora de deficiência, para fins de isenção.

A Lei nº 8.989/1995 com redação dada pela Lei nº 10.754/2003 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 certas enfermidades.

A referida Lei nº 8.989/1995, alterada pela Lei nº 10.690/2003, em seu artigo 1º, conceitua pessoa com deficiência física, para fins de isenção nos seguintes termos:

Art. 1º Ficam isentos do Imposto Sobre Produtos Industrializados – IPI os automóveis de passageiros de fabricação nacional, equipados com motor de cilindrada não superior a dois mil centímetros cúbicos, de no mínimo quatro portas inclusive a de acesso ao bagageiro, movidos a combustíveis de origem renovável ou sistema reversível de combustão, quando adquiridos por:

[...]

IV – pessoas portadoras de deficiência física, visual, mental severa ou profunda, ou autistas, diretamente ou por intermédio de seu representante legal;

[...]

§ 1º Para a concessão do benefício previsto no art. 1º, é considerada também pessoa portadora de deficiência física aquela que apresenta alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e às que não produzam dificuldades para o desempenho de funções.

§ 2º Para a concessão do benefício previsto no art. 1º, é considerada pessoa portadora de deficiência visual aquela que apresenta acuidade visual igual ou menor que 20/200 (tabela de Snellen) no melhor olho, após a melhor correção, ou campo visual inferior a 20º, ou ocorrência simultânea de ambas as situações.

[...]

§ 4º A Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, nos termos da legislação em vigor e o Ministério da Saúde definirão em ato conjunto os conceitos de pessoas portadoras de deficiência mental severa ou profunda, ou autistas, e estabelecerão as normas e requisitos para emissão dos laudos de avaliação delas.

Nota-se que em nenhum dos seus dispositivos o comando normativo adota um modelo social de deficiência, sem contar que a administração pública cria diversos obstáculos para conceder o benefício da isenção.

A celeuma reside, justamente, no tocante à comprovação do estado de deficiência, confira-se:

TRIBUTÁRIO. IPI. ISENÇÃO CONCEDIDA A PORTADOR DE DEFICIÊNCIA FÍSICA.

1. A Lei 8.989/95, com redação dada pela Lei nº 10.690/03, dispõe sobre a isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, na aquisição de automóveis por pessoas portadoras de deficiência física, visual, mental severa ou profunda, ou autistas, diretamente ou por intermédio de seu representante legal.

2. A comprovação da deficiência poderá ser feita através de laudo de avaliação emitido por prestador de serviço público de saúde; ou emitido por serviço privado de saúde, contratado ou conveniado, que integre o Sistema Único de Saúde (SUS).

3. Existindo laudo apresentado por perito judicial, configura-se a hipótese para concessão da isenção do IPI.

(TRF-4 - AC: 168 RS 2008.71.15.000168-2, Relator: LUCIANE AMARAL CORRÊA MÜNCH, Data de Julgamento: 02/06/2009, SEGUNDA TURMA)

No mesmo sentido, coleciona-se mais um julgado:

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. AQUISIÇÃO DE VEÍCULO POR DEFICIENTE FÍSICO. ISENÇÃO DO IPI. ART. 1º, IV, DA LEI Nº 8.199/95. REQUISITOS. COMPROVAÇÃO.

1. O art. 1º, inc. IV, da Lei n. 8.989/95, prevê que são isentos do Imposto Sobre Produtos Industrializados - IPI os veículos automotores quando adquiridos por pessoas portadoras de deficiência física, visual, mental severa ou profunda, ou autistas, diretamente ou por intermédio de seu representante legal.

2. O laudo oficial emitido por Junta Médica Especial do DETRAN, que atesta expressamente que a impetrante possui incapacidade total para dirigir veículo comum, necessitando de veículo com direção hidráulica e transmissão automática por ser portadora de limitação dos movimentos dos ombros (CID-M75), é prova hábil à comprovação dos requisitos para a concessão da isenção pretendida.

3. Não cabe à autoridade fiscal indeferir o benefício em tela, sob o fundamento de que a requerente não possui deficiência amparada pela Lei n. 10.690/2003, quando a própria IN 207/2006 da SRF prevê que o laudo do DETRAN é apto a comprovar a deficiência para fins de isenção do IPI (art. 3º, parágrafo 6º, I).

4. Apelação e remessa oficial improvidas. (TRF-5 - REEX: 200984000058913, Relator: Desembargador Federal Francisco Wildo, Data de Julgamento: 28/09/2010, Segunda Turma, Data de Publicação: 07/10/2010)

Como dito, discute-se principalmente, na maioria das contendas judiciais sobre a matéria, a base probatória que fundamenta os pedidos de reconhecimento da deficiência apta a justificar a isenção.

Isso comprova que a opção por um rol fixo estabelecido legislativamente retarda o desenvolvimento de critérios uniformes, a serem aplicados na natural diversidade dos casos concretos. Deve haver, de igual forma, uma evolução interpretativa acerca do conceito de deficiente no âmbito administrativo.

Igualmente, a legislação prevê isenções do Imposto sobre Operações Financeiras (IOF) aos deficientes na Lei nº 8.383/91:

Art. 72. Ficam isentas do IOF as operações de financiamento para a aquisição de automóveis de passageiros de fabricação nacional de até 127 HP de potência bruta (SAE), quando adquiridos por:

[...]

IV - pessoas portadoras de deficiência física, atestada pelo Departamento de Trânsito do Estado onde residirem em caráter permanente, cujo laudo de perícia médica especifique;

a) o tipo de defeito físico e a total incapacidade do requerente para dirigir automóveis convencionais;

b) a habilitação do requerente para dirigir veículo com adaptações especiais, descritas no referido laudo;

Perceba-se que a lei faz alusão apenas a defeito físico atestado por laudo médico. Não vislumbra, contudo, as inúmeras possibilidades de deficiência, para além da compleição física, que impedem a direção de veículos sem adaptações.

Com o escopo de evitar o favorecimento abusivo pelo consumidor, a jurisprudência destaca a necessidade de se perquirir os efeitos da deficiência.

TRIBUTÁRIO. IOF. ISENÇÃO. AQUISIÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. DEFICIENTES FÍSICOS.

1. Ao condicionar a isenção à impossibilidade de o indivíduo dirigir automóvel "convencional", o legislador teve por escopo evitar que pessoas cujas deficiências não os incapacitem à direção veicular pudessem aproveitar-se do benefício, simplesmente pelo fato de portarem determinada deficiência física.

2. Exige-se, pois, além da deficiência, a comprovação de que, em decorrência desta, ao indivíduo seja impossível a condução de um veículo sem adaptações. Ausente este último requisito, os impostos incidem plenamente, independentemente de verificação da limitação física.

3. A isenção tributária, a toda evidência, é benefício pessoal que visa preservar, ou conceder autonomia de locomoção do deficiente físico sem condicionar o benefício à dirigibilidade do veículo, pois é indiferente à lei se o deficiente físico será o condutor, ou se o veículo será conduzido por terceira pessoa.

4. Do contrário, estar-se-ia desvirtuando os propósitos da Carta Política, ao instituir tratamento diferenciado entre portadores de deficiência, o que importa em flagrante afronta ao postulado da igualdade. (TRF-4 - APELREEX: 1000 RS 2008.71.11.001000-3, Relator: JOEL ILAN PACIORNIK, Data de Julgamento: 18/03/2009, PRIMEIRA TURMA).

Por sua vez, a Lei nº 7.713/88, que versa sobre o Imposto de Renda (IR) com alteração dada pela Lei nº Lei nº 11.052, de 2004, estabelece as seguintes hipóteses de isenção tributária:

Art. 6º Ficam isentos do imposto de renda os seguinte rendimentos percebidos por pessoas físicas:

XIV – os proventos de aposentadoria ou reforma motivada por acidente em serviço e os percebidos pelos portadores de moléstia profissional, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, hanseníase, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, hepatopatia grave, estados avançados da doença de Paget (osteíte deformante), contaminação por radiação, síndrome da imunodeficiência adquirida, com base em conclusão da medicina especializada, mesmo que a doença tenha sido contraída depois da aposentadoria ou reforma;

Percebe-se que o legislador, embora adstrito ao modelo médico, abarcou uma série de doenças graves. Todavia, a decisão conferida pelo TRF da 2ª Região foi clara ao reconhecer a necessidade da ampliação interpretativa da citada lei.

ISENÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA PARA OS PORTADORES DE DEFICIÊNCIA MENTAL. PORTADOR DA SÍNDROME DE DOWN. APLICAÇÃO DA ART. 6º, XIV, DA LEI Nº 7.713/88. - Ação ordinária ajuizada por ..., pensionista, portador da Síndrome de Down, na qual pleiteia ressarcimento de todos os descontos feitos em seus vencimentos, a título de imposto de renda, desde 22 de dezembro de 1988, data da edição da Lei nº 7.713, até outubro de 1995, quando lhe foi deferido administrativamente o cancelamento dos referidos descontos. - Não deve prevalecer na sua literalidade a interpretação que o apelante pretende dar às normas em comento. - A norma do art. 6º, da Lei nº 7.713/88, aplica-se à situação jurídica do autor, portador que é da síndrome de down. - A Lei nº 7.713/88 foi editada com o objetivo de garantir uma existência digna as pessoas portadoras de doenças graves e aos deficientes mentais. - Apelação da União Federal improvida. (TRF-2 - AC: 311515 1996.50.01.007034-7, Relator: Desembargador Federal RICARDO REGUEIRA, Data de Julgamento: 04/11/2003, PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJU - Data::16/03/2004 - Página::174)

Em relação ao Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), no Brasil, nos termos da Lei Complementar nº 24/75, as isenções são

conferidas e suprimidas por meios de Convênios celebrados pelos Estados e pelo Distrito Federal.

O Convênio n. ICMS 38/91 faz menção apenas aos portadores de deficiência física, auditiva, mental, visual e múltipla, prevendo a isenção do ICMS nas aquisições de equipamentos e acessórios destinados às instituições que atendam a esses indivíduos.

No que diz respeito ao Direito Civil, cumpre destacar o artigo 3º. Esse dispositivo considera como absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: “os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos” (art. 3º, II, CC).

Salienta-se que para as relações trabalhistas devem ser considerados incapazes tão somente aqueles enfermos em total impossibilidade de exercer as funções laborais, mesmo que com auxílio de equipamentos assistivos.

Logo, atualmente, considerando toda evolução, já descrita, dos tratamentos médicos habilitação e reabilitação das pessoas com deficiências (físicas, psicológicas e também orgânicas), existem maiores possibilidades de capacitação de tais indivíduos. Dessa forma, as limitações oriundas das ditas enfermidades não devem ser confundidas com incapacidade laborativa.

Da mesma forma, as pessoas com deficiência mental, ainda que desprovidas do discernimento necessário para a prática dos atos civis, necessitando de representação, podem possuir condições funcionais.

Assim, a capacidade da qual trata o artigo 3º refere-se ao exercício pessoal de direitos o que não afasta a integração plena de tais indivíduos no mercado de trabalho, uma vez comprovada a capacidade de exercer a atividade.

Observa-se ainda um avanço na redação dada pelo Código Civil de 2002 à matéria, em relação ao seu antecessor Código de 1916.

Foram suprimidas a expressão imérita “loucos de todo gênero”, bem como a menção preconceituosa aos surdos-mudos, considerando que apenas, excepcionalmente (e cada vez mais remotos esses casos), aqueles que não conseguem exprimir a vontade de modo adequado para os fins da lei (ou seja, devem ter comprometida a capacidade).

Inova, igualmente, o atual Código Civil, ao introduzir no rol dos relativamente incapazes “os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido” (art. 4º, II, CC).

O atual diploma legal faz, ainda, a distinção entre “os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo” (art. 4º III, CC) e os supramencionados deficientes mentais com discernimento reduzido.

Além do mais, esclareça-se que o objetivo único da lei é conferir proteção às pessoas com deficiência e nunca de promover a estigmatização dessas pessoas.

Tais indivíduos, posto não cheguem a atingir o desenvolvimento mental completo, merecem educação especial e podem, perfeitamente, ingressar no mercado de Trabalho.

A previsibilidade de sua relativa incapacidade tem apenas o precípuo escopo de protegê-los, já que deverão praticar atos jurídicos devidamente assistidos, sem prejuízo de sua salutar inserção no meio social, circunstância que deve ser sempre incentivada, até mesmo para o combate e a superação dos lamentáveis preconceitos ainda perceptíveis em parcelas da comunidade. (GAGLIANO STOLZE; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 147).

No Código Penal, a figura da pessoa com deficiência surge sob duas perspectivas: na proteção dos que praticam a infração, bem como, dos que são vítimas de delito.

A primeira se encontra prevista dentre os artigos que tratam das causas excludentes de culpabilidade.

Constam no rol de dirimentes da imputabilidade, as anomalias psíquicas, a menoridade⁵⁶ e a embriaguez acidental.

Consoante preceitua o artigo 26, *caput*, CP, “É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”.

O parágrafo único do referido artigo 26 trata dos casos de semi-imputabilidade. Adotou-se, nessas hipóteses, o critério biopsicológico, cuja perícia médica será indispensável na identificação do transtorno, no momento da conduta

⁵⁶ O artigo 27, CP versa sobre inimputabilidade dos menores de 18 anos. Nesses casos, adotou-se o sistema biológico. São assim, considerados inimputáveis, tão somente com base na idade apresentada no tempo da ação ou da omissão do crime, independentemente da capacidade de autodeterminação. (SANCHES CUNHA, 2012, p. 74).

criminosa. Assim, os fatores pessoais e sociais somente serão considerados na individualização da pena, nos termos do art. 59 a 65 do Código Penal (SANCHES CUNHA, 2012, p. 72).

No tocante aos casos de embriaguez, se accidental, será enquadrada nos termos do artigo 28, § 3º, para fins de afastar a culpabilidade, como verdadeira decorrência de caso fortuito ou de força maior. Já a embriaguez patológica, ou seja, doentia, nos termos já explanados no presente trabalho, deverá receber, a depender do caso, o mesmo tratamento conferido aos inimputáveis, em razão de distúrbio psíquico. (SANCHES CUNHA, 2012, p. 75).

Em relação ao caráter protetivo conferido às pessoas com deficiência quando vítimas de delito, o Código Penal prevê a majoração nos casos de infrações penais praticadas contras elas.

O art. 61, alínea “h”, do CP, estabelece, como circunstância agravante, ter o agente cometido o crime “contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida”.

Atentando-se para a questão terminológica, enfatizam Alice Bianchini e Ivan Marques que “a expressão enfermo deve ser valorada pelo magistrado, no sentido de englobar a pessoa que possui capacidade de resistência reduzida contra a prática do crime, seja por força da idade, da condição biológica ou psicológica” (2012, p. 282).

Na parte especial do Código Penal, encontram-se previsões específicas, a fim de aumentar a proteção aos deficientes.

Nas hipóteses de lesões corporais (129, § 11, CP) e, igualmente, nos casos de calúnia e de difamação (artigo 141, IV, CP), há previsão de causa de aumento de pena, de um terço, quando o crime for cometido contra pessoa com deficiência.

O crime de injúria será qualificado quando cometido em face de pessoas com deficiência, dada a maior reprovabilidade da conduta (art. 14, § 3º, CP).

Ressalta Rogério Sanches Cunha (2012, p. 238) que o conceito de deficiência adotado pela doutrina para esses casos é, justamente, aquele insculpido nos artigos 3º e 4º do Decreto 3.298/99. Entendimento esse que deve ser mitigado, pois consoante demonstrado, há inúmeras outras hipóteses de deficiências, para além das previstas no referido Decreto.

Outrossim, o objetivo desse tratamento penal mais gravoso é coibir a prática criminosa contra os sujeitos em condição de vulnerabilidade. Condição essa a ser aferida em cada caso concreto, e não, presumida de forma absoluta, apenas com base em um Decreto legislativo, como visto desatualizado.

Dessa forma, igualmente, nos crimes contra a dignidade sexual, deverá apenas configurar estupro de vulnerável, nos termos do artigo 217-A, § 1º, CP, quando restar comprovada que a pessoa com deficiência não tem o necessário discernimento para a prática do ato ou que não poderia oferecer resistência por força de sua condição.

No âmbito da Seguridade Social, a discussão em torno do conceito de deficiência ganha maior relevância quando da análise dos requisitos para a concessão o Benefício de Prestação Continuada (BPC).

Nos termos do artigo 20, da Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS) de nº 8.742.1993, com redação dada pela Lei nº 12.435/11, o BPC consiste na “garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família”.

Em sua redação original, a LOAS considerava pessoa com deficiência aquela “incapacitada para a vida independente e para o trabalho”.

Com as alterações feitas pela Lei nº 12.435/11, e, posteriormente pela Lei nº 12.470/11 deficiente passou a ser definido como aquele “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 pessoas” (art. 20, § 2º, LOAS).

Suprimiu-se de vez a associação errônea entre a deficiência e a incapacidade. Concepção essa que criava obstáculos para que as pessoas com deficiência buscassem o desenvolvimento de suas funcionalidades, ante o temor da perda do benefício.

A LOAS estabelece, ainda, que a “concessão do benefício ficará sujeita à avaliação da deficiência e do grau de impedimento de que trata o § 2º, composta por

avaliação médica e avaliação social realizadas por médicos peritos e por assistentes sociais do Instituto Nacional de Seguro Social – INSS” (art. 20, §).

Na prática, contudo, há a preponderância da avaliação médica, na seleção dos beneficiários do BPC. Da mesma forma, persiste a problemática em razão da indefinição de critérios claros e igualitários para a concessão do BPC.

Os critérios de elegibilidade para pessoas deficientes não são muito claros e permitem diversas decisões de caráter discricionário por parte dos médicos-peritos. Se, por um lado, a possibilidade de essas decisões existirem é positiva, pois permite lidar com as diversas exceções não previstas nos regulamentos do programa e assegurar os direitos sociais previstos na Constituição brasileira, por outro, existe o risco de o processo de seleção ocorrer sem uniformidade e depender excessivamente de decisões individualizadas. (MEDEIROS; DINIZ; SQUINCA, 2006, p. 30)

Logo, apesar de todos os avanços dos direitos assistenciais, faz-se ainda necessário o aprimoramento normativo direcionado à inclusão social das pessoas com deficiência, também no sistema previdenciário.

Toda essa análise terminológica, debruçada nos mais diversos comandos normativos, demonstra que as opções, sejam as feitas pelo Poder Legislativo, sejam as do Poder Executivo, em relação à definição de deficiência física, encontram-se desatualizadas e, por vezes, em antinomia, colocando os preceitos normativos em rota de colisão, uns com outros.

Carece todo o sistema jurídico de parâmetros para classificação da deficiência apta a gerar benefícios.

Resta patente a necessidade de reorientar a interpretação acerca da definição de deficiência para a hermenêutica constitucional. Somente assim, haverá garantia da concessão justa e igualitária dos benefícios destinados a esse grupo minoritário.

3. A INTERPRETAÇÃO ACERCA DO CONCEITO DE DEFICIÊNCIA E A TUTELA JURÍDICA DO TRABALHO DAS PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIAS: REFLEXOS DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

A imposição de uma listagem fixa de deficiência, baseada apenas no modelo médico, não coaduz com o sentido de justiça, ora paternalista ao extremo, ora imeritoriamente excludente, ambas apenas pseudojustrópicas.

O preconceito e os velhos paradigmas consubstanciados, tão somente numa clássica concepção hipocrática, são inaceitáveis nos dias hodiernos, numa sociedade plural composta por indivíduos com múltiplos projetos de vida, com plurifacetadas características, peculiaridades e expressões de deficiência (físicas, biológicas, mas também, econômicas, sociais, psíquicas etc.) que merecem ser igualmente respeitadas e protegidas.

Tal análise crítica deve levar à reflexão sobre a necessidade de uma interpretação evolutiva, proativa, esta última entendida como justiça constitucional, para que se atinja a efetivação de um Direito não apenas de uma maioria ou de uma minoria, mas de todos.

Será aqui proposta uma abordagem acerca da hermenêutica constitucional concretizadora, apresentando-a como *conditio sine qua non* para a reformulação do conceito de deficiência, considerando que os métodos tradicionais de interpretação se demonstram ineficientes para resolução de casos complexos, em que subsistem variados princípios a serem ponderados.

Nesse diapasão, com o fito de garantir proteção a todas as pessoas com deficiência de concorrerem e permanecerem no mercado de trabalho em condições de igualdade, serão ainda destacadas as funções do Poder Judiciário, do Ministério Público, e da Defensoria, sempre de forma crítica e, ao que se pretende, inovadora. Defende-se, pois, um exercício da atividade jurisdicional com a participação ativa de todos os órgãos e centros de poder, num verdadeiro exercício de *check and balances*.

