

HELENA TRINDADE TATIT

**INCLUSÃO SOCIAL DOS PORTADORES DE DEFICIÊNCIA E O PROBLEMA DA
DEFICIÊNCIA DE PROTEÇÃO A ESTE TRABALHADOR**

Pós-Graduada em Direito

PUC – COGEAE / São Paulo

2012

HELENA TRINDADE TATIT

**INCLUSÃO SOCIAL DOS PORTADORES DE DEFICIÊNCIA E O PROBLEMA DA
DEFICIÊNCIA DE PROTEÇÃO A ESTE TRABALHADOR**

Monografia apresentada à banca examinadora da Pós Graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/COGEAE, como exigência parcial para obtenção do grau em pós-graduada em direito do trabalho, sob a orientação do professor Ricardo Pereira de Freitas Guimarães.

PUC – COGEAE / São Paulo

2012

Banca Examinadora

SUMÁRIO

1.INTRODUÇÃO.....	01
2.BREVES RELATOS SOBRE O CAPITALISMO BRASILEIRO.....	03
2.1. A globalização.....	03
2.2.O papel do poder judiciário na inclusão do deficiente, na conjuntura atual.....	05
3.O SIGNIFICADO DA NOÇÃO DE DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	08
3.1.Noção de dignidade da pessoa humana na perspectiva jurídico- cons- titucional.....	10
3.2. Noção de dignidade da pessoa humana como norma jurídica (princípio e regra) e valor fundamental.....	14
4. A PROTEÇÃO DO TRABALHADOR NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	17
4.1.Considerações iniciais.....	17
4.2. O conceito estrutural dos Direitos Fundamentais.....	17
4.2.1 Norma geral com status de direito fundamental.....	21
4.2.2 Da estrutura dos direitos fundamentais na Constituição de 1988...	22
4.2.3 Da eficácia dos Direitos Fundamentais.....	24
4.2.4 Da igualdade.....	27
4.3. Da convergência da dignidade da pessoa humana e dos direitos Funda- Mentais.....	31
4.3.1. Do direito fundamental: ou concretização do princípio da dignidade da pessoa humana?.....	31
4.3.2. Da dignidade da pessoa humana como limite e tarefa do Poder Ju- diciário.....	34
5.O PORTADOR DE DEFICIÊNCIA.....	36
5.1. Do Portador de Deficiência e sua origem histórica.....	37
5.2. O conceito de portador de deficiência para o Direito do Trabalho.....	40
5.3. Das deficiências.....	41
6.O PROBLEMA DA DEFICIÊNCIA DE PROTEÇÃO DO TRABALHADOR.....	44
6.1. Aspecto da legislação material.....	44
6.1.1. Ordem econômica e direitos fundamentais na Constituição Fe- deral de 1988 – “o escudo normativo”.....	45
6.1.2. Da proteção legal trabalhista.....	47
6.1.3. Da livre iniciativa e do direito fundamental.....	48
6.2. Aspecto da legislação processual.....	50
6.2.1.Efetividade dos direitos trabalhistas e o Processo.....	52
6.2.2. A proporcionalidade na esfera Processual.....	53
7.O PORTADOR DE DEFICIÊNCIA E O DIREITO DO TRABALHO.....	56
7.1. Manifestações normativas internacionais e o Direito do Trabalho.....	56
7.1.1. A Convenção nº 159 da OIT.....	57

7.1.2. A Convenção nº 111 da OIT.....	59
7.1.3. Recomendações nº 99 e 168: habilitação e reabilitação profissional.....	60
7.2. Principais Normas adotadas pela Organização das Nações Unidas.....	62
7.2.1. Declaração Universal de Direito Humanos.....	62
7.2.2. Declaração de Direitos do Deficiente Mental e Declaração de Direitos das Pessoas com Deficiência.....	65
7.2.3. Programa de ação mundial para pessoas com deficiência.....	66
8. O PORTADOR DE DEFICIÊNCIA NO BRASIL.....	68
8.1. O portador de deficiência nas Constituições Brasileiras.....	68
8.1.1. Ordenamentos Constitucionais brasileiros.....	68
8.1.2. A Constituição Federal de 1988.....	70
8.2. A proteção do trabalhador deficiente e a legislação infraconstitucional.....	76
9. DA LEGITIMIDADE DAS AÇÕES AFIRMATIVAS.....	85
10. CONCLUSÃO.....	88
Bibliografia.....	90

1. INTRODUÇÃO

Teremos um enfrentamento de questões tanto no aspecto legislativo material quanto no que se refere à lei processual, inserindo o problema da deficiência de proteção do trabalhador deficiente no contexto constitucional, “sob pena de ficar a meio caminho do resultado almejado”¹

Não será esquecido o tratamento legislativo às tutelas de urgência para o empregado deficiente, que funciona como um direcionamento ao aplicador do direito que enfrenta, em seu dia a dia, o embate entre o contra princípio do capitalismo, que se faz presente na realidade brasileira, e a proteção do trabalhador deficiente, tudo dentro de uma perspectiva processualística laboral.

Tal proposta será efetivada, a partir do capítulo seguinte, inserindo o atual contexto do capitalismo brasileiro, trazendo a lume, um diagnóstico cada vez mais próximo da realidade brasileira, para então assim, dissertarmos sobre a inclusão social daqueles excluídos do mercado de trabalho e, por conseguinte, segregados do convívio dos seus.

Com o exposto não deixaremos de lado a pormenorização dos princípios protetivos, sendo o foco da reflexão do presente estudo a inclusão do deficiente e a proteção deste trabalhador, ingressando na operacionalização desse conflito em defesa de um norte e critério normativo em sintonia com os suportes construídos ao longo da pesquisa.

Abordaremos o significado da noção de Dignidade da Pessoa Humana, alicerce, conforme será demonstrado, dos demais Direitos e Garantias Fundamentais, para então assim dissertarmos sobre o portador de deficiência, sua legislação constitucional e infraconstitucional protetiva, culminando, nas chamadas Ações Afirmativas.

Na conclusão será demonstrada a assunção, como a forma que está estruturada a pesquisa, de um posicionamento crítico referente a “firme convicção de que a transformação para os dias menos perturbadores apenas se opera quando os envolvidos – os de dentro – da estrutura também passam a questioná-la”²

A intenção, sem dúvida, parte do conteúdo dos princípios dos direitos fundamentais, mormente no que se refere ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, às construções em torno de tutelas de urgência da proteção material e

¹ CAVALCANTE, Ricardo Tenório. “Jurisdição, Direitos Sociais e Proteção do Trabalhador”, Porto Alegre: Livro do Advogado, 2008, p. 23;

² *Ibidem*, p. 27;

processual do trabalhador deficiente, em sua inclusão no mercado do trabalho como forma de estancar o contra princípio brutal do capitalismo que se faz presente na realidade brasileira.

2. BREVES RELATOS SOBRE O CAPITALISMO BRASILEIRO

Nos anos 90, duas ondas de modificações assolaram o mundo do trabalho no Brasil. A primeira diz respeito ao movimento de desregulamentações, com receitas neoliberais que fragilizou, sem dúvida, a estrutura muscular e orgânica da proteção do trabalhador. Por outra banda, houve o surgimento de uma transformação no plano de organização sociotécnica de produção: da “abundância de emprego do fordismo/taylorismo à drástica redução da oferta de trabalho do toyotismo”³

De uma maneira geral, podemos dizer que este contexto alterou significativamente o perfil do capitalismo brasileiro, dentro de uma “dialética hegeliana, o novo ainda convive com os elementos do velho, não se podendo dizer que já estaria totalmente e para todos os efeitos instalada uma nova face do capitalismo, tanto mais que se está tratando de um país de dimensões continentais, com uma das piores taxas de desigualdade socioeconômica do mundo”⁴

Desde os anos 50, se delineou um período fordista de produção no Brasil, tendo nos anos 80 transformação em seu modo de produção. Nos anos 90 teremos o delineamento de um modo de produção toyotista no Brasil, multiproblematizado com uma pletera de mudanças organizacionais e de reestruturação no modo de produção, imprimindo ao Capitalismo brasileiro um perfil distante do predominante nos anos 50.

Vem a lume, então, a globalização, que aliado ao exposto, trouxe o fim do emprego como forma de investigação. É certa, também, a exposição da problemática do papel do Poder Judiciário diante do novo cenário, particularmente da fatia desse poder que mexe com o Direito e o Processo Trabalhista, não ficando o deficiente fora desta estrutura conjuntural, com o agravante da discriminação sofrida por sua peculiar diferença.

2.1. A globalização

Conforme leciona Ricardo Tenório Cavalcante o sistema capitalista sempre teve como característica a “tendência à sua própria generalização, sendo

³ CAVALCANTE, Ricardo Tenório. “Jurisdição, Direitos Sociais e Proteção do Trabalhador”, Porto Alegre, Livro do Advogado, 2008, p.29;

⁴ Ibidem, p. 30;

coerente dizer-te que o globalismo não seria mais do que um aprofundamento de uma tradicional tendência primitiva do sistema em qualquer de suas fases”⁵

Observa José Eduardo Faria que o processo da globalização não é um fenômeno novo, mas sim sempre esteve presente nos grandes impérios, provocando surtos de modernização jurídica, cultural e econômica, com o agravante que nos dias atuais há uma hierarquia dinâmica de acesso e trocas desiguais entre os fatores de produção, com amplitude mundial.⁶

Ninguém contesta os benefícios trazidos pela globalização, contudo, são nítidas as contradições trazidas pela mesma e àquela que mais nos interessa refere-se justamente ao mercado de trabalho: “um modelo que antes era restrito à unidade fabril da Toyota no Japão disseminou-se pelo mundo ocidental”⁷, a descentralização organizacional, decerto, não deixou de fora o Brasil.

Neste contexto, temos na área trabalhista, em escala mundial, “o processo de desregulamentação das leis trabalhistas, em que se pretende que o pactuado se sobreponha ao legislado, sob o argumento de que isso resulta em redução de custos e, conseqüentemente, num incremento na oferta de postos de trabalho.”⁸

Neste prisma, as questões que permeiam o debate filosófico, político e jurídico no que diz respeito ao mercado de trabalho, são totalmente diversas. Nas palavras de Viviane Forrestier, não é mais um paradigma produtivo de inclusão (exploração) da fase industrial, mas um modelo, com efeito, de exclusão do trabalhador.

“Não obstante isso cumpre reconhecer que existe uma parcela significativa da população brasileira economicamente ativa contemplada pelos direitos trabalhistas formalmente assegurados. O Cenário atual, como se percebe, expressa um dado concreto de que o desemprego estrutural se constitui em uma ameaça real, e que isso também está configurado como um fenômeno planetário, mas não autoriza a conclusão necessária de que o futuro será de erosão cada vez maior dos postos de trabalho. Essa visão de fim do emprego diz menos da realidade e mais de um discurso ideologizado como o capital, que enxerga nos direitos trabalhistas meros estorvos no processo de comercialização”⁹

⁵CAVALCANTE, Ricardo Tenório. “Jurisdição, Direitos Sociais e Proteção do Trabalhador”, Porto Alegre, Livro do Advogado, 2008, p. 39;

⁶ Citação do livro de CAVALCANTE, Ricardo Tenório. “Jurisdição, Direitos Sociais e Proteção do Trabalhador”, Porto Alegre, Livro do Advogado, 2008, p.39, fazendo referência ao Livro de FARIA, José Eduardo. “O Direito na Economia Globalizada”, São Paulo: Malheiros, 1999, p. 60;

⁷ CAVALCANTE, Ricardo Tenório. “Jurisdição, Direitos Sociais e Proteção do Trabalhador”, Porto Alegre, Livro do Advogado, 2008, p.39;

⁸ Ibidem, p 39;

⁹ Ibidem, p. 43;

2.2. O papel do poder judiciário na inclusão do deficiente, na conjuntura atual

“O judiciário é fundamental na Democracia; parte significativa das grandes decisões no mundo ocidental que foram fundamentais no desenvolvimento dos povos civilizados foram decisões do Judiciário. Na democracia, o poder político parlamentar tem relevância exponencial; porém, de maneira geral, o Direito é muito mais amplo do que a simples construção parlamentar. Além disso, no regime de império da Constituição, esta, evidentemente, há de prevalecer sobre o labor mais cotidiano de construção e divulgação normativas infraconsticionais. As leis, é claro, como se sabe, devem ser lidas em conformidade como Texto Máximo – e não o inverso”¹⁰

O papel do poder judiciário no contexto exposto se apresenta como instituição a lutar pela efetivação dos direitos trabalhistas. Defende-se, na presente pesquisa, que o judiciário não só pode, como deve protagonizar um movimento de resistência em consonância, como se verá, com as leis de nosso ordenamento jurídico, voltadas para proteção não só do trabalhador, mas também do trabalhador deficiente, que encontra grande resistência de atuação na conjuntura do capitalismo competitivo e atual.

É evidente que, mesmo na conjuntura presente, um contingente enorme de trabalhadores são detentores de direitos históricos e arduamente conquistados, sendo que o judiciário não deve negligenciar a perda destas garantidas, mas estendê-las a todos os trabalhadores, como forma de preservação e aperfeiçoamento destas a todos empregados, deficientes ou não.

Nas palavras de Rodrigo Brandão “A Constituição de 1988 (...) é de meridiana clareza ao impingir ao Estado o dever de contribuir para a alvitrada “libertação da opressão social e da necessidade”. Efetivamente, já no preâmbulo da CF/1988 se evidencia a sua dimensão social, ao estatuir que o Estado se destina a “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, à segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e justiça (...)”. A conjugação dos valores da liberdade e da igualdade prossegue ao longo do seu texto, como pode se inferir de um sem-número de dispositivos constitucionais. Assim, integram o DNA da nossa Carta tanto a preocupação em proteger o indivíduo do exercício arbitrário do poder – propósitos dos direitos de defesa -, quanto o dever de o Estado propiciar condições materiais que sejam necessárias para a preservação da dignidade humana – finalidade dos direitos prestacionais.”¹¹

¹⁰ DELGADO, Maurício Godinho e DELGADO, Gabriela Neves; “Constituição da República e Direitos Fundamentais”, São Paulo, Editora LTr, 2012, p. 168;

¹¹ BRANDÃO, Rodrigo . “A proteção dos Direitos e Garantias Individuais em Face de Emendas Constitucionais à Luz da Jurisprudência do STF”, capítulo XI do livro organizado por Marcelo Novelino: “Leituras

Temos, pois, que o Estado, por meio de sua prestação jurisdicional não só pode, como deve atuar na inserção dos direitos sociais ligados ao mínimo existencial, e a inclusão do deficiente, decerto, não ficará de fora desta premissa, tendo em vista que os direitos materialmente fundamentais, como cláusulas pétreas que são, antes de prejudicar, fortalece a democracia.

Tem-se a passagem da “ordem de valores” dos direitos fundamentais contida na nossa Magna Carta à “ordem de valores” dos direitos humanos, expressamente positivada e valorada. “Decerto, a dignidade da pessoa humana expressa não somente a autonomia da pessoa humana que caracteriza os direitos individuais, vinculado à ideia de autodeterminação no tomada das decisões fundamentais à existência, como também requer prestações positivas do Estado, especialmente quando fragilizada ou quando ausente a capacidade de determinação dos indivíduos no cenário coletivo.”¹²

Medidas de inclusão do deficiente, de cunho jurídico-prestacional, encontram-se voltados a substancialização da liberdade e da igualdade dos cidadãos, objetivando, em última análise, a tutela da pessoa humana em face das necessidades de ordem material, tendo em vista a garantia da existência digna do portador de deficiência.

Ora, o processo de inclusão, na concretização da igualdade material, vigente em na Constituição de 1988, catalisam um processo de afirmação da dignidade do ser humano, “oportunizando a transição da cidadania do plano jurídico-formal para o campo real das relações sócio-econômicas, sem a qual se realiza o direito justo. (...) A noção de justiça significa que, apesar da infinidade e diversidade de decisões e procedimentos, além das irritações do meio social, o sistema jurídico consegue atingir um nível de coerência que lhe permite continuar a existir. O direito é que dirá, em última instância, o que é justo ou não, valendo-se de uma moral relativizada que adquire substância nos princípios jurídicos e, sobretudo, constitucionais.”¹³

Em um Estado Democrático de Direito, que prima pela efetividade da jurisdição, consoante dispõe o art. 5º, inciso XXXV, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, um direito que figure no catálogo constitucional ou legal mas que, apesar disso, não pode ser efetivado equivale a nada.

Complementares Constitucionais : Direitos Humanos e Direitos Fundamentais”, 4ª Edição, São Paulo, Ed. JusPodivm, 2010, p. 342;

¹² SOARES, Ricardo Maurício Freire “ A Releitura da Teoria Jusfundamental no Direito Constitucional Brasileiro”, capítulo III da Parte II do livro organizado por Marcelo Novelino: “Leituras Complementares Constitucionais : Direitos Humanos e Direitos Fundamentais”, 4ª Edição, São Paulo, Ed. JusPodivm, 2010, p. 148;

¹³ Ibidem, p. 148 e 154;

Nas palavras da estudiosa Rosanne de Oliveira Maranhão, “é necessário, portanto, para que os portadores de deficiência possam se socorrer do Poder Judiciário, que haja a lesão ou ameaça a direito e a demonstração de interesse no pedido. A defesa dos interesses pode também abranger uma omissão constitucional, no caso em que os direitos assegurados pela Constituição são violados pelo Poder Legislativo ou pela autoridade administrativa”¹⁴

Ora, um Estado que vedou a autotutela se viu no dever de oferecer ao cidadão uma prestação jurisdicional. Ademais, o constituinte derivado, com a reforma do judiciário, acrescentou o inciso LXXVIII, ao art. 5º de Nossa Magna Carta que diz “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”, evidenciando a importância deste capítulo no contexto atual.

Nas palavras do ilustre doutrinador Maurício Godinho Delgado “Cabe ao judiciário produzir interpretações que assegurem real efetividade à ordem constitucional, sob pena de graves problemas não serem jamais solucionados, sob pena, em suma, de os avanços institucionais, sociais e culturais previstos pela Constituição serem desenganadamente frustrados”.¹⁵

Após estas breves considerações, passemos a análise da noção de dignidade da pessoa humana, para posterior correlação aos direitos fundamentais, alicerce do presente estudo, para compreensão da necessidade de atuação do Estado na inclusão do portador de deficiência.

¹⁴ MARANHÃO, Rosanne de Oliveira, “O Portador de Deficiência e o Direito do Trabalho”, São Paulo, Editora LTr, 2005, p. 138;

¹⁵ DELGADO, Maurício Godinho e DELGADO, Gabriela Neves; “Constituição da República e Direitos Fundamentais”, São Paulo, Editora LTr, 2012, p. 167;

3. O SIGNIFICADO DA NOÇÃO DE DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

“A realização concreta do valor da pessoa humana não depende só do Direito. Depende muito mais da consolidação, nos corações e mentes, de um ética altruísta, voltada para o ‘outro’” (Daniel Sarmento)

Antes de adentrarmos na noção de dignidade da pessoa humana na perspectiva jurídico-constitucional e ainda na noção de dignidade da pessoa humana como valor fundamental, iremos tecer breves considerações a respeito do conceito da expressão “dignidade da pessoa humana”. Para tanto iremos nos socorrer da história para explicar a evolução da simples palavra para o conceito referido.

Tal explanação se faz necessária para melhor compreender o instituto da “dignidade da pessoa humana” e sua conseqüente ação irradiadora em nosso ordenamento jurídico, sendo alicerce, conforme defendido na presente pesquisa, à concretização dos direitos fundamentais quando referimos as garantias mínimas do trabalhador deficiente.

Consoante leciona Ingo Wolfgang Sarlet a idéia do valor intrínseco da pessoa humana deita raízes nos pensamentos clássicos e no ideário cristão. Embora não nos pareça correto reivindicar tal concepção por sua imprecisão, na religião cristã, tanto no Antigo quanto no Novo testamento podemos encontrar referências no sentido de que o ser humano foi criado à imagem e semelhança de Deus, premissa pela qual o cristianismo extrai a conseqüência de que todo ser humano é dotado de um valor próprio que lhe é intrínseco, não podendo ser mero objeto ou instrumento.¹⁶

No pensamento filosófico e político da antiguidade clássica, a dignidade da pessoa humana referia-se, em regra, com a posição social ocupada pelo indivíduo. Tínhamos assim que uma pessoa era mais digna que a outra consoante o reconhecimento desta pelos demais membros da comunidade. Por outra banda, “já no pensamento estóico, a dignidade era tida como a qualidade que, por ser inerente ao ser humano, o distinguia das demais criaturas, no sentido de que todos os seres humanos são dotados da mesma dignidade, noção esta que se encontra, por sua vez, intimamente ligada à noção da liberdade pessoal de cada indivíduo (o Homem como ser livre e responsável por seus atos e seu destino), bem como à idéia de que todos os seres humanos, no que diz com a sua natureza, são iguais em dignidade”¹⁷. Ressalte-se, especialmente em relação a Roma, mais precisamente após as formulações de Marco Túlio Cícero, foi desenvolvida uma compreensão de

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. “Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988, Porto Alegre, Livro do Advogado, 2011, p. 34;

¹⁷ Ibidem, p. 35;

“dignidade” desvinculada do cargo ou posição social, reconhecendo um sentido moral para referida expressão (de integridade, lealdade etc).

Podemos dizer que no mundo romano antigo havia um duplo significado da expressão “dignidade da pessoa humana”: de um lado, o homem adquire uma dignidade pelo simples fato de ser racional, se distinguindo dos demais animais da natureza (sentido absoluto de dignidade). De outro, o homem é um ser “digno” de acordo com sua posição social, que poderá ser alterado ao longo de sua existência.

Mesmo no auge da idade média, a concepção de inspiração cristã e estoica seguiu sendo sustentada, destacando a figura de São Tomás de Aquino. Com efeito, “no pensamento de São Tomás de Aquino, restou afirmada a noção de que a dignidade encontra seu fundamento na circunstância de que o ser humano foi feito à imagem e semelhança de Deus, mas também radica na capacidade de autodeterminação inerente a natureza humana, de tal sorte que, por força de sua dignidade, o ser humano, sendo livre por natureza, existe em função da sua própria vontade.”¹⁸

No contexto Renascentista, sem deixar de lado inspirações dos principais teóricos da Igreja Católica, Giovanm Pico della Mirandola , afirmou que sendo o homem criatura de Deus foi lhe outorgado uma natureza indefinida, para que fosse seu próprio árbitro, soberano e artífice, dotado da capacidade de ser e obter que ele próprio quer e deseja.¹⁹

Mas foi no âmbito do pensamento jusnaturalista do século XVII e XVIII, que o conceito de Dignidade da Pessoa Humana, assim como a concepção da idéia de Direito Natural, em si, passou por um processo de laicização e racionalização, mantendo, contudo, a noção fundamental de igualdade de todos os homens em liberdade e dignidade.

O pensador Samuel Pufendorf representou, de fato, uma ruptura com a tradição anterior, elaborando um conceito com a qual dignidade é concessão Divina e mesmo o monarca deveria respeitar a dignidade da pessoa humana, já que esta constitui em liberdade do ser humano de optar de acordo com sua razão e agir conforme seu entendimento²⁰.