A proposta é de um Direito pacificador da sociedade (e esta é a precípua função de todo Ordenamento Jurídico que se preze) atento à promoção dos valores constitucionais de Liberdade, Igualdade e Justiça.

Afasta-se dessa forma a possibilidade do simbolismo normativo e do uso da linguagem jurídica tão somente com o objetivo de estabilizar expectativas antagônicas, sem, contudo, efetivar e concretizar os direitos fundamentais, pautados na reprodução de modelos altamente estigmatizantes, a exemplo do que ocorre com as pessoas deficientes, típicos da interpretação tradicional, do dogmatismo positivado.

3.1. Breves notas sobre a definição de hermenêutica e interpretação

O conceito clássico de hermenêutica retoma a origem grega da palavra, significando “declarar, anunciar interpretar, esclarecer, levar à compreensão” (TEIXEIRA, 2012, p. 48).

Na mitologia grega, a hermenêutica era centrada na figura de Hermes, o mensageiro dos deuses, a quem incumbia a tradução, a interpretação e o esclarecimento das mensagens e das sentenças desses deuses de difícil compreensão. No mesmo sentido, a fonte pode ser aferida na figura dos sacerdotes do oráculo de Delfos que, de igual forma, traduziam as mensagens divinas. (PALMER, 1997, p. 24).

Na tradição ocidental, a concepção de hermenêutica correspondeu à interpretação dos textos sagrados, até hoje, aferível nas pregações da Missa católica e do Culto evangélico. Os sacerdotes exerciam a função de verdadeiros hermeneutas. Em semelhança com a hermenêutica jurídica, de tradição romana e voltada à interpretação do Direito, tendo em vista que ambos, os textos bíblicos e os jurídicos, visam à imposição de normas de condutas, com duplo caráter de validade e obrigatoriedade. (TEIXEIRA, 2012, p. 49). Havendo também o campo da hermenêutica dos textos literários.

Por outro lado, o termo “interpretação”, de origem latina (do substantivo *interpres*), corresponde à atividade do indivíduo dotado da previsibilidade de acontecimentos vindouros, através da análise profunda de sua vítima (COELHO, 1981, p.182).

Logo, não é incomum o uso das palavras “hermenêutica” e “interpretação” como sinônimas em face da convergência de função exercida por ambas de tornar claro o obscuro, de trazer à luz.

Entretanto, consoante será demonstrado, com o desenvolvimento da hermenêutica, passa esta a ser vista por uma nova perspectiva, qual seja, de atribuição de significado, sendo assim, uma estrutura complexa cujo problema fundamental é compreensão, sendo esta última a apreensão de um sentido.

Será, pois, de fundamental importância o seu estudo para o rompimento de velhos e ultrapassados conceitos, a despeito da expressão “deficiência física”, que reflete diretamente nas reservas de vagas no mercado de trabalho.

Nessa senda, destaca-se que a compreensão ultrapassa a concepção limitada da hermenêutica clássica, que seria simplesmente tornar claro determinada obscuridade⁵⁷.

A partir do giro hermenêutico, a compreensão precede a reconstrução para a situação atual do intérprete. Em um ato simultâneo, têm-se: interpretação, compreensão e aplicação, é o que se pode chamar de ciclo hermenêutico, um “ir e vir” do intérprete ao texto, compreendido pelo movimento antecipatório da pré-compreensão, onde passado e presente passam por um processo de fusão⁵⁸.

⁵⁷ A Hermenêutica clássica fora desenvolvida por significantes filósofos a exemplo de Friedrich Schleiermacher, Wilhelm Dilthey, Emílio Betti, e, antes deles, já se poderia verificar no histórico da hermenêutica o uso do termo em sua vertente exegética, a partir da interpretação da liturgia sagrada representada por Santo Agostinho. E com a reforma luterana, surgem em destaque Locke e Kant. Destarte, com o advento da Filosofia Hermenêutica, Martin Heidegger em sua obra *Ser e Tempo* (1998) rompe a tradição interpretativa, propondo a ontologia da compreensão. Compreender deixa de ser uma questão de método, para se tornar um modo de ser, próprio do homem, que existe compreendendo.

⁵⁸ Essa é inclusive a proposta de Gadamer, que possui como principal obra “Verdade e Método” (2001) em que o diálogo com a tradição é fundamental. Apoiado nos ensinamentos de Heidegger, nele se recupera o projeto de Schleiermacher de uma hermenêutica geral, porém o faz sob a base ontológica, na qual a compreensão aparece como modo especial do ser. Desta feita, preocupa-se com as ocorrências oriundas da nossa compreensão, e não com o estabelecimento puro e simples de regras de orientação da interpretação. (TEIXEIRA, 2012, p. 69-70). Em tal perspectiva, Gadamer entende a compreensão enquanto fenômeno histórico, dialético e linguístico. Consoante explana PALMER (1997, p. 216), “a hermenêutica é a ontologia e fenomenologia da compreensão”.

Na medida em que cada intérprete se situa num novo horizonte, o evento que se traduz linguisticamente, na experiência hermenêutica é algo novo que aparece, algo que não existia antes. Neste evento fundado na linguisticidade e tornado possível pelo encontro dialético com o sentido do texto transmitido, encontra a experiência a sua total realização.(PALMER, 1997, p. 211).

Logo, toda a interpretação será histórica e socialmente condicionada, toda tentativa de conceituação e compreensões será assentada nas pré-compreensões do intérprete, sendo impossível portando a neutralidade científica absoluta.

Ressalta-se, assim, o caráter precário da noção de “verdade” através de métodos, sobretudo aqueles estritamente legalistas. Dessa forma, nas ciências humanas, a garantia da veracidade somente será possível por meio de relação dialógica e investigativa⁵⁹.

O Direito, portanto, não pode ser refratário a essa virada linguística. Assim, toda tentativa de conceituação e interpretação deve ser desenvolvida à luz de uma hermenêutica filosófica, estudada de forma crítica, que busque a libertação do indivíduo da mera tradição ou do corpo da lei, bem como, dos preconceitos que impedem a concretização e a fruição dos direitos fundamentais de forma igualitária⁶⁰.

Tal perspectiva será, portanto, marcante no estudo do tema da acessibilidade dos deficientes no mercado de trabalho. O conceito de deficiência deve, então, ter seu espectro ampliado, levando em consideração os diversos

⁵⁹ A realidade, o mundo são sempre um dado interpretado. Logo, interpretar não é seguir regras, e sim estabelecer a significação do mundo, algo que será construído, nas grandes épocas históricas. A objetividade, portanto, não está na técnica ou no método, mas na condição humana, dotada de denominadores comuns. São as categorias existenciais que configuram os parâmetros aptos a fornecer as referências de universalidade humana, onde se encontra o caminho para a compreensão, possibilitando a interpretação do ser. E apenas seremos humanos se encontrarmos um significado para nossa existência e coexistência. Passe-se então à visão do homem em sua temporalidade e historicidade, o *daisen* (ser-aí) enquanto ser vivo determinado pela linguagem, sendo esta, fruto de um processo de comunicação numa relação intersubjetiva (sujeito/sujeito), em ruptura com a relação sujeito-objeto.

⁶⁰ A interpretação, na visão de Gadamer, vem carregada de “pré-conceitos”: estes não significam falsos juízo, mas o reconhecimento dos juízos formulados previamente à análise de todos os elementos e aspectos constituintes da situação; tal reconhecimento é, inclusive, necessário à compreensão, bem como, para conferir a verdadeira dimensão do problema hermenêutico (TEIXEIRA, 2012, p. 71-72). Porém, “os preconceitos e opiniões que ocupam ao intérprete não se encontram a sua disposição, enquanto tais. Este não está em condições de distinguir por si, e de antemão os preconceitos produtivos, que tornam possível a compreensão, daqueles outros que obstaculizam” (GADAMER, 2001, p 442-443). Só a distância temporal permitirá tal distinção, verdadeira questão crítica da hermenêutica. Nas palavras de BLEICHER (1980, 158), “o intérprete encontra-se na sua própria situação, a partir da qual tem de compreender a tradição, através dos preconceitos que dela faz prover”.

aspectos além do biológico ou daquilo que se acostumou ter em mente ser deficiência.

Deficiência não pode ser simplesmente definida por um critério jurídico *strito sensu* de um dogmatismo que não dá conta do conjunto expressivo de significações que podem levar o indivíduo a uma limitação que seja legitimadora das cotas no concurso público ou na empresa privada.

3.2. Hermenêutica Jurídica Crítica: considerações de Lenio Streck como fundamentação da necessidade de reformulação do conceito de deficiência

Lenio Streck (2002) abre caminho para o desenvolvimento da hermenêutica jurídica crítica, comprometida com a ideia de “justiça”, a fim de romper com velhos paradigmas científicos que obstaculizam o entendimento do Direito e a efetividade da Constituição⁶¹.

Tem por objetivo “[...] avançar para além dos modelos objetificantes-reprodutivos; ir além da subsunção; impedir a entificação do ser do Direito; superar, pois a metafísica que provocou o esquecimento da diferença ontológica [...]” (STRECK, 2002, p. 220).

Por isso, a importância do seu estudo, no sentido de demonstrar a impossibilidade de um conceito de deficiência adstrito a um rol fixo estabelecido na legislação, bem como, a inviabilidade de uma definição preconcebida tradicionalmente que impede a fruição de forma justa e igualitária das cotas destinadas às pessoas com deficiência no mercado de trabalho.

⁶¹ Acorado nas construções filosóficas de Heidegger e Gadamer de uma Hermenêutica Filosófica. São eles os principais representantes do giro hermenêutico e linguístico, rompendo velhos paradigmas. Com eles, inaugura-se a denominada Filosofia Hermenêutica na qual serão operadas transformações que irão influenciar a Hermenêutica Jurídica, fazendo emergir a Hermenêutica Constitucional, como um “ir além”, através de uma série de rupturas advindas do Constitucionalismo, abrindo caminho, por fim, para a Hermenêutica Jurídica Crítica.

A partir da noção de fusão de horizontes⁶², é possível, pois, o desprendimento de uma série de “pré-conceitos”, ainda que isso não aconteça de forma absoluta.

Torna-se importante ao questionar o senso comum dominante dos juristas, destacar a atividade criativa do intérprete. Destarte, “os juristas precisam desviar-se dos pressupostos positivistas, compreendendo que seu trabalho sobre o ordenamento jurídico há que ser crítico e abrangente dos diferentes aspectos de sua inserção social, que exprimem aspectos diversos da projeção humana no mundo” (AZEVEDO, 1989, p. 25).

Nesse paradigma linguístico, fenomenológico-hermenêutico, é que se estrutura a Nova Crítica do Direito, desenvolvida por Lênio Streck.

Ao tomar o Direito como fenômeno linguístico, dotado de uma condição peculiar de possibilidade hermenêutica, qual seja: outro texto, a Constituição, detentora de uma força normativa, dirigente e programática. É a partir da noção do intérprete acerca da constituição (pré-compreensão constitucional) que determinará a interpretação de todo ordenamento jurídico. (STRECK, 2002, p. 179).

Dentro do ciclo hermenêutico proposto, o operador do direito compreende, interpreta e aplica o Direito. A decisão é posterior à sua fundamentação e não o contrário, reserva-se para um segundo momento apenas o aprofundamento dessa fundamentação, rompe-se, pois, com o *habitus*, ou seja, com senso comum. (STRECK, 2002, p. 180), este entendido como manifestação inautêntica do Direito.

Em decorrência, surge a problemática da superação da tradição histórico-cultural, atrelada ao modelo imposto pelo Império Português. Busca-se desvincular dos velhos conceitos inadequados às novas instituições, responsáveis pelo inexpressivo desenvolvimento da jurisdição constitucional, gerando a falta de efetividade da Constituição, impedindo a concretização dos direitos fundamentais. (STRECK, 2002, p. 183).

⁶² Com a fusão de horizontes, o texto e o intérprete passam a dividir um horizonte comum. Entenda-se: “porque expande seu horizonte hermenêutico, o intérprete alarga também o seu campo visual, que se torna mais rico pela incorporação de novos instrumentos de análise. Superando os condicionamentos que lhe encurtavam a visão – sem que tivesse consciência dessa limitação –, aquele que descortina novos horizontes capacita-se a ver mais e melhor, tanto no plano físico quanto no plano espiritual”. (MENDES; COELHO, BRANCO, 2008, p.64)

Para superar a crise instalada, é preciso, pois, reconhecê-la. Seguindo o entendimento da hermenêutica filosófica, necessária se faz a libertação da tradição. É preciso trazer à luz, desvendar o sentido da Constituição que se encontra velado pela pré-compreensão do intérprete.

Desta feita, em que pese a força normativa da Constituição, embora seja ela o fundamento de validade, do ordenamento jurídico, não há que se conceber o modelo kelseniano, metafísico, da subsunção ao colocá-la no topo de uma estrutura normativa escalonada, hierarquizada.

Nessa esteira, somente a partir da pré-compreensão da Constituição associada à função social do Direito e da justiça constitucional, é que se pode alcançar a autenticidade, ou seja, ultrapassar as práticas jurídicas habituais, que levam à cegueira do intérprete. “Dito de outro modo, em face do novo modelo de Direito (exurgente do novo paradigma constitucional), o intérprete do Direito deve(ria) ter a angústia do estranhamento; a angústia do sinistro” (STRECK, 2002, p. 188).

Destarte, mais do que conceituar a Constituição, o importante é o significado dado pelo intérprete, é a manifestação da linguagem sobre a Constituição e o Direito.

Através da fenomenologia ontológica hermenêutica, a compreensão passa a não mais depender de um método. Então, Lênio Streck propõe a superação da dogmática jurídica, ao afirmar a inexistência de um metacritério. Enfim, sustenta-se o dever de sobrepujar a tentativa de universalização que oculta as singularidades (STRECK, 2002, p. 203) seja na doutrina ou na jurisprudência.

Consoante ressalta esse jurista, “o pensamento dogmático do Direito, ao incorrer no esquecimento da diferença ontológica, olvida que o ser é sempre o ser de um ente. O pensamento dogmático tenta, através de uma cultura estandardizada, conceituar/elencar tudo o que há no campo jurídico [...]”, a exemplo do conceito tradicional de deficiência física imposto no ordenamento infraconstitucional, bem como pela doutrina. “Tal descrição, é entretanto, utilizando a linguagem da Nova Crítica do Direito, pré-fenomenológica, proto-hermenêutica, pois fica presa aos entes. É, pois, (meramente) ôntica.” (STRECK, 2002, p. 215).

Por tudo isso, impõe-se a fusão entre ser e dever-ser, a valoração fática, a interpretação axiológica e ontológica do Direito.

Nessa ótica, elimina-se o caráter instrumental da Constituição e o processo interpretativo se torna criativo, e não meramente reprodutivo. Necessário, para tanto, a renovação jurídica no que diz respeito à Teoria das Fontes, à Teoria das Normas, à Teoria da decisão e, sobretudo, no que diz respeito à Teoria da Interpretação.

Desta feita, para o desenvolvimento do estudo da acessibilidade do deficiente no mercado de trabalho, sobretudo através das cotas, a interpretação do conceito de deficiência deve ser revisada e atualizada.

A concepção tradicional de deficiência se encontra ultrapassada, considerando todos os avanços tecnológicos e científicos da medicina, já explanados. E, de igual forma, a falta de reconhecimento normativo das inúmeras doenças limitantes destoam do objetivo da Constituição brasileira, num nítido (pré)conceito improdutivo.

3.3. Interpretação Tradicional: reflexo do sistema romano-germânico

É cediço que seguimos a tradição jurídica do sistema romano-germânico, balizado na positivação do direito, em considerável tropismo à legislação.

Em tais sistemas, verifica-se que “a atuação do operador do direito deve ser eminentemente técnica, conhecendo as normas integrantes do sistema e a doutrina que as interpretam, embora não deva deixar de reconhecer também a jurisprudência”. (GAGLIANO; PAMPLONA, 2002, p. 30).

A lei se posiciona como centro do ordenamento jurídico, sendo as demais fontes secundárias. Esse sistema preponderou, mormente após o período revolucionário francês e sofreu a forte influência da codificação que estabelecia um corpo de regras preestabelecidas e, naturalmente, inertes.

Nessa esteira, “para o jurista de formação romântica, todo raciocínio jurídico terá sempre em mira, quase sempre como ponto de partida o Código, seja civil,

penal, processual etc., ou leis que muito se aproximam de codificações [...]” (VENOSA, 2006, p. 122).

Criadas por reflexão, as normas são dotadas de alto grau de generalização e abstração e são verdadeiras regras de conduta que irão orientar o sistema e o próprio processo de conhecimento, ou seja, vão conduzir os aplicadores do direito e membros da sociedade a deduzirem a solução para o caso concreto, encontram-se assim, acima das decisões tomadas pelos tribunais (DAVID, 1998, p. 101).

Sendo ainda, sua composição original bipartida em dois grupos, normas de direito público e normas de direito privados, as primeiras versando sobre as relações entre o cidadão e o Estado, enquanto as segundas regularizam as questões envolvendo particulares.

Em oposição às regras substanciais do restante da Europa, é o sistema do “direito do caso”, o *common law*, direito comum da Inglaterra. Por ele, negavam-se os costumes locais, sendo essencialmente processualista, prático e jurisprudencial, “em que se dá extrema importância às coletâneas de julgados, devendo ser o jurista um profundo conhecedor destes e da doutrina que os interpreta, sem descuidar do conhecimento das normas editadas pelos parlamentos e outros órgão de competência normativa” (GAGLIANO; PAMPLONA, 2002, p. 30).

Nele, o ativismo judicial sempre foi tão premente que atualmente passa por um processo de autocontenção.

As suas decisões judiciais são políticas, tanto é que não existe a figura do juiz natural, concursado, mas, são ordinariamente eleitos, e as constituições são sintéticas, trazendo apenas as diretrizes que serão adaptadas no momento do enfrentamento do caso (MACHADO, 2000, p. 50).

3.3.1. Substratos sobre a interpretação do conceito de pessoa com deficiência nos EUA

Os Estados Unidos da América, na matéria sobre as pessoas com deficiência, são reconhecidos pelos inúmeros estatutos que visam primordialmente à

erradicação da discriminação contra esse grupo minoritário. Em 1973, o Congresso Nacional Norteamericano aprovou a *Rehabilitation Act*, que promoveu de forma inovadora nesse objetivo. E, em 1990, foi aprovada a *Americans with Disabilities Act* (ADA), que igualmente trata sobre as questões trabalhistas, envolvendo os deficientes.

A ADA sofreu alteração substancialmente em 2008, como decorrência de uma série de decisões que, nos casos individuais, conferiram uma interpretação restritiva em relação ao conceito de pessoa com deficiência. É, justamente, a essa questão que será dedicado o presente tópico.

A participação da Suprema Corte dos Estados Unidos limitou o alcance da lei protetiva em reiteradas decisões, citadas inclusive pela seção 2 da própria Emenda à Lei americana dos deficientes (*Ada Amendments Act of 2008 - ADA*). Em destaque, os seguintes casos⁶³: *Sutton United v Air Lines, Inc.*, 527 EUA 471 (1999); *Toyota Motor Manufacturing, Kentucky, Inc. v Williams*, 534 EUA 184 (2002). Sendo interessante também o caso *Murphy v. United Parcel Serv., Inc.*, 527 U.S. 516, 521 (1999)⁶⁴.

Diante dos citados casos concretos, a *US Supreme Court* se posicionou no sentido de que, para ser considerada uma determinada deficiência, seria preciso

⁶³ Assim dispõe a ADA: “SEC. 2. FINDINGS AND PURPOSES (a) FINDINGS. – Congress finds that – [...] (4) the holdings of the Supreme Court in *Sutton v. United Air Lines, Inc.*, 527 U.S. 471 (1999) and its companion cases have narrowed the broad scope of protection intended to be afforded by the ADA, thus eliminating protection for many individuals whom Congress intended to protect; (5) the holding of the Supreme Court in *Toyota Motor Manufacturing, Kentucky, Inc. v. Williams*, 534 U.S. 184 (2002) further narrowed the broad scope of protection intended to be afforded by the ADA; (6) as a result of these Supreme Court cases, lower courts have incorrectly found in individual cases that people with a range of substantially limiting impairments are not people with disabilities; (7) in particular, the Supreme Court, in the case of *Toyota Motor Manufacturing, Kentucky, Inc. v. Williams*, 534 U.S. 184 (2002), interpreted the term ‘substantially limits’ to require a greater degree of limitation than was intended by Congress; and [...]”. Disponível em: <<http://www.eeoc.gov/laws/statutes/adaaa.cfm>>. Acesso em: 07 out. 2014.