Contudo foi Immanuel Kant que completa o processo de secularização da dignidade da pessoa humana, partindo o conceito de dignidade do ser humano de

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang . “Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988, Porto Alegre, Livro do Advogado, 2011, p. 37 fazendo referência direta a trechos extraídos da obra M. Herdegen, “Neuarbeitung Von Art. 1 Abs 1 – Schutz der Menschenwurde. In: Maunz-Durig, Grundgesetz Kommentar, p. 7;

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang . “Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988, Porto Alegre, Livro do Advogado, 2011, p. 37, fazendo referência a G.Picco della Mirandola, “Discurso sobre a dignidade do homem, p. 52-3;

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang . “Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988, Porto Alegre, Livro do Advogado, 2011, p. 39, fazendo referência a M.Kriele, Einführung in die Staatslehre, p. 214, bem como Podlech, Alternativ Kommentar, vol I, p. 275;

acordo com sua postura ética. Não podemos esquecer, contudo, da permanência de influências do pensamento Cristão que permeiam os pensamentos de Kant, mormente Boécio e São Tomás de Aquino.

Kant parte da premissa racional de que a autonomia de vontade do ser humano é um atributo encontrado apenas nos seres racionais, constituindo-se no fundamento da dignidade da natureza humana: “o homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como um fim em si mesmo, não simplesmente como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade.”²¹

Ainda, segundo Kant, a pessoa humana possui uma qualidade peculiar e insubstituível, “no reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade...Esta apreciação dá pois a conhecer como dignidade o valor de uma tal disposição de espírito e põe-na infinitamente acima de todo o preço. Nunca ela poderia ser posta em cálculo ou confronto com qualquer coisa que tivesse um preço, sem de qualquer modo ferir a sua santidade”²²

E é no pensamento de Kant que a doutrina Jurídica –nacional e estrangeira – mais encontra identificação para fundamentação de um conceito de dignidade da pessoa humana.

Após discorrer brevemente sobre a conceituação da expressão “dignidade da pessoa humana”, que encontrou seu principal expoente em Kant e, longe de querer esgotar referida discussão, que não vem ao caso no presente estudo, é certa a necessidade, nos dias atuais, da discussão em torno da Dignidade da Pessoa Humana, não só no âmbito jurídico, mas também pensamentos filosóficos e políticos, dando conta de relevância de referido Princípio no Ordenamento Jurídico Nacional.

3.1. Noção de dignidade da pessoa humana na perspectiva jurídico-constitucional;

Contornos jurídicos e jurisprudências foram sendo estabelecidos ao longo do tempo em torno de um conceito jurídico de dignidade da pessoa humana.

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang . “Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988, Porto Alegre, Livro do Advogado, 2011, p. 40, fazendo referência à T. Weber, “Autonomia e Dignidade da Pessoa Humana em Kant, p. 233;

²² SARLET, Ingo Wolfgang . “Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988, Porto Alegre, Livro do Advogado, 2011, p. 41, fazendo referência à Kant, Immanuel. “Fundamentos da Metafísica dos Costumes, p. 140;

Decerto, há àqueles que defendem e, em nosso entendimento, com razão, da impossibilidade de uma definição jurídica fixa para o instituto da dignidade da pessoa humana, pelo constante processo de construção e desenvolvimento das sociedades democráticas contemporâneas.

Sobre referido fato, encontramos vozes críticas na doutrina invocando a busca de um conceito para melhor concretização deste direito basilar, já que é de uma compreensão jurídica da dignidade da pessoa humana, que haverão de ser extraídas determinadas conseqüências jurídicas.

Na tentativa de um conceito jurídico, portanto, retomamos conceitos do pensamento clássico, que a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado (...). Assim, compreendida como qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana, a dignidade pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo, ser criada, concedida ou retirada (embora possa ser violada), já que reconhecida e atribuída a cada ser humano como algo que lhe é inerente.²³

A dignidade da pessoa humana, consoante opinião majoritária, independe de situação concreta, sendo que o maior dos criminosos, ainda que não se porte de maneira digna com seus semelhantes, possui dignidade, que é intrínseca a todos os seres humanos, sem distinção.

O artigo 1^a da Declaração Universal dos Direitos Humanos, datado de 10 de Dezembro de 1948, recorrendo as premissas basilares da doutrina Kantiana, após o mergulho do mundo em duas grandes guerras mundiais determinou “todos são seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade”

Ora, segundo dizeres de Jorge Miranda, o fato de os seres humanos (todos) serem dotados de consciência e razão representa justamente o denominador comum a todos os homens, expressando em que consiste sua igualdade.²⁴

Assim, à luz do disposto na Declaração Universal da ONU, verifica-se que o elemento primordial da noção de dignidade da pessoa humana repousa na matriz kantiana, que tem como centro o direito a autodeterminação de cada pessoa e sua autonomia. É preciso, contudo, ter consciência de que esta autodeterminação não depende da efetiva realização no caso da pessoa em concreto, sendo certo que esta autonomia é considerada em abstrato, de tal sorte que o absolutamente incapaz, como é o caso do portador de grave deficiência mental, possui a mesma dignidade que outra pessoa física e mentalmente capaz.

²³ SARLET, Ingo Wolfgang . “Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988, Porto Alegre, Livro do Advogado, 2011, p. 53;

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang . “Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988, Porto Alegre, Livro do Advogado, 2011, p. 55, fazendo referência a um trecho do Livro de J. Miranda, Manuel de Direito Constitucional, vol. IV, p. 183;

Não nos esqueçamos, consoante leciona Ingo Wolfgang Sartet, que a dignidade da pessoa humana assume particular relevância como limite e, ao mesmo tempo, tarefa dos poderes estatais. Referida condição dúplice aponta para uma conexas dimensão defensiva e prestacional da dignidade²⁵, foco da presente pesquisa que defende a concretização dos direitos fundamentais não só prevendo a negação a qualquer tipo de discriminação, numa perspectiva negativa do Estado, mas uma participação ativa e efetiva do Poder Estatal.

Em outras palavras podemos dizer que a tarefa imposta ao Estado refere-se a invocação da preservação e promoção da dignidade da pessoa humana, criando condições que possibilitem o pleno exercício desta dignidade. Por outra banda, quando referimos a uma perspectiva negativa, no sentido de barreira absoluta (um limite !), o Estado assume uma posição de proteção do indivíduo em sua autonomia e individualidade contra terceiros ou contra o próprio Poder Estatal.

“Fechando-se o parêntese e na perspectiva já sinalizada (dignidade como limite e tarefa), sustenta-se que uma dimensão dúplice da dignidade manifesta-se enquanto simultaneamente expressão da autonomia da pessoa humana (vinculadas à idéia de autodeterminação no que diz com as decisões essenciais a respeito da própria existência), bem como da necessidade de sua proteção (assistência) por parte da comunidade e do Estado, especialmente quando fragilizada ou até mesmo - e principalmente – quando ausente a capacidade de autodeterminação.”²⁶

Nas palavras de Dworkin, referindo-se a ensinamentos da doutrina Kantiana, lembra “que o ser humano não poderá jamais ser tratado como objeto, isto é, como mero instrumento para realização dos fins alheios, destacando, todavia, que tal postulado não exige que nunca coloque alguém em situação de desvantagem em prol de outrem, mas sim, que as pessoas nunca poderão ser tratadas de tal forma que se venha a negar a importância distintiva de suas próprias vidas.”²⁷

Ressalte-se neste contexto exposto o significado que o constituinte de 1988 formulou, ao referir-se à dignidade da pessoa humana como fundamento da República e do nosso Estado Democrático de Direito, tendo a dignidade da pessoa humana como escopo o indivíduo, de modo a evitar o sacrifício da dignidade da pessoa individual em prol da dignidade humana como bem de toda a humanidade ou na sua dimensão transindividual.²⁸

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang . “Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988, Porto Alegre, Livro do Advogado, 2011, p. 58;

²⁶ Ibidem, p. 61;

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang . “Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988, Porto Alegre, Livro do Advogado, 2011, p. 62, fazendo referência a trechos extraídos do livro de R. Dworkin, “El dominio de la vida”, p. 310;

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang . “Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988, Porto Alegre, Livro do Advogado, 2011, p. 64;

Vale consignar, ainda, a lição de Jürgen Habermas, que considera a dignidade da pessoa humana, numa concepção rigorosamente moral e jurídica, vinculada a simetria das relações humanas, de tal sorte que a sua intangibilidade resulta justamente das relações interpessoais marcadas pela recíproca consideração e respeito.²⁹

Em uma última análise do exposto, felizes são as palavras do ilustre estudioso Ingo Wolfgang Sarlet quando diz que “onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver a limitação de poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças”³⁰

Ainda o mesmo autor, na tentativa de conceituar a noção jurídica de “dignidade da pessoa humana” ousa determinar, embora frise a constante necessidade de reconstrução do processo conceitual de referido instituto: ser a dignidade da pessoa humana “uma qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existências mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.”³¹

Ora, torna evidente que a proteção do trabalhador repousa no princípio da Dignidade da pessoa humana, consoante de depreende no artigo 1^a de nossa Magna Carta, sendo as demais normas de proteção àqueles que trabalham oriundas do referido direito fundamental. Com o trabalhador deficiente, não é diferente.

Não nos esqueçamos de que os “valores sociais do Trabalho” estão dispostos no mesmo dispositivo constitucional, em seu inciso IV, sendo alçado ainda como princípio da “Ordem Econômica”, voltada a “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (...)”(art. 170 da Constituição Federal) e a “busca do pleno emprego” (inciso VIII). Como se não bastasse, vem o art. 193 da Magna Carta e diz: “A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”.

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang . “Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988, Porto Alegre, Livro do Advogado, 2011, p. 66, fazendo referência a trechos extraídos do livro de Jürgen Habermas, “Die Zukunft der menschlichen Natur, p. 62 e ss.

³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang . “Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988, Porto Alegre, Livro do Advogado, 2011, p. 71;

³¹ Ibidem, p. 73;

Defensável se faz, outrossim, que a proteção do trabalhador, e também do trabalhador deficiente, é decorrente de todo o rol de direitos fundamentais constantes em nosso ordenamento jurídico, como aqueles dispostos nos artigos 7^a a 11 da Constituição Federal.

“Consagrando expressamente, no título dos princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do nosso Estado Democrático (e Social) de Direito (art. 1^o, inc. III, da CF), o nosso constituinte de 1988 – a exemplo do que ocorreu, entre outros países, na Alemanha – além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal. Em outras palavras, de acordo com a lição de Jorge Reis Novais, no momento em que a dignidade é guindada à condição de princípio constitucional estruturante e fundamento do Estado Democrático de Direito, é o Estado que passa a servir como instrumento para garantia e promoção da dignidade das pessoas individual e coletivamente consideradas”³²

E, frise-se, o deficiente, decerto, não ficará de fora desta premissa, consoante será demonstrado na presente pesquisa, muito embora reconheçamos que mesmo da existência de proteção normativa constitucional, alicerçado pelo Princípio maior da Dignidade da Pessoa Humana, em direta relação com os direitos fundamentais elencados em nossa Magna Carta, ainda assim, há a problemática da deficiência de proteção ao trabalhador deficiente.

3.2. Noção de dignidade da pessoa humana como norma jurídica (princípio e regra) e valor fundamental

“Uma vez situado no ápice do sistema jurídico, o princípio da dignidade da pessoa humana exprime as estimativas e finalidades a serem alcançados pelo Estado e pelo conjunto da Sociedade Civil, irradiando-se na totalidade do direito positivo pátrio, não podendo ser pensada apenas do ponto de vista individual, enquanto posições subjetivas dos cidadãos a ser preservadas diante dos agentes públicos ou particulares, mas também vislumbrada numa perspectiva objetiva, como norma que

³² SARLET, Ingo Wolfgang . “Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988, Porto Alegre, Livro do Advogado, 2011, p. 80, fazendo referência á trechos da obra de Jorge Reis Novais, “Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa”, p. 52;

*encerram valores e fins superiores da ordem jurídica, impondo a ingerência ou a abstenção dos valores estatais e mesmo agentes privados*³³.

Não por acaso, o constituinte originário, diversamente da Constituição anterior, estruturou os direitos fundamentais na parte inicial da magna carta, antes das normas sobre a organização do estado. Incorporou ao texto maior um elenco amplo e generoso de direitos individuais, sociais, políticos, difusos e coletivos e como se não bastasse determinou: não, aqui o constituinte derivado não mexe, é *clausula pétrea*!

Com efeito, quis o legislador constituinte a inclusão da dignidade da pessoa humana não no título dos Direitos e Garantias Fundamentais, mas quis exprimir, pela primeira vez, à condição de princípio (e valor) fundamental, incluindo a Dignidade da Pessoa Humana no Primeiro título de nossa Magna Carta, “Dos Princípios Fundamentais” da República Federativa do Brasil.

Conforme será explanado no presente estudo, trata-se o Brasil de um Estado Social que visa não uma igualdade formal, qual aconteceu no surgimento dos Estados Liberais, mas uma igualdade material, substancial e embora certa a intenção do constituinte originário de promover o reconhecimento expresso da Dignidade da Pessoa Humana como Princípio Fundamental em nossa Magna Carta, de nada adianta se não houver uma efetiva realização e promoção de tal direito.

Com efeito, conforme será visto ainda no presente estudo outra dimensão é dada aos direitos fundamentais após a Constituição de 1988. Não o de superação das garantias constitucionais, já existentes dos Estados Liberais, mas o de somatória de tais garantias e direitos: o Estado entra agora com um propósito ativo de gerar prestação a cada cidadão, e o deficiente, decerto, não ficará fora desta premissa.

Quis o legislador constituinte que a Dignidade da Pessoa Humana assumisse a condição de valor jurídico fundamental (princípio e regra) a irradiar sua declaração de conteúdo ético e moral para todo o ordenamento jurídico brasileiro, inclusive alicerce para efetivação dos Direitos e Garantias fundamentais, assumindo assim, por certo, precedência em face dos demais princípios.

Neste sentido leciona o ilustre doutrinador Ingo Wolfgang Sarlet: “Num primeiro momento – convém frisá-lo -, a qualificação da dignidade da pessoa humana como Princípio Fundamental traduz a certeza de que o art. 1º, inciso III, de nossa Lei Fundamental não contém apenas (embora também e acima de tudo) uma declaração de conteúdo ético e moral, mas que constitui norma jurídico-positiva

³³ SOARES, Ricardo Maurício Freire, “A releitura da Teoria Jusfundamental no Direito Constitucional Brasileiro”, capítulo II, do Parte II do livro organizado por Marcelo Novelino, “ Leituras Complementares de Constitucional, Direitos Humanos e Direitos Fundamentais”, Bahia, Editora JusPodivm, 2010, p. 141;

dotada, em sua plenitude, de *status* constitucional formal e material e, como tal, inequivocamente carregado de eficácia, alcançando, portanto (...) a condição de valor jurídico fundamental da comunidade”.³⁴

Ainda o mesmo autor, referindo-se a exortação de Paulo Bonavides, sobre o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, afirma “sua densidade jurídica no sistema constitucional há de ser, portanto, máxima e se houver reconhecidamente um princípio supremo no trono da hierarquia das normas, esse princípio não deve ser outro senão aquele em que todos os ângulos éticos da personalidade se acham consubstanciados.”³⁵

“O princípio da dignidade da pessoa humana permite, assim, reconstruir semanticamente o modo de compreensão e aplicação dos direitos fundamentais no sistema jurídico pátrio, potencializando a realização do direito justo ao oportunizar; a aceitação da aplicabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais; o reconhecimento da fundamentalidade dos direitos sociais de cunho prestacional; (...) a aceitação da ideia de vedação ao retrocesso no campo dos direitos fundamentais; e a recusa à hipertrofia da função simbólica dos direitos fundamentais”³⁶

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang . “Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988”, Porto Alegre, Livro do Advogado, 2011, p. 84;

³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang . “Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988”, Porto Alegre, Livro do Advogado, 2011, p. 90, referindo-se ao prefácio da primeira edição da referida obra feita por Paulo Bonavides – posteriormente publicado na coletânea de textos do autor intitulada “Teoria Constitucional da Democracia Participativa”, p. 233;

³⁶ SOARES, Ricardo Maurício Freire, “A releitura da Teoria Jusfundamental no Direito Constitucional Brasileiro”, capítulo II, do Parte II do livro organizado por Marcelo Novelino, “ Leituras Complementares de Constitucional, Direitos Humanos e Direitos Fundamentais”, Bahia, Editora JusPodivm, 2010, p.142;

4. A PROTEÇÃO DO TRABALHADOR NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

4.1. Considerações iniciais

*“A promulgação da Constituição Federal de 1988 desponta-se como uma mola propulsora do processo de inclusão social das pessoas portadoras de deficiência no Brasil, ao estabelecer normas mestras inspiradas em princípios orientadores, fundamentados na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, destinando-se precipuamente ao alcance de objetivos fundamentais instituídos com a finalidade de se construir uma sociedade livre, justa e solidária, visando garantir o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, além de reduzir as desigualdades sociais e regionais e ainda, promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.*³⁷

Não pode escusar o operador do direito da missão de conviver com a mitigação dos Direitos Fundamentais do Trabalhador, sendo apenas mero executor das regras jurídicas predeterminadas, sendo co-responsável pela criação de normas no caso concreto, velando, assim, pelo imperioso Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Deve o juiz ser dotado de critérios dogmáticos de superação de insuficiência legislativa, criando mecanismos de tutela de urgência, não deixando de ser atropelado, nos casos concretos, pelos frenéticos ritmos de mudança que assolam os desafios dos novos dias.

4.2. O conceito estrutural dos Direitos Fundamentais;

Imprescindível se faz formular um conceito de direito fundamental estruturalmente voltado para o dia a dia do julgador que tem como referência lides resultantes dos constantes embates políticos-jurídicos entre empregado e capital, para então assim dissertarmos sobre os constantes ou até maiores conflitos entre o capital e a inclusão do empregado deficiente no mercado de trabalho.

³⁷ BONFIGLIO, Renata; RAMALHO, Ivo Cleiton de Oliveira; “As políticas de capacitação das pessoas com deficiência e sua inclusão no mercado de trabalho brasileiro”, artigo publicado na Revista dos Tribunais do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, edição 10/2012, in http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/revistas/revista_eletronica/10_2012.pdf, acessado em 28/07/2012;

No plano constitucional, evidente se faz o escudo normativo atribuído aos direitos fundamentais do trabalhador, essencialmente para aumentar a proteção do trabalhador deficiente diante das insuficiências da legislação material e processual do trabalho, tendo os direitos fundamentais ênfase de princípios valorativos.

“Mas é preciso consignar que os direitos fundamentais são o resultado de lutas e batalhas travadas no tempo, em prol da afirmação da dignidade da pessoa humana. Os Direitos Fundamentais não constituem assim, entidades etéreas, metafísicas que sobrevivem ao mundo real. Pelo contrário, são realidades históricas e consistem num construir incessante”³⁸

A constitucionalização dos Direitos Humanos se deu por meio das Revoluções liberais do século XVIII, sobretudo das revoluções americana e francesa e suas conseqüentes Declarações.

Dizer que os Direitos Fundamentais são aqueles estabelecidos em nossa constituição de 1988, de cunho exclusivamente positivista, é uma compreensão restritiva da concepção de direitos fundamentais, sendo mais amplo e complexo seu entendimento. “Assim uma visão tributária do positivismo, do naturalismo, ou do realismo jurídico, se isoladamente consideradas, não conseguem explicar o fenômeno como um todo.”³⁹

Para ilustrar a evolução dos direitos fundamentais ao longo dos tempos iremos recorrer a uma idéia bastante conhecida, chamada “teoria das gerações dos direitos”, desenvolvida por um jurista, naturalizado francês, chamado Karel Vasak.

A primeira geração dos direitos, fundamentada na liberdade (liberté), seria a dos direitos civis e políticos, tendo origem com as revoluções burguesas.

Neste contexto, temos um estado absolutista sufocante e na seara penal, um Estado implacável. “Os juízes condenavam sem garantir o direito de defesa ou mesmo o contraditório aos acusados. As penas eram cruéis, desumanas e desproporcionais à gravidade do delito cometido”⁴⁰

A sociedade não tinha possibilidade de tomar decisões políticas, e a nobreza e o clero, juntamente com as mordomias reais, eram bancadas pelo povo com carga tributária absurdamente alta. Este clima de revolta culminou no surgimento da Reforma Protestante (1517) e no Iluminismo (Sec. XVIII). Concomitante a isto, “a descoberta de novos mundos e o conseqüente incremento do comércio internacional fizeram que a burguesia - classe social até então sem qualquer importância política - passasse a desempenhar um papel econômico de

³⁸ CAVALCANTE, Ricardo Tenório. “Jurisdição, Direitos Sociais e Proteção do Trabalhador”, Porto Alegre, Livro do Advogado, 2008, p. 50;

³⁹ Ibidem, p. 51;

⁴⁰ MARMELSTEIN, George. “Curso de Direitos Fundamentais”, São Paulo, Ed. Atlas, 2008, p. 42;

destaque. Como conseqüência natural, a burguesia passou a exigir também maior participação na condução dos negócios públicos”⁴¹

Temos, pois, no Século XVII e XVIII, as chamadas revoluções liberais ou burguesas, e, como conseqüência, uma gradativa mudança do Estado Absolutista para um Estado Democrático de Direito.

Decerto, os direitos protegidos nesta primeira geração, tinham nítida influência na idéia propagada pelo iluminismo, principalmente do pensador Locke, “para quem ‘o grande e principal fim dos homens se unirem em sociedade e de se constituírem sob um governo é a conservação da sua propriedade’ (...) Essa idéia é um reflexo claro da influência da burguesia vitoriosa, que acabara de assumir o poder político. O recado dado pela burguesia para o governante, expresso nessas declarações, era bastante direto: proteja minha propriedade (...) cumpra a lei que meus representantes aprovarem (..) e não se meta em meus negócios, nem em minha vida particular, especialmente na escolha de minha religião. Eis a explicação para a consagração de inúmeros direitos de liberdade: liberdade de reunião, liberdade de expressão, liberdade comercial, liberdade de profissão , liberdade religiosa etc.”⁴²

Ressalte-se, por oportuno, que a igualdade oriunda da Revolução Francesa tratava-se de uma igualdade formal, que não contava com medidas tendentes a diminuir as diversidades econômicas e sociais entre os homens, ao contrário se limitava a acentuar a regra da plena nivelção de todos perante a lei.⁴³

A segunda geração, baseada na igualdade (*égalité*), seria a dos direitos econômicos, sociais e culturais, sendo impulsionadas pela Revolução Industrial e pelos problemas sociais por ela causados.

O século XIX foi palco da chamada Revolução Industrial. A época da prosperidade das técnicas de produção trouxe junto exploração de grande parcela da população, que , enquanto trabalhadores, sobreviviam em condições cada vez mais deploráveis, surgindo, assim, neste contexto, evidentes problemas sociais.

“Em razão disso, o Estado já não era mais capaz de garantir a harmonia social, e as classes operárias, que se organizavam em grupos fortemente politizados, começavam as primeiras reivindicações visando à conquista de direitos que lhes proporcionassem melhores condições de trabalho”⁴⁴

⁴¹ MARMELSTEIN, George. “Curso de Direitos Fundamentais”, São Paulo, Ed. Atlas, 2008, p. 44;

⁴² MARMELSTEIN, George. “Curso de Direitos Fundamentais”, São Paulo, Ed. Atlas, 2008, p. 45, fazendo referência a trechos do livro de John Locke. “Segundo tratado sobre o governo”, São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 76;

⁴³ FARIA , Anacleto de Oliveira. Do Princípio da Igualdade Jurídica. São Paulo. Revista dos Tribunais /Ed. Das Universidade de São Paulo, 1973,p. 48. In: GOLDFARB, Cibelle Linero “Pessoas Portadoras de Deficiência e Relação de Emprego”, Curitiba, Juruá Editora, 2009, p. 105;

⁴⁴ MARMELSTEIN, George. “Curso de Direitos Fundamentais”, São Paulo, Ed. Atlas, 2008, p. 49;

Neste contexto surgiram pensadores teóricos do Socialismo Científico, como Karl Marx e Friedrich Engels, na busca de construção de uma sociedade mais justa e igual.