⁶⁴ Há ainda inúmeras decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos envolvendo a questão das pessoas com deficiência e a *Americans with Disabilities Act*, a exemplo: *Tennessee v. Lane*, 541 U.S. 509, 533–34 (2004); *Raytheon Co. v. Hernandez*, 540 U.S. 44, 55 (2003); *Clackamas Gastroenterology Assoc. v. Wells*, 538 U.S. 440, 446 n.6 (2003); *Barnes v. Gorman*, 536 U.S. 181, 189–90 (2002); *Chevron U.S.A. Inc. v. Echazabal*, 536 U.S. 73, 76 (2002); *U.S. Airways, Inc. v. Barnett*, 535 U.S. 391, 406 (2002); *EEOC v. Waffle House, Inc.*, 534 U.S. 279, 296–98 (2002); *Toyota Motor Mfg., Ky., Inc. v. Williams*, 534 U.S. 184, 198 (2002); *PGA Tour, Inc. v. Martin*, 532 U.S. 661, 690 (2001); *Bd. of Trs. of the Univ. of Ala. v. Garrett*, 531 U.S. 356, 374 (2001); *Albertson’s, Inc. v. Kirkingburg*, 527 U.S. 555, 577–78 (1999); *Murphy v. United Parcel Serv., Inc.*, 527 U.S. 516, 521 (1999); *Sutton v. United Air Lines, Inc.*, 527 U.S. 471, 492–94 (1999); *Cleveland v. Policy Mgmt. Sys. Corp.*, 526 U.S. 795, 805–07 (1999); *Bragdon v. Abbott*, 524 U.S. 624, 647 (1998); *Pa. Dep’t of Corr. v. Yeskey*, 524 U.S. 206, 213 (1998).

haver uma limitação substancial que impedisse ou restringisse severamente o indivíduo de exercer as atividades diárias fundamentais de sua vida, entendimento esse que foi seguido por diversos tribunais, consoante aduz ADAAA⁶⁵.

Nessa toada, a Emenda da Lei ADA de 2008 (ADAAA), que entrou em vigor em janeiro de 2009, teve por objetivo justamente direcionar a interpretação acerca do conceito de deficiência para conferir ampla proteção ao máximo de indivíduos, mormente em relação a práticas discriminatórias. Guiando-se por esse entendimento, estabelece ainda a Emenda não ser necessário que determinada deficiência limite todos os campos da vida para ser considerada como tal, bastando, para tanto, que afete ao menos um setor do cotidiano da pessoa⁶⁶.

Outrossim, diferentemente das decisões judiciais, a ADAAA desconsidera as medidas assistivas de atenuação e até mesmo de superação da deficiência para efeito classificatório, a exemplo da utilização de medicamentos, de tecnologia e das instalações de adaptação, com exceção do uso de óculos e lentes de contatos, para fins de correção integral de acuidades visuais ou erros de refração⁶⁷.

⁶⁵ A redação original da ADA, na seção 2, “b”, que trata de seus objetivos, assim aduz: “[...] (2) to reject the requirement enunciated by the Supreme Court in *Sutton v. United Air Lines, Inc.*, 527 U.S. 471 (1999) and its companion cases that whether an impairment substantially limits a major life activity is to be determined with reference to the ameliorative effects of mitigating measures; [...] (4) to reject the standards enunciated by the Supreme Court in *Toyota Motor Manufacturing, Kentucky, Inc. v. Williams*, 534 U.S. 184 (2002), that the terms ‘substantially’ and ‘major’ in the definition of disability under the ADA ‘need to be interpreted strictly to create a demanding standard for qualifying as disabled,’ and that to be substantially limited in performing a major life activity under the ADA ‘an individual must have an impairment that prevents or severely restricts the individual from doing activities that are of central importance to most people’s daily lives’; (5) to convey congressional intent that the standard created by the Supreme Court in the case of *Toyota Motor Manufacturing, Kentucky, Inc. v. Williams*, 534 U.S. 184 (2002) for ‘substantially limits’, and applied by lower courts in numerous decisions, has created an inappropriately high level of limitation necessary to obtain coverage under the ADA, to convey that it is the intent of Congress that the primary object of attention in cases brought under the ADA should be whether entities covered under the ADA have complied with their obligations, and to convey that the question of whether an individual’s impairment is a disability under the ADA should not demand extensive analysis; [...]”. Disponível em: <<http://www.eeoc.gov/laws/statutes/adaaa.cfm>>. Acesso em: 07 out. 2014.

⁶⁶ Nas regras de definição do conceito de deficiência, a seção 4 da ADAAA, estabelece: “(A) The definition of disability in this Act shall be construed in favor of broad coverage of individuals under this Act, to the maximum extent permitted by the terms of this Act. (B) The term ‘substantially limits’ shall be interpreted consistently with the findings and purposes of the ADA Amendments Act of 2008. (C) An impairment that substantially limits one major life activity need not limit other major life activities in order to be considered a disability. (D) An impairment that is episodic or in remission is a disability if it would substantially limit a major life activity when active [...]”. Disponível em: <<http://www.eeoc.gov/laws/statutes/adaaa.cfm>>. Acesso em: 07 out. 2014.

⁶⁷ E assim, finaliza a seção 4, da ADAAA: “[...] (E)(i) The determination of whether an impairment substantially limits a major life activity shall be made without regard to the ameliorative effects of mitigating measures such as— (I) medication, medical supplies, equipment, or appliances, low-vision devices (which do not include ordinary eyeglasses or contact lenses), prosthetics including limbs and

Uma norma jurídica não pode ser compreendida sem a aferição de sua teleologia. Tanto a *Americans with Disabilities Act (ADA)*, como as *Ada Amendments Act of 2008 (ADAAA)* foram concebidas como instrumentos voltados a combater o preconceito e a discriminação contra a pessoa com deficiência. Este é o principal intuito das aludidas normas e que justifica a criticável amplitude conceitual ali estatuída de forma genérica.

Não versam tais diplomas legislativos americanos sobre as cotas, mesmo porque nos EUA ,

inexistem cotas legalmente fixadas, uma vez que as medidas afirmativas dessa natureza decorrem de decisões judiciais, desde que provada, mesmo estatisticamente, a falta de correspondência entre o número de empregados com deficiência existente em determinada empresa e aquele que se encontra na respectiva comunidade. De qualquer modo, a *The Americans with Disabilities Act (ADA)*, de 1990, trata do trabalho de pessoas com deficiência, detalhando as características físicas e organizacionais que devem ser adotadas obrigatoriamente por todas as empresas para receber pessoas com deficiência como empregadas. (MTE, 2007, p. 12-14).

Outrossim, deve-se atentar para as peculiaridades da sociedade americana e especialmente do seu sistema jurídico, como dito acima, o qual passa pelo processo de autocontenção ou *self restraint*, ainda inviável no Brasil.

Adotada de maneira ampla, a *self restraint* desemboca na deslegitimação do juiz constitucional para extensas áreas nas quais sua atuação tem sido decisiva e legítima. E essa desqualificação não é uma mera opção teórica, em muitos ordenamentos, especialmente quando a Constituição, como a brasileira, oferece sinais de adoção (e exigência) de uma atuação substantiva (ativista, se se quiser) do juiz constitucional, como implementador da Constituição, a referida exclusão é dogmaticamente inadmissível (TAVARES, 2012, p. 68).

Logo, na realidade brasileira, o Poder Judiciário, em especial os tribunais de última instância, principalmente o Supremo Tribunal Federal, é desafiado a

devices, hearing aids and cochlear implants or other implantable hearing devices, mobility devices, or oxygen therapy equipment and supplies; (II) use of assistive technology; (III) reasonable accommodations or auxiliary aids or services; or (IV) learned behavioral or adaptive neurological modifications. (ii) The ameliorative effects of the mitigating measures of ordinary eyeglasses or contact lenses shall be considered in determining whether an impairment substantially limits a major life activity. (iii) As used in this subparagraph— (I) the term ‘ordinary eyeglasses or contact lenses’ means lenses that are intended to fully correct visual acuity or eliminate refractive error; and (II) the term ‘low-vision devices’ means devices that magnify, enhance, or otherwise augment a visual image.” Disponível em: < <http://www.eeoc.gov/laws/statutes/adaaa.cfm>>. Acesso em: 07 out. 2014.

preencher materialmente preceitos vagos, e diuturnamente, a concretizar os princípios constitucionais e os direitos fundamentais, cabendo ainda o papel de oxigenar a legislação, mormente quando não correspondente com a sociedade que vige.

Negar essa missão, atualmente liderada pela esfera judicial, “encontra restrições teórica severas, especialmente por regredir a uma posição de supremacia do Legislativo” (TAVARES; BUCK, 2007, p. 178). Se bem que, em realidade, no Brasil há um claro desbalanceamento, pendendo para a preponderância fático-política do Poder Executivo.

3.3.2. Métodos Tradicionais de Interpretação

Imperiosa é a análise dos métodos clássicos de interpretação, no sentido de demonstrar a sua insuficiência, sobretudo, para o estudo do Direito constitucionalizado que exige um ir além do hermeneuta e aplicador da lei.

Herança do sistema *civil law*, altamente positivista, a metodologia interpretativa tradicional do Brasil seguiu os modelos clássicos de interpretação: gramatical, histórico, sistemático e o teleológico, na qual a tarefa do magistrado desempenha a função meramente técnica de conhecer a lei e aplicá-la ao caso concreto, na figura robotizada do juiz “boca da lei”.

A interpretação gramatical, voltada à literalidade da lei, funda-se nos conceitos contidos na norma e nas possibilidades semânticas. Estas figuras funcionam como ponto de partida ao intérprete, evitando agressões à legitimidade democrática, aptas a gerar o estado de insegurança jurídica (BARROSO, 2013 p. 311-321).

A interpretação histórica tenta resgatar o contexto originário da norma a ser interpretada. Essa missão, contudo, é praticamente impossível, tendo em vista que o ordenamento jurídico evolui com o passar do tempo, adequando a cada nova realidade social (BARROSO, 2013 p. 311-321).

A Interpretação sistemática, na qual a disposição normativa é compreendida em conexão com o ordenamento, por inteiro, possui assim fundamental importância, mormente se considerar que a Constituição confere unidade ao sistema (BARROSO, 2013 p. 311-321).

A interpretação teleológica, focada na finalidade do Direito, busca concretizar a função social normativa, consagrando valores fundamentais, em destaque o art. 3º da Constituição de 1988 (BARROSO, 2013 p. 311-321).

Convém ressaltar que através da interpretação teleológica, embora não alcance a abrangência dos métodos modernos, já se pode encontrar a semente para uma interpretação normativa aberta e ativa, atenta sobretudo às necessidades sociais, em oposição à noção de direito petrificado no texto da lei.

Verifica-se, todavia, que a metodologia da interpretação desenvolvida utilizando os elementos clássicos supracitados, restringe-se a um método subsuntivo, do qual cumpre tão-somente ao intérprete e ao aplicador do Direito aferir, dentro do sistema normativo, a norma a ser designada para solução da contenta posta, sem que haja criação por parte de tais sujeitos.

É diante das transformações no seio da sociedade e também da noção de força normativa da Constituição, que surge a necessidade da reformulação da interpretação, bem como da própria atividade dos operadores de direito, sobretudo do magistrado, cumprindo o papel de correção e transformação da sociedade.

Tudo isso será de fundamental importância para a efetiva inclusão das pessoas portadoras de deficiência no mercado de trabalho, consoante se demonstrará adiante.

De mais a mais, conforme visto, através do movimento histórico do giro linguístico, resta claro que a norma jurídica deixa de ser objeto da interpretação para ser seu produto.

O exercício interpretativo vai além da vontade “viciada” dos editores das normas jurídicas, englobando assim as pré-compreensões do intérprete, numa espécie de fusão de horizontes deste com seu objeto, ou seja, com o texto normativo. E, como não há métodos jurídicos de interpretação autopoéticos, a concretização da norma depende do seu aplicador.

Advirta-se, de logo, que não se está afirmando ser o direito um ato de criação exclusivo dos magistrados, mas de todos os aplicadores da lei; do contrário, estar-se-ia operando de encontro ao Estado Democrático de Direito.

De todo dito, constata-se ser de suma importância o estudo da hermenêutica (neo)constitucional, uma vez que a hermenêutica jurídica clássica não consegue desenvolver as conquistas teóricas, advindas da virada linguística.

3.4. A importância da Interpretação Neoconstitucional

Surge o neoconstitucionalismo como uma espécie de fusão do jusnaturalismo e do positivismo com uma aproximação dos retromencionados sistemas: *civil law*, de origem romano-germânica e o *common law*, desenvolvido na Inglaterra e adotado pelos EUA, com suas peculiaridades⁶⁸.

Primeiramente, cumpre frisar a divergência doutrinária acerca do conceito de neoconstitucionalismo, chegando a se defender, por exemplo, na Espanha, a existência de “neoconstitucionalismos” (CARBONEL, 2003).

Contudo, algumas características comuns foram desenvolvidas, as quais ora se procuram analisar para compreender a interpretação constitucional contemporânea, elucidando assim alguns questionamentos.

O neoconstitucionalismo é correspondente, sob o ponto de vista do marco histórico, à instituição do Estado democrático brasileiro, com o advento da

⁶⁸ Consoante aduz Perelman: “Faz algumas décadas que assistimos a uma reação que, sem chegar a ser um retorno ao direito natural, ao modo próprio dos séculos XVII e XVIII, ainda assim confia ao juiz a missão de buscar, para cada litígio particular, uma solução equitativa e razoável, pedindo-lhe ao mesmo tempo que permaneça, para consegui-lo, dentro dos limites autorizados por seu sistema de direito. Mas é-lhe permitido para realizar a síntese buscada entre a equidade e a lei tornar esta mais flexível graças à intervenção crescente das regras de direito não escritas, representadas pelos princípios gerais do direito e pelo fato de se levar em consideração os tópicos jurídicos. Esta nova concepção acresce a importância do direito pretoriano fazendo do juiz o auxiliar e o complemento indispensável do legislador: inevitavelmente, ela aproxima a concepção continental do direito da concepção anglo-saxã, regida pela tradição do *common law*” (PERELMAN, 1998, p. 185). E, questiona ainda o jusfilósofo se essa nova fase seria o retorno ao jusnaturalismo, e, ele próprio, prontamente nega ao dizer: “Certamente não, na medida em que o direito natural racionalista acreditava poder reformular princípios unívocos de alcance universal. Mas, certamente sim, trata-se de rejeitar a concepção positivista, legalista e estatizante do direito, expressão da vontade arbitrária de um poder soberano, que nenhuma norma limita e não é submetido a nenhum valor” (PERELMAN, 1998, p. 98)

Constituição Federal de 1988. Em relação ao marco filosófico, espelha o pós-positivismo, superando o abismo existente entre o direito e a ética. E, finalmente, no que tange ao marco teórico, identifica-se no reconhecimento da “*força normativa da Constituição*”, “*expansão da jurisdição constitucional*” e do desenvolvimento da “*interpretação constitucional*” (BARROSO, 2005, p. 3).

Notas de consenso doutrinário acerca do neoconstitucionalismo apontam para a necessidade de revisão das fontes do direito, das teorias normativa e interpretativa, na busca da racionalidade das decisões judiciais, consoante as lições de Bernardo Gonçalves Fernandes (2013, p. 62). Seriam atributos de tal perspectiva:

[...] a) constitucionalização do direito, com a irradiação das normas constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais [...], para todos os ramos do ordenamento, na lógica de que as normas constitucionais dotadas de força normativa devem percorrer todo o ordenamento e condicionar a interpretação e aplicação do direito; b) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos [...] c) a rejeição do formalismo e a busca mais frequente a métodos ou estilos mais abertos de raciocínio jurídico como: a ponderação, tópica, teorias da argumentação, metódica estruturante, entre outros; d) a aproximação entre direito e a moral [...]; e) a judicialização da política e das relações sociais, como significativo deslocamento do poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário; f) com isso, em consequência temos uma releitura da teoria das normas [...] da teoria das fontes (o desenvolvimento e fortalecimento de papel do judiciário, bem como, dos Tribunais Constitucionais [...]) e da teoria da interpretação [...].

Nesses termos, observa-se uma superação do formalismo jurídico, de forma mais acentuada a partir do século XX. Momento em que, o neoconstitucionalismo (forma de constitucionalismo atual, contemporâneo), [...] emergiu como uma reação às atrocidades cometidas na segunda guerra mundial, e tem ensejado um conjunto de transformações responsável pela definição de um novo direito constitucional, fundado na dignidade da pessoa humana (CUNHA JÚNIOR, 2012, p.39).

Há assim uma nítida transição do Estado Legislativo de Direito para o Estado Constitucional de Direito. Essa mudança paradigmática se apresenta de fundamental importância, mormente quando se considera que direito, como conjunto de normas preordenado, não era mais suficiente para responder às novas demandas. Dizer simplesmente a lei não significa alcançar a justiça⁶⁹.

⁶⁹ Sobre o tema explica Ana Paula De Barcellos: (2005, p. 186-187): “A justiça, por sua vez, depende em geral de normas mais flexíveis, à maneira dos princípios, que permitam uma adaptação mais livre

Diante das lacunas legais, faz-se necessária uma atividade jurídica, sobretudo, do juiz, argumentativa, com finalidade de interpretar e tomar decisões através de outros elementos estranhos à normatização, incorporando-se valores humanos que ditarão por diante o Direito. Em consequência, vislumbra-se uma aproximação entre a esfera jurídica e a ético-moral.

E, para os problemas que não dispõem de uma resposta preestabelecida, os denominados “*hard cases*”⁷⁰ (e quais não são ?), nos quais se funda Ronald Dworkin (2007, p. 32) para afastar o modelo positivista e defender sua teoria principiológica.

Tem-se, portanto, como meta a correção e a transformação do Direito tendo como primado a Constituição.

Necessário se faz a reformulação das teorias clássicas sobre separação de poder, bem como da atividade interpretativa.

Surge em destaque papel do Judiciário, pois a força normativa, como será adiante aprofundado, foi ampliada, não mais restrita às regras que ditavam objetivamente o dever-ser, agora abrangendo também os princípios constitucionais que pretendem indicar através de seus métodos próprios o que se pode fazer, diante de determinados casos concretos.

3.5. Novos paradigmas de interpretação constitucional: condicionantes para a reformulação do conceito de deficiência

No que tange à especificidade da interpretação constitucional, espécie de interpretação jurídica, deve-se considerar que sendo a Lei Fundamental fruto do poder constituinte originário, expressão da soberania popular, tem por missão limitar o poder estatal, bem como garantir regime democrático de Direito.

às infinitas possibilidades do caso concreto e que sejam capazes de conferir ao intérprete liberdade de adaptar o sentido geral do efeito pretendido, muitas vezes impreciso e indeterminado, às peculiaridades da hipótese examinada. Nesse contexto, portanto, os princípios são espécies normativas que se ligam de modo mais direto à ideia de justiça. Assim como esquema geral, é possível dizer que a estrutura das regras facilita a realização do valor segurança, ao passo que os princípios oferecem melhores condições para que a justiça possa ser alcançada”.

⁷⁰ Segundo explica Luís Roberto Barroso, os *hard cases* são os casos difíceis (casos de incerteza) resultantes da “ambiguidade de linguagem”, dos desacordos morais razoáveis” e das “colisões de normas constitucionais ou de direitos fundamentais” (BARROSO, 2013, p. 335-336).

Nesse contexto, são apresentadas algumas características das normas constitucionais: supremacia jurídica; textura aberta, permeada de conceitos indeterminados que permitem sua atualização; conteúdo programático, organizacional e definidor dos direitos fundamentais; caráter político. Tais peculiaridades permitem que a interpretação moderna ultrapasse os limites de uma dimensão eminentemente positivista, assimilando argumentos da filosofia moral e política (BARROSO, 2013, p. 294-295).

Tem-se por objetivo tentar evitar uma interpretação tendenciosa, amparada em frases isoladas, até mesmo do próprio texto constitucional, em extremo apego à literalidade do texto normativo, mas não condizente com a realidade, com os fins e valores propostos em todo o corpo da Constituição, carente, pois, de efetividade. Mister, portanto, a superação de um modelo de interpretação cartesiana, para uma interpretação sistêmica e valorativa.

O silogismo jurídico empregado é aparentemente (mas, apenas aparentemente) linear: premissa maior: a Lei deve, com vistas a promover igualdade substancial, diferenciar os desiguais, prestigiando-os na medida desta desigualdade; premissa menor: os deficientes físicos possuem necessidades de diferenciação em seu favor; conclusão: a Lei deve prestigiar os deficientes físicos.

No entanto, o problema que ora se enfrenta não repousa no silogismo acima, mas sim no seu conteúdo ontológico: quem mereceria, de fato e por direito, a condição de deficiente físico, e em que grau dada situação morfológica passa a ser considerada deficiência para fins de justificar aquele discrimen.