Certo é que a igualdade meramente formal passou a ser questionada no final do século XIX, pelo fato da enorme onda de desigualdade social que assolava a Europa, consistindo na submissão de elevadas jornadas de trabalho, em ambientes absolutamente desprotegidos e sem respeito à dignidade humana do trabalhador, sendo este considerado mera mercadoria do sistema capitalista.

O saldo, podemos assim dizer, foi a Primeira Guerra Mundial (1914-1918) colocando em lado opostos potências européias.

A deflagração da Revolução Russa, em 1917, promoveu o rompimento com o capitalismo na afirmação de direitos sociais e igualdades entre todos, em busca, certamente, de não mais uma igualdade formal, mas sim uma igualdade material. Por outra banda, afeições sociais ao capitalismo marcaram a Constituição Mexicana de 1917 e a de Weimar de 1919 na Alemanha.

No intuito de possibilitar aos cidadãos melhores condições de vida e um nível razoável de dignidade como pressuposto do próprio exercício da liberdade, a segunda geração foi um marco nos direitos econômicos, sociais e culturais.

A terceira geração, por sua vez, fundamentada na fraternidade (fraternité) baseava-se nos direitos da solidariedade, em especial o direito ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente, ganhando força após a Segunda Guerra Mundial, especialmente após a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948.

“É nesse contexto que surgem, dentro da classificação de Karel Vasak, os direitos de terceira geração, fruto do sentimento de solidariedade mundial que brotou como reação aos abusos praticados durante o regime nazista (...) Esses novos direitos visam à proteção de todo gênero humano e não apenas de um grupo de indivíduos. No rol desses direitos, citam-se o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação.”⁴⁵

Frise-se, uma nova etapa na proteção do ser humano e na realização da igualdade entre todos foi marcada, pela ONU, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 10 de Dezembro de 1948.

Foram criados inúmeros Tribunais Internacionais de Direitos Humanos visando garantir a observância dos tratados internacionais, afirmando, mais uma

⁴⁵ MARMELSTEIN, George. “Curso de Direitos Fundamentais”, São Paulo, Ed. Atlas, 2008, p.52;

vez, a importância do papel dos Direitos Humanos como valor intrínseco da sociedade.

Nas palavras da ilustre professora Flávia Piovesan, “observe-se que, na experiência brasileira e mesmo latino-americana, a abertura das Constituições a princípios e a incorporação do valor da dignidade humana demarcaram a feição das Constituições promulgadas ao longo do processo de democratização política. Basta atentar à Constituição brasileira de 1988, em particular à previsão inédita de princípios fundamentais, entre eles o princípio da dignidade da pessoa humana”⁴⁶

E acrescenta “ intenta-se a reaproximação da ética e do direito, e, neste esforço, surge a força normativa dos princípios, especialmente do princípio da dignidade humana. Há um reencontro com o pensamento Kantiano, com as ideias de moralidade, dignidade, direito cosmopolita e paz perpétua. Para Kant, as pessoas devem existir com o fim em si mesmo e jamais como um meio, a ser arbitrariamente usado para este ou aquele propósito. Os objetos têm, por sua vez, um valor condicional, enquanto irracionais, por isso são chamados “coisas”, substituíveis que são por outras equivalentes. Os seres racionais, ao revés, são chamados “pessoas”, porque constituem um fim em si mesmo, têm um valor intrínseco absoluto, são insubstituíveis e únicos, não devendo ser tomados meramente como meios. As pessoas são dotadas de dignidade, na medida em que têm um valor intrínseco. Desse modo, ressalta Kant, deve-se tratar a humanidade, na pessoa de cada ser, sempre como um fim em si mesmo, nunca como um meio. Adiciona Kant que a autonomia é a base da dignidade humana e de qualquer criatura racional.”⁴⁷

Assim, após discorrer brevemente sobre as teorias das gerações e certos da amplitude do conceito dos Direitos Fundamentais, não sendo, em nosso entendimento, estes de cunho exclusivamente positivista, iremos mais além, ao introduzir a norma geral da ‘dignidade da pessoa humana’ a status de Direito Fundamental.

Prossigamos.

4.2.1. Norma geral com status de direito fundamental

“Art. 1º, da CF: A república Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

⁴⁶ PIOVESAN, Flávia “Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional“, São Paulo, Ed. Saraiva, 2008, p. 29;

⁴⁷ Ibidem, p. 29;

III. a dignidade da pessoa humana;”

Ora, torna evidente que a proteção do trabalhador repousa no princípio da Dignidade da pessoa humana, consoante de depreende no artigo 1^a de nossa Magna Carta, sendo as demais normas de proteção àqueles que trabalham oriundas do referido direito fundamental. Com o trabalhador deficiente, não é diferente.

Não nos esqueçamos de que os “valores sociais do Trabalho” estão dispostos no mesmo dispositivo constitucional, em seu inciso IV, sendo alçado ainda como princípio da “Ordem Econômica”, voltada a “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (...)”(art. 170 da Constituição Federal) e a “busca do pleno emprego” (inciso VIII). Como se não bastasse, vem o art. 193 da Magna Carta e diz: “A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”.

Defensável se faz, outrossim, que a proteção do trabalhador, e também do trabalhador deficiente, é decorrente de todo o rol de direitos fundamentais constantes em nosso ordenamento jurídico, como aqueles dispostos nos artigos 7^a a 11 da Constituição Federal.

Ora, não é demais frisar que existe uma norma geral de proteção ao empregado, alicerçado pelo Princípio maior da Dignidade da Pessoa Humana, que nasce a partir de comandos constitucionais que estabelecem uma relação entre os direitos fundamentais do trabalhador deficiente e normas infraconstitucionais, atribuindo primado ao trabalho.

“Logo, seja decorrente apenas do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, seja despontada de todo conjunto de direitos fundamentais do trabalhador, de que é particularmente pródiga e extensa a Carta Política brasileira, seja finalmente pelas normas que conferem primado ao trabalho, exsurge uma norma ampla e geral de proteção ao trabalhador.”⁴⁸

Em razão do exposto, passemos a analisar o tratamento que o constituinte atribuiu aos direitos fundamentais, para melhor compreender a proteção delegada pelo estado não só a pessoa que trabalha, mas também ao trabalhador deficiente.

Vamos a elas.

4.2.2. Da estrutura dos direitos fundamentais na Constituição de 1988

⁴⁸ CAVALCANTE, Ricardo Tenório. “Jurisdição, Direitos Sociais e Proteção do Trabalhador”, Porto Alegre, Livro do Advogado, 2008, p. 54;

Não por acaso, o constituinte originário, diversamente da Constituição anterior, estruturou os direitos fundamentais na parte inicial da magna carta, antes das normas sobre a organização do estado. Incorporou ao texto maior um elenco amplo e generoso de direitos individuais, sociais, políticos, difusos e coletivos e como se não bastasse determinou: não, aqui o constituinte derivado não mexe, é clausula pétrea!

O legislador, ainda, em seu artigo 5º da Constituição, § 2º trouxe a possibilidade da inclusão de direitos fundamentais, mesmo fora do disposto no mesmo dispositivo, sendo ainda atribuído eficácia imediata, plena e direta a referidos direitos constitucionais .

Quando falamos da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, nos referimos a uma idéia de titularidade desses direitos vinculados a uma pessoa, por mais óbvio que pareça. Ora, é na dimensão subjetiva que se determinam, de modo evidente, a situação individual juridicamente protegida. E é nessa área que se subjetivam os direitos fundamentais.

Pois bem, por outra banda, quando falamos da dimensão objetiva dos direitos fundamentais nos referimos a valores que se propõe a prosseguir em uma determinada comunidade, não podendo pensar os direitos fundamentais exclusivamente sob o ponto de vista de titularidade de um indivíduo.

Mas qual o efeito jurídico prático de referida dimensão?!

Ora, diz respeito ao dever do estado de cumprir não somente o determinado pelo legislador ordinário, mas também, no caso de insuficiência deste, em eventual omissão, atuação autônoma do poder judiciário tendente a garantir as atividades protegidas pelos direitos fundamentais.

Consoante leciona Ricardo Tenório Cavalcante, cada Estado tem um perfil, estando os direitos fundamentais indissociavelmente ligados a esta realidade. A história da construção de cada Estado, juntamente com a superação de um modelo de Estado por outro determinará, conseqüentemente, alterações tipológica dos direitos fundamentais.⁴⁹ Um estado liberal, por exemplo, defende que todo cidadão tem direito de realizar seu projeto de vida, em igualdade de oportunidades.

Estando o operador do direito sujeito e norteado pelo disposto em nossa Magna Carta, e tendo a constituição liberal traços marcantes de defesa das liberdades básicas de cada indivíduo, assume a Constituição Liberal o papel de garantia rigorosamente de tais liberdades e direitos, mesmo que contrários a

⁴⁹ CAVALCANTE, Ricardo Tenório. “Jurisdição, Direitos Sociais e Proteção do Trabalhador”, Porto Alegre, Livro do Advogado, 2008, p. 57;

vontade da maioria expressiva dos integrantes da sociedade, facilmente manipulados por interesses diversos.

Pois bem, tem a Constituição Federal, em um estado liberal, o papel de assegurar vida digna a cada integrante da sociedade, sendo o norte que conforma a prioridade dessa liberdade sobre outros valores.

“A constituição-garantia trata-se, pois, de um modelo que deita raízes no liberalismo político, na proteção intransigente das liberdades fundamentais, as quais se colocam em situação de primazia (..) , perante e inclusive a soberania popular”⁵⁰

Com o passar dos anos, o modelo do Estado Liberal entrou em crise. A exigência da sociedade moderna era outra e referido modelo, em que os serviços administrativos, em grande parte, eram negativos e o dever da autoridade era, sobretudo, o de “não prejudicar” a liberdade individual, deu lugar a um Estado Democrático Social.

Passa, agora, o estado a intervir para suprir as necessidades coletivas, eliminando conflitos. Após 1930, se desenha no Brasil outro panorama econômico e social, em ascendência de empresas estatais no mercado.

Assim, outra dimensão é dada aos direitos fundamentais. Não o de superação das garantias constitucionais, mas o de somatória de tais garantias e direitos: o Estado entra agora com um propósito ativo de gerar prestação a cada cidadão, e o deficiente, decerto, não ficará fora desta premissa.

“O Estado Democrático e Social de Direito, nos moldes da Constituição brasileira de 1988, acaba por acumular as funções de proibição de intervenção, de traços marcadamente liberal, com a função de deveres de proteção, de contorno social. Há um acúmulo de funções, e não uma superação.”⁵¹

Ora, resta evidente que a Constituição Federal de 1988, quando previu e valorou os direitos fundamentais, não escusou cuidados à proteção do Trabalhador. O estado tem o dever de zelar pela dignidade daquele que trabalha, deficiente ou não, pela eficácia de cada um dos direitos trabalhistas contemplados em nossa Magna Carta, estando como objetivo da república brasileira a “busca do pleno emprego”, consoante se depreende do artigo 170, inciso VIII da Constituição Federal e frise-se, o deficiente, decerto, não ficará de fora desta premissa.

4.2.3. Da eficácia dos Direitos Fundamentais

⁵⁰ CAVALCANTE, Ricardo Tenório. “Jurisdição, Direitos Sociais e Proteção do Trabalhador”, Porto Alegre, Livro do Advogado, 2008, p. 58;

⁵¹ Ibidem, p.60;

Ora, sendo certo que o constituinte nunca utiliza palavras inúteis, quanto mais capítulos inteiros, resta evidente, embora tenha sido defendido por alguns na época da promulgação da Constituição Federal de 1988, que a introdução em nossa Magna Carta dos Direitos Fundamentais não se trata de mera retórica, sem força vinculativa qualquer. Sua eficácia, sem dúvida, se apresenta de forma plena, imediata, oriunda também da mentalidade vinculativa das tendências internacionais quando se refere aos Direitos Fundamentais do ser humano.

A irradiação da eficácia plena e imediata dos Direitos Fundamentais do ser humano será o suporte para a construção argumentativa de nosso estudo em defesa não só do trabalhador, mas, sobretudo, do trabalhador deficiente, foco da presente pesquisa.

Superada esta a discussão a respeito da eficácia imediata dos direitos fundamentais, não sendo relevante ao nosso estudo mais considerações a este respeito. Iremos nos ater a eficácia dos direitos fundamentais quanto a seu destinatário, que no caso em tela refere-se ao trabalhador deficiente.

Neste cenário será aprofundada a matéria discorrendo em breves linhas a respeito da eficácia direta (imediata) e da eficácia indireta (mediada).

Na primeira teoria defende-se uma vinculação direta do trabalhador deficiente às normas de direitos fundamentais. Ora, é certo, para esta teoria, que os direitos fundamentais têm força normativa constitucional, são normas aplicáveis a todo ordenamento jurídico. Estão, assim, acima das leis infraconstitucionais.

A segunda teoria, com a qual discordamos, defende a inoperância direta dos direitos fundamentais nas relações jurídicas do dia a dia, sob o argumento de que a aplicação imediata dos direitos fundamentais interferiria na autonomia privada das relações.

“Deve-se afirmar, contudo e desde logo, que tanto a teoria da eficácia direta quanto a teoria da eficácia indireta têm em comum a superação da concepção liberal- burguesa de que os direitos fundamentais são oponíveis apenas e sempre contra o Estado. Mesmo a teoria indireta alcança o particular, sendo que por meio da lei. Ambas ainda se valem da concepção objetiva dos direitos fundamentais, enquanto ordem de valores que legitimam todo o ordenamento jurídico. E ambas reconhecem também a aplicação dos direitos fundamentais a entidades privadas com “poder social”, no que aplicam, por analogia, a relação indivíduo/Estado, como é o caso de um empregador de monta com o empregado.”⁵²

⁵² CAVALCANTE, Ricardo Tenório. “Jurisdição, Direitos Sociais e Proteção do Trabalhador”, Porto Alegre, Livro do Advogado, 2008, p.66, em citação a obra de SARLET, Ingo Wolfgang, “Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 140;

Frise-se que a principal diferenciação entre a teoria imediata e a teoria mediada está no fato de que a primeira não necessita de leis infraconstitucionais para que incidam os direitos fundamentais no destinatário particular, que no caso em tela, é o trabalhador deficiente.

É evidente, por conseqüência lógica, que a incidência direta dos direitos fundamentais convive com a eficácia também mediada de tais direitos, sendo que ao sairmos em defesa à teoria imediata não excluimos, por conseguinte, dimensão interpretativa dos direitos fundamentais em relação às leis infraconstitucionais.

É certo, pois, que uma Constituição que preza pelos direitos econômicos e sociais, com objetivo fundamental de “construir uma sociedade livre, justa e solidária”, nos moldes de seu art. 3º, inc. I, torna evidente a posição do constituinte originário em querer exprimir incidência direta dos direitos fundamentais, a irradiar e valorar as relações interpessoais de cada cidadão e não menos do trabalhador deficiente.

Conforme já visto, a proteção do trabalhador repousa no princípio da Dignidade da pessoa humana, consoante de depreende no artigo 1ª de nossa Magna Carta, sendo as demais normas de proteção àqueles que trabalham oriundas do referido direito fundamental. Com o trabalhador deficiente, não é diferente.

Ademais, os “valores sociais do Trabalho” estão dispostos no mesmo dispositivo constitucional, em seu inciso IV, sendo alçado ainda como princípio da “Ordem Econômica”, voltada a “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (...)”(art. 170 da Constituição Federal) e a “busca do pleno emprego” (inciso VIII). Como se não bastasse, vem o art. 193 da Magna Carta e diz: “A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”.

Nas palavras de Andrey Borges de Mendonça e Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira, “a Constituição direciona-se, para além de regular o poder político, também para reger a conduta do povo que integra o território submetido à Constituição. Assim, se o Poder Constituinte estabeleceu que é fundamento do nosso ordenamento jurídico a proteção aos direitos fundamentais, isto significa que todos aqueles que estiverem sob o império do ordenamento jurídico brasileiro estão submetidos aos fundamentos dele, dentre os quais se encontra o respeito aos direitos fundamentais.”⁵³

⁵³ FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves e MENDONÇA, Andrey Borges de “Eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações privadas”, capítulo IX, do Parte II do livro organizado por Marcelo Novelino, “Leituras Complementares de Constitucional, Direitos Humanos e Direitos Fundamentais”, Bahia, Editora JusPodivm, 2010, p. 299;

Defensável se faz, assim, que a proteção do trabalhador, e também do trabalhador deficiente, é decorrente, de uma maneira imediata ou mediada, de todo o rol de direitos fundamentais constantes em nosso ordenamento jurídico, como aqueles dispostos nos artigos 7^a a 11 da Constituição Federal.

4.2.4. Da igualdade

“A igualdade admite que se trate desigualmente o desigual, na exata proporção da diferença. O princípio da igualdade não é um produto da razão, imutável no tempo e indiferente à lição da História. Pelo contrário, baseado essencialmente na afirmação da dignidade do homem, revela-se no curso da história como uma ideia dinâmica, constantemente adaptada à exigências da evolução da sociedade.”⁵⁴

Após discorrer sobre os Direitos Fundamentais, alicerçados pelo Princípio maior da Dignidade da Pessoa Humana, iremos introduzir ao presente estudo, breves considerações a respeito do Princípio da Igualdade, proporcionando suporte argumentativo a negação a qualquer tipo de discriminação a um Estado Social, qual se apresenta o nosso.

Referido Princípio foi inserido em Nossa Magna Carta, em seu título “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, com os seguintes dizeres:

“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 (..)”

Diversas concepções de igualdade foram sendo construídas ao longo das sociedades humanas. Iremos discorrer brevemente sobre cada uma delas até chegarmos aos dias atuais, qual seja, a um Estado Democrático Social.

Nos primórdios da civilização, em Atenas, na antiguidade clássica, tivemos somente a participação dos homens na vida política, sendo muito bem retratado por Aristóteles, que em seus estudos identificou uma igualdade geométrica e uma igualdade aritmética. A primeira refere-se a uma exclusão social, conferindo tratamentos diversos a pessoas de uma mesma sociedade. Nesta concepção, os homens se distinguiam um dos outros por seu valor. Dentro da

⁵⁴ ROMITA, Arion Sayão. “O acesso ao trabalho das pessoas deficientes perante o princípio da igualdade”, Curitiba, Genesis, 2000, p. 184;

igualdade geométrica existia a igualdade entre as diferentes *polis*, sendo esta concebida como a harmonia de desiguais.

Tal influencia refletiu na Antiguidade e Idade Média, que passaram a utilizar a palavra “igualdade” como igualdade geométrica e, por consequência, a harmonia de desiguais.

Em Roma houve a existência de trabalho escravo e a distinção de direitos de homens de uma mesma sociedade, distinção entre patrícios e plebeus. “Mas, a situação foi se alterando ao longo da história com a edição da Lei das XII Tábuas e nos anos de 212 com o Edito de Caracala que concedeu a cidadania romana a todos os habitantes do Império e em 313 com o Edito de Milão que proclamou a liberdade de culto”⁵⁵

Já na Idade Média temos uma divisão rigorosa de membros de uma sociedade em nobres, clérigos e servos, em uma também notável harmonia de desiguais. Importante mencionar a criação, na idade média, da primeira Magna Carta em 1215, na Inglaterra, o que, de fato, podemos assim dizer, da existência da não abolição das desigualdades, continuando os privilégios dos reis e dos nobres.

Por outra banda, avanços significativos nos meios sociais existiram quando referimos a Idade Moderna “a Modernidade é uma época marcada por descentramentos, tais como: o valor do indivíduo, o ressurgimento do comércio e das navegações, a formação dos Estados Nacionais, o Renascimento, a Reforma Protestante e a Revolução Científica (..) Porém, mesmo diante de todos estes fatos, a sociedade moderna ainda permanecia com marcas da Idade Média (...) A igualdade geométrica ainda se fazia presente na Europa da Modernidade e a divisão social entre clero, nobreza e povo era uma clara demonstração de que mudanças necessárias deveriam ocorrer para o fim dos privilégios.”⁵⁶

Em prol dos direitos individuais e da afirmação do liberalismo, temos grandes avanços quando tratamos da Revolução Gloriosa de 1688 e da Revolução Francesa de 1789. Na Inglaterra a supremacia do parlamento se fez presente e, concomitante, a supremacia de interesses burgueses. Na Revolução Francesa, temos a construção de um novo conceito do Direito e novos contornos ao Princípio da Igualdade, dando caráter universal às liberdades individuais e à democracia representativa. Ressalte-se, contudo, a ausência, na prática, da universalização do Princípio da Igualdade.

De se notar, que a igualdade oriunda da Revolução Francesa tratava-se de uma igualdade formal, que não contava com medidas tendentes a

⁵⁵ RODRIGUES, Eder Bomfim; “Igualdade e Ações Afirmativas nos Estados Unidos e no Brasil” . In “Leituras Complementares de Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais”, Bahia, Ed. JusPODIVM, 2010, p. 208;

⁵⁶ Ibidem, p. 209;

diminuir as diversidades econômicas e sociais entre os homens, ao contrário se limitava a acentuar a regra da plena nivelção de todos perante a lei.⁵⁷

Na corrida imperialista surgiram pensadores teóricos do Socialismo Científico, como Karl Marx e Friedrich Engels, na busca de construção de uma sociedade mais justa e igual.

Certo é que a igualdade meramente formal passou a ser questionada no final do século XIX, pelo fato da enorme onda de desigualdade social que assolava a Europa, consistindo na submissão de elevadas jornadas de trabalho, em ambientes absolutamente desprotegidos e sem respeito à dignidade humana do trabalhador, sendo este considerado mera mercadoria do sistema capitalista.

O saldo, podemos assim dizer, foi a Primeira Guerra Mundial (1914-1918) colocando em lado opostos potências européias.

A deflagração da Revolução Russa, em 1917, promoveu o rompimento com o capitalismo na afirmação de direitos sociais e igualdades entre todos, em busca, certamente, de não mais uma igualdade forma, mas sim uma igualdade material. Por outra banda, afeições sociais ao capitalismo marcaram a Constituição Mexicana de 1917 e a de Weimar de 1919 na Alemanha.

Em um Estado de Direito Social, que traz a tutela da pessoa humana como valor primordial na esfera da autonomia individual, exige-se do Estado uma intervenção positiva para criar as condições de uma real vivência e desenvolvimento da liberdade e personalidades individuais.⁵⁸

Mesmo assim, tivemos o surgimento e ascensão do Fascismo, do Nazismo e dos Estados Totalitários, e, por conseguinte, a Segunda Guerra Mundial (1939 -1945)

Uma nova etapa na proteção do ser humano e na realização da igualdade entre todos foi marcada pela ONU, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 10 de Dezembro de 1948.

“Com a queda do muro de Berlim em 1989, a redemocratização de alguns países europeus e latino-americanos e até mesmo com a crítica ao

⁵⁷ FARIA , Anacleto de Oliveira. Do Princípio da Igualdade Jurídica. São Paulo. Revista dos Tribunais /Ed. Das Universidade de São Paulo, 1973,p. 48. In: GOLDFARB, Cibelle Linero “Pessoas Portadoras de Deficiência e Relação de Emprego”, Curitiba, Juruá Editora, 2009, p. 105;

⁵⁸ TABORDA, Maren Guimarães.” O princípio da Igualdade em perspectiva histórica: conteúdo, alcance e direções.” Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro , v. 211, jan/mar, 1988, p., 257. In: GOLDFARB, Cibelle Linero “Pessoas Portadoras de Deficiência e Relação de Emprego”, Curitiba, Juruá Editora, 2009, p. 105;

antidemocrático modelo neoliberal, o princípio da igualdade adquire uma nova feição com o Estado Democrático de Direito”⁵⁹

Resta evidente, consoante exposto, a necessidade de uma igualdade real, e não meramente formal. A mudança de concepção do Princípio da Igualdade no Estado Social viabilizou, decerto, a discussão e a promulgação de normas, quer de direito interno, quer internacional, referentes às pessoas portadoras de deficiência, conforme veremos.

Ressalte-se que a Constituição de 1988, diversamente dos textos anteriores, esculpiu no caput do art. 5º, conforme visto, à frente, frise-se, de todas as garantias e direitos fundamentais, restando claro o caráter de igualdade material, substancial, a irradiar sua força valorativa às demais normas do ordenamento jurídico.

Mas como efetivamente promover o Princípio da Igualdade, sendo certo que pouco vale, conforme visto, uma igualdade meramente formal? A constituição de 1988 não apenas trouxe expressamente a proibição a qualquer forma de discriminação seja em razão de raça, cor, sexo, origem social, religião, deficiência física ou psíquica, mas também invocou ao Estado o dever de promover ações contra qualquer forma de discriminação, com determinação ativa de condutas sociais tendentes a coibir o processo discriminatório e seus efeitos.

Pois bem, na década de 60 tivemos a ascensão, nos Estados Unidos de um movimento conhecido como “ações afirmativas” ou “discriminação positiva” (como conhecido no direito europeu) e o Brasil, nos dias atuais, assim como outros países, não ficou de fora de referida proteção ao trabalhador.

Conforme exposto em nosso estudo, a somatória de ideais de um Estado Liberal para um Estado Social de Direito, trouxe não só a participação de um Estado na negação a qualquer tipo de discriminação, mas invocou o estado como líder de ações afirmativas no sentido de garantir proteção ao trabalhador em qualquer relação de discriminação, na tentativa, frise-se, de inserir aquele trabalhador deficiente, segregado do convívio dos seus.

Não serão deixados de lado estudos dedicados às ações afirmativas, realizado em capítulo próprio.

⁵⁹ RODRIGUES, Eder Bomfim; “Igualdade e Ações Afirmativas nos Estados Unidos e no Brasil” . In “Leituras Complementares de Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais”, Bahia, Ed. JusPODIVM, 2010, p.210;

4.3. Da convergência da dignidade da pessoa humana e dos direitos Fundamentais

4.3.1. Do direito fundamental: exigência ou concretização do princípio da dignidade da pessoa humana?!

Com efeito, quis o legislador constituinte a inclusão da dignidade da pessoa humana não no título dos Direitos e Garantias Fundamentais, mas quis exprimir, pela primeira vez, à condição de princípio (e valor) fundamental, incluindo a Dignidade da Pessoa Humana no Primeiro título de nossa Magna Carta, “Dos Princípios Fundamentais” da República Federativa do Brasil.

Nas palavras da ilustre professora Flávia Piovesan “intenta-se a reaproximação da ética e do direito, e, neste esforço, surge a força normativa dos princípios, especialmente do princípio da dignidade humana. Há um reencontro com o pensamento Kantiano, com as ideias de moralidade, dignidade, direito cosmopolita e paz perpétua. Para Kant, as pessoas devem existir com o fim em si mesmo e jamais como um meio, a ser arbitrariamente usado para este ou aquele propósito. Os objetos têm, por sua vez, um valor condicional, enquanto irracionais, por isso são chamados “coisas”, substituíveis que são por outras equivalentes. Os seres racionais, ao revés, são chamados “pessoas”, porque constituem um fim em si mesmo, têm um valor intrínseco absoluto, são insubstituíveis e únicos, não devendo ser tomados meramente como meios. As pessoas são dotadas de dignidade, na medida em que têm um valor intrínseco. Desse modo, ressalta Kant, deve-se tratar a humanidade, na pessoa de cada ser, sempre como um fim em si mesmo, nunca como um meio.”⁶⁰

Assim, conforme já visto no presente estudo outra dimensão é dada aos direitos fundamentais após a Constituição de 1988. Não o de superação das garantias constitucionais, já existentes dos Estados Liberais, mas o de somatória de tais garantias e direitos: o Estado entra agora com um propósito ativo de gerar prestação a cada cidadão, e o deficiente, decerto, não ficará fora desta premissa.

Quis o legislador constituinte que a Dignidade da Pessoa Humana assumisse a condição de valor jurídico fundamental (princípio e regra) a irradiar sua declaração de conteúdo ético e moral para todo o ordenamento jurídico brasileiro, inclusive alicerce para efetivação dos Direitos e Garantias fundamentais, assumindo assim, por certo, precedência em face dos demais princípios.

⁶⁰ PIOVESAN, Flávia “Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional“, São Paulo, Ed. Saraiva, 2008, p. 29;

Neste contexto, com efeito, verifica-se indissociável a relação entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, “sendo correta a premissa de que os direitos fundamentais constituem – ainda que com intensidade variável – explicitações da dignidade da pessoa humana, por via de consequência e, ao menos em Princípio (...), em cada direito fundamental se faz presente em conteúdo ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade da pessoa”.⁶¹

Assim, a dignidade da pessoa humana, na condição de princípio normativo (e condição valor) fundamental, exige e pressupõe a efetividade dos direitos fundamentais, a fim de que se reconheçam a pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes. Em outras palavras, podemos dizer que as pessoas são titulares de direitos humanos em função de sua inerente dignidade.

Com o exposto, arriscaremos, em breves palavras, uma diferenciação entre direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana, sendo que concluímos ser o primeiro direito assegurado por força de expressa previsão no ordenamento constitucional positivo, podendo ter ligação direta ou não com a dignidade da pessoa humana.

Ora, quando tratamos da dignidade da pessoa humana, estamos lidando, por certo, consoante premissas doutrinárias Kantianas, com a autonomia de vontade, a liberdade pessoal do ser humano e seus desdobramentos, situando-se no reconhecimento e proteção da identidade pessoal (integridade psíquica e intelectual), que será concretizada no respeito a privacidade, intimidade, honra, imagem entre outros atributos inerentes ao ser humano. Iremos mais além, ao defender, embora omissos o constituinte originário, a consagração de um direito ao livre desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo.⁶² Ressalte-se, decerto, que em relação ao deficiente, não será diferente, tendo o constituinte assegurado a estes direitos basilares a garantir a sua dignidade, embora, ainda hoje, pouco concretizada.

Não deixaremos à margem do presente capítulo, a análise de um princípio já estudado e de enfática relevância, qual seja, a evidente relação existente entre a igualdade e dignidade da pessoa humana.

Senão vejamos.

Uma nova etapa na proteção do ser humano e na realização da igualdade entre todos foi marcada pela ONU, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 10 de Dezembro de 1948, consagrando aos seres humanos, iguais direitos e dignidade.

⁶¹ SARLET, Ingo Wolfgang . “Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988”, Porto Alegre, Livro do Advogado, 2011, p. 101;

⁶² Ibidem, p.103;

Em um regime Social Democrático, qual situa o Brasil hoje, não resta mais espaço para uma igualdade meramente formal, qual existia nos primórdios do Estado Liberal, com a Revolução Francesa, mas sim resta evidente, consoante já exposto, a necessidade de uma igualdade real, substancial.

Ora, a mudança de paradigma do Princípio da Igualdade no Estado Social viabilizou, decerto, a discussão e a promulgação de normas, quer de direito interno, quer internacional, referentes às pessoas portadoras de deficiência, conforme veremos.

Assim, nas palavras do ilustre estudioso Ingo Wolfgang Sartet, “constitui pressuposto essencial para o respeito da dignidade da pessoa humana a garantia da isonomia de todos os seres humanos, que, portanto, não podem ser submetidos a tratamentos discriminatórios e arbitrários, razão pela qual não podem ser toleradas a escravidão, a discriminação racial, perseguições por motivo de religião, sexo, enfim, toda e qualquer ofensa ao princípio isonômico na sua dupla dimensão formal e material.”⁶³

Alicerçado pelo princípio da Dignidade da Pessoa Humana, é reconhecido jurídico-constitucionalmente direitos sociais como a liberdade de greve e de associação e organização sindical, jornada de trabalho razoável, direito ao repouso, bem como as proibições de discriminação nas relações trabalhistas. Frise-se que tais direitos foram fruto de um processo histórico de reivindicações da classe trabalhadora e, decerto, tais direitos já conquistados aplicam-se também ao deficiente trabalhador, não escusando o trabalhador deficiente da luta por demais direitos que lhes assegurem a igualdade de condições em relações aos demais trabalhadores.

Ressalte-se, ainda, a nítida conexão existente entre a problemática da exclusão social com a dignidade da pessoa humana, não se limitando ao déficit de autodeterminação, mas manifestando, claramente, por meio de um processo de humilhação do sujeito afetado pela exclusão, que no caso em estudo, refere-se a exclusão às condições dignas de trabalho ao deficiente trabalhador.

Em nosso entendimento, parece evidente que o direito ao trabalho (e a um trabalho em condições dignas), constitui um dos principais direitos fundamentais da pessoa humana e os direitos sociais decorrentes do trabalho do homem não são nada mais do que prestações fáticas e jurídicas a concretizar a proteção da pessoa trabalhadora contra as necessidades de ordem material, em um capitalismo cada vez mais intenso e competitivo.

⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang . “Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988”, Porto Alegre, Livro do Advogado, 2011, p. 105;

A fim de prosseguir nossos estudos entorno do tema escolhido, se faz necessário concluir referido capítulo destacando, novamente, o manifesto caráter dúplice do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que invoca do Estado uma prestação, não só negativa, no sentido de defesa (à negação a qualquer tipo de discriminação), mas uma exigência a promoção e proteção da dignidade da pessoa humana, no que concerne a medidas positivas, no sentido concretização de tais garantias.

4.3.2. Da dignidade da pessoa humana como limite e tarefa do Poder Judiciário;

Levando-se em conta o manifesto caráter dúplice do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que invoca do Estado uma prestação, não só negativa, no sentido de defesa (à negação a qualquer tipo de discriminação), mas uma exigência a promoção e proteção da dignidade da pessoa humana, no que concerne a medidas positivas, iremos tecer, no presente capítulo, algumas considerações sobre o limite e tarefa do Poder Judiciário.

Vamos a elas.

Ora, torna-se evidente a vinculação de todos os órgãos e atividades estatais ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, sendo dever destes proteger e zelar o indivíduo contra qualquer ato atentatório á dignidade pessoal, devendo ainda tal defesa ser estendidas contra agressões oriundas de terceiros.

“Assim, percebe-se, desde logo, que o princípio da dignidade da pessoa humana não apenas impõe um dever e abstenção (respeito), mas também condutas positivas tendentes a efetivar e proteger a dignidade dos indivíduos.”⁶⁴

A dignidade como tarefa impõe ao Estado, além do dever de proteção e respeito, a obrigação de promover políticas de proteção ao indivíduo que tem sua dignidade violada, inclusive assegurando a reparação do dano.

Vamos além e defendemos, inclusive, a vinculação da dignidade da pessoa humana também á ordem comunitária. Logo, todas as entidades privadas e particulares têm o dever de zelar pelo respeito igualitário a exprimir a idéia de

⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang . “Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988”, Porto Alegre, Livro do Advogado, 2011, p. 132;

solidariedade entre os membros da comunidade humana. Sabemos, contudo, que tal posicionamento acaba por ser utópico frente a intensa opressão socioeconômica exercida pelos assim denominados poderes sociais .

Retomemos aspectos já abordados na presente pesquisa para justificar tal afirmação, o chamado fenômeno atual da globalização, que embora apresente pontos positivos, traz a tona uma enxurrada de desigualdades e “opressões”. A relevância deste cenário resulta em uma quantidade cada vez maior de excluídos frente ao aumento gradativo do poder exercido pelas grandes corporações, internas e transnacionais, na luta incessante pelo lucro. É na contra mão do crescimento desordenado do capitalismo que imerge a convicção de questionamento e reflexão a respeito da concretização do Princípio da dignidade da pessoa humana.

Após referidas considerações, retornemos à abordagem do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana no que tange à suas características no ordenamento jurídico. Nunca demais destacar o dever geral de respeito por parte de todos (e de cada um isoladamente) , tendo em vista sua força de dimensão intersubjetiva e seu caráter irrenunciável, devendo o Estado zelar, inclusive, contra à agressões do ser humano a sua própria dignidade.

Por outra banda, analisando a Dignidade como limite, podemos destacar a importância prática desta funcionar como justificação ou mesmo exigência à imposição de restrições quando evidente o conflito entre princípios constitucionais, que no dia a dia se faz presente.

Com objetivo de exemplificar tal passagem, “situam-se decisões que, em prol de uma proteção da dignidade da pessoa, reconhecem limitações à liberdade individual, especialmente no campo da autonomia privada e liberdade contratual, inclusive – como já referido – no sentido de uma proteção contra si mesma”⁶⁵.

Frise-se, contudo, que diante da generalidade e abstração da própria noção de dignidade, “se impõe um rigoroso controle material e procedimental das restrições, evitando-se a imposição unilateral e arbitrária de determinadas concepções do bem e da justiça”⁶⁶, questão que não será objeto de desenvolvimento no presente estudo.

⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang . “Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988”, Porto Alegre, Livro do Advogado, 2011, p. 137;

⁶⁶ Ibidem, p. 138;

5. O PORTADOR DE DEFICIÊNCIA

Até meados do século XX, em geral, as pessoas com deficiência viviam segregadas, não apenas afastadas do trabalho, como do próprio convívio social. Muitas entre elas, principalmente as portadoras de deficiência mental, eram confinadas em instituições especializadas. (...) apenas em 1959 há início de aceitação e de tentativas de integração, primeiro nas escolas dos países escandinavos.⁶⁷

Torna evidente a necessidade de trazer a lume a escassez de proteção ao Trabalhador deficiente, para então ser possível questionar qual a deficiência do Sistema. Seria, da nossa parte, inoportuno deixar de frisar, embora saibamos da distância do ideal no cenário atual, a gradativa inclusão de direitos aos portadores de deficiência.

Em consonância com os fundamentos da República Federativa do Brasil, que conforme já explanado no presente estudo, zela pelo princípio da igualdade, frise-se, da igualdade substancial entre os indivíduos a fim de igualar os que estão em situação de desigualdade, vem o legislador, em evidente eco aos tratados internacionais ratificados pelo Brasil, trazer as determinações dispostas na Lei 8.213, de 24.07.1991, que prevê benefícios da Previdência Social e introduz ao sistema proteção aos portadores de deficiência por meio de quotas, conforme disposto no art. 93 da mesma lei.

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

Gradativo foi a implementação de referida lei, sendo que somente após oito anos de sua promulgação veio sua regulamentação, em maio de 1999. Esforços no sentido de aplicação efetiva de referida lei ordinária, pela Delegacia Regional do Trabalho em conjunto com o Ministério Público do trabalho, aumentou o número de pessoas portadoras de deficiência no mercado formal laboral.

Na tentativa de organizar um raciocínio lógico, podemos assim considerar, para fins didáticos, que estamos diante de uma segunda divisão do trabalho, onde não se esquecendo dos fundamentos já explanados iremos recorrer à lei infraconstitucional específica do portador de deficiência, manifestações normativas internacionais e demais fundamentos da tutela especial, culminando ao final do

⁶⁷ NOHARA, Jouliana Jordan; ACEVEDO, Claudia Rosa; FIAMMETTI, Marcelo “ A vida no trabalho: as representações sociais das pessoas com deficiências”, artigo extraído do livro organizado por Maria Nivalda de Carvalho-Freitas e Antonio Luiz Marques, “Trabalho e Pessoas com deficiência”, Curitiba, Juruá Editora, 2009, p. 73;

presente estudo com breves considerações sobre a Legitimidade das ações afirmativas.

Prossigamos.

5.1. Do portador de deficiência e sua origem histórica;

“É certo que haverá uma preocupação de abordagem não apenas teórica, e sim com os pés fincados no chão da realidade”⁶⁸

A situação de segregação e preconceito que existe no seio da sociedade em relação aos deficientes será melhor compreendida se verificarmos, ao longo da construção da civilização, como se deu a evolução das atitudes em relação as pessoas deficientes.

“As pessoas portadoras de deficiência foram objeto de exclusão social, especialmente em decorrência de preconceitos e superstições arraigadas na sociedade desde a Antiguidade, sendo certo que o desconhecimento pela ciência e pela medicina acerca das razões pelas quais uma pessoa nascia portando uma deficiência ou a adquiria no decorrer de sua existência embasava a crença de que tais pessoas seriam amaldiçoadas ou inferiores e não deviam participar da vida em sociedade e tampouco mereciam consideração e direitos.”⁶⁹

Estudos da antropologia e da história atestam que alguns povos adotaram atitudes de aceitação, apoio ou assimilação e outras atitudes de abandono, segregação ou destruição.⁷⁰

Nas primeiras civilizações, como ocorria no antigo Egito, a deficiência era vista como problemas ocasionados por males cometidos em vidas anteriores ou por maus espíritos, devendo ser tratadas com “intervenção divina”, por meio de sacerdotes-médicos.

Já a civilização grega traz diversos exemplos de pessoas com deficiência. Tanto Esparta quanto Atenas, embora rivais, tinha em suas legislações a

⁶⁸ CAVALCANTE, Ricardo Tenório. “Jurisdição, Direitos Sociais e Proteção do Trabalhador”, Porto Alegre, Livro do Advogado, 2008, p. 43;

⁶⁹ Goldfarb, Cibelle Linero, “Pessoas Portadoras de Deficiência e a Relação de Emprego”, Curitiba, Juruá Editora, 2009, p. 25;

⁷⁰ Goldfarb, Cibelle Linero, “Pessoas Portadoras de Deficiência e a Relação de Emprego”, Curitiba, Juruá Editora, 2009, p. 22, fazendo referência a trechos do livro de Otto Marques da Silva. “A epopéia ignorada: a pessoa deficiente na história do mundo de ontem e hoje.” São Paulo: Centro São Camilo de Desenvolvimento em Administração da Saúde, 1986.

necessidade de uma assistência por parte do estado, em caso de ferimentos e mutilações de soldados. Ademais, em Atenas, havia a obrigação legal dos filhos de cuidar dos pais em caso de velhice ou de deficiência física. Em Esparta, o nascimento de uma criança com deficiência poderia implicar sua condenação à morte.

A civilização romana, por sua vez, foi marcada por avanços em vários setores da ciência, havendo um destaque no que se refere as leis, sendo, contudo, evidente a discriminação em relação aos deficientes. Como exemplo temos a Lei das XII Tábuas, que determinava que o pai deveria matar o filho deficiente, sendo muito comum, à época, o abandono destas crianças que eram acolhidas por civilizações diversas ou vendidas como escravos.

“A decadência de Roma foi acompanhada pelo colapso cultural, inclusive religioso, que abriu espaço para ascensão do cristianismo, que de cunho universal, incompatibilizava-se com as bases de sustentação do Império Romano, pois condenava o militarismo e o escravismo. A estrutura escravista foi gradativamente substituída pelo feudalismo, quando a população deixou as cidades, buscando a sobrevivência no campo.”⁷¹

O período da idade média (Séculos V e XV) foi marcada por forte influência do Cristianismo e, embora evidente a segregação e preconceito em relação aos deficientes, foi nesta época que começaram os primeiros hospitais e abrigos destinados aos doentes e também às pessoas portadoras de deficiência. Frise-se o destacado papel da igreja nas fundações de muitos hospitais, baseando no conteúdo da doutrina cristã da caridade – virtude de que tinha como base o sentimento de amor ao próximo, o perdão, a humildade e a benevolência.

Esta época foi marcada, por assim dizer, num posicionamento mais justo e que ressaltava que cada ser humano era feito a imagem e semelhança de Deus, sendo que muitos marginalizados da época, e frise-se, o deficiente não ficou de fora, foram beneficiados com referida mentalidade.

“Na idade média, as idéias que envolviam as pessoas que portavam deficiência eram impregnadas por concepções místicas, mágicas e misteriosas, de baixo padrão. Mesmo assim, casos de doenças e de deformações começaram a receber mais atenção e isto ficou demonstrado com a criação de hospitais e abrigos para doentes e pessoas portadoras de deficiência, por senhores feudais e por governantes com a ajuda da Igreja.”⁷²

Destaca-se que a idade média foi uma época marcada por grandes avanços em relação à assistência aos deficientes, podendo citar, como exemplo, a

⁷¹ MARANHÃO, Rosanne de Oliveira, “O portador de deficiência e o Direito do Trabalho”, São Paulo, Editora LTr, 2005, p. 25;

⁷² Ibidem, p. 25;

invenção por Girolamo Cardano de um código para ensinar as pessoas portadoras de deficiência auditiva a ler e escrever.

Ressalte-se, contudo, que foi no século XIX que a medicina registrou uma série de progressos, valendo citar a criação do método de leitura Braille, em 1825, pelo professor do Institute Nationale dês Jeunes Aveugles, Louis Braille, além dos avanços na área de ortopedia.⁷³

Com efeito, foi no século XIX e XX que surgiram os maiores avanços na área dos direitos humanos. Temos no século XX, a introdução no ordenamento jurídico de direitos trabalhistas e previdenciários, aí incluindo direitos as pessoas portadoras de deficiência consideradas incapazes de trabalhar e de se sustentar.

Conforme já visto, mudanças significativas assolaram o mundo neste período e em 1917 tivemos a deflagração da Revolução Russa promovendo rompimento com o capitalismo na afirmação de direitos sociais e igualdades entre todos, em busca, certamente, de não mais uma igualdade forma, mas sim uma igualdade material.

Mesmo assim, tivemos o surgimento e ascensão do Fascismo, do Nazismo e dos Estados Totalitários.

Não é demais lembrar que, na Alemanha do ditador Adolf Hitler, estudos revelaram a determinação da eliminação de milhares de pessoas portadoras de deficiência mental, havendo, inclusive, orientação as parteiras e aos médicos do poder de indicar as crianças com má-formação congênita, as quais poderiam ser condenadas à morte.⁷⁴

Uma nova etapa na proteção do ser humano e na realização da igualdade entre todos foi marcada, contudo, pela ONU, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 10 de Dezembro de 1948.

Após estas breves linhas, onde nos preocupamos em situar o leitor no contexto histórico do tratamento destinado as pessoas portadoras de deficiência, iremos discorrer sobre a definição de sua nomenclatura para então assim entrarmos na seara das legislações específicas de proteção ao portador de deficiência.

Vamos a ela.