Parte-se daí para buscar-se uma reformulação do conceito de deficiência física, com o conseqüente desapego à tendência de se agruparem indivíduos por características presumidas, sem averiguar as peculiaridades de cada ser humano, e isso perpassa a necessidade de interpretação da matéria, sobretudo da normatização via leis e via decretos, em consonância aos preceitos constitucionais.

A não ser assim, pessoas que são deficientes ficam de fora do resguardo pretendido, e outras tantas passam, sem maiores justificativas, a ser ali albergadas.

Consoante demonstrado o decreto regulamentador de que trata sobre as reservas de vagas no mercado de trabalho, em especial o Decreto nº 3.298/99, em seu artigo 4º, com redação alterada pelo Decreto nº 5.296/04, descreve somente

algumas das deficiências, em total incompatibilidade com o princípio da igualdade e da plena proteção do direito ao trabalho das pessoas portadoras de outras necessidades especiais, só porque ali não listadas.

Esse critério de lista fechada, como visto, é redundantemente falho.

Assim, com base nos ensinamentos Konrad Hesse (1991), sobre a Força Normativa da Constituição, tem-se que a Constituição não deve ser mais um código, com disposição das matérias de forma detalhada e exaurida, mas sim, adequada aos variados projetos de vida, num espaço essencialmente democrático, tendo em vista que “uma constituição, para ser duradoura, deve conciliar sua abertura ao tempo com sua estabilidade jurídica” (CUNHA, 2012, p. 125).

Nesse entender é que dispõe de forma ampla acerca das pessoas portadoras de deficiência⁷¹, não justificando, pois, a normatização limitar o amplo acesso de toda e qualquer pessoa com deficiência, através das cotas, uma vez comprovado que os efeitos (físicos, sociais e psicológicos) da limitação sejam impeditivos para a competição da vaga, em situação de igualdade, com os demais.

Dentre os diferentes planos de análise da interpretação constitucional, plano jurídico, plano teórico, cumpre a abordagem sob o plano da justificação política ou da legitimação democrática. Através dele, pode-se observar o fenômeno da judicialização da política, considerando as consequências práticas das decisões judiciais, e que afetariam o equilíbrio de Poderes, tão somente na concepção montesquiana que deve ser superada.

Uma vez que a interpretação envolve os ditos casos fácies, solucionáveis pelos elementos tradicionais de hermenêutica, mas também os casos difíceis que ultrapassam a esfera jurídica, sofrendo influência da filosofia da moral e política.

Logo, na hipótese de um caso difícil, o exercício interpretativo deve ser pautado pelos valores éticos mais elevados da sociedade (justiça e dignidade da pessoa humana), devendo o intérprete adaptar os sentidos da norma ao contexto social, de forma a alcançar os melhores resultados possíveis.

Nesses moldes, deve prevalecer a interpretação dos dispositivos que tratam da reserva de vagas em concursos e em empresas privadas destinadas às pessoas

⁷¹ Ver os seguintes artigos da CF/1988: art.1º, inciso II e IV; art.3º, inciso I e IV; art. 5º, caput e inciso XLI; artigo 7º inciso XXXI;o artigo 37, inciso VIII; artigo 227.

com deficiência, em face da impossibilidade de se estabelecer um conceito fixo de deficiência, sem a análise caso a caso, consoante exposta em linhas pretéritas.

Tem-se em vista ainda que no mundo onde os papéis não se encontram previamente estabelecidos, a verdade, e, portanto, a própria noção de justiça, deixa de ser algo palpável. Isso acontece sempre quando se retira o referencial teológico⁷² e se recorre ao método do discurso.

Logo, no sistema convencionalista, o direito precisa de legitimação, pois o discurso precisa de recepção, e não há como o conceber de maneira unilateral. Nessa linha, em consonância com as lições de Radbruch,⁷³ pertinentes são as palavras de Inocêncio Mártires Coelho (2001, p.18):

[...] diríamos que no âmbito da sociedade política, se ninguém pode dizer o que é justo, é preciso que alguém defina, pelo menos, o que é jurídico, até porque a esta altura da história parece incogitável abandonar-se o Estado de Direito ou retornar-se à lei do mais forte. Quem decide, afinal, pouco importa, porque essa é uma questão de escolha nos diferentes ordenamentos jurídicos; o importante é que alguém decida por último e que essa decisão seja acatada por todos.

De ser, pois, necessário entender as regras do discurso, considerando que os conceitos de verdade e de justiça, outrora ditados pelo legislador podem mudar a depender do tempo e da região, ampliando assim a tarefa interpretativa do aplicador da lei.

Assim, o direito, como fenômeno de linguagem, é preciso suplantar a interpretação com enfoque meramente dogmático, abrangendo uma estrutura mais zetética, pautada em evidências, imprescindível à superação de casos práticos modernos, normatizados, não apenas por regras, pautadas no “tudo ou nada” (do tipo *winner takes at all*), mas também por princípios (axiologia jurídica).

Nos termos explanados por Tercio Sampaio (2003, p. 41): “A zetética é mais aberta, porque suas premissas são dispensáveis, isto é podem ser substituídas [...]. A dogmática é mais fechada, pois está presa a conceitos fixados, obrigando-se a interpretações capazes de conformar os problemas às premissas [...]”.

⁷² Entenda-se: referencial esse que vingou até a Revolução Francesa, em que não existia ainda a codificação das leis, em que a fundamentação das decisões era baseada em regras morais e religiosas.

⁷³ Gustav Radbruch. **Filosofia do Direito**. Coimbra, Arménio Amado, 1961, vol. I, p. 210.

Tal entendimento deve ser consagrado ao serem interpretadas as normas que tratam sobre a reserva de vagas voltadas às pessoas portadoras de deficiência, tendo em vista que a própria noção de deficiência pode ser variada de acordo com o surgimento de tratamentos ou mesmo da cura, ou de meios eficazes de mitigação, bem como de novas anomalias (tempo), com a estrutura de inclusão social, com a capacidade econômica do indivíduo dentre muito fatores, o que torna incompatível com uma interpretação restrita a um novel taxativo (*numerus clausus*) de determinadas e incompletas condições, tal qual impõe o artigo 4º do decreto mencionado, interpretação esta seguida por parcela da jurisprudência diante da situação concreta⁷⁴.

Desta feita, tanto a Constituição como todos os demais normativos do direito, devem ser abertos, afeitos a uma aferição crítica, sendo insuficiente, portanto, a simples transmissão das técnicas de subsunção.

Nesse sentido, conforme visto, o artigo 3º do Decreto nº 3.298/99 possui ampla generalidade ao dispor sobre a deficiência.

É o espaço, dentro do positivismo, que se tem... Portanto, a partir desse dispositivo, e com as devidas correções, é que se deve guiar a atividade interpretativa para se aferir os casos que merecem ser contemplados pela cota em concursos públicos ou na esfera privada, em dissonância do artigo seguinte do mesmo decreto que estabelece um rol taxativo de enfermidade, desatualizado e dissociado do contexto social.

Em uma sociedade justa e bem ordenada, as leis não podem comprometer a realização dos direitos fundamentais. Sendo tais direitos trunfos contra a maioria, não poderia essa maioria, mas um órgão independente e especializado, quem deveria ter a competência para verificar a existência de ações ou omissões contrárias à Constituição. Por isso, a jurisdição constitucional representa a grande invenção contramajoritária, na medida em que serve de garantia dos direitos fundamentais e da própria democracia. (CAMBI, p. 205).

Lógico que não se está a defender, para tanto, a pura extinção de cotas de deficientes físicos, ou que este benefício seja atribuído ao livre arbítrio do magistrado. Mas a presença de cláusulas abertas, que permitam análises pontuais e concretas já seria uma evolução.

⁷⁴ Ver mandado de segurança nº. 18.966 - DF (2012/0162583-4).

Para a classificação de qualquer enfermidade como deficiência física, é verdadeiramente necessária a análise das peculiares condições físicas e do estado de saúde do seu portador e não simplesmente da existência de certa doença em si. Não em todo caso.

Levando em consideração os estágios, os variados graus de incapacidade, e a adaptação do indivíduo ao meio social, impossibilitando a prévia classificação objetiva.

Diante disso, defende-se que cada caso concreto deve ser analisado, com base nas provas apresentadas, no próprio estágio de desenvolvimento tecnológico, contando ainda com uma equipe médica, social e psicológica para atestar a condição de deficiência que fará jus à cota, diante da controvérsia a autoridade judiciária solucionar a *questio*⁷⁵.

Isso se dará através do comando de técnicas de ponderação. Em face da força normativa dos princípios constitucionais, em especial os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, cuja aplicação depende das especificidades do caso concreto, não há a possibilidade de oferecer respostas preestabelecidas para as diversas demandas. Dessa forma, preleciona Alexy, sobre a distinção qualitativa entre regras e os princípios (2004, p. 185):

Esta consiste en que los principios son mandatos de optimización. Esto significa que son normas que ordenan que algo sea realizado en una medida lo mayor posible dentro del marco de las posibilidades fácticas e jurídicas. En cambio, las reglas son mandatos definitivos. De esta distinción se siguen todas las otras distinciones, por ejemplo, que los principios, en tanto mandatos de optimización, son realizados en diferente grado mientras que las reglas, en tanto mandatos definitivos, siempre pueden ser realizadas o no⁷⁶.

⁷⁵ A ampliação da participação social nos processos, nesse sentido, é importante a previsão contida no Projeto ao Novo Código de Processo Civil da atuação do *amicus curiae*, tanto em sede de juízo monocrático como também em todos os julgamentos colegiados. cabendo ao magistrado a decisão de admissão desse terceiro no processo, bem como , a discricionariedade dos poderes a ele conferidos (NUNES, 2013, p. 168-170).

⁷⁶ A respeito, Flávia Moreira Guimarães Pessoa (2009, p.47), demonstra tal entendimento de Alexy de maneira exponencial: "Alexy define o sistema jurídico como um conjunto integrado de regras, princípios e procedimentos. Para ele, as regras são mandatos definitivos, enquanto os princípios são mandatos de otimização. Daí decorre sua principal distinção, já que os princípios não requerem a realização integral de seu dispositivo, podendo ser aplicados em diferentes graus. É necessário, porém, que o juiz recorra à ponderação na hipótese de conflito entre eles. A aplicação das regras ao contrário, é necessariamente excludente, sendo resolvida em termos de validade jurídica ou social".

Importa aí a argumentação jurídica, enquanto mecanismo de racionalização e do convencimento das decisões, estas oriundas da interpretação feita pelo operador e aplicador do direito, principalmente em relação aos casos ditos “difíceis”, cuja solução é permeada de valores, e somente aferível no plano concreto, de acordo com suas peculiaridades. Variável, portanto. Incompatível com a imposição de um rol taxativo de anomalias para se alcançar o conceito de deficiência.

Há na doutrina⁷⁷ inúmeras propostas para orientar a argumentação jurídica, porém os parâmetros substanciais são encontrados de forma sucinta, porém satisfatória, nas lições de Luiz Roberto Barroso (2013, p. 368) que tratam basicamente de regras para o discurso racional, dentre outras, são elas:

[...] as conclusões devem decorrer logicamente das premissas, não se admite o uso da força ou da coação psicológica, deve-se observar o princípio da não contradição, o debate deve estar aberto a todos, dentre outras. Paralelamente, outras regras específicas do discurso jurídico deverão estar presentes, como a preferência para os elementos normativos do sistema, o respeito às possibilidades semântica dos textos legais, a deferência para com as deliberações majoritárias valias e a observância dos precedentes, para citar alguns exemplos.

No mesmo sentido, continua o autor, estabelecendo os três parâmetros recomendáveis ao desenvolvimento da argumentação jurídica (op. cit., p. 369): “[...] a) a necessidade de fundamentação normativa; b) a necessidade de respeito à integridade do sistema; c) o peso (relativo) a ser dado às consequências concretas da decisão.”

Nessa senda, realça-se, de igual forma, o método interpretativo alemão hermenêutico-concretizador, em que da própria Constituição parte-se para o problema (e não o inverso), e que nas palavras de Dirley da Cunha (2012, p. 224)⁷⁸:

O método hermenêutico-concretizador, ou concretista, parte da ideia de que a leitura de todo texto, em geral, e da Constituição, em especial, deve se

⁷⁷ Sobre o tema verificar: CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. *Hermenêutica e Argumentação Neoconstitucional*. São Paulo: Atlas, 2009. Inclusive, o próprio Robert Alexy, desenvolve sua teoria da argumentação, que dado ao objetivo do presente estudo, não iremos aprofundar, entretanto, verificar em sua obra *Teoria da Argumentação Jurídica* (2005).

⁷⁸ Sobre os métodos de interpretação constitucional ver: FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 192-199. Bem como, CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 199-238. E ainda, MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.103-105.

iniciar pela *pré-compreensão* do seu sentido através de uma atividade criativa do intérprete.

O intérprete exerce um papel fundamental na interpretação, cumprindo-lhe desempenhar uma atividade criativa voltada a obter o sentido do texto com vistas a concretizá-la *para* e *a partir* de uma situação concreta, distinguindo-se do método tópico-problemático, porque, enquanto este pressupõe o primado do problema sobre a norma, o método concretista admite o primado da norma constitucional.

De forma elucidativa, Konrad Hesse, um dos principais teóricos da hermenêutica concretizadora, explica:

A vinculação da interpretação à norma a ser concretizada, à (pré)-compreensão do intérprete e ao problema concreto a ser resolvido, cada vez significa, negativamente, que não pode haver método de interpretação autônomo, separado desses fatores, positivamente, que o procedimento de concretização deve ser determinado pelo objeto da interpretação, pela Constituição e pelo problema respectivo (1998, p. 63)

Vale dizer: não se almeja, em uma exegese atual, “extrair” da norma conteúdo deontológico. Seria reconhecer que o objeto de estudo possui características e predicados que só a mente humana pode deter. Não se confunda, deste modo, o conteúdo com o continente (a garrafa, com seu líquido, pode-se dizer). Não se confunda o significativo com o significado. A interpretação não é “extraída” da norma (como o pensava v.g. Carlos Maximiliano em sua vetusta produção), mas é “conferida” pelo hermeneuta à norma, segundo os valores tidos como relevantes (*zeitgeist*), à luz dos fatos sociais, em uma realiana tridimensionalidade.

Observa-se, pois, que na perspectiva clássica positivista, no sistema fechado de Kelsen, o valor encontra-se fora do sistema, a norma jurídica ao tempo em que se confundia com o direito, distinguia-se de norma moral, sendo portanto regra de direito, baseado em coerção, do qual o valor não é integrante.

Tal sistema normativo, ao oferecer a solução ante a suposta lacuna, implementa a ideia de que esta seria apenas aparente, já prevista pelo próprio sistema; vigora, assim, a “hermética” do ordenamento jurídico, entendimento este corroborado pela disposição da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

Por outro lado, ao se reconhecer a existência de valor, a lacuna não pode ser discutida apenas dentro do sistema normativo.

Com o advento do pós-positivismo, aparece a lacuna baseada na falta de atualização da norma pela evolução histórica (lacuna ontológica), e baseada no valor contido na norma (lacuna axiológica).

Destarte, os critérios denominados critérios cronológico, hierárquico e da especialidade são insuficientes para solucionar antinomias normativas, sobretudo diante das normas constitucionais que são compostas de regras e princípios.⁷⁹

Como solução, há a aplicação dos princípios de forma direta, reconhecendo sua força normativa.

Esse sistema principiológico é muito mais aberto, sendo integrado, portanto, mesmo em casos em que a lei não é omissa, pois a norma posta não traz a solução para o problema em concreto.

Visão esta, desenvolvida, ainda que restritivamente, pelo fenômeno da mutação constitucional, que “[...] sem ofender a Constituição, transforma o sentido, o significado e o alcance de suas normas [...]” (SILVA, 2000, p. 283), afigurando-se como limite o respeito ao texto normativo.

Nesse entendimento de que Direito é fato, norma e valor, sepulta-se por vez a ideia de que todos os valores precisam ser codificados para serem respeitados, de que os direitos deveriam ser legislados para serem garantidos, sobretudo numa sociedade pluralista e, de igual modo líquida, onde há multiplicidade de situações que variam rapidamente, a exemplo do que ocorre com a administração da saúde, doenças surgem a todo momento, *pari passu*, a tecnologia e a ciência evoluem.

Inconcebível, portanto, a dependência ao texto gramatical da lei, para assegurar o resguardo de direitos mínimos e já albergados pela própria Constituição ainda que de forma abrangente, carentes apenas de uma interpretação atualizada e conforme o espírito constitucional.

⁷⁹ Sobre o tema ver: DINIZ, Maria Helena. As Lacunas no Direito. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 286-288.

3.6. O Papel do Poder Judiciário na Nova Hermenêutica Constitucional: necessidade de uma atuação proativa na concretização dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência

Dentro de um contexto ortodoxo, as Cortes Constitucionais assume papel de legislador negativo, na medida em que têm como função precípua extirpar do ordenamento disposições normativas incompatíveis com o bloco de constitucionalidade estabelecido como parâmetro.

No caso brasileiro, *verbi gratia*, o bloco de constitucionalidade pode ser identificado como o conjunto de todas as normas contidas no texto da Constituição Federal de 1988, aliadas às disposições de cunho internacional incorporadas ao ordenamento na forma do art. 5º, §3º da mesma Constituição Federal.

Neste contexto, à luz do art. 101 da Constituição Federal brasileira, o Supremo Tribunal Federal, observadas as diretrizes das Leis nº. 8.868/99 e 9.882/99, trilha papel jurídico essencial no que toca a rever posições outrora estabelecidas pelo Parlamento, excluindo, dentro de um viés de guardião da Carta Superior, dispositivos e normas incompatíveis com o Texto Soberano.

Indubitável que o modelo jurídico atual influencia a teoria de interpretação jurídica. O Direito não pode ser indiferente a tal fenômeno incontestável, que culmina no encaminhamento ao Poder Judiciário de diversas questões que, ao serem ali solucionadas, ganham a pecha de “ativismo judicial”, não obstante espelharem a exata função jurisdicional de dirimir litígios, sejam eles quais forem.

Afinal, *de lege lata*, “o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito” (art. 126, CPC).

Com a ampliação da judicialização das questões político-sociais, assumem destaque as recentes decisões do Supremo Tribunal Federal, que devem ser conhecidas, aprimoradas e analisadas criticamente para a concretização dos direitos fundamentais, não mais se compatibilizando à interpretação de um modelo eminentemente positivista.

Sendo assim “[...] a teoria do direito já não é mais descritiva, e sim prática, real, útil, com uma concretude preocupada com a eficácia verificável exposta pela prática, isto é, a decidibilidade em matéria constitucional e que norteiam a prática forense, como as decisões do STF.” (MOREIRA, 2008, p. 35).

Nesta toada, nada obstante esta visão positivista e corrente do papel do Poder Judiciário, mormente do Supremo Tribunal Federal, não se olvida, entretanto, que diante da complexidade dos fatores sócio-jurídicos (judicialização e massificação dos direitos, texto constitucional prolixo, novas ferramentas de acesso à jurisdição constitucional etc) não mais cabe raciocinar que o complexo de atribuições do Judiciário, em especial da Corte Constitucional pátria, restringe-se à tarefa de sanear a legislação.

Essa etapa deveras superada por uma concepção mais abalizada de atividade judicial proativa (justiça constitucional), em que ganha notoriedade a função de legislador positivo, ainda que de modo restritivo, em comparação ao Poder Legislativo e à atuação do Poder Executivo.

Aliás, rememore-se que não é nova a ideia de ser o Poder Judiciário seara do Estado com potencial de fazer emanar disposições normativas, considerando que o próprio ordenamento positivo abarca situações limites em que ao magistrado é ofertado o poder-dever de criação da norma.

De efeito, conforme assinalado por Zockun⁸⁰, essa substituição funcional atribuída ao magistrado é conhecida no ordenamento brasileiro ao menos desde 1939, no Código de Processo Civil, prescrevendo em seu artigo 114 que na hipótese de anomia autorizava a decisão com base na equidade “o juiz aplicará a norma que estabeleceria se fosse legislador”.

Nesse passo, hodiernamente, as atribuições constitucionais da Corte Maior brasileira, longe do restrito pensar de órgão de exclusão de normas, perpassam pela necessidade de colmatar lacunas mantidas pelo Parlamento, atuando, desta feita, de acordo com as exigências implícitas da própria Constituição, o que coloca em evidência o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais.

⁸⁰ ZOCKUN, Maurício. **A separação dos poderes e o judiciário como legislador positivo e negativo.** In: Revista Trimestral de Direito Público (RTDP). ed.47. Malheiros: São Paulo, 2004, p.162-173.

Não por outro motivo, a própria Carta de 1988 delinea as especiais ações de mandado de injunção e ação direta de inconstitucionalidade por omissão, espécies de procedimento que, sem qualquer dúvida, remetem a Corte Constitucional a um labor diferenciado, pautado não na exclusão de normas jurídicas, mas em verdadeira necessidade de solucionar, diante de conduta ativa, omissões no acervo legislativo.

Reconhece-se assim a realidade atual, ligada ao fato de o papel do Judiciário passar pela nutrição do ordenamento. O Judiciário passa a exercer a função de emergir normas, solucionando lacunas do sistema jurídico, até então impeditivas do gozo dos direitos civis públicos.

Quanto à definição de deficiência para o ingresso no mercado de trabalho mediante cotas em concurso público, há julgados indicando para a necessidade de uma interpretação constitucional que garanta a eficácia dos direitos e princípios insculpidos em nossa Constituição, enfim de uma interpretação proativa, voltada ao enfrentamento do caso concreto. Nesse sentido:

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA VISUAL. AMBLIOPIA. RESERVA DE VAGA. INCISO VIII DO ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. § 2º DO ART. 5º DA LEI Nº 8.112/90. LEI Nº 7.853/89. DECRETOS NºS 3.298/99 E 5.296/2004. 1. O candidato com visão monocular padece de deficiência que impede a comparação entre os dois olhos para saber-se qual deles é o "melhor". 2. A visão univalente -- comprometedoras das noções de profundidade e distância -- implica limitação superior à deficiência parcial que afete os dois olhos. 3. A reparação ou compensação dos fatores de desigualdade factual com medidas de superioridade jurídica constitui política de ação afirmativa que se inscreve nos quadros da sociedade fraterna que se lê desde o preâmbulo da Constituição de 1988. 4. Recurso ordinário provido. (RMS 26071, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 13/11/2007, DJe-018 DIVULG 31-01-2008 PUBLIC 01-02-2008 EMENT VOL-02305-02 PP-00314 RTJ VOL-00205-01 PP-00203 RMP n. 36, 2010, p. 255-261)

No tocante a tal acórdão, interessante o trecho do voto da Ministra Carmem Lucia, no qual salienta-se que, pelos Decretos regulamentadores da matéria, o indivíduo com visão monocular não seria considerado deficiente a fim de ser contemplado pela cota no concurso público. Enfatiza-se, nessa toada, a necessidade de uma interpretação concretizadora dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais, em destaque o princípio da igualdade. Confira-se:

[...] Portanto, considerando-se apenas os decretos e o laudo apresentado pelo Recorrente, não seria possível enquadrá-lo como deficiente físico para fins de concurso público.

4. Os decretos citados são parâmetros confiáveis para a Administração Pública dar o tratamento adequado àqueles que são considerados deficientes, posto serem indispensáveis para se evitar abusos de toda ordem – como, por exemplo, quem usa óculos passar a ser considerado como deficiente físico.

Entretanto, compete ao Poder Judiciário interpretar as normas vigentes no sentido de dar efetividade ao princípio da isonomia, o que, no caso presente, impõe ser reconhecido como fundamento da decisão a ser tomada, pois a deficiência configura fator de discriminação e de inacessibilidade ou, no mínimo, de ampliação considerável da dificuldade de acesso às oportunidades que são ofertadas para o crescimento individual e profissional dos interessados que comparecem ao concurso público.

5. Diversas são as dificuldades para quem tem visão monocular e dentre elas podemos citar a vulnerabilidade do lado do olho cego e a alteração das noções de profundidade e distância. [...]

E no mesmo sentido, e, enfatizando a Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência (2007), o recente julgado da lavra de Celso de Melo:

E M E N T A: CONCURSO PÚBLICO – PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA – RESERVA PERCENTUAL DE CARGOS E EMPREGOS PÚBLICOS (CF, ART. 37, VIII) – OCORRÊNCIA, NA ESPÉCIE, DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS AO RECONHECIMENTO DO DIREITO VINDICADO PELA PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA – ATENDIMENTO, NO CASO, DA EXIGÊNCIA DE COMPATIBILIDADE ENTRE O ESTADO DE DEFICIÊNCIA E O CONTEÚDO OCUPACIONAL OU FUNCIONAL DO CARGO PÚBLICO DISPUTADO, INDEPENDENTEMENTE DE A DEFICIÊNCIA PRODUIR DIFICULDADE PARA O EXERCÍCIO DA ATIVIDADE FUNCIONAL – INADMISSIBILIDADE DA EXIGÊNCIA ADICIONAL DE A SITUAÇÃO DE DEFICIÊNCIA TAMBÉM PRODUIR “DIFICULDADES PARA O DESEMPENHO DAS FUNÇÕES DO CARGO” – PARECER FAVORÁVEL DA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. PROTEÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL ÀS PESSOAS VULNERÁVEIS. LEGITIMIDADE DOS MECANISMOS COMPENSATÓRIOS QUE, INSPIRADOS PELO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA DIGNIDADE PESSOAL (CF, ART. 1º, III), RECOMPÕEM, PELO RESPEITO À ALTERIDADE, À DIVERSIDADE HUMANA E À IGUALDADE DE OPORTUNIDADES, O PRÓPRIO SENTIDO DE ISONOMIA INERENTE ÀS INSTITUIÇÕES REPUBLICANAS. - O tratamento diferenciado em favor de pessoas portadoras de deficiência, tratando-se, especificamente, de acesso ao serviço público, tem suporte legitimador no próprio texto constitucional (CF, art. 37, VIII), cuja razão de ser, nesse tema, objetiva compensar, mediante ações de conteúdo afirmativo, os desníveis e as dificuldades que afetam os indivíduos que compõem esse grupo vulnerável. Doutrina. - A vigente Constituição da República, ao proclamar e assegurar a reserva de vagas em concursos públicos para os portadores de deficiência, consagrou cláusula de proteção viabilizadora de ações afirmativas em favor de tais pessoas, o que veio a ser concretizado com a edição de atos legislativos, como as Leis nº 7.853/89 e nº 8.112/90 (art. 5º, § 2º), e com a celebração

da Convenção Internacional das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (2007), já formalmente incorporada, com força, hierarquia e eficácia constitucionais (CF, art. 5º, § 3º), ao plano do ordenamento positivo interno do Estado brasileiro. - Essa Convenção das Nações Unidas, que atribui maior densidade normativa à cláusula fundada no inciso VIII do art. 37 da Constituição da República, legitima a instituição e a implementação, pelo Poder Público, de mecanismos compensatórios destinados a corrigir as profundas desvantagens sociais que afetam as pessoas vulneráveis, em ordem a propiciar-lhes maior grau de inclusão e a viabilizar a sua efetiva participação, em condições equânimes e mais justas, na vida econômica, social e cultural do País. HERMENÊUTICA E DIREITOS HUMANOS: O PRINCÍPIO DA NORMA MAIS FAVORÁVEL COMO CRITÉRIO QUE DEVE REGER A INTERPRETAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. - O Poder Judiciário, no exercício de sua atividade interpretativa, deve prestigiar, nesse processo hermenêutico, o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional de direitos humanos como à que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), extraíndo, em função desse postulado básico, a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana. Precedentes: HC 93.280/SC, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.. (RMS 32732 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 03/06/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-148 DIVULG 31-07-2014 PUBLIC 01-08-2014)

Sobre a mesma matéria, há julgados, ainda, a ressaltar a necessidade de uma interpretação conjugada ao artigo 3º do Decreto 3.298/99, este mais abrangente que seu artigo 4º, consoante explanado em linhas pretéritas, para o enquadramento de determinada anomalia como deficiência física. Observe:

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. PORTADOR DE VISÃO MONOCULAR. DIREITO A CONCORRER ÀS VAGAS DESTINADAS AOS PORTADORES DE DEFICIÊNCIA FÍSICA. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO.

1. O art. 4º, III, do Decreto 3.298/99, que define as hipóteses de deficiência visual, deve ser interpretado em consonância com o art. 3º do mesmo diploma legal, de modo a não excluir os portadores de visão monocular da disputa às vagas destinadas aos portadores de deficiência física. Precedentes.

2. Recurso ordinário provido.”

(RMS 19.257/PA; Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima; DJ 30.10.2006)

No mesmo entender, colaciona-se decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em que o ponto controvertido residia em verificar se a condição de insuficiência renal crônica poderia ser considerada como deficiência física. Em tal caso, foi entendido que essa enfermidade pode, sim, perfeitamente ser enquadrada no art. 3º, inciso I do Decreto n. 3.298/99. Ao destacar o princípio constitucional da

isonomia, asseverou-se ali que uma pessoa que tem de ser submetida à filtragem do sangue três vezes por semana deve ser tratada de maneira diferenciada em relação ao cidadão que possui a sua função renal em perfeitas condições. Vejamos:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CARGO DE TÉCNICO JUDICIÁRIO DO TST. DIREITO A PROSSEGUIR NO CERTAME. INSUFICIÊNCIA RENAL CRÔNICA. RECONHECIMENTO DA DEFICIÊNCIA. I - Desnecessária a citação de candidatos aprovados para o cargo almejado pelo impetrante, visto que não se objetivou, com o provimento judicial, subtrair a vaga de nenhum outro concorrente, mas assegurar-lhe o reconhecimento da deficiência física declarada no ato da inscrição e, o direito de participar das demais etapas do certame e consequente nomeação, de acordo com a classificação obtida. Preliminares rejeitadas II - De acordo com o art. 3º, §4º, III, do Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999, que dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência e consolida as normas de proteção, "deficiência física é alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções". III - Há que se estabelecer distinção entre a pessoa plenamente capaz, o deficiente e o inválido. O deficiente é a pessoa que, não sendo totalmente capaz, não é, todavia, inválida. (Precedente Colendo STJ, RMS 22.459/DF, TRF - 1ª Região AMS n. 1998.01.00.061913-2) IV - Ao candidato, acometido de insuficiência renal em fase de hemodiálise, enfermidade que enseja deficiência física, deve ser resguardado o direito à reserva de vaga na lista para pessoa portadora de deficiência, com fundamento no princípio da isonomia que rege a Administração Pública (Precedente desta 6ª Turma Apelação/REO 0016425-44.2008.4.01.3400). V - A adaptação do candidato à sua limitação física não é idônea a afastar a deficiência, uma vez que, precisando fazer hemodiálise três vezes por semana, não lhe retira a dificuldade de conviver em sociedade quando comparado com um cidadão que não necessita de cuidados diários. VI - Apelação e remessa oficial tida por interposta não providas. Ressalvada posterior avaliação de compatibilidade entre as atribuições do cargo e a deficiência física (Lei n. 8.112/90 art. 20, Decreto n. 3.298/99 art. 43 § 2º). (AC 0019059-13.2008.4.01.3400 / DF, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JIRAIR ARAM MEGUERIAN, SEXTA TURMA, e-DJF1 p.352 de 19/11/2013)

Logo, em que pese tais decisões não terem feito alusão a outros fatores (socioeconômicos, psicológicos, tecnológicos, culturais), demonstram um avanço quanto à atividade interpretativa, por não mais ficarem adstritas simples e automaticamente a um rol de doenças previsto pela norma, por ser um indício de que os efeitos limitadores de uma doença ou deficiência devem ser considerados, e, de igual forma, as peculiaridades do caso em concreto, ponderando-se valores, a

exemplo da segurança jurídica e da isonomia em seu aspecto material. E, finalmente, por ser o início de uma desmitificação do conceito tradicional e “preconceituoso” de deficiência.

Todavia, cumpre registrar a existência de jurisprudência persistente em ainda caminhar no sentido oposto, a tais entendimentos.⁸¹

Sem prejuízo dos citados arestos, é de impossível esquecimento a formulação, pelo Supremo Tribunal Federal, das súmulas jurisprudenciais com efeitos vinculantes. São ferramentas de orientação de desenvoltura semelhante à própria normal legal, porquanto de seguimento obrigatório pela Administração Pública e demais órgãos do Poder Judiciário.

Corroborando, assim, a necessidade de interpretação ontológica e axiológica, ampliativa dos direitos fundamentais dos cidadãos em especial à igualdade material, através da lei, legitimamente construída por seus destinatários, em afirmação ao Estado Democrático de Direito. Todos e não apenas alguns devem ter seus direitos mínimos respeitados para a promoção da dignidade humana, bem como de uma sociedade justa e solidária, em destaque as pessoas portadoras de necessidades especiais.

Não se está advogando a usurpação legislativa pelo Judiciário, consoante ocorre através das denominadas sentenças substitutivas, em que, por meio da atividade judicial, substitui-se uma norma por outra. Vê-se que, nesse caso, ultrapassa inclusive os limites impostos para o fenômeno da mutação constitucional. Sobre esta modalidade de sentença se insurge a doutrina, representada nas palavras de Bernardo Gonçalves Fernandes (p. 1199-1200): “[...] aqui vemos que o

⁸¹ No MS 18966, do Ministro Relator Castro Meira - Corte Especial, por seis votos a quatro, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça (STJ) concluiu que a surdez unilateral não se enquadra nas situações descritas no artigo 4º do Decreto 3.298/99, que apenas indica como deficiente auditiva a pessoa com perda bilateral igual ou superior a 41 decibéis. De igual forma, a seguinte ementa: CONCURSO PÚBLICO – LIMITAÇÃO FÍSICA – VAGAS RESERVADAS – LAUDOS – DESCOMPASSO. Havendo descompasso, quanto à limitação física, entre laudo público e particular, descabe cogitar de direito líquido e certo do impetrante, ressalvada a via ordinária. (MS 30525, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 28/08/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-179 DIVULG 11-09-2012 PUBLIC 12-09-2012). Nesse julgado, deu-se ênfase ao restritivo 4º do Decreto 3.298/99. Bem como, o RMS 31.861-PE, Rel. Min. Sérgio Kukina, julgado em 23/4/2013, que embora tem reconhecido o "pé torto congênito bilateral", faz alusão apenas ao 4º do Decreto 3.298/99 e tão somente nele se fundamenta.

Judiciário passa a analisar razões que fogem ao espaço da juridicidade, fazendo escolhas que só estariam abertas ao legislativo”.

Destarte, nada obstante o importante papel desempenhado pelo Poder Judiciário, cujo caráter inovador das modernas decisões sabidamente se atrela à necessidade de maximizar os princípios e regras da Constituição Federal, com preenchimentos de insustentáveis lacunas legais, não se pode esquecer, todavia, da necessidade de traçar determinados limites à atividade do Poder Judicial em especial da Corte Constitucional, que deixa de se circunscrever ao labor interpretativo clássico, fazendo emergir verdadeiramente normas.

Assim o é, sobretudo, se observarmos, com as devidas peculiaridades que são necessárias ao estudo e alusão do direito estrangeiro, o processo de contenção⁸² da atividade interpretativa judiciária, aferível em países, a exemplo dos EUA, que não vivenciaram o fenômeno do neoconstitucionalismo, face a sua tradição de *common law*.

3.6.1. Limites da Atividade Jurisdicional

O Judiciário desborda sua precípua e clássica característica de fixar normas individuais e concretas, ante cada *res in judicio deducta*. Criticável, ou não, isso é, antes de tudo, um fato. E este é objeto de perplexidades e, logo, mérito de estudo.

Ao se criticar a atividade judicial proativa, argumenta-se o risco de se instaurar uma verdadeira ditadura do poder judiciário⁸³. Para tanto, identifica-se como fundamento primordial a falta segurança jurídica outrora oferecida pelo positivismo tradicional.

Deve-se ter em mente, todavia, que abusos foram cometidos pelo legislativo ou pelo executivo, um dos motivos pelo qual culminou na constitucionalização do ordenamento jurídico, ante a necessidade de limitação do poder, da existência de

⁸² Sobre o tema ver: TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do judicialismo constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁸³ MAUS, Ingeborg. **O Judiciário como superego da sociedade**. In: Novos estudos. n. 58. Nov. 2000. São Paulo: Cebraps.

um documento máximo, acima de interesses particulares. Premente tal necessidade, a Constituição passa a ser o sol do ordenamento jurídico, do qual todas as normas giram em torno de seu eixo, irradiando-se para todos os ramos do Direito, condicionando a interpretação destes.

Na matéria específica acerca da acessibilidade dos portadores de deficiência físico-psíquica no mercado de trabalho mediante cotas, consoante explanado, a própria Constituição protege os interesses e o direito ao trabalho das pessoas com deficiência de forma igualitária, consoante se extrai dos seus comandos normativos.

Ademais, no âmbito infraconstitucional, o retromencionado art. 3º do Decreto 3.298/99 aponta para a necessidade da integração de sentido do conceito de deficiência, viável somente através da interpretação evolutiva, ou seja, que não se restrinja à mera dicção expressa da lei, bem como, concretizadora dos direitos fundamentais do ser humano. Logo, percebe-se que a interpretação proposta não ultrapassa os limites que a atividade judicial deve respeitar.

Pois bem, desde que a atividade interpretativa do magistrado seja pautada num método racional, ponderador e argumentativo, nas balizas dos princípios constitucionais, configura-se na verdade como mecanismo de controle de constitucionalidade.

Não é por outro motivo que a nova hermenêutica interpretativa somente encontra guarida em Constituições democráticas, tendo em vista que o intérprete terá sua atividade limitada, justamente, nos princípios e fundamentos constitucionais.

Logo, eventuais tendências e inclinações, enfim, sua pré-compreensão, uma vez com fulcro em concretizar as normas constitucionais, serão legítimas.

Quanto à noção de certeza do direito, a argumentação empreendida no caso em exame limita a discricionariedade do magistrado. As lacunas existentes por conta da insuficiência do positivismo tenderiam à arbitrariedade se não fosse a dita necessidade de motivação.

Deve-se ainda reformular o conceito clássico montesquiano de separação de poderes, onde se verifica a interpretação ativa não apenas do magistrado, mas de todos os operadores do direito, seja o Ministério Público ao emitir seu parecer, seja o advogado em seu pleito, enfim, pautados na busca de correção e transformação, em

verdadeiro sistema de *check and balances*, por isso a importância de todos os órgãos para a defesa da efetiva inclusão no mercado de trabalho das pessoas portadoras de deficiência.

Considerando, ainda, o sistema normativo, agora integrado não apenas por regras, mas também por princípios que são contornados apenas diante do caso concreto, em total variação, assim como é a própria sociedade, sendo impossível a previsão de todas as situações pela norma jurídica estanque. Daí, a precípua função integrativa do Poder Judiciário. Guiando-se por tal perspectiva, tem-se que:

[...] a escolha fundamental reside em saber a quem atribuir a *última palavra* nesse universo normativo, uma opção politicamente dramática porque, ao fim e ao cabo, quer se queira, quer não, o poder de interpretar envolve o poder de legislar.

É que o verdadeiro legislador, para todos os fins e propósitos como dizia o bispo Hoadly, e foi lembrado por Kelsen⁸⁴ é aquele que dispõe de autoridade absoluta para *interpretar* quaisquer normas jurídicas, escritas ou faladas, e não a pessoa que por primeiro as escreveu ou transmitiu verbalmente, uma opinião de resto bem próxima daquela externada por Thomas Hobbes⁸⁵ ao dizer que o legislador não é aquele por cuja autoridade as leis foram editadas inicialmente, mas aquele por cuja autoridade elas continuam a ser leis. (COELHO, 2001, p. 19).

Nesse entender, o juiz passa a exercer um papel de protagonista e sua atividade não pode deixar de ser criativa, ele inevitavelmente passa a criar a norma através de um processo hermenêutico, que é o modo de “ser-no-mundo”, ou seja, pela interpretação produtiva do texto normativo. “Assim quem faz o sistema sistematizar e o significado significar são os intérpretes, razão pela qual interpretar é, também e principalmente, interpretar-se” (PASQUALINI, 1999, p. 54) e para tanto necessário se faz se libertar de conceitos arraigados que impossibilitam a evolução interpretativa e do próprio Direito.

Lógico que “as regras, sem qualquer dúvida, iluminam o caminho do intérprete, mas elas são pequenas fontes de luz e não o sol” (PASQUALINI, 1999, p. 76). Em resumo, a atividade interpretativa do magistrado “exige um saber consagrador, que procura a convergência de tudo, para que um se possa juntar aos outros, e todos possam atuar, mais e sempre, como um conjunto sistemático, aberto

⁸⁴ Ver: Hans Kelsen. **Teoría General del Derecho y del Estado**. México, UNAM, 1969, págs.182/183.

⁸⁵ Ver: Leviatán. México, **Fondo de Cultura Económica**, 1996, 7ª reimpressão, pág.220.

e substancial”, (PASQUALINI, 1999, p. 110) e, primordialmente, transformador. Demonstra assim:

as potencialidades do processo hermenêutico, em que se insere o poder criativo dos juízes, adaptando as leis à concretude dos fatos, precisando-as, modificando-as suprimindo-lhes lacunas, em face de novas necessidades humanas ou de caracteres novos que se acresçam a velhos fatos ou, ainda, de formas diversas de valorizar os mesmos fatos, advindas da evolução social (AZEVEDO, 1989, p. 69).