5.2. Conceito de Portador de deficiência para o Direito do Trabalho;

⁷³ Goldfarb, Cibelle Linero, “Pessoas Portadoras de Deficiência e a Relação de Emprego”, Curitiba, Juruá Editora, 2009, p. 27;

⁷⁴ Ibidem, p.29;

Regulamentações internacionais promovidas pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) estabeleceram um conceito a respeito da pessoa portadora de deficiência. A primeira foi a de nº 99, aprovada em 25.6.55, sendo o conceito repetido na Recomendação nº 168, de 1983, e ainda, aprimorado na Convenção nº 159, de 1º.06.83, sendo esta última ratificada pelo Brasil através do Decreto Legislativo nº 51, de 28 de agosto de 1989, que conceitua o portador de deficiência, no artigo 11 como sendo:

“Para efeitos da presente Convenção, entende-se por “pessoa deficiente” todo indivíduo cujas possibilidades de obter e conservar um emprego adequado e de progredir no mesmo fiquem substancialmente reduzidas devido a uma deficiência de caráter físico ou mental devidamente reconhecida”

Nos moldes da Convenção n. 159, foi editada, em 24 de Outubro de 1989, a Lei n. 7.853, regulamentada pelo Decreto n. 914, de 06.09.93, posteriormente revogado pelo Decreto de n. 3.298, de 20.12.1999, que define a deficiência permanente e a incapacidade nos seguintes termos:

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

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

Temos, ainda, a Lei 10.098, de 19.12.2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, dispendo em seu artigo 2º, inc. III, a definição de pessoa portadora de deficiência como sendo a “que temporária ou permanentemente tem limitada sua capacidade de relacionar-se com o meio e de utilizá-lo”;

Ademais, a Declaração das Nações Unidas dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência adotada pela Assembléia Geral da ONU, através da Resolução XXX/3447, de 09.12.75, em seu artigo 1º, dispõe sobre a definição de deficiente⁷⁵ como sendo:

“O termo ‘deficiente’ designa toda pessoa em estado de incapacidade de prover por si mesma, no todo ou em parte, as necessidades de uma vida pessoal ou social normal, em consequência de uma deficiência congênita ou não de suas faculdades físicas ou mentais”

“Dos conceitos acima transcritos, é possível observar diferentes abordagens, conforme o bem que se pretende proteger. Assim, a Organização Internacional do Trabalho elaborou um conceito vinculado à possibilidade de obtenção e manutenção de emprego. Já a Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes traz um conceito mais amplo, voltado essencialmente para as dificuldades da vida individual e social. Enfim, o conceito da Lei 10.098/00, por tratar de questões relacionadas à acessibilidade propriamente dita, é mais elástico, considerando que os problemas atinentes à acessibilidade podem afetar, permanente e/ou temporariamente, boa parte das pessoas, quer elas portem uma deficiência, quer elas estejam, momentaneamente, incapazes de usufruir sua plena capacidade motora.”⁷⁶

Por fim, podemos estabelecer, em poucas palavras, um conceito de deficiência para a seara trabalhista como sendo alguma limitação física, mental, sensorial ou múltipla que afete o indivíduo de tal maneira que prejudique sua inserção no mercado de trabalho, devendo o legislador zelar pela sua proteção igualando-os aos demais frente a sua condição de desigual.

5.3. Das deficiências: um rol exemplificativo;

“Quando falamos de uma sociedade inclusiva, pensamos naquela que valoriza a diversidade humana e fortalece a aceitação das diferenças individuais. É dentro dela que aprendemos a conviver, contribuir e construir juntos um mundo de oportunidades reais (não obrigatoriamente iguais) para todos. Isso implica numa

⁷⁵ MARANHÃO, Rosanne de Oliveira, “O portador de deficiência e o Direito do Trabalho”, São Paulo, Editora LTr, 2005, p.39;

⁷⁶ Goldfarb, Cibelle Linero, “Pessoas Portadoras de Deficiência e a Relação de Emprego”, Curitiba, Juruá Editora, 2009, p.35;

*sociedade onde cada um é responsável pela qualidade de vida do outro, mesmo quando esse outro é muito diferente de nós*⁷⁷

A lei infraconstitucional estabeleceu quais são as deficiências objeto da proteção legal. Ressalte-se que quando falamos em deficiência no presente estudo, certamente estamos nos referindo a qualquer deficiência que impactue o indivíduo para inserção no mercado de trabalho e sua integração social.

Conforme leciona João Batista Cintra Ribas, “a rigor, existem três tipos de deficiência, sendo que um deles dividem-se em dois. Existem as deficiências físicas (de origem motora: amputações, malformações, ou sequelas de vários tipos etc.), as deficiências sensoriais, que se dividem em deficiência auditivas (surdez total ou parcial) e visuais (cegueira, também total ou parcial), e as deficiências mentais (de vários graus, de origem pré, peri, ou pós-natal).”⁷⁸

O dispositivo infraconstitucional, que estabelece o rol das pessoas consideradas portadoras de deficiência, está disposto, de maneira restritiva, no art. 70, do Decreto n. 5.296 de 02.12.2004 (que alterou a redação do art. 4º do Decreto n. 3.298 de 20.12.99), que determina:

“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; [\(Redação dada pelo Decreto nº 5.296, de 2004\)](#)

II - deficiência auditiva - perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas freqüências 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

⁷⁷ MIHARRO, Erotilde Ribeiro dos Santos. “A dignidade da Pessoa Humana nas Relações do Trabalho – Inserção do Portador de Deficiência no mercado de Trabalho”, Revista do TRT da 2ª Região, São Paulo, n. 04/2010, p. 99, in http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/revistas/revista_eletronica/04_2010.pdf, acessado em 18.08.12, fazendo referência a trecho do livro de Miguel Lopez Melero – Diversidade e Cultura: uma escola sem exclusões, Universidade de Málaga, Espanha, 2002;

⁷⁸ MELO, Sandro Nahmias. “O Direito ao Trabalho da Pessoa Portadora de Deficiência.”, São Paulo, Editora LTr, 2004, p. 54, citando trecho do livro de João Batista Cintra Ribas, “O que são pessoas deficientes?”, p. 27;

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 60°; 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; [\(Redação dada pelo Decreto nº 5.296, de 2004\)](#)

e) saúde e segurança;

f) habilidades acadêmicas;

g) lazer; e

h) trabalho;

V - deficiência múltipla – associação de duas ou mais deficiências”.

Não podemos deixar de ressaltar, contudo, que o rol das deficiências é muito mais amplo que o apontado na classificação infraconstitucional. Defendemos que o deficiente é todo aquele que apresenta uma condição, seja aparente, seja não aparente, de integração social.

Superada estas considerações, passemos para o estudo das manifestações normativas internacionais e os fundamentos da tutela especial, sem não antes abordarmos a problemática da deficiência de proteção ao trabalhador.

6. O PROBLEMA DA DEFICIÊNCIA DE PROTEÇÃO DO TRABALHADOR

6.1. Aspecto da legislação material;

A problemática do cenário atual, no plano material, refere-se a relação capital e trabalho, simbolizada pela tensão entre princípio da livre iniciativa do empregador e o princípio da proteção do empregado. Percorreremos este confronto à luz da ótica do judiciário que, em sintonia com os Princípios Constitucionais, terão papel fundamental na concretização da proteção ao trabalhador e o deficiente, decerto, não ficará de fora desta premissa.

Ora, é certo o papel normativo estabelecido pelos Direitos e Garantias Fundamentais e sua aplicação nas mutações informais do direito do trabalho, que será analisado, neste capítulo, dentro a uma dimensão hermenêutica judicial.

Adentrando no seara da legislação material há um forte consenso na doutrina quanto ao caráter tutelar do Direito material e infraconstitucional do Trabalho quando o assunto é o portador de deficiência.

Nas palavras da estudiosa Rosanne de Oliveira Maranhão, “é necessário, portanto, para que os portadores de deficiência possam se socorrer do Poder Judiciário, que haja a lesão ou ameaça a direito e a demonstração de interesse no pedido. A defesa dos interesses pode também abranger uma omissão constitucional, no caso em que os direitos assegurados pela Constituição são violados pelo Poder Legislativo ou pela autoridade administrativa”⁷⁹

Nunca é demais lembrar que com o surgimento do Estado Social, buscou-se uma igualdade matéria, substancial, e afirmou-se como uma legislação protetiva, sendo manifesto quando dispôs em seu art. 5º, inciso II, que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, em evidente manifestação do Princípio Constitucional da isonomia, como forma de compensar a desigualdade da relação empregado e empregador.

“A autonomia da vontade, ao contrário do que sucede nos contratos civis, aqui é sobrepujada pelo regramento legal, numa intervenção deliberada do Estado para equilibrar a relação laboral e atribuir-lhe uma dimensão equânime.”⁸⁰

⁷⁹ MARANHÃO, Rosanne de Oliveira, “O Portador de Deficiência e o Direito do Trabalho”, São Paulo, Editora LTr, 2005, p. 138;

⁸⁰ CAVALCANTE, Ricardo Tenório. “Jurisdição, Direitos Sociais e Proteção do Trabalhador”, Porto Alegre, Livro do Advogado, 2008, p. 142;

Como bem observa Ricardo Tenório Cavalcante, o Princípio da Autonomia de vontade “prende-se à evolução do Estado liberal para o Estado Social, ou intervencionista. Com efeito, aquele não podia, por princípio, imiscuir-se nas relações socioeconômicas, admitindo, segundo a filosofia do sistema político, que o contrato privado era suficiente para regulá-las segundo critérios de justiça. Embasava-se tal crença no pressuposto da igualdade jurídica – ‘todos são iguais perante a lei’ - solenemente proclamada pela Revolução Francesa e consagradas nas constituições dos Estados na era contemporânea”⁸¹

Valendo-se do comentário de Sérgio Torres Teixeira, seriam três as categorias de normas básicas de proteção do Trabalhador: as de proteção mínima, as proibitivas e as estruturais.⁸²

Compondo o maior grupo, e de extrema relevância para o presente estudo, temos as de proteção mínima do trabalhador que “exprimem um mínimo de garantias ao empregado hipossuficiente, estabelecendo limites dentro dos quais admite-se a estipulação de outras condições de trabalho. (...) o legislador cria uma plataforma mínima, em cima da qual as outras fontes podem produzir normas que melhor atendem aos interesses dos empregados, e, em última análise, ao interesse público em proteger o hipossuficiente.”⁸³

Por sua vez, as proibitivas são formas que o Estado encontrou de resguardar o interesse público. Exemplo disso, estaria na norma que veda o trabalho noturno, insalubre ou perigoso aos menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de quatorze anos, salvo na condição de aprendiz, de acordo com a dicção do artigo 7º, inciso XXXIII, de Nossa Magna Carta.⁸⁴

As estruturais são aquelas destinadas a definições juslaborais, como exemplo podemos citar o disposto no art. 2ª e 3ª da Consolidação das Leis do Trabalho e, como não poderia ficar de fora, o referido art. no art. 70, do Decreto n. 5.296 de 02.12.2004 (que alterou a redação do art. 4º do Decreto n. 3.298 de 20.12.99), que define quem é considerada portador de deficiência para efeitos legais.

6.1.1. Ordem econômica e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988 – “o escudo normativo”

⁸¹ CAVALCANTE, Ricardo Tenório. “Jurisdição, Direitos Sociais e Proteção do Trabalhador”, Porto Alegre, Livro do Advogado, 2008, p. 142, fazendo referência direta de trechos do livro de José Soares Filho. “A proteção da relação de emprego”, São Paulo, LTr, 2002, p. 176;

⁸² Ibidem, p. 52;

⁸³ Ibidem, p. 52;

⁸⁴ Ibidem, p.143;

O sistema econômico adotado pela Constituição de 1988 foi o capitalista, inserindo como Princípio Fundamental, resguardados constitucionalmente, a livre iniciativa e o trabalho assalariado (art. 1º, IV, CF).

Longe de querer uma abordagem simplista do assunto, é certo, conforme leciona Ricardo Tenório Cavalcante, que o capitalismo de cada sociedade é arraigado aos valores existente em cada povo, logo, podemos assim dizer que Nossa Magna Carta adotou o capitalismo como modo de produção, mas o fez com realce e contornos próprios.⁸⁵

Com efeito, dispondo o legislador como modo de produção o capitalismo, não deixou de fora contornos da Justiça Social, prevendo, dentre outros, o disposto no art 1º, 3º e 170, com evidente submissão ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, alicerce dos demais direitos e garantias. “Como bem observa Eros Roberto Grau ‘a ordem econômica da Constituição de 1988 contempla a economia de mercado, distanciada porém do modelo liberal puro e ajustada à ideologia neo – liberal (...); a constituição capitalista, mas a liberdade apenas é admitida enquanto exercida no interesse da justiça social e confere prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado (..) Tais colocações em si bastam para afastar a pretensão de tachá-las de simplesmente liberal ou reduzida tão-só ao econômico.’”⁸⁶

Defensável se faz, assim, que a proteção do trabalhador, e também do trabalhador deficiente, é decorrente de todo o rol de direitos fundamentais constantes em nosso ordenamento jurídico, como aqueles dispostos nos artigos 7ª a 11 da Constituição Federal.

Não por acaso, o constituinte originário, diversamente da Constituição anterior, estruturou os direitos fundamentais na parte inicial da magna carta, antes das normas sobre a organização do estado. Incorporou ao texto maior um elenco amplo e generoso de direitos individuais, sociais, políticos, difusos e coletivos e como se não bastasse determinou: não, aqui o constituinte derivado não mexe, é clausula pétrea!

Ora, conforme pudemos perceber, há um escudo normativo evidente que protege a integridade jurídico-formal dos direitos fundamentais do trabalho, embora das constantes mutações informais do trabalho e da necessidade da relevante dimensão hermenêutica judicial.

⁸⁵ CAVALCANTE, Ricardo Tenório. “Jurisdição, Direitos Sociais e Proteção do Trabalhador”, Porto Alegre, Livro do Advogado, 2008, p. 145;

⁸⁶ CAVALCANTE, Ricardo Tenório. “Jurisdição, Direitos Sociais e Proteção do Trabalhador”, Porto Alegre, Livro do Advogado, 2008, p. 144, fazendo referência a trechos do livro de Eros Roberto Grau, “A ordem econômica na Constituição de 1988, São Paulo, Malheiros, 1998, p. 212-213;

6.1.2. Da proteção legal trabalhista

Conforme já referido no presente estudo, dentre a tipologia das normas de proteção ao empregado, destaca-se a regra da proteção mínima ao trabalhador.

Com efeito, visando superar a questão da proteção legal, abordaremos, em breves linhas panoramas dos mecanismos clássicos: a jurisprudência e a doutrina tem se valido historicamente da regra da superioridade da norma mais benéfica para o empregado, visando aumentar a proteção ao trabalhador, especialmente criando mecanismos como acordo e convenção coletiva.

“Em verdade, o critério da norma mais favorável ao empregado rege a hierarquia das fontes do direito do trabalho. Mesmo norma hierarquicamente superior dentre da clássica escala Kelseniana, deve ceder para a norma inferior, na exata medida em que esta seja mais benéfica para o trabalhador. (...) Sob a égide desse critério, a hierarquia das normas trabalhistas caracteriza-se pela plasticidade e, não obstante sua força cogente, pela ausência de rigidez de que se reveste o direito comum”⁸⁷

Frise-se que o critério da norma mais benéfica não vem sendo aplicado de modo absoluto, encontrando restrições em algumas hipóteses. Daí por que a doutrina vem traçando alguns parâmetros para balizar a regra da norma mais benéfica, sendo de relevância as teorias da acumulação e do conglobamento.

Em breves linhas podemos conceituar a teoria da acumulação como sendo “acumulação de preceitos favoráveis do obreiro, a partir de diferentes diplomas normativos. Faz-se uma seleção das disposições mais favoráveis ao trabalhador, pouco importando emanem de textos e sistemas normativos diversos.”⁸⁸

Por outra banda, a teoria do conglobamento se funda na idéia da compreensão do conjunto normativo como um todo e aplica-se ao caso concreto à determinação do conjunto normativo que seja mais favorável. Na prática, está teoria é a que tem mais aceitação não sendo o foco do presente estudo maiores aprofundamentos sobre o tema.

⁸⁷ CAVALCANTE, Ricardo Tenório. “Jurisdição, Direitos Sociais e Proteção do Trabalhador”, Porto Alegre, Livro do Advogado, 2008, p. 147;

⁸⁸ Ibidem, p. 148;

6.1.3. Da livre iniciativa e do direito fundamental;

A problemática do cenário atual, no plano material, refere-se a relação capital e trabalho, simbolizada pela tensão entre princípio da livre iniciativa do empregador e o princípio da proteção do empregado. Percorreremos este confronto à luz da ótica do judiciário que, em sintonia com os Princípios Constitucionais, terão papel fundamental na concretização da proteção ao trabalhador e o deficiente, decerto, não ficará de fora desta premissa.

Como bem observa Arion Sayão Romita, “a “igualdade” está mencionada no preâmbulo da Constituição da República como um dos “valores supremos” da sociedade, em que o Estado Democrático se funde para assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais. E o direito ao trabalho constitui um dos direitos sociais. Logo, para assegurar o direito ao trabalho, o Estado Democrático brasileiro lastreia sua ação social, entre outros, no “valor supremo” da igualdade.”⁸⁹

Feita referidas considerações passemos a analisar o enquadramento morfológico da livre iniciativa para em seguida ser possível tecer paralelo hierárquico ao princípio da proteção do empregado.

Quanto a natureza jurídica, parece ser evidente tratar-se de Princípio, em aparente choque jurídico com o Princípio da proteção do trabalhador. “A natureza morfológica da norma constitucional é aberta o suficiente, e tem estrutura lógica de aplicação modulada, para o enquadramento na categoria conceitual de princípio.”⁹⁰

Aparentemente, pois, o constituinte originário não estabeleceu hierarquia rígida entre o princípio de proteção ao empregado e o da livre iniciativa do empregador e, em nosso entendimento, fica evidente a preferência a proteção ao trabalhador em face do caráter não absoluto do princípio da livre iniciativa. O referido não significa que um Princípio vai se sobrepor sempre e em qualquer circunstância a outro, mas sim uma preferência, em um primeiro momento de ponderação, que pode sim ser superado caso sejam apresentados argumentos plausíveis de convencimento.

“Defende-se que o princípio da proteção do empregado tem um precedência *prima facie* sobre o princípio da livre iniciativa, seja porque se trata de um direito fundamental versus um bem constitucionalmente protegido, o que é um argumento dogmático e calcado no texto da constituição federal de 1988. Seja mais porque, mesmo assim haverá uma primazia do direito à proteção à pessoa-que-

⁸⁹ ROMITA, Arion Sayão. “O acesso ao trabalho das pessoas deficientes perante o princípio da igualdade”, Curitiba, Genesis, 2000, p. 188;

⁹⁰ CAVALCANTE, Ricardo Tenório. “Jurisdição, Direitos Sociais e Proteção do Trabalhador”, Porto Alegre, Livro do Advogado, 2008, p. 152;

trabalha, numa construção que eleva o direito fundamental social do trabalhador sobre o direito de livre empreender típico do empregador.”⁹¹

Ademais, os “valores sociais do Trabalho” estão dispostos no mesmo dispositivo constitucional, em seu inciso IV, sendo alçado ainda como princípio da “Ordem Econômica”, voltada a “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (...)”(art. 170 da Constituição Federal) e a “busca do pleno emprego” (inciso VIII). Como se não bastasse, vem o art. 193 da Magna Carta e diz: “A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”.⁹²

Ora, observa-se que o Princípio da proteção ao empregado foi alçado a patamar de direito fundamental, que conforme já estudamos, tem força normativa direta e imediata, enquanto o da livre iniciativa, bem constitucionalmente assegurado, trata-se tão somente, de um pressuposto de desenvolvimento do sistema capitalista de produção.

Recorrendo a ensinamento do ilustre doutrinador Maurício Godinho Delgado “temos uma Constituição que incorpora, de modo muito bem definido, um projeto de Estado de Bem – Estar Social. Embora haja problemas tópicos aqui e ali, trata-se de claro projeto de construção de um Estado de Bem-Estar Social do país – único meio historicamente comprovado de fazer respeitar os fundamentos da República (soberania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa, pluralismo político – art. 1º, CF) e permitir concretizar seus objetivos fundamentais de construir uma sociedade livre, justa e solidária no país, que garanta o desenvolvimento nacional, erradique pobreza e a marginalização, além de reduzir as desigualdades sociais e regionais, promovendo o bem de todos sem preconceitos (art. 3º, CF)”⁹³

Como bem observa Arion Sayão Romita “ a necessidade de compensar a inferioridade da posição jurídica do deficiente (no confronto com as demais pessoas), no instante da celebração do contrato de trabalho, fala alto em favor do reconhecimento da vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais. As empresas privadas não podem deixar de vincular-se as normas que consagram esses direitos. Como sustenta João José Nunes Abrantes, os direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores “são elementos fundamentais da ordem jurídico-constitucional, tendo por isso de valer em todos os ramos do direito”,

⁹¹ CAVALCANTE, Ricardo Tenório. “Jurisdição, Direitos Sociais e Proteção do Trabalhador”, Porto Alegre, Livro do Advogado, 2008, p. 154;

⁹²Ibidem, p. 154;

⁹³ DELGADO, Maurício Godinho e DELGADO, Gabriela Neves; “Constituição da República e Direitos Fundamentais”, São Paulo, Editora LTr, 2012, p. 167;

e não apenas contra os poderes do Estado. Por tal motivo, “a referida vinculação aos direitos fundamentais prevalece sobre a autonomia privada.”⁹⁴

Numa constituição que prima pela dignidade da pessoa humana como fundamento maior, seria um contra-sensu inverter a equação da proteção ao empregado em benefício do capital. Decerto, não o fez o legislador constituinte; outrossim, não caberá ao aplicador do direito fazê-lo !

6.2. Aspecto da legislação processual;

“Se o direito material navega na corrente do incremento de complexidades, o direito processual segue a via oposta do encurtamento e da redução de caminhos para que não se desvirtua da sua própria razão de ser e a assim o desiderato instrumental do processo será alcançado”⁹⁵

Inegável o efeito desgastante de um processo lento e moroso, devendo o estado zelar por sua maior efetividade possível, seja por meio de tutelas de urgências, seja por mecanismos diversos que dispõe o legislador para efetiva entrega da prestação jurisdicional.

Ora, a eleição do campo da tutela de urgência foi o mecanismo encontrado pelo legislador para evitar o chamado dano marginal, àquele decorrente da lentidão do processo. “Deve-se ao caráter especialmente de urgência do direito do trabalho, que decorre de seu caráter alimentício. É dizer: em outras searas do direito a urgência da prestação jurisdicional é um valor a ser considerado, no processo do trabalho, pela matéria prima para a qual foi pensado – as verbas trabalhistas todas de caráter alimentar – naturalmente se maximiza e se potencializa a importância do tema.”⁹⁶

Com efeito, busca-se a distribuição do ônus do tempo do processo, e para tanto o legislador adotou basicamente três técnicas para enfrentamento da questão, qual seja, a sumarização do procedimento, a sumarização da cognição e o incremento da eficácia dos meios de execução.⁹⁷

⁹⁴ ROMITA, Arion Sayão. “O acesso ao trabalho das pessoas deficientes perante o princípio da igualdade”, Curitiba, Genesis, 2000, p. 188, citando trecho do livro de João José Nunes Abrantes, “Estudos de Direito do Trabalho”, 2ª ed, Associação Acadêmica, Lisboa, 1992, p. 83/84;;

⁹⁵ CAVALCANTE, Ricardo Tenório. “Jurisdição, Direitos Sociais e Proteção do Trabalhador”, Porto Alegre, Livro do Advogado, 2008, p.26;

⁹⁶ Ibidem, p. 165;

⁹⁷ Ibidem, p. 167;

Vamos a elas.