Reconhecendo-se tal papel do Judiciário, necessário ainda repensar a forma de legitimar suas decisões, o que somente será possível através da participação ativa, não somente dos magistrados e demais operadores do Direito, mas da própria população, necessitando esta, todavia, ser prévia e continuamente preparada para tal missão, através da formação educacional crítica e participativa.

Portanto, que o Poder Judiciário não se quede ante as críticas de “ativismo judicial”, quando, para o fiel exercício de sua função, não precisa aguardar que os demais poderes editem normas eventualmente ampliando a aceção de deficiência para fazer com que, ante a análise de cada caso concreto, seja o Direito aplicado em tutela daqueles que efetivamente dele necessitam.

3.7. O Papel do Ministério Público na proteção do direito ao trabalho da pessoa com deficiência

As novas demandas que desafiam a sociedade moderna exigem soluções corretas e instrumentos para além dos tradicionalmente reconhecidos, de base jurídica individualista. O reconhecimento dos interesses difusos, coletivos e metaindividuais em relação às pessoas com deficiência tem como foz a representatividade conferida classicamente ao Ministério Público, inclusive por dicção constitucional.

Contudo, defende-se a atuação equilibrada de todos os poderes e órgãos na promoção dos interesses das pessoas com deficiência.

Nessa linha de entendimento, a temática proposta perpassa pela imprescindível função do Ministério Público, na direção das audiências públicas como forma de aproximar e levar conhecimento acerca das pessoas com deficiência física aos empresários, as autoridades públicas e as organizações envolvidas com a matéria. Isso, de fato, contribui em demasiado para erradicar a visão preconceituosa, e por vezes retrógrada, mas persistente em torno de tal grupo minoritário.

Ressalta-se, ainda, a importância do Ministério Público na imposição dos Termos de Ajustamento de Conduta (TAC) para adequação de eventuais irregularidades à lei, bem como no ajuizamento da ação civil pública, para assim defender o pleno acesso às pessoas com deficiência no mercado de trabalho.

Tal qual já assume em questões ambientais e consumeristas, pode-se perلustrar num futuro próximo, ainda que não tão visível no presente, o advento de uma era de “ativismo parquetiano”, como órgão de fiscalização e concretização dos direitos fundamentais, tal qual ocorre como fenômeno no âmbito do Judiciário.

[...] o Ministério Público, quando mesmo diante da falta de efetivas políticas de estado, que cedem lugar às instáveis políticas de governo, preocupa-se em acompanhar e fazer com que a discussão e elaboração dos planos, leis de diretrizes orçamentárias e orçamentos envolvam a necessária participação popular, além de velar para que sejam adequadamente destinados recursos para execução das políticas sociais, seja mediante aqueles recursos legalmente vinculados, seja intervindo, se necessário, para observância de critérios de razoabilidade e proporcionalidade, quando na alocação de recursos seja patente o desatendimento a finalidades precípua da administração em prol de interesses menos significativos. Também promove esses interesses quando se preocupa em fazer cumprir as diretrizes constitucionais voltadas para um conceito mais completo de cidadania, efetivando o conceito de democracia participativa, onde a população se torna responsável mais direta pela formulação, execução, usufruto e fiscalização das políticas públicas, o que muito apropriadamente se dá com os relevantes papéis atribuídos aos Conselhos responsáveis pelo controle social, cujo dinamismo muito incumbe ao Ministério Público promover [...]. (MPE/ES, 2003, p. 289).

Deve-se enfatizar, de igual forma, o papel do Ministério Público do Trabalho (MPT) conjuntamente com o Ministério do Trabalho e Emprego na fiscalização e efetivação no tocante ao cumprimento das normas de incremento do trabalho das pessoas com deficiência. E, nos termos do artigo 36, §5º, do Decreto nº 3.298/99,

cumpra aos auditores fiscais a tarefa de fiscalizar as empresas quanto à correta execução de tais comandos normativos. (MTE, 2007, p.49).

Enfim, que a atuação do Ministério Público seja efetiva, para além das propagandas e da promoção institucional, ou de eventuais disputas estéreis, mas voltada à prática da proteção e da efetivação dos direitos de todas as pessoas, em destaque aquelas com deficiência.

3.8. O Papel da Defensoria Pública na proteção do direito ao trabalho da pessoa com deficiência

Enfatiza-se a atuação da Defensoria Pública na defesa dos direitos sociais dos deficientes físicos, em especial do direito ao trabalho, não apenas no sentido de orientar, individualmente, a apresentação e o trâmite de uma demanda junto aos órgãos jurisdicionais, mas sim na tutela coletiva de tal grupo minoritário.

Há a discussão doutrinária, levada até a Suprema Corte, ainda pendente de julgamento, sobre a legitimidade ativa da Defensoria Pública na ação civil pública, em especial no que concerne à tutela coletiva dos necessitados, em sentido amplo⁸⁶.

Anteriormente a qualquer análise de fundo constitucional, há a imediata retomada do conceito básico do que se entende por interesses e direitos difusos. De acordo com Hugo Nigro Mazzilli, os direitos difusos “são como um feixe ou conjunto de interesses individuais, de objeto indivisível, compartilhadas por pessoas indetermináveis, que se encontram unidas por circunstâncias de fato conexas.” (2008, p. 53).

Ao teor do conceito supra, surgem posicionamentos no sentido de negar legitimidade da Defensoria Pública para substituir os indeterminados sujeitos de direito, argumentando que sua missão institucional se circunscreveria de modo único

⁸⁶ Tramitam no Supremo Tribunal Federal duas ações diretas de inconstitucionalidade com objeto semelhante ao ora discutido, quais sejam, a ADI nº. 3943/DF, que discute dispositivos da Lei da Defensoria Pública da União (Relatora Min. Carmem Lúcia) e a ADI nº. 4452/SE (Relatora Min. Rosa Weber), cujo tema central é a norma de organização da defensoria sergipana.

à proteção dos hipossuficientes, nos moldes do artigo 5º, LXXIV da CF. Entendem, assim, que sua atuação alcançaria tão somente aos que não possuíssem recursos.

Nesse sentido, entende Rodolfo Camargo Mancuso (2011, p. 157) que a legitimidade da Defensoria Pública estaria limitada aos interesses coletivos e individuais homogêneos, não abarcando, portanto, os interesses difusos.

Todavia, deve-se ter em mente que a indeterminação dos titulares, nas demandas focadas em direitos difusos, não significa ausência de interesse dos hipossuficientes, a merecer proteção processual e material diferenciada.

Inclusive, a Lei Federal nº. 11.417/2006, que regulamenta a edição, cancelamento e revisão das súmulas vinculantes, permite à Defensoria Pública atuar perante a corte constitucional na formulação de enunciados abstratos, não devendo ser vedada atuação proativa desta em demandas concretas.

Nesse diapasão, cumpre prioritariamente o esclarecimento e a delimitação quanto a quem seriam os necessitados a que remete a Constituição, pois, tal estamento não englobaria, exclusivamente, os desfalecidos de pecúnia. É imprescindível desfazer o mito lastreado de que apenas os economicamente carentes poderiam gozar dos serviços prestados pelos defensores públicos, ao menos não em termos estáticos.

Com efeito, sobretudo a partir da multifacetada realidade brasileira, a hipossuficiência apta a validar a atuação da Defensoria Pública não deve ser aferida tão somente pelo *quantum* percebido pela parte assistida, sob o risco de negligenciar as inúmeras situações fáticas que, em definitivo ou momentaneamente, criam derredor de qualquer brasileiro um cidadão defensável por aquela instituição⁸⁷.

Isso porque na presente sociedade de massa, o conceito constitucional de hipossuficiente não pode ser enclausurado ao mero pensamento tradicional de necessitados carentes de recursos econômicos, mas deve abarcar também outros

⁸⁷ Se emprestássemos dimensão tão restrita, aliás, vedada, por inconstitucional, estaria a atuação das DPEs em sede de processo penal e inquéritos policiais, procedimentos em que independentemente do poderio financeiro do sujeito investigado, é dever do órgão defensorial atuar perante os juízos e cortes criminais, bastando, para tanto, que o réu não apresente advogado constituído.

Inconstitucional seria também a participação do Defensor Público-Geral da União na propositura de súmula vinculante (art. 3º da Lei 11.417/2006) ou no importante desempenho da fiscalização em estabelecimentos prisionais (art. 81-B da Lei de Execuções Penais), situações em que, cabe frisar, a atuação da referida Instituição não depende das condições financeiras dos beneficiados, tampouco se torna ilegítima por gerar efeitos no quadro jurídico de pessoas cujas necessidades financeiras não se encontram patentemente comprovadas.

conceitos móveis, tais como o de necessitados jurídicos e necessitados organizacionais, aqueles a quem falta estrutura mínima para pleitear e exigir o vasto mural de direitos nascido desde a promulgação da Carta Cidadã.

Deveras, os padrões a justificar a atuação das Defensorias Públicas não podem se prender a quesitos remuneratórios, mas, ao revés, englobar quaisquer outras situações de hipossuficiência que torne necessário um especial serviço jurídico a ser ofertado, pelo próprio Estado, à parte.

É por assim ser que, por exemplo, a partir de dados concretos da causa, não será proibida à Defensoria Pública atuar na proteção de entidades de consumidores leigos, de pessoas excepcionais etc, notoriamente nas hipóteses concretas em que tais agrupamentos se encontram em situação de vilipêndio e inferioridade, não só econômica, perante a autoridade ou órgão demandado.

Em especial, no caso das pessoas com deficiência, cujos dados estatísticos inferem a relação, inclusive causal, entre a deficiência e a pobreza. O preconceito, a falta de qualificação e de oportunidades elevam as taxas de desemprego e diminuem os índices salariais de tal grupo social. Somam-se ainda os elevados custos gerados pela própria deficiência, tudo isso a corroborar a comprovação da frágil condição econômica desses indivíduos⁸⁸.

Situação esta agravada, notadamente, em relação às pessoas que possuem determinado tipo de deficiência não considerada pelo decreto regulamentador. A negação ao benefício das cotas, a um portador de doença grave ou de qualquer outra patologia limitante, quando desprovida da análise criteriosa e da fundamentação prévias, obstaculiza em demasido o acesso ao trabalho, ao impedir a concorrência isonômica, contribuindo para maior incidência da pobreza em relação a esse grupo minoritário.

Por isso mesmo, entende ser legítima a atuação da Defensoria Pública na representação dos direitos das pessoas com deficiência, mais que isso é um dever institucional do qual não se pode refutar.

⁸⁸ Confira-se o capítulo, item 1.5.1. (Inclusão das pessoas com deficiências no mercado de trabalho), em anexo. O vínculo entre a deficiência e o fator econômico será ainda abordado no capítulo, demonstrando a interferência das condições externas na determinação da extensão e até mesmo da caracterização deficiência física.

Outrossim, em contraposição ao temor que parece mover a discussão, no sentido de a Defensoria Pública estar a invadir espaço jurídico destinado ao Ministério Público, merece destaque que a visão neoconstitucional do processo não permite analisar as competências e legitimidades institucionais sem levar em consideração o solidarismo jurídico (art. 3º, I, CF) que, calcado na participação e na colaboração de todos na construção do bem comum, direciona a participação processual da Defensoria Pública, do *Parquet* Estadual e do Federal e das Procuradorias a uma equação única, com vistas a concretizar os direitos humanos, deixando de lado quaisquer pretensões individualistas ou disjuntivas.

A Defensoria Pública é mais um órgão de proteção às pessoas com deficiências, é mais uma via de promoção e de concretização dos direitos fundamentais dentre os quais se destaca o direito ao acesso igualitário ao mercado trabalho.

Uma solução pode ser vislumbrada na doutrina americana da *adequacy of representation*⁸⁹, cujo cerne está em viabilizar o controle jurisdicional da legitimidade coletiva de acordo com as nuances e as necessidades de cada caso concreto.

Explica-se: a Defensoria Pública será considerada legitimada a conduzir o processo coletivo quando for demonstrado o nexó entre a demanda coletiva e o interesse de uma coletividade hipossuficiente, ou pelo menos composta por membros hipossuficientes, seja do ponto de vista econômico, jurídico ou organizacional.

Essa investigação para fins de “adequação de representação” seria exercida, caso a caso, pelo magistrado da causa, autoridade cuja proximidade com a realidade social trará a solução mais equânime ao problema, em linha com o próprio princípio da inafastabilidade.

Compreende-se que o sistema de representação no Brasil se apresenta sim, com maior eficácia, em cotejo ao norte-americano. No entanto, pode-se deste extrair inspiração no aludido instituto da *adequacy of representation* presente nas *class*

⁸⁹ A *adequacy of representation*, ou seja, a adequação do representante é um dos requisitos fundamentais para que se possa admitir a ação coletiva (*class action*) nos EUA, vinculado ao devido processo legal. Encontra-se previsto na Regra 23, “a” das Federal Rules of Civil Procedure, novel legal que regula o processo civil americano, no âmbito federal. Nesse sentido, ver: WOOLLEY, Patrick. **Rethink the adequacy of adequate representation**, Texas Law Review, v. 75, 1997, p. 571. Na mesma linha de pensamento: BONE, Robert C. **Rethinking the “day in court” ideal and non party preclusion**, New York University Law review, v. 67, 1992, p. 214.

actions, superando-se a polêmica da legitimidade ativa da Defensoria Pública na representação dos direitos difusos.

Dessarte, ao invés de se delimitar uma baliza legal que estabelece previamente o rol de legitimados, sem conferir nem ao menos a oportunidade de discussão em juízo a respeito, estaria aberto o espaço para a análise da causa, aferindo a própria legitimidade da Defensoria Pública, num contexto casuístico.

Pela análise do direito estrangeiro, identifica-se aí mais um argumento para garantir e ampliar a participação da Defensoria Pública no interesse das pessoas com deficiência, sem que isso signifique o controle de representação de todos os legitimados pelo Poder Judiciário.

Nem seria uma enorme alteração, pois, já há situações onde o juiz afere os critérios estabelecidos pelo legislador, que apontam para a adequada representação, a exemplo do que ocorre com as associações.

3.9. Respeito ao princípio da vedação ao retrocesso

A fim de evitar possíveis alegações de que a hipótese ora defendida atenta contra o princípio da vedação ao retrocesso, cumpre tecer alguns esclarecimentos.

A vedação ao retrocesso é princípio constitucional implícito, extraído precipuamente do princípio da segurança jurídica (art. 5º, caput e XXXVI, CF), do princípio da máxima efetividade (art. 5º, § 1º, CF), do princípio do Estado Democrático e Social de Direito (art. 1º, CF), bem como do princípio da dignidade da pessoa humana (seu inciso III). Sobre esse princípio, explica Canotilho:

O princípio da democracia económica e social aponta para a proibição de retrocesso social. A ideia aqui expressa também tem sido designada como proibição de “contra-revolução social” ou da “evolução reaccionária”. Com isto, quer dizer-se que os direitos sociais e económicos (ex: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez alcançados ou conquistados, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo (1993, p. 468).

Refere-se, portanto, tal princípio a uma proteção conferida a todos os direitos fundamentais e, no seu sentido mais estrito, aos direitos sociais.

No tocante aos limites impostos aos órgãos de concretização da Constituição à luz da proibição de retrocesso, há basicamente duas correntes doutrinárias. A primeira representada principalmente por Zagrebelsky (1984, p. 450), posiciona-se de forma mais radical, ao afirmar que não pode haver qualquer redução no grau de concretização alcançado por um direito social. Ou seja, defende o caráter absoluto da vedação ao retrocesso.

Por outro lado, numa abordagem mais flexível, anota José Carlos Vieira de Andrade que a autonomia da função legislativa seria aniquilada acaso o legislador “fosse obrigado a manter integralmente o nível de realização e a respeitar os direitos por ele criados” (2001, p. 392).

Logo, a vedação consiste no impedimento de um retrocesso, tão somente, na medida em que este se revele arbitrário ou desarrazoado, e apenas em relação aos direitos consagrados, e não às minúcias de suas respectivas regulamentações (ANDRADE, 2001, p. 393-394).

No mesmo sentido é o entendimento exposto por Jorge Miranda, o qual confirma a discricionariedade legislativa, refutando, porém, a possibilidade de as normas constitucionais, após concretizadas, serem revogadas, voltando-se ao patamar anterior (2000, p. 254-255).

Dessa maneira, guiando-se pelo entendimento majoritário — qual seja: o da ponderação do princípio da vedação ao retrocesso — o artigo 4º do Decreto regulamentador, pode sim, por óbvio, ser ampliado. E, da mesma forma e com o mesmo objetivo de conferir às pessoas com deficiência uma integral acessibilidade ao mercado de trabalho, a aplicação do mesmo dispositivo pode ser restringida pela atividade administrativa, pelo legislador, bem como, via decisão judicial, garantindo o espaço àquele (e só àquele) que necessita *ex facto* de tal distinção.

De forma elucidativa, aduz Luiz Alberto de Araújo (2006, p. 215-219), em relação à reserva de vagas em concurso público:

há uma presunção de que toda pessoa portadora de deficiência precisa do benefício, o que não é uma verdade. [...] só precisa do benefício aquele que não conseguiu superar as barreiras da exclusão diante de seus estudos, durante a sua formação. [...] há pessoas portadoras de deficiência que

estão perfeitamente integradas socialmente; e há pessoas portadoras de deficiência que necessitam do amparo do Estado em matéria de vagas reservadas [...] não são todos que precisam (minorias, é verdade). Mas há os que precisam. Os primeiros não podem 'atrapalhar' a proteção daqueles que necessitam

Entenda-se, definitivamente, que a proibição ao retrocesso (segundo a doutrina francesa do efeito *cliquet*) impede a supressão de direitos, oriundos em sua maioria de conquistas históricas da humanidade para afirmação da dignidade humana. Todavia, nada obsta a restrição a tais direitos, deferindo-os só a quem deles necessite (como, aliás é da índole de todas as distinções jurídicas), bem como, a eventuais ações afirmativas, pois os direitos, de forma geral, não são absolutos e comportam limitações, especialmente quando contrapostos a outros direitos igualmente fundamentais.

Com efeito, também os direitos sociais estão submetidos a medidas restritivas, que os afetam tanto na perspectiva objetiva, quanto subjetiva, de tal sorte que também para os direitos sociais se impõe a necessidade de controlar a legitimidade constitucional, de tais restrições, com base nos critérios já integrados à prática doutrinária e jurisprudencial, como é o caso, dentre outros, da observância das exigências da proporcionalidade (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 567).

Notoriamente há a preocupação em proteger os direitos sociais, especialmente em face ao legislador, e sem dúvida alguma extensível aos demais Poderes. O intuito é impedir as ingerências de atores públicos e privados que afetam gravemente o grau de concretização a determinado direito já consagrado.

Nesse sentido é que o presente trabalho reforça o princípio da vedação ao retrocesso: ao impedir que pessoas que não possuem reais ou determinantes limitações se beneficiem das cotas, protege-se o direito daqueles que realmente precisam de uma medida positiva por não conseguirem competir no mercado de trabalho, em nível de igualdade, seja com uma pessoa sem deficiência, seja com uma pessoa com deficiência de menor grau, superável ou assintomática.

Densifica-se aqui o princípio da dignidade humana das pessoas verdadeiramente com deficiência, ao maximizar o direito social delas ao trabalho.

Por essa razão, perpassa o estudo em tela pelo crivo do denominado “sistema de limites aos limites”⁹⁰.

3.10. Combate ao simbolismo normativo

Com efeito, a existência na Carta Magna de um nítido acervo de normas a garantir trato diferenciado em redor da proteção aos deficientes físicos impele o intérprete do direito à convicção de que a pacificação das demandas a envolver a matéria está umbilicalmente interligada à própria aplicação do Texto Maior, tarefa que exige dele perspicácia e ciência para encontrar no abrigo constitucional a raiz de solução dos entraves sociais.

Por outro lado, quando da aplicação do novel constitucional à situação concreta, consciência e relevância do contexto social e histórico são imperativos indispensáveis a sua força normativa, evitando, assim, “o idealismo das Constituições brasileiras e o fracasso de muitas instituições, com a conseqüente instabilidade política e social” (TEIXEIRA, 1991, p. 52).

Preleciona, ainda, Konrad Hesse, ao retratar o pensamento de Humbolt, que a Constituição:

[..] não logra produzir nada que já não esteja assente na natureza singular do presente. [...] Se lhe faltam esses pressupostos, a Constituição não pode emprestar ‘forma e modificação’ à realidade; onde inexista força a ser despertada – força esta que decorre da natureza das coisas – não pode a Constituição emprestar-lhes direção; se as leis culturais, sociais, políticas e econômicas imperantes são ignoradas pela Constituição carece ela do imprescindível germe de sua força vital. A disciplina normativa contrária a essas leis não logra concretizar-se. (1991, p. 18).

⁹⁰ O sistema de limites aos limites é traduzido, sumariamente, da seguinte forma: “a) A medida estatal [...] deve buscar atender a finalidade constitucionalmente legítima, portanto, ter por objetivo a proteção ou promoção de outro direito fundamental ou a salvaguarda de interesse constitucionalmente relevante; b) A medida restritiva não poderá afetar núcleo essencial do direito social [...]. c) Da mesma forma, ainda no campo dos limites dos limites, indispensável a observância das exigências da proporcionalidade (tanto no que proíbe excessos quando naquilo que veda a proteção insuficiente) e da razoabilidade [...]; d) Quando couber, necessário ainda controlar o respeito às reservas legais e ao conteúdo do princípio da segurança jurídica e das respectivas garantias da coisa julgada, do ato jurídico perfeito e do direito adquirido, mas também dos requisitos de proteção à confiança legítima.” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 569-570).

Decorre dessa aceitação e da interação da Constituição à comunidade, em sintonia com a realidade fática, a inevitável revisão do conceito de deficiência.

Há especial paradoxo no tocante à situação fática, relativa ao ingresso das pessoas portadoras de deficiência física no mercado de trabalho mediante cotas e à finalidade da Lei e da própria Constituição que tratam da matéria, por variadas razões.

No cenário atual, muitas doenças graves ou limitadoras, porém, não incapacitantes, deixam de ser contempladas pelas cotas, em razão, sobretudo, do criticado art. 4º do Decreto 3.298/99, com redação dada pelo Decreto nº 5.296/04.

Some-se a isto o fato de que as pessoas portadoras de deficiência física concorrem entre si, independentemente de seus graus variados de deficiência e as respectivas limitações, inclusive sem se perquirir os efeitos sociais e psicológicos da deficiência e as condições de acesso à estrutura de reabilitação dos candidatos. Há, portanto, uma verdadeira concorrência desleal na disputa pela vaga no mercado de trabalho, seja mediante concurso público, seja na esfera privada.

Logo, avista-se que as leis que tratam da matéria cumprem tão-somente a função simbólica, tendo em vista que não resolvem o conflito, mas o postergam para o futuro.

É dada à sociedade tão-somente uma satisfação ou impressão de que o direito ao acesso ao trabalho das pessoas portadoras de deficiência está sendo protegido e garantido, quando, em consequência, aqueles que mais necessitam das vagas delas não usufruem.

A pretexto de fixar alguma segurança jurídica, com uma lista fechada, são diuturnamente praticadas injustiças, ao gerar discriminações a quem não os deveria ter, ou não garantir quem haveria de os merecer.

Por outro lado, evitam-se maiores gastos públicos e maior ingerência na estrutura econômica das empresas privadas, uma vez que é mais dispendioso a contratação de pessoas realmente portadoras de deficiência. Enfim, aprovam-se legislações “álbis”, e os intérpretes jurídicos, sobretudo, os magistrados, com elas não podem ser coniventes em sua atividade de livre convencimento motivado.

É comum que toda norma jurídica possua uma certa carga de ideologia, que é verdadeira garantia da imperatividade e da subsistência do próprio sistema

jurídico, uma vez que estabiliza as relações, inclusive de poder existente entre o Estado (autoridade) e o Cidadão (sujeito subordinado).

Nas palavras de Tércio Sampaio Ferraz Jr, a ideologia “calibra o sistema normativo na medida em que só por ela é possível determinar, numa situação dada, que tipo de efetividade deve possuir ele, como um todo, para que suas normas constituam cadeias válidas e, em consequência, que tipo de autoridade deve ser assumida como legítima” (2000, p.157).

E, em decorrência, Ferraz Jr, identifica o sistema normativo, como um

[...] sistema ideológico de controle de expectativas, isto é, um sistema em que o agente age de certo modo, porque os demais agentes estão legitimamente seguros de poder esperar dele tal comportamento. Um sistema, portanto, de controle de expectativas comuns e mútuas, controle esse dado, em última análise, por uma decisão fortalecida ideologicamente e que assegura uma relação metacomplementar entre editor e endereçado (2000, p. 158).

A problemática consiste, entretanto, na “hipertrofia” da função politico-simbólica em detrimento da força normativo-jurídica da legislação (NEVES, 2007, p.31).

Em suma, uma das consequências do apego positivista exacerbado reside nas inúmeras emendas sofridas por nossa Constituição em tão curto período, imbuídas de uma carga de simbologia para acalmar grupos de tensão antagônicos, pondo em cheque a própria autoridade da Lei Maior e a sua efetividade como Norma Posta e Fundante.

CONCLUSÕES

A proteção dos Direitos Sociais, em especial o direito ao trabalho, previsto constitucionalmente, deve ser amplamente concretizado, mormente por meio de políticas públicas que garantam o acesso livre e igual de todas as pessoas, sobretudo aquelas portadoras de determinantes necessidades especiais.

Proteção esta albergada não apenas na Constituição da República como também na ordem internacional que não pode ser desconsiderada, em especial a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência que possui reluzente *status* de Emenda Constitucional no Ordenamento Jurídico brasileiro.

Pautando-se em tais ditames, verificou-se a imprescindibilidade de uma reformulação do conceito de deficiência física levando em consideração o indivíduo, suas necessidades intrínsecas e ontológicas, e a sociedade que se encontra inserido juntamente com seus fatores econômicos e culturais.

Compulsada o conjunto normativo brasileiro, especialmente no Decreto nº 3.298/99, com redação alterada pelo Decreto nº 5.296/04 que se arvora em tipificar as deficiências, perceberam-se imprecisões, bem como, incongruências na disposição da matéria em decorrência do desapego constitucional, gerando assim, inúmeras demandas judiciais.

Observa-se, pois, a abertura do espaço tanto para práticas abusivas no preenchimento de vagas no mercado de trabalho, seja através dos concursos público, seja no âmbito privado, como também para a marginalização de pessoas portadoras de patologias severas, todavia, não contempladas pela legislação, mormente diante de uma normatização bastante tímida, que atribui tão somente à Junta Médica a aferição da deficiência, consoante ocorre do estado de Sergipe (v.g., Lei Estadual nº 3.549/1994).

Esta timidez, esta tibieza, não se coaduna ao espírito da Constituição, aos seus princípios expressos, e revelam que, ainda que legislação ordinária ou regulamentação infraconstitucional não tivesse advindo, os direitos à plena acessibilidade dos deficientes físicos já se encontravam, e continuam a subsistir, de

modo pleno e concreto, em homenagem aos ditames constitucionais plenipotenciários.

Diante de tais assertivas, comprova-se a distribuição não criteriosa das cotas desenvolvida no mercado de trabalho brasileiro, seja no âmbito da Administração Pública, seja nas empresas privadas.

Comprova-se que muitas pessoas que não necessitam de tal prerrogativa, que possuem apenas disfunções leves ou mitigadas pela medicina, acabam desfrutando de verdadeiro privilégio de reserva de vagas, valendo-se para tanto de expressa previsão legal, em total dissonância com princípios insculpidos na Constituição, principalmente o da igualdade material e o da dignidade da pessoa humana.

Se é verdade que toda política afirmativa é uma política de identidade e de reconhecimento da diversidade da qual deriva aquela distinção, então é dever do ordenamento jurídico estabelecer linhas gerais donde se extraia tal identidade.

É ter este desiderato sem uma barreira intransponível fixada numa listagem em *numerus clausus*, mas permitindo a contínua respiração evolutiva do Direito, e, ao mesmo tempo, gerando a identificação dos reais destinatários da norma protetiva.

Isso e também, como outro lado da mesma moeda, não se deferir um indevido beneplácito daquela norma a quem dele não necessite para obter igualdade de condições e de oportunidades.

Ao compreender deste estudo, isso sim é fazer e promover Justiça. Isso sim é gerar uma identidade afirmativa aos reais destinatários da proteção normativa e jurisdicional, e não o estabelecimento de mecanismos para quem apenas possa querer tirar vantagem e se aproveitar dela, em detrimento de quem dela efetivamente necessita.

Ante a força normativa da Constituição, é que se impõe a concretização de seus mandamentos; para tanto, imperativo se fazem o desenvolvimento e a reorientação de políticas públicas positivas além da simples concessão piedosa, e por vezes ilegítima, de cotas.

Deve-se considerar a reserva de vagas no mercado de trabalho como medida de exceção, atribuída de acordo com as peculiaridades de cada caso em concreto, após a análise clínica, social e econômica.

Tendo em vista que o planejamento da gestão pública, incluindo a imposição de cotas na esfera pública e privada ao arripio dos efetivos mandamentos constitucionais, não apenas põe em cheque o Estado Democrático de Direito, mas o próprio Estado, inserido numa ordem econômica global altamente capitalizada que deve ser considerada na concretização dos direitos fundamentais, sobretudo os de natureza trabalhista, a proteção efetiva dos direitos dos trabalhadores, em especial das pessoas com deficiência física, perpassa impreterivelmente o aprimoramento dos demais setores dos direitos sociais.

É preciso ampliar a acessibilidade da educação e da saúde especializados, de tecnologias assistivas, do processo de habilitação e reabilitação avançado, que irão atenuar ou mesmo afastar a dita deficiência. Tudo isso associado a uma fiscalização estatal para combater as atitudes discriminatórias.

Na trajetória das sociedades democráticas, observa-se um movimento de limitação do poder estatal, pautado, principalmente, na busca de sobrepor os interesses particulares, modificando a percepção da Constituição e sua função no ordenamento jurídico, o que influencia diretamente a interpretação e aplicação do Direito.

Assim, afigura-se a Constituição como documento máximo de proteção dos direitos fundamentais, não apenas de alguns, mas de todos, penetrando-se em todas as normas, de modo mediato ou imediato, sendo ainda atribuída força normativa aos princípios nela esculpidos, expressa e implicitamente.

Afasta-se assim do modelo jurídico tradicional positivista e fechado, impondo-se a abertura do sistema normativo, agora valorativo.

Assim, analisando as recentes decisões jurisdicionais, em especial do Supremo Tribunal Federal, observa-se que o papel do intérprete da lei, antes restrito ao texto normativo, torna-se criativo, em face da impossibilidade ou da inércia do Legislativo e do Executivo em prever todas as situações de conflito, bem como da desatualização das leis. Nesse diapasão, notadamente, em sede de controle de

constitucionalidade, avista-se o exercício interpretativo do judiciário na busca de correção e transformação.

Para legitimação e efetividade de tais decisões, necessária a oxigenação dos métodos interpretativos, pois, consoante o exposto, os métodos clássicos de interpretação da Lei são insuficientes para reger e solucionar os diversos problemas, frutos de uma sociedade heterogênea e fluida.

Diante de todo o expendido, tem-se restar demonstrada a imprescindibilidade do estudo da hermenêutica constitucional, uma vez que a hermenêutica jurídica clássica não consegue desenvolver as conquistas teóricas advindas da virada linguística da hermenêutica filosófica.

E, somente através de um estudo crítico, para além de listagens normativas fechadas, poderá então se fazer a ruptura com velhos paradigmas e com (pré)conceitos tradicionais que impedem que o Direito promova a justiça e a igualdade, a fim de se evitar a geração de vítimas de uma violência ainda que simbólica mormente quando em pauta a questão da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência no mercado de trabalho, para não se dar guaridas imerecidas ou excluir-se quem deveria receber devida tutela.

Visto ainda o papel do Ministério Público e da Defensoria Pública, apontou-se a necessidade de se alargar a hermenêutica acerca do termo “carência”, etapa que leva o operador do direito a uma nova dimensão do universo dos excluídos e necessitados, partindo para uma interpretação que vai considerar os diversos tipos de carência existentes no mundo contemporâneo, em especial a hipossuficiência organizacional e jurídica.

Nessa perspectiva, granjeia-se maior representação da Defensoria Pública na defesa os direitos das pessoas com deficiência, inclusive nas demandas que envolvam a questão de inserção no mercado trabalhista.

Enfatiza-se ainda que todo exposto no presente o estudo prestigia e respeita o princípio da proibição do retrocesso social.

E finalmente, sem que seja ou queira soar pretensioso, está aqui demonstrado haver um excesso de carga simbólica imbuído na norma que define o conceito de “deficiência”, o que leva à fragilidade e à ineficácia do ordenamento

jurídico, minimiza a Constituição Federal e, portanto, atinge o próprio cerne do Estado Democrático de Direito.

Não bastasse, ao invés de protegê-los na medida em que precisem desta proteção, pasteurizam-se as deficiências, e, pior, excluem-se necessários destinatários de normas de proteção em prestígio de quem delas nem mais necessitam. Ao invés de agregação, justa proteção, há, a partir disso, o enraizamento de uma concepção maniqueísta de mundo, pautada em classificações e preconceitos que obstaculizam a concretização dos direitos fundamentais, olvidando-se o indivíduo e suas peculiares circunstâncias, quando deveriam essas mesmas circunstâncias justificar aquele tratamento diferenciado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **El concepto y validez del derecho**. Tradução: Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2004, p. 185.

ALTAVILA, Jayme de. **Origem dos direitos dos povos**. São Paulo: Ícone, 2001.

ALVES, Rubens Valtecídes. **Deficiente físico**: Novas dimensões da proteção ao trabalhador . São Paulo: LTr, 1992.

AMIRALIAN, Maria LT; PINTO, Elizabeth B; GHIRARDI, Maria I. G.; LICHTIG, Ida; MASINI, Elcie F. S.; PASQUALIN, Luiz. **Conceituando deficiência**. Rev. Saúde Pública, 34 (1): 97-103, 2000.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais da Constituição Portuguesa de 1976**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

ARISTÓTELES. **A Política**. Trad. Roberto Leal Ferreira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 73.

_____. **Ética a Nicômaco**. Trad., introdução e notas: Mário da Gama Kury. 3. ed. Brasília: UNB, 1999.

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

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. 3. ed. Brasília: CORDE – Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 2001.

_____. **Defesa dos direitos das pessoas portadoras de deficiência** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ASSIS, Olney Queiroz; POZZOLI, Lafayette. **Pessoa portadora de deficiência: direitos e garantias**. 2. ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2005, p. 236.

Atkinson D. **Language terminology across time and space**: changing labels in the United Kingdom. In: 10th World Congress of the International Association for the Scientific Study of Intellectual Disabilities. Helsinki: 1996.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. Porto Alegre: Fabris Editor, 1989.

BALERA, Fernanda Penteado. **A ação civil pública e os direitos das pessoas com deficiência**. São Paulo: Revista de processo, 2010.

Badley EM. **An introduction to the concepts and classifications of the international classification of impairments, disabilities, and handicaps**. *Disabil Rehabil*. 1993;15:161-78.

BARROS, Alice Monteiro de. Discriminação no emprego por motivo de sexo. In: CASTRO, Carlos Roberto Siqueira, **O princípio da isonomia e a igualdade da mulher no direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso De Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do Direito**: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>> . Acesso em: 15 jun 2013.

BERNARD, Claude. **Leçons sur le diabete et la glycogenèse animale**. Paris: J.-B. Baillière, 1877.

BLEICHER, Josef. **Hermenêutica Contemporânea**. Trad. Maria Georgina Segurado. Edições 70, 1980.

BIANCHINI, Alice; MARQUES, Ivan Luís. Tutela penal da pessoa com deficiência. In: FERRAZ, Carolina Valença et al (coord.). **Manual dos direitos da pessoa com deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BIIHRING, Marcia Andrea. **Alguns Aspectos da Hermenêutica Filosófica e Jurídica**. Revista da Faculdade de Direito da UFPR. v. 36, 2001. Disponível em: <

<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/viewFile/1795/1492>> Acesso em 09 set 2013.

BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz. 14.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 8. ed., Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Camou, 1992.

BOGLIOLO, Luigi ; BRASILEIRO FILHO, Geraldo. (Edt.). **Bogliolo: Patologia**. 8. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2011.

BROUSSAIS, François-Joseph-Victor. **Traité de physiologie appliquée à la pathologie**, 2 vol. Paris: Mlle Delaunay, 1822-1823.

BRASIL. **Características do emprego formal – RAIS-2012**: principais resultados. Brasília: TEM, 2012. Disponível em: <<http://portal.mte.gov.br/data/files/FF808081419E9C900141B730BF0D7473/Apresenta%C3%A7%C3%A3o%20RAIS%202012%20consolidado%20ultima%20versao.pdf>> . Acesso em 21 maio 2014.

BRASIL. **Constituição Da República Federativa Do Brasil De 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 09 jun 2013.

_____. **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://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm>. Acesso em 09 jun 2013.

_____. **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://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5296.htm>. Acesso em 09 jun 2013.

_____. **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://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213compilado.htm>. Acesso em 09 jun 2013.

_____.Lei No 10.098, de 19 de Dezembro de 2000.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://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l10098.htm>. Acesso em 09 jun 2013.

_____. Lei Nº 11.343, de 23 de Agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em 09 jun 2013.

_____.Lei Nº 12.349, de 15 de Dezembro de 2010.Alteras Leis nos 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.958, de 20 de dezembro de 1994, e 10.973, de 2 de dezembro de 2004; e revoga o § 1º do art. 2º da Lei no 11.273, de 6 de fevereiro de 2006. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12349.htm>. Acesso em 09 jun 2013.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. **A pessoa com deficiência e o Sistema Único de Saúde.** 2. ed. Brasília : Editora do Ministério da Saúde, 2008.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e Argumentação Neoconstitucional.** São Paulo: Atlas, 2009.

CAMÂRA, Fernando Portela; SILVA, Antonio Geraldo **Da. Reflexões sobre o projeto Global Burden of Disease Study 2010.** In: Revista debates em psiquiatria. Rio de Janeiro: Associação brasileira de psiquiatria. ISSN 2236-918X. Ano 3. nº1. Jan/Fev 2013.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo:** direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Dilemas e desafios da Proteção Internacional dos Direitos Humanos no limiar do século XXI**. Revista brasileira de Política Internacional, v. 40, n.1, Brasília, jan./jun.1997. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-73291997000100007&script=sci_arttext>. Acesso em: 06 jul. 2014.

_____. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003, v.3.

CANGUILHEM, Georges. **O normal e o patológico**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, 6 ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

CARBONEL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

CAT, 2007. **Ata da Reunião VII, de dezembro de 2007**, Comitê de Ajudas Técnicas, Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República (CORDE/SEDH/PR). Disponível em: <http://www.infoesp.net/CAT_Reuniao_VII.pdf>. Acesso em: 23 set 2014.

CAVALCANTE, Jouberto De Quadros Pessoa; JORGE NETO, Francisco Ferreira. **O portador de deficiência no mercado de trabalho**. n. 6, São Paulo: Revista LTR - Legislação do Trabalho, 2005.

Chamie M. **The status and use of the International Classification of Impairments, disabilities and Handicaps (ICIDH)**. World Health Stat Q 1990;43:273-80.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Repensando a interpretação constitucional**. In: Revista Diálogo Jurídico. Salvador: Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 5, agosto, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 15 jun 2013.

COELHO, Luís Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

COHEN, Gerald A. **If You're an Egalitarian, how Come You're So Rich?**. Harvard: University Press, 2000.

COMTE, Augusto. **Cours de philosophie positive**: 402 leçon. Considérations philosophiques sur L'ensemble de la science biologique, 1838. Paris: Schleicher, t. III, 1908.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

CUNHA, Rogério Sanches. **Código Penal**. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **As Lacunas no Direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. **Dicionário Jurídico**. 2.ed. São Paulo, Saraiva, 2004.

DOUMBIA-HENRY, Cleopatra. **Discriminação de gênero, pessoas com necessidades especiais e portadores do HIV-AIDS**: a perspectiva da OIT. N. 76, 4. Brasília: Revista do Tribunal Superior do Trabalho. Brasília, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**, trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. Rawls e o direito. In: **A justiça de toga**, trad. Jefferson Luiz Camargo, rev., Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

EDWARDS, G and Gross, M. **Alcohol Dependence**: Provisional Description of a Clinical Syndrome. British Medical Journal, May 1976; 1: 1058 – 1061. Disponível em: < <http://www.bmj.com/content/bmj/1/6017/1058.full.pdf>> . Acesso em: 28. Ago. 2014.

EUA, Equal Employment Opportunity Commission. **ADA Amendments Act of 2008**. Disponível em: < <http://www.eeoc.gov/laws/statutes/adaaa.cfm>>. Acesso em 07 out. 2014.

EUSTAT. **Educação em tecnologias de apoio para utilizadores**

finais: linhas de orientação para formadores. 1999.

Disponível em <<http://www.siva.it/research/eustat/eustgupt.html>> Acesso em 02 nov. 2011.