Quando tratamos da eficácia dos meios de execução, estamos nos referindo, como exemplo, à multa por descumprimento por obrigação de fazer ou não fazer, servindo para tornar efetivos os provimentos que muitas vezes se perpetuam como inexecutáveis.

A outra técnica diz respeito à sumarização da cognição. Importante frisar a este respeito a obra seminal de Kasuo Watanabe, “Da cognição no processo civil”. Watanabe foi responsável pela classificação em dois planos: horizontal e vertical.⁹⁸

No plano vertical, a cognição pode ser classificada como exauriente (completa) e sumária (incompleta) – conforme o grau de sua profundidade.

Já no plano horizontal, a cognição tem como limite os elementos objetivos, tendo a ver com a extensão e amplitude da matéria examinada (questões processuais, condições da ação, inclusive questões de mérito dentre outros).

Não almejando demais delongas sobre o assunto, trataremos brevemente sobre a sumarização do procedimento para então assim continuarmos o presente estudo no que se refere a proteção processual estatal. Prossigamos.

A sumarização do procedimento nada mais é do que o encurtamento do *iter processual* e, como exemplo, podemos citar o rito sumárrissimo do art. 275 do CPC, inovação introduzida em 2000, quando da já existência do rito sumário.

Ressalte-se que quando tratamos das tutelas de urgência estamos nos referindo não só as medidas antecipatórias, consoante exemplo citado, mas também às tutelas de urgência cautelares.

De fato os pressupostos das duas referidas medidas são praticamente as mesmas: a fumaça do bom direito (*fumus boni iuris*) da cautelar equivale à prova inequívoca da verossimilhança da alegação a que se refere o art. 273 da tutela antecipada.

“É preciso dizer que a doutrina e jurisprudência sempre admitiram como adequado o significado de *fumus boni iuris* por *aparência do bem direito*; e verossimilhança nada mais é do que isto: o que parece semelhante à verdade (

⁹⁸ CAVALCANTE, Ricardo Tenório. “Jurisdição, Direitos Sociais e Proteção do Trabalhador”, Porto Alegre, Livro do Advogado, 2008, p. 167;

símile al vero, observa Calamanadrei). Os dois conceitos, assim, dizem respeito à plausibilidade do direito alegado pelo autor.”⁹⁹

Ora, em poucas palavras podemos dizer que ambas tem como objetivo a imediata prestação jurisdicional. Enquanto a antecipação da tutela visa a antecipação do direito, a cautelar tem em mira a conservação do processo.

Calcado na legitimidade do art. 5º, inciso XXXV de nossa Magna Carta “ a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, outrossim, com demais normas garantidoras dos direitos fundamentais podemos dizer que todos os direitos fundamentais alicerçam as tutelas de urgência, quando o assunto tratado for, decerto, as garantias fundamentais.

Porém qual normas devem ser aplicadas as tutelas de urgência ?! É certo que a legislação trabalhista é extremamente lacunosa no que se refere a tutelas de urgência, logo é de todo aplicável a sistemática do processo civil quando se refere ao tema tratado.

6.2.1. Efetividade dos direitos trabalhistas e o Processo

Em um Estado Democrático de Direito, que prima pela efetividade da jurisdição, consoante dispõe o art. 5º, inciso XXXV, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, um direito que figure no catálogo constitucional ou legal mas que, apesar disso, não pode ser efetivado equivale a nada.

Ora, um Estado que vedou a autotutela se viu no dever de oferecer ao cidadão uma prestação jurisdicional. Ademais, o constituinte derivado, com a reforma do judiciário, acrescentou o inciso LXXVIII, ao art. 5º de Nossa Magna Carta que diz “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”, evidenciando a importância deste capítulo no contexto atual.

“As locuções ‘razoável duração do processo’ e ‘celeridade’ podem traduzir-se como elementos indispensáveis à própria conformação do direito constitucional à efetividade”¹⁰⁰

⁹⁹ CAVALCANTE, Ricardo Tenório. “Jurisdição, Direitos Sociais e Proteção do Trabalhador”, Porto Alegre, Livro do Advogado, 2008, p..170;

Mas quando falamos em efetividade da prestação jurisdicional qual o princípio mais relevante para tanto, o da celeridade ou do contraditório?! Iremos discorrer em breves linhas sobre o segundo princípio para melhor entender o fenômeno da efetividade.

Vamos a ele.

Embora torne o processo, aparentemente mais moroso, o Princípio do Contraditório nada mais é do que uma manifestação da ampla defesa, e vai além, comportando três formas na legislação pátria: o contraditório prévio, o contraditório diferido e o contraditório eventual.

O contraditório diferido nada mais é do que aquele em que o juiz está autorizado a julgar antecipadamente, desde que se convença da verossimilhança do direito alegado. É o que ocorre com o art. 273 do CPC, no qual o julgamento é provisório até que venha a sentença em definitivo.

Por outra banda, quando tratamos do contraditório prévio estamos nos referindo ao modelo do procedimento ordinário. O juiz dá oportunidade as partes de formularem suas alegações e apresentá-las antes do julgamento. No direito brasileiro, está disciplinado enquanto procedimento ordinário e sumário.

A terceira forma de contraditório é aquela chamada de contraditório eventual. Nesta, o contraditório da ação principal é eliminado para dar lugar a um contraditório de uma ação incidental ou de uma ação independente (como exemplo, podemos citar os Embargos do Devedor ou as Ação possessória)

Assim, quando falamos em contraditório não podemos incorrer no erro de limitá-lo simplesmente a uma manifestação de ampla defesa, indo além, sendo, outrossim, eventual e diferido, decerto.

6.2.2. A proporcionalidade na esfera Processual;

“O princípio da proteção do empregado tem aplicação direta e indireta na relação entre empregado e empregador, tudo porque decorre do direito fundamental de proteção à dignidade da pessoa-que-trabalha”¹⁰¹

¹⁰⁰ CAVALCANTE, Ricardo Tenório. “Jurisdição, Direitos Sociais e Proteção do Trabalhador”, Porto Alegre, Livro do Advogado, 2008, p.175;

¹⁰¹ Ibidem, p. 178;

A natureza do Direito processual difere, sem dúvida, da esfera material, sendo, decerto, permitido e devido o exame da proporcionalidade como etapa necessária na aplicação do princípio da proteção do empregado.

Partindo desta premissa e não ficando o deficiente, decerto, fora desta esfera, podemos dizer que na seara processual o embate entre a livre iniciativa do empregador e o princípio da proteção do trabalhador se perpetua, sendo, em nosso entendimento, a preferência ao aplicador do direito deste último na solução dos conflitos dos casos concretos.

Almejando estreitar o assunto exposto, iremos recorrer a manifestação de Ricardo Tenório Cavalcante no sentido de divisão da proporcionalidade em três subprincípios, quais sejam: adequação ou idoneidade, necessidade e proporcionalidade (em sentido estrito). “Verificar se o instrumento processual utilizado é apto para alcançar o resultado (adequação), e se esse meio é o que provoca menor restrição para obter a mesma finalidade (necessidade), e ainda sopesar, no caso concreto, se o direito fundamental de proteção do trabalhador deverá prevalecer sobre o direito do empregador (proporcionalidade em sentido estrito) são etapas incontornáveis na aplicação do princípio da proporcionalidade, também em matéria eminentemente processual.”¹⁰²

Considerar somente o embate entre a livre iniciativa do empregador e o princípio da proteção do trabalhador seria uniformizar todos os processos e sabemos muito bem que, na prática, há a necessidade do aplicador do direito em dar efetividade em suas decisões através da proporcionalidade, introduzindo, em cada caso concreto a singularidade da aplicação dos direitos fundamentais substantivos.

“O raciocínio é simples: nas hipóteses em que o direito à efetividade da jurisdição e do contraditório parecem rivalizar na arena do processo sem a companhia de nenhum direito material, a entrada em cena dos direitos fundamentais substantivos servirá, quando mais não for, para dizer-se legítimo o reforço, ou não, à efetividade e diferir o contraditório.”¹⁰³

Ressalte-se que em se tratando de efetividade da legislação processual, sua carência repousa justamente na morosidade do procedimento, levando o legislador e o aplicador do direito a procura incessante de uma melhor eficácia dos meios de execução. Já contemplamos no presente estudo a “sumarização da cognição” pelo julgador como forma de aperfeiçoar a entrega da prestação jurisdicional.

Não nos esqueçamos de demais possibilidades, especialmente na esfera laboral, como atuação de ofício, em se tratando de tutela de urgência,

¹⁰² CAVALCANTE, Ricardo Tenório. “Jurisdição, Direitos Sociais e Proteção do Trabalhador”, Porto Alegre, Livro do Advogado, 2008, p. 178;

¹⁰³ Ibidem, p. 180;

mesmo sem previsão legal específica: “o meio é idôneo para o fim, afinal a atuação de ofício num processo em que o autor é hipossuficiente e pode postular sem advogado é uma medida de efetividade da jurisdição. O meio é necessário, não se vislumbrando outro que o substitua com igual eficácia e com menor restrição ao direito de defesa do empregador. Se a medida a ser concedida de ofício procede, isto é, no mérito da medida, é que haverá o exame da proporcionalidade em sentido estrito, com a tensão e o conseqüente sopesamento entre os direitos fundamentais em litígio, aqui simbolizados pelo princípio da proteção do empregado *versus* o princípio da iniciativa do empregador”¹⁰⁴

E, frise-se, os direitos fundamentais, alicerçados pelo Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, não ficam de fora de referidas ponderações.

Como bem observa Arion Sayão Romita, “sendo o direito ao trabalho um dos direitos fundamentais (Constituição, art. 06º) – já que proclamado pelo Capítulo II (Dos direitos sociais) do Título II (Dos direitos e garantias fundamentais) – a “distribuição compatível” desse direito que contemple também os deficientes observará, obrigatoriamente, o princípio de proporcionalidade. A distribuição equitativa e proporcional dos cargos e empregos quer no setor público quer no privado reservará, em consequência, uma quota destinada aos deficientes. Cabe lembrar aqui as noções, acima expostas, de “medida igual” ou “justa medida, de Platão e Aristóteles”.¹⁰⁵

¹⁰⁴ CAVALCANTE, Ricardo Tenório. “Jurisdição, Direitos Sociais e Proteção do Trabalhador”, Porto Alegre, Livro do Advogado, 2008, p. 184;

¹⁰⁵ ROMITA, Arion Sayão. “O acesso ao trabalho das pessoas deficientes perante o princípio da igualdade”, Curitiba, Genesis, 2000, p. 187;

7. O PORTADOR DE DEFICIÊNCIA E O DIREITO DO TRABALHO

Importante se faz traçar um paralelo entre o direito nacional e a tutela internacional quando falamos na proteção do trabalhador deficiente, para melhor compreensão das leis que versam sobre a matéria e que integram o corpo de nosso ordenamento jurídico.

“É de se destacar, inclusive, que como se discute, em última instância o direito ao trabalho, cresce em importância o estudo comparativo, uma vez que o direito do trabalho é o único ramo do direito brasileiro o qual prevê, expressamente, a utilização do Direito Comparado como fonte material, *ex vi* do *caput* do art. 8º da CLT”.¹⁰⁶

Ademais, ressalte-se, que os tratados internacionais e as Constituições passaram a integrar dispositivos em favor da habilitação e reabilitação da pessoa portadora de deficiência após a Segunda Guerra Mundial, “coincidentalmente”, com o reconhecimento dos chamados Direitos de fraternidade, ou seja, após o surgimento da terceira geração dos direitos, conforme já citado no presente estudo.

Outrossim, a revolução industrial representou forte influência no surgimento das legislações de proteção ao deficiente, consoante leciona Rosanne de Oliveira Maranhão, “além das pestes e da guerra, a Revolução Industrial, pelo trabalho precário nas indústrias, fez surgir um grande contingente de mutilados, levando vários países a elaborarem uma legislação com o objetivo de proteger esta legião de trabalhadores e suas famílias, principalmente aqueles vitimados por acidente ou doenças, dentro das empresas”¹⁰⁷

É sabido que o Direito do Trabalho surgiu como forma de garantir o pleno desenvolvimento profissional do trabalhador; em relação aos deficientes, as leis específicas que disciplinam o assunto surgiram, porém, posteriormente.

Vamos a elas.

7.1. Manifestações normativas internacionais e o Direito do

Trabalho;

¹⁰⁶ MELO, Sandro Nahmias, “O Direito do Trabalho da Pessoa Portadora de Deficiência”, São Paulo, Editora LTr, 2004, p. 84;

¹⁰⁷ MARANHÃO, Rosanne de Oliveira, “O Portador de Deficiência e o Direito do Trabalho”, São Paulo, Editora LTr, 2005, p. 43;

Neste capítulo iremos tecer breves considerações sobre as Principais Normas de Organização Internacional do Trabalho que disciplina os direitos dos trabalhadores deficientes.

Abordaremos as Convenções e Recomendações internacionais que tratam do tema e as Principais normas adotadas pela Organização Das Nações Unidas para então, assim, trazer a lume a proteção do trabalhador deficiente no Brasil.

Pois bem, a Organização Internacional do Trabalho nasceu no Tratado de Versalhes, assinado em 1909, complementado pela Declaração de Filadélfia (1944) e pelas reformas da Reunião de Paris (1945), sendo certo que em 30.05.1946 as Nações Unidas reconheceram a Organização Internacional do Trabalho como “organismo especializado competente para empreender a ação que considere apropriada, de conformidade com o seu instrumento básico, para cumprimento dos propósitos nele expostos”¹⁰⁸, com objetivo claro de uniformizar às questões trabalhistas.

A Organização Internacional do Trabalho já promulgou 183 (cento e oitenta e três) Convenções, sobre os mais variados assuntos. As que nos interessam no presente estudo são duas: a Convenção 159, sobre a habilitação e reabilitação no trabalho e a Convenção 111, sobre discriminação em ambiente profissional. Ademais, duas recomendações são relevantes para estudo do tema, quais sejam, as Recomendações 99 e 168. Não nos esqueçamos, outrossim, das Recomendações 169 e das Convenção 122, 142 e 168.

Abordaremos cada uma delas no presente estudo.

7.1.1. A Convenção nº 159 da OIT;

Aprovada em 20.06.83, a Convenção 159 da OIT, adotada na 69ª Conferência Internacional do Trabalho, realizada em Genebra, foi sancionada no Brasil pelo Decreto nº 51 de 25.08.89 e ratificada pelo Decreto nº 129, de 22.05.1991, integrando nosso ordenamento jurídico como lei ordinária.

Logo em seu artigo 1º prevê o destinatário de referida convenção, quem seja, qualquer pessoa cujas perspectivas de encontrar e de conservar um emprego estão diminuídas em consequência de uma deficiência física ou mental. Neste sentido o artigo 1º:

¹⁰⁸ GOLDFARB, Cibelle Linero; “Pessoas Portadoras de Deficiência e a Relação de Emprego”, Curitiba, Juruá Editora, 2009, p. 41, fazendo referência a trecho do livro de Amauri Mascaro Nascimento, “Curso de Direito do Trabalho”, 2.ed, São Paulo: Saraiva, 2006, p. 97;

Artigo 1º - Para efeitos da presente Convenção, a expressão "pessoa deficiente" designa toda e qualquer pessoa, cujas perspectivas de encontrar e de conservar um emprego conveniente, assim como de progredir profissionalmente, estão sensivelmente diminuídas em consequência de uma deficiência física ou mental devidamente reconhecida.

Ademais, relevante se faz citar o artigo 4º, inserido dentre os Princípios das políticas de readaptação profissional e de emprego para os deficientes, que expressamente frisa o alicerce da Convenção, qual seja, o Princípio da Igualdade, igualdade de oportunidades entre os trabalhadores em geral e os trabalhadores deficientes. Nestes termos o artigo 4ª:

Artigo 4º - Essa política deverá ter como base o princípio de igualdade de oportunidades entre os trabalhadores deficientes e dos trabalhadores em geral. Deve-se-á respeitar a igualdade de oportunidades e de tratamento para as trabalhadoras deficientes. As medidas positivas especiais com a finalidade de atingir a igualdade efetiva de oportunidades e de tratamento entre trabalhadores deficientes e os demais trabalhadores, não devem ser vistas como discriminatórias em relação a estes últimos.

Ademais, o artigo 3º, estabelecendo a finalidade da política adotada em referida Convenção:

Artigo 3º - Essa política deverá ter por finalidade assegurar que existam medidas adequadas de reabilitação profissional ao alcance de todas as categorias de pessoas deficientes e promover oportunidades de emprego para as pessoas deficientes no mercado regular de trabalho.

Ressalte-se que cabem as associações representativas de trabalhadores e de empregadores e às organizações representativas de pessoas portadoras de deficiência a atribuição de responder às consultas sobre a aplicação da política de readaptação ¹⁰⁹

Ora, referida Convenção defende e, com acerto, que a práticas positivas de inserção do deficiente no mercado de trabalho não representam discriminação, e sim medidas necessárias para “atingir a igualdade efetiva de oportunidades de tratamento entre os trabalhadores deficientes”, em busca de uma igualdade material, substancial.

¹⁰⁹ GOLDFARB, Cibelle Linero; “Pessoas Portadoras de Deficiência e a Relação de Emprego”, Curitiba, Juruá Editora, 2009, p. 47;

7.1.2. A Convenção nº 111 da OIT;

A Convenção 111 da OIT, adotada em 1858, na 42ª Conferência Internacional do Trabalho, realizada em Genebra, foi sancionada no Brasil pelo Decreto nº 104, de 24.11.64 e ratificada pelo Decreto nº 62.150, de 19 de janeiro de 1968, integrando nosso ordenamento jurídico como lei ordinária.

De extrema relevância, a Convenção nº 111 traz a lume a proibição de uma das práticas mais odiosas existentes no mundo do trabalho, qual seja, a discriminação.

Pois bem, referida norma nos fornece um conceito de discriminação, nos seguintes termos:

“Art. 1º (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 existam, e outros organismos adequados.”

Não será considerado discriminação, para referida Convenção, o disposto no artigo 1.2, artigo 4 e artigos 5.1 e 5.2, que dispõe :

“Art. 1º. (2). As distinções, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para determinado emprego não são consideradas como discriminação.”

“Art. 4º Não são consideradas como discriminação as medidas tomadas contra uma pessoa que, individualmente, seja objeto da suspeita legítima de se entregar a uma atividade prejudicial à segurança do Estado ou cuja atividade se encontra realmente comprovada, desde que a referida pessoa tenha o direito de recorrer a uma instância competente, estabelecida de acordo com a prática nacional.”

Art. 5º (1) As medidas especiais de proteção ou de assistência previstas em outras convenções ou recomendações adotadas pela Conferência Internacional do Trabalho não devem ser consideradas como medidas de discriminação.

Art. 5º (2) Todo o Estado Membro pode, depois de consultadas as organizações representativas de patrões e trabalhadores, quando estas existam, definir como não discriminatórias quaisquer outras medidas especiais que tenham por fim salvaguardar as necessidades particulares de pessoas em relação às quais a atribuição de uma proteção e assistência especial seja, de uma maneira geral, reconhecida como necessária, por razões tais como o sexo, a invalidez, os encargos da família ou o nível social ou cultural.

Nas palavras de Cibelle Limero Goldfarb, além de definir discriminação, “a Convenção 111 estabelece o compromisso dos países signatários quanto à formulação e aplicação de uma política nacional com vistas a promover a igualdade de oportunidades e de tratamento em matéria de emprego e profissão com o objetivo de eliminar toda a discriminação nessa seara. A esse respeito, a Convenção também prevê o dever de se promulgar leis e encorajar programas de educação próprios a assegurar as práticas não-discriminatórias, assim como estabelecer o dever de os países signatários revogarem as disposições legislativas incompatíveis com a Convenção”¹¹⁰

Analisaremos a seguir as recomendações 99 e 168 que tratam da habilitação e reabilitação profissional.

Vamos a elas.

7.1.3. Recomendações nº 99 e 168: habilitação e reabilitação profissional;

O aumento gradativo de interesse da comunidade mundial pela reabilitação das pessoas portadoras de deficiência materializou-se através da primeira norma internacional a tratar da reabilitação profissional, qual seja, a Recomendação nº 99, de 22.06.55, a qual declarou princípios e métodos de treinamento profissional e orientação vocacional, meios de aumentar oportunidades de emprego para as pessoas com deficiência, emprego protegido, enfim, meios de reabilitação profissional para os portadores de deficiência poderem exercer um emprego adequado às suas limitações.

Conforme leciona Sandro Nahmias Melo, tratando a importância de referida Recomendação “com a adoção da Recomendação nº 99, a O.I.T. deu um salto qualitativo em seus preceitos. Não só eram contemplados os direitos de grupos

¹¹⁰ GOLDFARB, Cibelle Linero; “Pessoas Portadoras de Deficiência e a Relação de Emprego”, Curitiba, Juruá Editora, 2009, p. 44

específicos de deficientes, como os mutilados de guerra ou vítimas de acidente de trabalho, passando a defender o trabalho para todas as pessoas portadoras de deficiência, independentemente da origem da deficiência.”¹¹¹

Passados vinte e oito anos da promulgação da Recomendação nº 99, a organização Internacional do Trabalho promulgou a Recomendação 168 e a Convenção nº 159 - já estudada - tratando da readaptação profissional e emprego de pessoas portadoras de deficiência. “Esta recomendação previu a participação comunitária no processo, a reabilitação profissional em áreas rurais, contribuições de empregadores e trabalhadores e dos próprios portadores de deficiência na formulação de políticas específicas.”¹¹²

A Recomendação 168 da Organização Internacional do Trabalho também é expressa quanto aos destinatários, quem sejam, “todas as categorias de pessoas portadoras de deficiência”

Referida Recomendação evoca, ainda, o Princípio da Igualdade nos seguintes termos: “as pessoas portadoras de deficiência deveriam desfrutar de igualdade de oportunidades e de tratamento no acesso, na manutenção e na promoção no emprego que, sempre que for possível, corresponda a sua eleição e a suas aptidões individuais”

Diretrizes relativas a inclusão das pessoas portadoras de deficiência são apresentadas através da mesma Recomendação , tais como: “a) incentivo econômico a empregadores que ofereçam treinamento e emprego a pessoas portadoras de deficiência; b) apoio à criação de emprego protegido; c) cooperação entre oficinas protegidas e de produção; d) apoio a serviços de treinamento profissional, orientação vocacional, de emprego protegido e de colocação administrados por organizações não-governamentais; e) criação e desenvolvimento de cooperativas de pessoas portadoras de deficiência; f) apoio à criação e desenvolvimento de indústrias de pequeno porte , cooperativas e de outros tipos de oficinas de produção; g) eliminação de barreiras e obstáculos físicos, arquitetônicos e de comunicação; h) facilitação de adequados meios de transporte aos locais de reabilitação e de trabalho; i) divulgação de informação sobre casos concretos e bem-sucedidos de integração no emprego de pessoas portadoras de deficiência; j) isenções fiscais relativamente aos materiais relacionados a treinamento e reabilitação; k) criação de emprego de tempo parcial; l) pesquisa e aplicação de seus resultados; e) eliminação das possibilidades de exploração no campo do treinamento profissional e do emprego protegido”.¹¹³

¹¹¹ MELO, Sandro Nahmias, “O Direito do Trabalho da Pessoa Portadora de Deficiência”, São Paulo, Editora LTr, 2004, p. 91;

¹¹² MARANHÃO, Rosanne de Oliveira, “O Portador de Deficiência e o Direito do Trabalho”, São Paulo, Editora LTr, 2005, p. 48;

¹¹³ GOLDFARB, Cibelle Linero; “Pessoas Portadoras de Deficiência e a Relação de Emprego”, Curitiba, Juruá Editora, 2009, p. 46, fazendo referência à Recomendação 168 da Organização Internacional do Trabalho;

Ressalte-se que as Recomendações 99 e 168 não olvidaram das necessárias políticas de reabilitação profissional às zonas rurais e comunidades remotas, sendo que a segunda recomendação reforçou a importância do papel destinado às associações de trabalhadores e empregadores e das próprias pessoas portadoras de deficiência e suas organizações para o progresso de serviços de reabilitação profissional.