Fernald CD, Atkinson D, Keynes M, Hutchison T. **Disability language preferences: towards some universal, culture free principles**. In: 10th World Congress of the International Association for the Scientific Study of Intellectual Disabilities. Helsinki; 1996. p. 61.

FERRARI, Irany. História do Trabalho. In: **História do Trabalho, do Direito do Trabalho e da Justiça do Trabalho**. São Paulo, LTr, 1998.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2013

FERREIRA, F. A. Gonçalves. **Moderna saúde pública**. 5. ed. 1. vol. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, , 1982.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira**. v. 3, São Paulo: Saraiva, 1975, p. 78.

FIGUEIREDO, Antonio Borges de. **Desenho universal e meio ambiente do trabalhador: acessibilidade da trabalhadora portadora de deficiência**. n. 246. São Paulo: Revista IOB Trabalhista e Previdenciária, 2009.

FILAS, Rodolfo Capón. **Protección del Mundo del Trabajo**: Primeira aproximación. Evocati Revista, n. 17, maio 2007. Aracaju. Disponível em: <http://www.evocati.com.br/evocati/indicarartigo.wsp?tmp_codigo=121>. Acesso em: 20 jun. 2014.

FIRACE, Renata. **A sociedade do culto ao corpo perfeito**. Revista Espaço e Cidadania. São Paulo: Metodista, nº. 59. Disponível em: <<http://www.metodista.br/cidadania/numero-59/a-sociedade-do-cultoao-corpo-perfeito/>>. Acesso em 10 ago 2011.

FLEISCHACKER, Samuel. **Uma breve história da justiça distributiva**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de (Org.). **Direitos da Pessoa Portadora de deficiência**. São Paulo: Mas Limonad, 1997.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques. **O Trabalho Protegido do Portador de Deficiência**. Campinas, 2000. Disponível em: <
<http://www.pgt.mpt.gov.br/publicacoes/pub60.html>>. Acesso em 30 mar 2014.

_____. **O trabalho da pessoa com deficiência e a lapidação dos direitos humanos: o direito do trabalho, uma ação afirmativa**. São Paulo: Ltr, 2006.

_____. **A ONU e o seu conceito revolucionário de pessoa com deficiência**. São Paulo: Revista LTR: Legislação do Trabalho, 2008.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Fundamentos de medicina legal**. 2.ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2012.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: fundamentos de uma hermenêutica filosófica**. 3. ed. Trad. Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2001.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: parte geral.v.1**. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Novo curso de Direito Civil: parte geral, v.1**. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GIGLIOTTIA, Analice; BESSAB, Marco Antonio. **Síndrome de Dependência do Álcool: critérios diagnósticos**. Rev Bras Psiquiatr 2004; 26 (Sulpl I): 11-13.

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e Técnicas de Pesquisa Social**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1995.

GOLDFARB, Cibbele Linero. **Pessoas Portadoras de Deficiência e a Relação de Emprego : O Sistema de Cotas no Brasil**. Curitiba: Juruá Editora, 2007

GOLDSTEIN, Kurt. **Der Aufbau des Organismus**. Haia: Nijhoff, 1934.

GOMES, Orlando. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro, Forense, 1995.

GOMES, Joaquim Barbosa. **Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade**: o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA. Rio de Janeiro, 2001.

Grant GF, Dawson DA. **Alcohol and drug use, abuse, and dependence**: classification, prevalence, and comorbidity. In: McCrady BS, Epstein EE, editors. Addictions – a comprehensive guidebook. London: Oxford University Press; 1999. p.10.

GUELLER, Marta M. R.. **Direito das pessoas com deficiência**. n. 345. São Paulo: Revista de Previdência Social, 2009.

GURGEL, Maria Aparecida. **Discriminação positiva**. Revista do Ministério Público do Trabalho. Ano X. Brasília: LTr, março, 2000.

_____. **Pessoas com deficiência e o direito ao concurso público**: reserva de cargos e empregos públicos, administração pública direta e indireta. 2. ed. Goiânia: Universidade Católica de Goiás, 2007

_____. **A pessoa com deficiência e sua relação histórica com a humanidade**. Disponível em <http://www.ampid.org.br/Artigos/PD_Historia.php>. Acesso em 10 jun 2014.

Hall DMB. Commentary. **Arch Dis Child**. 1995;73:94.

Halpern SD, Ubel PA, Caplan AL. **Solidorgan transplantation in HIV-infected patients**. N Engl J Med. 2002;347: 284-7

HARRIS, Alison; ENFIELD, Sue. **Disability, Equality and Human Rights**: A Training Manual for Development and Humanitarian Organizations. Oxford: ADD, 2003.

HAYEK, Friedrich A. Von. **A miragem da justiça social**. In: MAFFETONE, Sebastião; VECA, Salvatore (orgs). A idéia de justiça de Platão a Rawls. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HEIDEGGER, Martin. Ser e Tempo. Trad. Márcia Sá Cavalcanti. Petrópolis: Vozes, 1998.

HÉRCULES, Hygino de Carvalho. **Medicina legal**: texto e atlas. 2.ed.São Paulo: Editora Atheneu, 2014.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

_____. **Elementos de Direito Constitucional da república Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998.

Hutchison T. **The evolution of acceptable language in the definition of disability**. In: 10th World Congress of the International Association for the Scientific Study of Intellectual Disabilities. Helsinki: 1996. p. 61.

KALUME, Pedro de Alcântara. **Deficientes**: ainda um desafio para o governo e para a sociedade : habilitação, reabilitação profissional e reserva de mercado de trabalho. São Paulo: LTR, 2006.

KELSEN, Hans. **O que é justiça?**: a justiça, o direito e a política no espelho da ciência. Luís Carlos Borges (Trad.). 3ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

KREWER, Jair Vanderlei. **A evolução histórica dos direitos das pessoas portadoras de deficiência**. Revista jurídica UNIGRAN, v.2, n.3. jan./jun. 2000. Disponível em:
<www.unigran.br/revista_juridica/ed_anteriores/03/Revista%203.pdf>. Acesso em: 07 abril 2014.

Laranjeira R; Nicastri S. **Abuso e dependência de álcool e drogas**. In: Almeida O, Dractu L, Laranjeira R, Manual de psiquiatria. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan; 1996. p. 84-90.

LERICHE, René. Introduction générale; De là santé à la maladie; La douleur dans les maladies; Où v ala médecine?. In: **Encyclopédie française**, t. VI, 1936.

LIMA, Francisco Gerson Marques. **Igualdade de Tratamento nas Relações de Trabalho**. São Paulo: Malheiros, 1997.

LOPES, Glaucia Gomes Vergara. **A inserção do portador de deficiência no mercado de trabalho**: a efetividade das leis brasileira. São Paulo: Ltr, 2005.

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

LUDWIG, Celso Luiz. **Para uma filosofia da libertação**: paradigmas da filosofia da libertação e direito alternativo. Florianópolis: Conceito, 2006.

MACHADO, Hugo de Brito Machado. **Uma introdução ao estudo do Direito**. São Paulo: Dialética, 2000, p.50

MACIEL, Álvaro dos Santos. **A inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho**: uma análise jurídica sob um enfoque histórico, filosófico e sociológico. São Paulo: LTr, 2011.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros De. **Direito Constitucional**: Curso de Direito Fundamentais. 3.ed. São Paulo: Método, 2008

Malnick S D H, Knobler H. **The medical complications of obesity**. Q J Med 2006; 99:565-579. Disponível em: <<http://qjmed.oxfordjournals.org/content/99/9/565.long>>. Acesso em: 18. Ago. 2014.

MANDALOZZO, Silvana Souza Netto; LUCIA CORTES DA COSTA. **Algumas categorias não protegidas plenamente pelo direito do trabalho portadores de deficiência, idosos e acometidos de doenças graves**. São Paulo: Revista LTR - Legislação do Trabalho, 2007.

MARLEAU-PONTY, Maurice. **La Structure du Comportement**. Paris: Presses Universitaires de France, 1942.

MEDEIROS, Marcelo; DINIZ, Débora; SQUINCA, Flávia. **Estudo do Programa Brasileiro de Transferências de Renda para a População com Deficiência e suas famílias no Brasil**: uma análise do Benefício de Prestação Continuada. Texto para discussão nº 1184. Brasília: IPEA; 2006. Disponível em: <http://www.ipc-undp.org/publications/cct/td_1184.pdf>. Acesso em: 10 set 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira De. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. 2. ed., São Paulo, RT, 1969.

MASSONI, Neusa Teresinha. **Ilya Prigogine: uma contribuição à filosofia da ciência**. Revista Brasileira de Ensino de Física, vol. 30 n. 2, São Paulo, 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1806-11172008000200009&script=sci_arttext>. Acesso em: 06 jul. 2014.

MELLO, Marco Aurélio Mendes de Faria. Óptica constitucional: a igualdade e as ações afirmativas. In: **Revista da Escola Nacional da Magistratura** – Ano I, n. 01, Brasília: Escola Nacional da Magistratura, 2006. Disponível em: <<http://www.enm.org.br/docs/RevistaENM.pdf>>. Acesso em 15 abr 2014.

MELO, Sandro Nahmias. **O Direito das Pessoas portadoras de deficiência**. São Paulo: LTRS. 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martins; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008.

MEYER, Emílio Peluso Neder. **A decisão no controle de constitucionalidade**. São Paulo: Método, 2008.

MINHARRO, Erotilde Ribeiro dos Santos. **Inserção do portador de deficiência no mercado de trabalho**. n. 4. São Paulo: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, 2010.

[MPE/ES] Ministério Público do Estado do Espírito Santo. Procuradoria Geral de Justiça. **Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional**. Pessoa idosa e pessoa portadora de deficiência: da dignidade necessária. Vitória: CEAFF, 2003.

[MTE] Ministério do Trabalho e Emprego: **A Inclusão de Pessoas com Deficiência no Mercado de Trabalho**. Brasília: MTE, SIT, DEFIT, 2007, p. 12-14. Disponível em: < http://portal.mte.gov.br/fisca_trab/direito-internacional-e-comparado.htm>. Acesso em: 07 out. 2014.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 4. ed. Tomo II. Coimbra: Coimbra, 2000.

MORAES FILHO, Evaristo. **Introdução ao direito do trabalho**. 1º vol. Revista Forense, 1956.

Morales JM, CaRRmpistol JM. **Transplantation in the patient with hepatitis**. C. J AmSoc Nephrol. 2000; 11:1343-53

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo: a invasão da constituição**. São Paulo: Método, 2008

MORO, Luis Carlos. **O direito do trabalho e portadores de deficiência física: regime de cotas e sua aplicação prática**. n. 225. São Paulo: Revista IOB Trabalhista e Previdenciária, 2008.

MOURA JÚNIOR, José de; MARCHI, Késsia Rita da Costa; FRESSATTI, Wyllian. **Robótica na reabilitação de pessoas com limitações**. Paraná: Unipar, 2011. Disponível em: <http://issuu.com/juniormoura/docs/rob_tica_na_reabilita__o_de_pessoas_com_limita__es>. Acesso em: 11 set 2014.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 3.ed. São Paulo: Método, 2009.

OLIVEIRA, Moacyr de. **Deficientes: sua tutela jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

[OMS] Organização Mundial da Saúde. **Classificação Internacional das Deficiências, Incapacidades e Desvantagens (Handicaps)**: Um manual de classificação das consequências das doenças (CIDID). Lisboa: Secretariado Nacional de Reabilitação; 1989.

_____. **Classificação de Transtornos mentais e de Comportamento da CID-10**: Descrições Clínicas e Diretrizes Diagnósticas, trad. Dorgival Caetano. Porto Alegre: Artmed, 1993.

_____. **Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde**. Trad. Amélia Leitão. Lisboa: 2004

_____. **Redução das desigualdades no período de uma geração**: igualdade na saúde através da acção sobre os seus determinantes sociais. Geneva, Comissão para os Determinantes Sociais da Saúde, 2008. Disponível em: <http://whqlibdoc.who.int/publications/2010/9789248563706_por.pdf?ua=1>. Acesso em 06 jun 2014.

ORNELLAS, Cleuza. (1999). **As doenças e os doentes**: a apreensão das práticas médicas no modo de produção capitalista. Revista Latino Americana de Enfermagem, 7, 19-26.

ORTEGA, Maria Lucia Jordão. **Amplitude do conceito de “deficientes”**. Revista Trimestral de Direito Público, n. 17. São Paulo: Malheiros, 1997.

PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Trad. Maria Luisa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1997.

PALOMBA, GA. **Tratado de Psiquiatria Forense**. São Paulo: Atheneu, 2003.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Esboçando uma Teoria Geral dos Contratos**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6726/esbocando-uma-teoria-geral-dos-contratos/2>>. Acesso em: 9 mar 2012.

PASQUALINE, Alexandre. **Hermenêutica e sistema jurídico**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

PASTORE, José. **Oportunidades de trabalho para portadores de deficiência.** São Paulo: LTr, 2000.

Penn I. **The effect of immunosuppression on pre-existing cancers. Transplantation.** 1993; 55:742-7.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica: nova retórica.** Trad. Virginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fonte, 1998.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. **Curso de Direito Constitucional do Trabalho.** Salvador: Editora Jus Podivum, 2009.

_____. **Manual de metodologia do trabalho científico: Como fazer uma pesquisa de Direito Comparado.** Aracaju: Evocati, 2009, p. 55.58.

PLATÃO. **A República.** Tradução Carlos Alberto Nunes. 3. ed. Belém: EDUFPA, 2000.

PINTO, José Augusto Rodrigues; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Repertório de Conceitos Trabalhistas,** São Paulo: LTr, 2000.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos.** São Paulo: Max Limonad, 1998.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito internacional público e privado.** 3. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011.

POZZOLI, Lafayette. In: ARAUJO, Luiz Alberto David. **Defesa dos direitos das pessoas portadoras de deficiência.** São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2006.

PRIGOGINE, Ilya; STENGERS, Isabelle. **Entre o tempo e a eternidade.** Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

_____. **A nova aliança: metamorfose da ciência.** Tradução: Miguel Faria e Maria Joaquina Machado Trincheira. Brasília: UnB, 1997.

PRIGOGINE, Ilya. Entrevista a Renée Weber. In: WEBER, Renée. **Diálogos com sábios e cientistas – a busca da unidade**. Tradução: Gilson César Cardoso de Sousa. São Paulo: Cultrix, 1986.

_____. O Nascimento do Tempo. Lisboa: Edições 70, 1988.

_____. **Ciência, razão e paixão**. Tradução: Edgard de Assis Carvalho, Isa Hetzel, Lois Martin Garda e Maurício Macedo. Organização: Edgard de Assis Carvalho, Maria da Conceição de Almeida. São Paulo: Livraria da Física, 2009.

PUGLISI, Maria Lúcia Benhame. **A discussão sobre o cumprimento da cota de portadores de deficiência (PPDs) e a efetividade da lei**. Brasília: JTb - Jornal Trabalhista Consulex, 2007.

RANAURO, Hilma; SÁ, Nídia Regina Limeira de. **O discurso bíblico sobre a deficiência**. Niterói, RJ: Muiraquitã, 1999.

RASPOPOVIC, Stanisa et al., **Restoring natural sensory feedback in real-time bidirectional hand prostheses**. Science Translational Medicine, 6: 222ra19, 2014. Disponível em: <<http://stm.sciencemag.org/content/6/222/222ra19>> Acesso em 11 set. 2014.

RAWLS, John. **A Theory of justice**. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1971.

_____. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Justiça como equidade**: uma reformulação. São Paulo: Martins, 2003.

RECASÉNS-SICHES, L. **Tratado general de filosofia del derecho**. 6. ed., México: Porrúa, 1978.

REY, Luís. **Dicionário de termos técnicos de medicina e saúde**. 2. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2008.

RIESER, Richard. **The social modal of disability. Invisible children**. In: Joint Conference on Children, Images and Disabilit, 1995.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. In: **Revista de Interesse Público**, Porto Alegre , n. 4, p. 23/47, 1999.

ROMITA, Arion Sayão. **Direito do Trabalho**: Temas em Aberto. São Paulo, LTr, 1998.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Direitos fundamentais e suas características**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, n. 30, São Paulo: Revista dos tribunais, 2000.

Rubin RH, Tolkoff-Rubin NE. **The problem of immunodeficiency virus infection in dialysis and transplation. The need for an international registry. Dial Transplant.** 1988; 17:291-5.

RUSSOMANO, Mozart Victor. Direito do Trabalho no limiar do século XX. In: **Estudos de Direito do Trabalho – Anais do Cinquentenário da Justiça do Trabalho**. Curitiba: Juruá, 1992.

SANTOS, Mônica Pereira dos. **Perspectiva histórica do movimento integracionista na Europa**. Revista Brasileira de Educação Especial, Piracicaba: UNIMEP, 1995, p. 21-29.

SARAIVA, Paulo Lopo. **Garantia constitucional dos direitos sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SARMENTO, Daniel. Os direitos fundamentais nos paradigmas liberal, social e pós-social: Pós-Modernidade Constitucional? In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Crise e desafios da Constituição**: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SASSAKI, Romeu Kazumi. **Inclusão. Construindo uma sociedade para todos**. Rio de Janeiro: WVA, 1997, p. 16 et seq.

SCHOLZ, Juliane Baggio. **A inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho.** Brasília: JTb - Jornal Trabalhista Consulex, 2009.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade.** Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da, **Princípio Constitucional da igualdade.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.

SILVA, José Afonso Da. **Poder Constituinte e poder popular.** São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Principiologia de Direito do Trabalho.** Salvador: Contraste, 1996.

SILVA, Otto Marques da. **A epopeia ignorada:** a pessoa deficiente na história de ontem e hoje. São Paulo: Cedas, 1986.

____. **Uma questão de competência.** São Paulo: Memnon, 1993.

SILVERTHORN, Dee Unglaub. **Fisiologia Humana: uma abordagem integrada.** 5. ed. São Paulo: Artmed, 2010

SOUSA, Otávio Augusto Reis de. **Nova Teoria Geral do Direito do Trabalho.** São Paulo: LTR, 2002.

SOWELL, Thomas. **Ação Afirmativa ao redor do mundo:** estudo empírico. Trad. Joubert de Oliveira Brízida. 2ª ed. Rio de Janeiro: UniverCidade Editora, p. 198, 2004

SPURK, Jan. A noção de trabalho em Karl Marx. In: MERCURE, Daniel; SUPURK, Jan (Orgs.). **O trabalho na história do pensamento ocidental.** Tradução de Patrícia Chittoni Ramos Reuillard e Sônia Guimarães Taborda. Petrópolis: Vozes, 2005.

Stephens D; Héту R. **Impairment, disability and handicap in audiology: towards a consensus.** *Audiology.* 1991;30:185-220.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002

TAVARES, André Ramos; BUCK, Pedro. Direitos fundamentais e democracia: complementaridade/contrariedade. In: **Direitos humanos e democracia**. Clèmerson Merlin Clève et al. (Coord.) Rio de Janeiro: Forense, 2007.

TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do Judicialismo Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

TEIXEIRA, António Braz. **Breve Tratado da Razão Jurídica**. Sintra:Zéfiro, 2012

TEIXEIRA, J. H. Meirelles. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Forense Universitária, 1991.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 12 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TREVISIOLI, Álvaro. **Lei de cotas para deficientes precisa ser flexibilizada**. n. 1232. Brasília: JTb - Jornal Trabalhista Consulex, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Introdução ao estudo do Direito: primeiras linhas**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2006.

VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (Orgs.). **Discriminação**. São Paulo: LTr, 2000.

Viso MG. **La traducción española de los terminas relacionados con la discapacidad en los textos de las Naciones Unidas**. Boletín Real Patronato 1994;23:7-17.

WEISSKOPF, Thomas E. (2004), **Affirmative action in the united states and india**: A comparative perspective. New York, Routledge.

[WHO] World Health Organization. **International classification of impairments, disabilities, and handicaps**: a manual of classification relating to the consequences of disease. Geneva; 1993. Disponível em <

http://whqlibdoc.who.int/publications/1980/9241541261_eng.pdf . Acesso em 22. Ago. 2014.

____. **The global burden of disease: 2004 update.** Geneva, 2008.

Wood IK. **Appreciating the consequences of disease: the international classification of impairments, disabilities, and handicaps.** *Who Chron.* 1980;34:376-80.

ZAGREBELSKY, Gustavo. Objeto y alcance de la proteccion de los derechos fundamentales: El Tribunal Constitucional Italiano. In: **Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales.** Madrid, Centro de estúdios constitucionales, 1984.

ZOCKUN, Maurício. **A separação dos poderes e o judiciário como legislador positivo e negativo.** In: *Revista Trimestral de Direito Público (RTDP).* ed.47. Malheiros: São Paulo, 2004, p.162-173.

Zola PHN. **Self, identity and the naming question: reflections on the language of disability.** *Soc Sci Med* 1993;36:167-73.