Vencida referidas considerações, passemos à análise das Principais Normas adotadas pela Organização das Nações Unidas, que irradiam e influenciam nas legislações nacionais e internacionais.

Vamos a elas.

7.2. Principais Normas adotadas pela Organização das Nações Unidas;

Um dos instrumentos de maior repercussão internacional foi criado e promulgado pela Organização das Nações Unidas em 1945. Este instrumento nada mais é do que a própria Declaração Universal dos Direitos do Homem, já referida no presente estudo. Após esta, inúmeros instrumentos e programas relacionados a direitos das pessoas portadoras de deficiência foram aprovados pela Assembléia Geral da ONU e, sem sombra de dúvidas, são irradiadores às legislações nacionais e internacionais.

7.2.1. Declaração Universal de Direito Humanos;

A Declaração Universal de Direitos Humanos nada mais é do que um marco na reconstrução e na internacionalização dos direitos humanos; aprovada em 10.02.1948, pela Assembléia Geral das Nações Unidas, foi uma resposta às atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial e desde então é um dos instrumentos internacionais de maior relevância.

Ora, como não exultar sua relevância, se depois de referida declaração, a dignidade da pessoa humana passou a ser considerada intrínseca à existência Humana, restando reconhecido que os direitos humanos independem de previsão expressa em lei e/ou Constituições.

Neste sentido, Fábio Konder Comparado, “Os direitos definidos na Declaração de 1948 correspondem, integralmente, ao que o costume e os

princípios jurídicos internacionais reconhecem, hoje, como exigências básicas de respeito à dignidade humana.”¹¹⁴

O reconhecimento e o respeito aos valores fundamentais como justiça, liberdade, paz, dignidade e igualdade são enfatizados desde o início, no próprio preâmbulo da Declaração, em dizeres belíssimos retratando o espírito da Declaração, nos seguintes termos:

“Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo; Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum; Considerando essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo Estado de Direito, para que o homem não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra tirania e a opressão; Considerando essencial promover o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações; Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla; Considerando que os Estados-Membros se comprometeram a desenvolver, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos humanos e liberdades fundamentais e a observância desses direitos e liberdades; Considerando que uma compreensão comum desses direitos e liberdades é da mais alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso”

Em seu primeiro artigo, a Declaração já é enfática : “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos”, para em seguida, no artigo seguinte e evocando o Princípio da Igualdade, de extrema relevância determinar : “Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição”(artigo II)

Adiante, a Declaração aduz “o direito de ser, em todos os lugares, reconhecida como pessoa perante a lei”(artigo VI).

¹¹⁴ GOLDFARB, Cibelle Linero; “Pessoas Portadoras de Deficiência e a Relação de Emprego”, Curitiba, Juruá Editora, 2009, p. 49, fazendo referência a trecho do livro de Fábio Konder Comparado. “A afirmação histórica dos direitos humanos”, 3º Ed, rev. e ampl. 2 tiragem. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 224;

“O direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal, assim como a proibição de toda e qualquer forma de escravidão, tortura, castigo são expressamente enfatizados na Declaração, assim como questões relativas ao acesso à Justiça, direito de asilo, direito de locomoção, direito de associação, liberdade de expressão e pensamento, direito à propriedade, educação, família, saúde e ao reconhecimento de direitos atinentes ao trabalho, condições de trabalho e seguridade social”¹¹⁵

Ademais, no que se refere ao reconhecimento do direito à seguridade social e ao trabalho como direitos universais do homem, a Declaração Universal dos Direitos Humanos é expressa:

“Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade”.
(artigo XXII)

“1. Toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.

2. Toda pessoa, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.

3. Toda pessoa que trabalhe tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.

4. Toda pessoa tem direito a organizar sindicatos e neles ingressar para proteção de seus interesses”. (artigo XXIII)

“ Toda pessoa tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas”.(artigo XXIV)

Longe de querer esgotar o estudo da Declaração Universal dos Direitos Humanos e certos da importância de referida Declaração representando um marco nas conquistas dos Direitos Humanos, podemos dizer que ao incluir o direito ao trabalho e à seguridade social de todos, não olvidou a Declaração, decerto, o direito das pessoas portadoras de deficiência.

¹¹⁵ GOLDFARB, Cibelle Linero; “Pessoas Portadoras de Deficiência e a Relação de Emprego”, Curitiba, Juruá Editora, 2009, p. 49;

7.2.2.Declaração de Direitos do Deficiente Mental e Declaração de Direitos das Pessoas com Deficiência;

Em 20 de Dezembro de 1971 foi promulgado, pela Assembléia Geral das Nações Unidas, a Declaração de Direitos do Deficiente Mental. Composta de sete artigos, determina, em seu primeiro dispositivo, que todo “deficiente mental deve gozar, no máximo grau possível, os mesmos direitos dos demais seres humanos, tendo direito à atenção médica e ao tratamento físico exigido pelo seu caso, como também à educação, à capacitação profissional, à reabilitação e à orientação que lhe permitam desenvolver ao máximo suas aptidões e possibilidades (artigo 2º).

Ademais, o deficiente mental tem direito à segurança econômica e a um nível de vida condigno; tendo direito, ainda, na medida de suas possibilidades, a exercer uma atividade produtiva ou alguma outra ocupação útil (artigo 3º)

Além da Declaração de Direito do Deficiente Mental, em 1975, a Assembléia Geral das Nações Unidas promulgou a Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes, que abrange todas as pessoas portadoras de deficiência. Logo em seu artigo 2º, é incisiva ao proclamar o Princípio da Igualdade, nos seguintes termos, os “direitos serão garantidos a todas as pessoas deficientes sem nenhuma exceção e sem qualquer distinção ou discriminação com base em raça, cor, sexo, língua, religião, opiniões políticas ou outras, origem social ou nacional, estado de saúde, nascimento ou qualquer outra situação que diga respeito ao próprio deficiente ou a sua família.”

“Além de repisar algumas questões tratadas pela Declaração de Direitos dos Deficientes Mentais, como a garantia de gozo de direitos civis e políticos (salvo quando a gravidade da deficiência tornar necessária a imposição de alguma restrição ou supressão de direitos), o direito ao convívio familiar e à assistência legal qualificada, a Declaração aprovada em 1975 traz importantes considerações acerca da necessidade de se legislarem medidas que visem à capacitação das pessoas portadoras de deficiência para que as necessidades especiais dessas pessoas sejam levadas em consideração em todos os estágios do planejamento econômico e social dos países” .¹¹⁶

¹¹⁶ GOLDFARB, Cibelle Linero; “Pessoas Portadoras de Deficiência e a Relação de Emprego”, Curitiba, Juruá Editora, 2009, p.51;

Com efeito, a Declaração prevê, em seu artigo 6^a, que “as pessoas deficientes têm direito a tratamento médico, psicológico e funcional, incluindo-se aí aparelhos protéticos e ortóticos, à reabilitação médica e social, educação, treinamento vocacional e reabilitação, assistência, aconselhamento, serviços de colocação e outros serviços que lhes possibilitem o máximo desenvolvimento de sua capacidade e habilidades e que acelerem o processo de sua integração social.”. Ressalta, ainda, segundo a mesma declaração, que as pessoas deficientes deverão poder valer-se de assistência legal qualificada quando tal assistência for indispensável para a proteção de suas pessoas e propriedades (art. 11).

A Declaração ainda prevê que toda pessoa deficiente têm direito à segurança econômica e social e a um nível de vida decente e, de acordo com suas capacidades, a obter e manter um emprego ou desenvolver atividades úteis, produtivas e remuneradas e a participar dos sindicatos (art. 07). Por fim, a Declaração reforça que as pessoas deficientes deverão ser protegidas contra toda exploração, todos os regulamentos e tratamentos de natureza discriminatória, abusiva ou degradante (art. 10).

7.2.3. Programa de ação mundial para pessoas com deficiência

O Programa de Ação Mundial para as Pessoas com Deficiência nada mais é do que a Resolução nº 37/52, aprovada em 03.12.1983, pela Assembleia Geral das Nações Unidas.

Referido programa visa promover medidas eficazes para a prevenção de deficiências e para a reabilitação. Visa, outrossim, a concessão de oportunidades iguais a toda população, objetivando a efetivação da “igualdade” e da “plena participação” de pessoas portadoras de deficiência na vida social e no desenvolvimento social e econômico.

Destaca as estratégias recomendadas à comunidade internacional com vistas à adoção de programas de prevenção e assistência.

Quanto à “plena participação” e à “igualdade” das pessoas portadoras de deficiência na sociedade, o Programa manifesta-se no seguinte sentido:

“A experiência tem demonstrado que é o meio que determina, em grande parte, o efeito de uma deficiência ou incapacidade na vida diária da pessoa. Um pessoa se torna vítima do impedimento quando lhe são negadas as oportunidades de que dispõe a comunidade em geral e que são necessárias aos aspectos fundamentais da vida, inclusive a vida familiar, a educação, o emprego, a moradia, a segurança econômica e pessoal, a participação em grupos sociais e

políticos, nas atividades religiosas, nas relações afetivas e sexuais, no acesso a instalações públicas, na liberdade de movimentos e no sistema geral da vida diária”¹¹⁷

O Programa de Ação Mundial para as pessoas com deficiência recomenda à comunidade internacional a criação de medidas para introdução de postos de trabalho para as pessoas portadoras de deficiência e ressalta:

“ Às vezes, as sociedades só se ocupam das pessoas que estão em pleno gozo de todas as suas faculdades físicas e mentais. As sociedades precisam reconhecer que ,apesar dos esforços feitos em matéria de prevenção, haverá sempre um determinado número de pessoas com deficiência e incapacidades e que devem ser identificados e eliminados os obstáculos à sua plena participação. Assim, quando pedagogicamente possível, o ensino deve ser ministrado no sistema escolar normal, o trabalho deve ser proporcionado mediante emprego aberto e a moradia facilitada da mesma forma que para a população em geral.”¹¹⁸

Referidas medidas para a criação de postos de trabalho se efetivam como: a) oficinas protegidas e de produção; b) enclaves protegidos; c) contratação preferencial; d) sistema de cotas; e) subvenções aos empregadores que capacitam e, posteriormente, contratam trabalhadores com deficiência; f) cooperativas de/e para pessoas com deficiência; g) isenções obrigatórias, aquisições preferenciais ou outros tipos de assistência técnica ou financeira a empresas que empreguem trabalhadores com deficiência.

O Programa ainda elenca uma série de possíveis medidas a serem adotadas pelos países como meios de viabilizar a execução dos objetivos fixados. Dentre tais medidas, O programa enfatiza a necessidade de: a) criação de bases jurídicas para a consecução dos objetivos; b) adoção de medidas para a eliminação de toda prática discriminatória; c) criação de organizações de pessoas portadoras de deficiência; d) legislação acerca de direitos à educação, ao trabalho, à seguridade social, à proteção contra tratamentos desumanos ou degradantes, ao acesso ao meio físico (incluindo, sem limitar, o acesso a todos os novos edifícios e instalações públicas, moradias e sistemas de transporte público); e) assistência e cooperação técnica; e f) participação das pessoas portadoras de deficiência no tomada de decisões de seus interesses e preocupações.¹¹⁹

¹¹⁷ GOLDFARB, Cibelle Linero; “Pessoas Portadoras de Deficiência e a Relação de Emprego”, Curitiba, Juruá Editora, 2009, p. 53;

¹¹⁸ GOLDFARB, Cibelle Linero; “Pessoas Portadoras de Deficiência e a Relação de Emprego”, Curitiba, Juruá Editora, 2009, p. 53, citando trecho do Programa de Ação Mundial para as pessoas com deficiência Tradução de Edilson Alkmin Cunha . Brasília: Corde, 1996.p.17.

¹¹⁹ GOLDFARB, Cibelle Linero; “Pessoas Portadoras de Deficiência e a Relação de Emprego”, Curitiba, Juruá Editora, 2009, p. 54;

8. O PORTADOR DE DEFICIÊNCIA NO BRASIL

8.1. O portador de deficiência nas Constituições Brasileiras;

8.1.1. Ordenamentos Constitucionais brasileiros.

Recorreremos a uma evolução normativa das Constituições brasileiras até chegarmos a atual Constituição de 1988 e seu tratamento no que se refere aos portadores de deficiência.

“Em 25 de março de 1824, após a independência do Brasil, foi jurada a primeira Constituição Política do Império. Esta Constituição garantiu, em seu art. 179, inciso XIII, o direito à igualdade. No entanto, a proteção específica ao trabalho das pessoas portadoras de deficiência não chegou a ser objeto de seu conteúdo.(...) Surgiu, nesta época, a primeira tentativa de ajuda a pessoa portadoras de deficiência, por meio de um projeto de lei, datado de 29 de agosto de 1835, de autoria do Deputado Cornélio Ferreira França. A idéia, infelizmente não foi concretizada e, devido a motivos políticos, seu autor nem chegou a ver seu projeto discutido.(...) Na realidade, até então, o problema dos portadores de deficiência era solucionado através de medidas assistencialistas.”¹²⁰

Ora, até então, o que tínhamos era o problema dos portadores de deficiência sendo “resolvidos” através de medidas de assistência.

Em 24 de fevereiro de 1891 tivemos a primeira constituição republicana e, mais uma vez, os portadores de deficiência ficaram sem qualquer proteção específica, embora, qual a constituição anterior, ter garantido o direito à igualdade em seu artigo 72, § 2^a.

A primeira a inserir os Direitos Sociais e fazer menção aos portadores de deficiência no ordenamento jurídico brasileiro (tratados, ainda, como “desvalidos”) foi na Constituição de 1934. “Com relação as pessoas portadoras de deficiência, a Carta de 1934 previa apenas e tão somente a legitimidade concorrente da União, Estados e Municípios para legislar acerca do (i) amparo aos desvalidos;(ii) educação eugênica; (iii) proteção da juventude contra toda exploração e abandono

¹²⁰ MARANHÃO, Rosanne de Oliveira, “O Portador de Deficiência e o Direito do Trabalho”, São Paulo, Editora LTr, 2005, p. 77;

físico, moral e intelectual; (iv) mortalidade e morbidade infantil e (v) higiene mental e luta contra os venenos sociais.”¹²¹

A Constituição de 1937 limitou-se a proteger a igualdade e trouxe, em seu artigo 127, em relação à preservação física e moral da infância e juventude, que “a infância e a juventude devem ser objeto de cuidados e garantias especiais por parte do Estado, que tomará todas as medidas destinadas a assegurar-lhe condição física e morais e vida sã e de harmonioso desenvolvimento de suas faculdades.”

Nenhuma norma diretamente relacionada às pessoas portadoras de deficiência foram apresentadas nas Constituições de 1946 e 1967, contudo, importante frisar que ambas foram pioneiras na inclusão de Direitos Trabalhistas e Previdenciários (dentre eles, o direito ao amparo em virtude de invalidez do empregado) no título V “Da Ordem Econômica e Social”.¹²²

Podemos considerar que a primeira menção constitucional expressa às pessoas portadoras de deficiência encontra-se na Emenda 1/69, que alterou o art. 175, § 4º da Constituição de 1967, ao dispor que:

“Art. 175. A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos.

(...)

§ 4º Lei especial disporá sobre a assistência à maternidade, à infância e à adolescência e sobre a educação de excepcionais.”

“Em comentários a tal disposição constitucional, Manoel Gonçalves Ferreira Filho aduz que o conceito de excepcionais abrange ‘aqueles que por motivos físicos ou mentais se encontram em situação de inferioridade em relação aos chamados ‘normais’”¹²³

Contudo, o maior avanço em relação a proteção específica aos portadores de deficiência, surgiu com a Emenda Constitucional n. 12, em 17 de Outubro de 1978, nos seguintes termos:

“Artigo único. É assegurada aos deficientes a melhoria de sua condição social e econômica especialmente mediante:

- I- Educação especial e gratuita;
- II- Assistência, reabilitação e reinserção na vida econômica e social do País;

¹²¹ GOLDFARB, Cibelle Linero; “Pessoas Portadoras de Deficiência e a Relação de Emprego”, Curitiba, Juruá Editora, 2009, p.75;

¹²² Ibidem, p 76;

¹²³ GOLDFARB, Cibelle Linero; “Pessoas Portadoras de Deficiência e a Relação de Emprego”, Curitiba, Juruá Editora, 2009, p. 76, fazendo referência a trecho do livro de Manoel Antonio Ferreira Filho. “Comentários à Constituição Brasileira (Emenda Constitucional n. 1, de 17-10-1969, com as alterações introduzidas pelas Emendas Constitucionais até a de n. 27, de 27-11-1985), 6.ed. ver. e atual. São Paulo : Saraiva, 1986, p. 702;

- III- Proibição de discriminação, inclusive quanto à admissão ao trabalho ou ao serviço público e a salários;
- IV- Possibilidades de acesso a edifícios e logradouros públicos;”

Até antes da Constituição de 1988, não havia nas Constituições brasileiras previsão expressa quanto às normas para incluir socialmente o portador de deficiência. Foi, de fato, a Constituição de 1988 “que veio romper com aquele modelo até então utilizado, quando instituiu regras que objetivavam incluir socialmente o portador de deficiência, por meio do trabalho, assegurando-lhes toda a proteção contra a discriminação.”¹²⁴

Vamos a estudo dela.

8.1.2. A Constituição Federal de 1988;

Reza o art. 1^a da Constituição Federal:

“Art. 1^a.A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de direito e tem como fundamentos:

I – a soberania;

II- a cidadania;

III- a dignidade da pessoa humana;

IV –os valores sociais do trabalho e da livre – iniciativa;

V – o pluralismo político;

A promulgação da Constituição Federal de 1988 desponta-se como uma mola propulsora do processo de inclusão social das pessoas portadoras de deficiência no Brasil, ao estabelecer normas mestras inspiradas em princípios orientadores, fundamentados na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, destinando-se precipuamente ao alcance de objetivos fundamentais instituídos com a finalidade de se construir uma sociedade livre, justa e solidária, visando garantir o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, além de reduzir as desigualdades

¹²⁴ MARANHÃO, Rosanne de Oliveira, “O Portador de Deficiência e o Direito do Trabalho”, São Paulo, Editora LTr, 2005, p 80;

*sociais e regionais e ainda, promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.*¹²⁵

Nossa Magna Carta, considerando como direitos fundamentais a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho, dedicou ao tema vários dispositivos, trazendo uma enorme quantidade de normas protecionistas e garantias de integração social das pessoas portadoras de deficiência.

Com efeito, a proteção do trabalhador repousa no princípio da Dignidade da pessoa humana, consoante de depreende no artigo 1ª de nossa Magna Carta, sendo as demais normas de proteção àqueles que trabalham oriundas do referido direito fundamental. Com o trabalhador deficiente, não é diferente.

Não nos esqueçamos de que os “valores sociais do Trabalho” estão dispostos no mesmo dispositivo constitucional, em seu inciso IV, sendo alçado ainda como princípio da “Ordem Econômica”, voltada a “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (...)”(art. 170 da Constituição Federal) e a “busca do pleno emprego” (inciso VIII). Como se não bastasse, vem o art. 193 da Magna Carta e diz: “A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”.

Defensável se faz, outrossim, que a proteção do trabalhador, e também do trabalhador deficiente, é decorrente de todo o rol de direitos fundamentais constantes em nosso ordenamento jurídico, como aqueles dispostos nos artigos 7ª a 11 da Constituição Federal.

Com efeito, quis o legislador constituinte a inclusão da dignidade da pessoa humana não no título dos Direitos e Garantias Fundamentais, mas quis exprimir, pela primeira vez, à condição de princípio (e valor) fundamental, incluindo a Dignidade da Pessoa Humana no Primeiro título de nossa Magna Carta, “Dos Princípios Fundamentais” da República Federativa do Brasil.

Conforme foi explanado no presente estudo, o Brasil trata-se de um Estado Social que visa não uma igualdade formal, qual aconteceu no surgimento dos Estados Liberais, mas uma igualdade material, substancial e embora certa a intenção do constituinte originário de promover o reconhecimento expresso da Dignidade da Pessoa Humana como Princípio Fundamental em nossa Magna Carta, de nada adianta se não houver uma efetiva realização e promoção de tal direito.

Assim, nas palavras do ilustre estudioso Ingo Wolfgang Sartet, “constitui pressuposto essencial para o respeito da dignidade da pessoa humana a

¹²⁵ BONFIGLIO, Renata; RAMALHO, Ivo Cleiton de Oliveira; “As políticas de capacitação das pessoas com deficiência e sua inclusão no mercado de trabalho brasileiro”, artigo publicado na Revista dos Tribunais do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, edição 10/2012, in http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/revistas/revista_eletronica/10_2012.pdf, acessado em 28/07/2012;

garantia da isonomia de todos os seres humanos, que, portanto, não podem ser submetidos a tratamentos discriminatórios e arbitrários, razão pela qual não podem ser toleradas a escravidão, a discriminação racial, perseguições por motivo de religião, sexo, enfim, toda e qualquer ofensa ao princípio isonômico na sua dupla dimensão formal e material.”¹²⁶

Com efeito, o Princípio da Isonomia foi inserido em Nossa Magna Carta, em seu título “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, com os seguintes dizeres:

“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 (..)”

O referido dispositivo constitucional combinado com o Princípio insculpido no inciso XIII, art. 5º, da CF/88 que assegura o “livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão”, torna evidente que qualquer cidadão brasileiro, mesmo o portador de deficiência, não está impedido de exercer qualquer trabalho , atividade , função, não defeso em lei.

Ademais, é com base no tratamento igualitário que, frise-se, às pessoas portadoras de deficiência podem ser assegurados seus direitos, gozando da proteção necessária do Estado para garantirem sua subsistência, por meio da obtenção de um trabalho digno e respeitado.

Com efeito, reza o art. 3ª da CF:

“Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

(..)

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

IV – promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

E de forma específica, com relação ao trabalho, que o inciso XXXI do art. 7º , da CF/88, vedou a discriminação quanto ao trabalho do portador deficiente, ao dispor sobre os “direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem a melhoria de sua condição social”:

¹²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang . “Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988”, Porto Alegre, Livro do Advogado, 2011, p. 105;

“XXXI – proibição de qualquer discriminação no tocante ao salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência”

Ressalte-se, ainda, o inc. VIII, art. 37 da CF/88, como exemplo significativo da busca da igualdade, materialmente considerada, no que se refere às oportunidades de acesso a empregos, qual seja, instituindo a obrigatoriedade de uma reserva de percentual de cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

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

Consoante leciona Rosanne de Oliveira Maranhão, “o artigo acima foi instrumentalizado, no âmbito Federal, através da Lei 8.112/90, que em seu art. 5º, § 2º, inseriu a obrigatoriedade de reservas de até 20 % (vinte por cento) das vagas abertas nos concursos públicos para preenchimento por portadores de deficiência”¹²⁷

No que se refere a Assistência Social às pessoas portadoras de deficiência, preconiza nossa Constituição Federal, em seu art. 203, inc. IV e V:

“Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

(...)

IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

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

Consoante leciona Cibelle Linero Goldfarb, “a habilitação e a reabilitação prevista no inc. IV da Constituição de 1988 representa um avanço, porque a legislação ordinária anterior a 1988 (Consolidação das Leis da Previdência Social) cuidava apenas da readaptação e da reeducação de segurados que percebiam auxílio-doença, aposentados e pensionistas inválidos. Ante o atual texto

¹²⁷ MARANHÃO, Rosanne de Oliveira, “O Portador de Deficiência e o Direito do Trabalho”, São Paulo, Editora LTr, 2005, p. 86;

constitucional e a legislação previdenciária em vigor, a habilitação e a reabilitação profissional alcançam aqueles que não tiveram oportunidade de trabalhar e não apenas os que se acidentaram ou foram acometidos por alguma doença.”¹²⁸

Com relação ao benefício de prestação continuada previsto no inc. V do art. 203 da Magna Carta, “por se tratar de um benefício assistencial, tal benefício é cabível independentemente de o beneficiário ter contribuído para o regime previdenciário e é devido às pessoas portadoras de deficiência e aos idosos, nos termos da Lei 8.742, de 07.12.1993 e do Decreto 1.744, de 08.12.1995.”¹²⁹

Ademais, nossa Magna Carta, de maneira específica, confere proteção entre as pessoas portadoras de deficiência, ao adolescente, nos termos do inc. II, § 1º, art. 227:

Art. 227, § 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos:

(...)

II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação.

Não se esquecendo da importância da educação a todo cidadão visando a capacitação para inserção no mercado de trabalho, nosso legislador não escusou proteção ao portador de deficiência, estabelecendo, nos termos do inc. III do art. 208 da CF / 88, que :

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

(...)

III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

¹²⁸ GOLDFARB, Cibelle Linero; “Pessoas Portadoras de Deficiência e a Relação de Emprego”, Curitiba, Juruá Editora, 2009, p. 89;

¹²⁹ Ibidem;

Quis o legislador, ainda, garantir acesso físico à pessoa portadora de deficiência, em lugares públicos e, principalmente ao seu local de trabalho, facilitando a sua locomoção, nos termos do § 2º, art. 227, da CF/88:

“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.

(...)

§ 2º - A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.”

O art. 244 das Disposições Constitucionais Gerais, complementa referida norma geral preconizando que :

“A lei disporá sobre a adaptação dos logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo atualmente existentes a fim de garantir acesso às pessoas portadoras de deficiência, conforme disposto no art. 227, § 2º.”

Verificamos aqui que referido dispositivo trata de norma de integração, dependendo de complementação pela legislação ordinária. Sem a devida regulamentação, esta norma permanece, frise-se, ineficaz.

Quanto à repartição de competências, conforme leciona Rosanne de Oliveira Maranhão, “das matérias relativas às pessoas portadoras de deficiência, estas ficaram distribuídas em dois grupos na Constituição Federal. O primeiro grupo, o das competências administrativas, ficou regulamentado pelo art. 23, e o segundo grupo, o das competências legislativas, por força do art. 24, inciso XIV, ficou reservada, concorrentemente, à União Federal, aos Estados e ao Distrito Federal”¹³⁰, nos seguintes termos:

“Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

(...)

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

¹³⁰ MARANHÃO, Rosanne de Oliveira, “O Portador de Deficiência e o Direito do Trabalho”, São Paulo, Editora LTr, 2005, p. 84;

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

(...)

XIV - proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência;

(...)

§ 1º - No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º - A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

§ 3º - Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

§ 4º - A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.”

Depreende-se dos dispositivos referidos que no caso de omissão federal, os Estados poderão legislar plenamente; por óbvio, sobrevindo lei federal, haverá a suspensão da eficácia da lei estadual, para que não ocorra conflito de normas.

Após percorrermos normas Constitucionais de proteção ao portador deficiente e, constatarmos a nítida evolução protetiva da Constituição Federal a referido setor da sociedade iremos comentar a quantidade significativa de normas infraconstitucionais que visam proteger a relação de trabalho das pessoas portadoras de deficiência, bem como sua evolução no direito brasileiro.

Vamos a elas.

8.2. A proteção do trabalhador deficiente e a legislação infraconstitucional

Longe de querer esgotar o assunto, até porque não é o objetivo do presente estudo dissertar sobre cada uma das inúmeras leis infraconstitucionais que tratam do portador de deficiência, iremos trazer a lume as legislações

infraconstitucionais de maior relevância quando a questão é o trabalho da pessoa portadora de deficiência.

Ressalte-se, por oportuno, que nem sempre a matéria recebeu a atenção merecida pelo legislador, sendo que somente nas últimas décadas houve um avanço no tratamento legal dispensado às pessoas portadoras de deficiência. Isto porque, conforme visto, a Constituição de 1988 rompeu com o modelo meramente assistencialista até então dominante.

Com efeito, um ano após a promulgação da Constituição de 1988, foi sancionada a Lei nº 7.853/89, “que detalhou os direitos da pessoa portadora de deficiência e criou a Coordenadoria Nacional para Integração das Pessoas Portadoras de Deficiência (CORDE).A referida lei, em seu artigo 2º, atribuiu ao Poder Público e seus órgãos a tarefa de ‘assegurar às pessoas portadoras de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos, inclusive dos direitos à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à previdência social, ao amparo à infância e à maternidade, e de outros, que decorrente da Constituição e das leis, propiciem seu bem estar, social e econômico”¹³¹

Conforme leciona Rosanne de Oliveira Maranhão, referida lei, “aborda também a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos e a atuação e responsabilidades do Ministério Público. Verificamos que, a partir desta lei, o Ministério Público passou a ter atribuições específicas para a defesa dos interesses dos portadores de deficiência, inclusive com a possibilidade de propor Ação Civil Pública e instaurar inquérito civil.”¹³²

Vale ressaltar que a alínea “d”, inc. III, art. 2º da mesma lei, previu a promulgação de uma nova lei com o objetivo específico de assegurar reserva de mercado do trabalho, em favor das pessoas portadoras de deficiência, nos seguintes termos:

“d) a adoção de legislação específica que discipline a reserva de mercado de trabalho, em favor das pessoas portadoras de deficiência, nas entidades da Administração Pública e do setor privado, e que regulamente a organização de oficinas e congêneres integradas ao mercado de trabalho, e a situação, nelas, das pessoas portadoras de deficiência;”

E as alíneas a, b e c do mesmo inciso III, do art. 2º, também traçam diretrizes para promover a inserção de pessoas portadoras de deficiência no mercado de trabalho dos setores públicos e privados. Senão vejamos:

¹³¹ MELO, Sandro Nahmias, “O Direito do Trabalho da Pessoa Portadora de Deficiência”, São Paulo, Editora LTr, 2004, p.78;

¹³² MARANHÃO, Rosanne de Oliveira, “O Portador de Deficiência e o Direito do Trabalho”, São Paulo, Editora LTr, 2005, p. 96;

“Art. 2º Ao Poder Público e seus órgãos cabe assegurar às pessoas portadoras de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos, inclusive dos direitos à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à previdência social, ao amparo à infância e à maternidade, e de outros que, decorrentes da Constituição e das leis, propiciem seu bem-estar pessoal, social e econômico.

Parágrafo único. Para o fim estabelecido no caput deste artigo, os órgãos e entidades da administração direta e indireta devem dispensar, no âmbito de sua competência e finalidade, aos assuntos objetos esta Lei, tratamento prioritário e adequado, tendente a viabilizar, sem prejuízo de outras, as seguintes medidas:

(...)

III - na área da formação profissional e do trabalho:

- a) o apoio governamental à formação profissional, e a garantia de acesso aos serviços concernentes, inclusive aos cursos regulares voltados à formação profissional;
- b) o empenho do Poder Público quanto ao surgimento e à manutenção de empregos, inclusive de tempo parcial, destinados às pessoas portadoras de deficiência que não tenham acesso aos empregos comuns;
- c) a promoção de ações eficazes que propiciem a inserção, nos setores públicos e privado, de pessoas portadoras de deficiência;“

Instrumentos jurídicos utilizáveis para garantir o direito ao trabalho das pessoas portadoras de deficiência foram expressamente previstos em lei, nos seguintes termos:

“As ações civis públicas destinadas à proteção de interesses coletivos ou difusos das pessoas portadoras de deficiência poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela União, Estados, Municípios e Distrito Federal; por associação constituída a mais de um ano; por autarquia, empresa pública, fundação, ou sociedade de economia mista que inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção das pessoas portadoras de deficiência.”

A Lei nº 7.853/89, inclusive tipificou criminalmente condutas discriminatórias com relação às pessoas portadoras de deficiência, como se infere no art. 8º, e incisos:

Art. 8º Constitui crime punível com reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa:

I - recusar, suspender, procrastinar, cancelar ou fazer cessar, sem justa causa, a inscrição de aluno em estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, público ou privado, por motivos derivados da deficiência que porta;

II - obstar, sem justa causa, o acesso de alguém a qualquer cargo público, por motivos derivados de sua deficiência;

III - negar, sem justa causa, a alguém, por motivos derivados de sua deficiência, emprego ou trabalho;

IV - recusar, retardar ou dificultar internação ou deixar de prestar assistência médico-hospitalar e ambulatorial, quando possível, à pessoa portadora de deficiência;

V - deixar de cumprir, retardar ou frustrar, sem justo motivo, a execução de ordem judicial expedida na ação civil a que alude esta Lei;

VI - recusar, retardar ou omitir dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil objeto desta Lei, quando requisitados pelo Ministério Público.

Decerto, existem duas hipóteses que constituem justa causa para negar trabalho à pessoa portadora de deficiência: a) falta de habilitação; b) desinteresse da própria pessoa portadora de deficiência.

O legislador, seguindo orientação constitucional (inciso VIII, art. 37), e o mandamento disposto na alínea d, inc. II, art. 2º da Lei 7.853/89, não se omitindo quanto a inserção do deficiente no Setor Público, antes de enfraquecer, fortaleceu sua ação afirmativa, editando o disposto no § 2º, art. 5º da Lei nº 8.112/90 (Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União), nos seguintes termos:

Art. 5º § 2º Às pessoas portadoras de deficiência é assegurado o direito de se inscrever em concurso público para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras; para tais pessoas serão reservadas até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso.

Ademais, determinou quotas de inserção no setor privado. Ao vir a dispor sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, por meio da Lei 8.213/91, não se omitiu, frise-se, ao prescrever, em seu art.93:

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

I - até 200 empregados.....2%;

II - de 201 a 500.....3%;

III - de 501 a 1.000.....4%;

IV - de 1.001 em diante.5%.

Ademais, inseriu a seguinte regra em seu parágrafo 1^a:

“A dispensa de trabalhador reabilitado ou de deficiente habilitado ao final de contrato por prazo determinado de mais de 90 (noventa) dias, e a imotivada, no contrato por prazo indeterminado, só poderá ocorrer após a contratação de substituto de condição semelhante”.

Alguns podem indagar a respeito da inconstitucionalidade de referidos dispositivos. Ora, não seria ofensivo a reserva de mercado em favor dos portadores de deficiência, ante o direito de propriedade?

Rossanne de Oliveira Maranhão, leciona muito bem a respeito: “Entendemos que este discussão não aceita mais discussão, quando constatamos que o direito de propriedade, na Constituição Federal de 1988, ficou vinculado à sua função social (art. 5º, inciso XXII). Portanto, a função social da propriedade privada, *in casu*, das empresas é o respeito aos direitos de acesso dos portadores de deficiência a empregados, não sendo incompatível, desta forma, o direito assegurado na Constituição de propriedade privada com as reservas de emprego para portadores de deficiência, previstas em lei.”¹³³

A lei nº 7.853/89 foi regulamentada pelo Decreto nº 3.298 de 20.12.99, que permanece em vigor. Importante dispositivo no que se refere a inserção do deficiente no mercado de trabalho encontra abrigo no art. 35 de referido Decreto que prevê:

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

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

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

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

¹³³ MARANHÃO, Rosanne de Oliveira, “O Portador de Deficiência e o Direito do Trabalho”, São Paulo, Editora LTr, 2005, p.100;

Ora, o Decreto nº 3.298/99, representando mudanças institucionais significativas da condição da pessoa portadora de deficiência no Brasil, pela primeira vez, abordou “de maneira minuciosa a questão do trabalho da pessoa portadora de deficiência, inovando, entre outros elementos, com a apresentação de conceito, com riqueza de detalhes, para deficiência física, auditiva, visual, mental e múltipla”¹³⁴

Nos §§ 2º e 3º, do art. 36, de referido Decreto, o conceito de habilitação, anteriormente definido pela Lei 8.212/91 e na Portaria nº 4.677/98 do Ministério da Previdência e Assistência Social, ganhou novo contorno, sendo mais detalhada, nos seguintes termos:

§ 2º Considera-se pessoa portadora de deficiência habilitada aquela que concluiu curso de educação profissional de nível básico, técnico ou tecnológico, ou curso superior, com certificação ou diplomação expedida por instituição pública ou privada, legalmente credenciada pelo Ministério da Educação ou órgão equivalente, ou aquela com certificado de conclusão de processo de habilitação ou reabilitação profissional fornecido pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS.

§ 3º Considera-se, também, pessoa portadora de deficiência habilitada aquela que, não tendo se submetido a processo de habilitação ou reabilitação, esteja capacitada para o exercício da função.

Ressalte-se, por oportuno, que o sistema de cotas no Brasil está diretamente ligado ao conceito de habilitação. Referido artigo citado ratifica o sistema de cotas, “sendo aplicável aos beneficiários da Previdência Social ‘reabilitados’ ou a ‘pessoas portadoras de deficiência habilitadas’”. Fica mantida o mesmo percentual de cotas previsto na Lei 8.213/91”¹³⁵

Como bem observa Beatriz Mendes, Diego Pires, Naymi Torres e Renan Flumian, em seu artigo *A pessoa Portadora de Deficiência e o Direito ao Trabalho no setor privado*, “nem todas as pessoas portadoras de deficiência estão habilitadas para o trabalho. Cabe, portanto, ao Estado preparar essas pessoas por meio de políticas de habilitação ou programas especializados. Nesse sentido, a Lei 8.742/93, em conformidade com a Constituição Federal (artigo 203, IV), determina que uma das funções da assistência social consiste na “habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária” (art. 02º, IV). Também o Decreto nº 3.298/99, estabelece que a pessoa portadora de deficiência, beneficiária ou não do Regime Geral da Previdência Social”, tem direito às prestações de habilitação e reabilitação profissional para

¹³⁴ MELO, Sandro Nahmias, “O Direito do Trabalho da Pessoa Portadora de Deficiência”, São Paulo, Editora LTr, 2004, p. 82;

¹³⁵ Ibidem, p. 83;

capacitar-se a obter trabalho, conservá-lo e progredir profissionalmente (artigo 30).”¹³⁶

Conforme leciona Profº Ricardo Pereira de Freitas Guimarães “ há evidente destaque na norma da participação conjunta do Estado e dos órgãos de iniciativa privada para a inserção, sendo que as tarefas são, à luz da própria norma, especificadas nos seguintes limites encontrados na Lei nº 8.213/91, *in verbis*:

Art. 89. A habilitação e a reabilitação profissional e social deverão proporcionar ao beneficiário incapacitado parcial ou totalmente para o trabalho, e às pessoas portadoras de deficiência, os meios para a (re)educação e de (re)adaptação profissional e social indicados para participar do mercado de trabalho e do contexto em que vive.

Parágrafo único. A reabilitação profissional compreende:

a) o fornecimento de aparelho de prótese, órtese e instrumentos de auxílio para locomoção quando a perda ou redução da capacidade funcional puder ser atenuada por seu uso e dos equipamentos necessários à habilitação e reabilitação social e profissional;

b) a reparação ou a substituição dos aparelhos mencionados no inciso anterior, desgastados pelo uso normal ou por ocorrência estranha à vontade do beneficiário;

c) o transporte do acidentado do trabalho, quando necessário.”¹³⁷

Não podemos deixar de citar, ainda, as mudanças operadas quanto à fiscalização da contratação de pessoas com deficiência. Publicada em 16 de Agosto de 2012, a Instrução Normativa nº 98 do Ministério do Trabalho e Emprego, a qual dispõe sobre procedimentos de fiscalização do cumprimento, por parte dos empregadores, modifica a forma de vistoria até então vigente, acrescentando procedimentos de necessária observância pelo empregador.

Dentre as principais mudanças está a criação do procedimento especial para a ação fiscal, instaurado quando a empresa tiver motivos que impossibilitem ou dificultem o cumprimento da reserva de cargos. Deste pode resultar a assinatura de um termo de compromisso, no qual serão estipuladas os prazos para o compromisso assumido e as obrigações das empresas ou setores econômicos. Ademais, com a Instrução Normativa, necessário a apresentação de um laudo elaborado por profissional de saúde com nível superior, com diversas observações, como a descrição detalhada das alterações físicas, sensoriais,

¹³⁶ MENDES, Beatriz ;PIRES, Diego; TORRES, Naymi ; FLUMIAN, Renan, “A pessoa Portadora de deficiência e o Direito ao Trabalho no Setor Privado”, artigo publicado em 10.04.2006;

¹³⁷ GUIMARÃES, Ricardo Pereira de Freitas, “Breve Reflexão sobre a Interpretação do Conjunto Normativo quanto a inclusão social do Portador de necessidades especiais no mundo do trabalho, à Luz da recente decisão proferida pela 11ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região “:Revista LTr – Suplemento Trabalhista 066/08,São Paulo, LTr nº 44: p. 321-327, 2008;

intelectuais e mentais e as interferências funcionais delas decorrentes. Neste sentido, o art. 8º de referida Instrução Normativa:

Art. 8º Para fins de comprovação do enquadramento do empregado como pessoa com a deficiência é necessária a apresentação de laudo elaborado por profissional de saúde de nível superior, preferencialmente habilitado na área de deficiência relacionada ou em saúde do trabalho, que deve contemplar as seguintes informações e requisitos mínimos:

I - identificação do trabalhador;

II - referência expressa quanto ao enquadramento nos critérios estabelecidos na legislação pertinente;

III - identificação do tipo de deficiência;

IV - descrição detalhada das alterações físicas, sensoriais, intelectuais e mentais e as interferências funcionais delas decorrentes;

V - data, identificação, nº de inscrição no conselho regional de fiscalização da profissão correspondente e assinatura do profissional de saúde; e

VI - concordância do trabalhador para divulgação do laudo à Auditoria-Fiscal do Trabalho e ciência de seu enquadramento na reserva legal.

Parágrafo único. Nas hipóteses de deficiência auditiva, visual, intelectual ou mental serão exigidos, respectivamente, exame audiológico - audiometria, exame oftalmológico - acuidade visual com correção e campo visual, se for o caso, e avaliação intelectual ou mental especializada.

Conforme já exposto, a Lei 8.213/1991, traz a necessidade das empresas que tenham de 100 a 200 empregados, terem 02% do total de deficientes; acima de 200 a 500, 03%; acima de 500 a mil empregados, 04%; e mais de mil empregados, 05%. Segundo a Instrução Normativa do Ministério do Trabalho, para os cálculos será considerado o número de funcionários em todos os estabelecimentos da empresa. Aquelas que apresentarem variações sazonais no quantitativo de empregados, a fiscalização poderá utilizar, para compor a base de cálculo da cota, a média aritmética de totalidade de empregados existentes ao final de cada um dos 12 últimos meses.

Ressalte-se que o legislador não olvidou da criança e do adolescente, dedicando dois dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069 – a saber:

Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente:

III- atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino.

Art. 66. Ao adolescente portador de deficiência é assegurado trabalho protegido.

Ademais, de grande abrangência social, temos a Lei 8.742/93, que dispõe sobre a organização de Assistência Social. Referida lei previu em seu art. 20 o “benefício da prestação continuada”, garantindo ao portador de deficiência carente e incapacitado para a vida independente e para o trabalho, um salário mínimo mensal.

Oportuno se faz citar a existência do Decreto n. 3.048/99, que aprovou o regulamento da Previdência Social, determinando em seu art. 3º que “ A assistência social é a política social que provê o atendimento das necessidades básicas, traduzidas em proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência, à velhice e à pessoa portadora de deficiência, independentemente de contribuição à seguridade social”.

Por fim, podemos fazer referência a outros exemplos de regras esparsas, dirigidas a assegurar e promover o exercício de Direitos às pessoas portadoras de deficiência, de modo a garantir a igualdade de oportunidades, senão vejamos:

- A) Acesso à educação (art. 205 e art. 208, inc. III da CF/88; Capítulo V da Lei 9.394/96 e Decreto 7.611/11);
- B) Acesso adequado com adaptações aos logradouros, aos edifícios de uso público, aos transportes coletivos, bem como, garantia de demais aspectos relativos à acessibilidade e ao atendimento prioritário (art. 227, § 2º e art. 244 da CF/88; Lei 10.048/00; Lei 10.098/00 e Decreto 5.296/04);
- C) Definição da competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas com deficiência (art. 23, II da CF/88), bem como, a atribuição da competência à União, aos Estados e ao Distrito Federal para legislar concorrentemente sobre a proteção e a integração social das pessoas com deficiência (art. 24, XIV da CF/88);
- D) Decreto 914, de 06 de Setembro de 1993, que instituiu a Política Nacional para a integração da Pessoa com Deficiência e estabeleceu como diretriz, em seu Capítulo III, art. 5º, inciso VIII, proporcionar à pessoa com deficiência, “qualificação profissional e incorporação no mercado de trabalho”,¹³⁸

¹³⁸ BONFIGLIO, Renata; RAMALHO, Ivo Cleiton de Oliveira; “As políticas de capacitação das pessoas com deficiência e sua inclusão no mercado de trabalho brasileiro”, artigo publicado na Revista dos Tribunais do Tribunal Regional do Trabalho da 2º Região, edição 10/2012, in http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/revistas/revista_eletronica/10_2012.pdf, acessado em 28/07/2012;

9. DA LEGITIMIDADE DAS AÇÕES AFIRMATIVAS

Conforme já referida na presente pesquisa, as chamadas “ações afirmativas” do Estado ou “discriminação positiva” (como conhecido no direito europeu) tiveram como berço os Estados Unidos, em suas Cortes Superiores, na década de 60. Logo referida “novidade” espalhou-se para países diversos e, o Brasil, decerto, não ficou de fora, adotando, nos dias atuais, ações afirmativas relativas à inclusão das pessoas portadoras de deficiência nas carreiras públicas e em empregos no setor privado além de outras ações a fim de coibir qualquer tipo de discriminação.

Torna-se insuficiente, pois, tratar o indivíduo de forma genérica, geral e abstrata, sendo necessário a especificação do sujeito do direito, que passa a ser visto, no contexto de uma igualdade, de fato, material, em suas peculiaridades e particularidades. Neste cenário, o deficiente, ao ser visto nas especificidades e peculiaridades, importa respeito à diferença e diversidade, o que lhe assegura, por parte do direito, um tratamento especial.

Frise-se que referidas ações tem encontrado ecos desfavoráveis não só no setor privado, que conforme já exposto no presente estudo, comporta interesses capitalistas de produção, mais interessados com o capital do que com o bem estar do ser humano, mas também ecos em setores populares, facilmente manipulados, por vezes, pela mídia, em sua ensurdecidora determinação de impor interesses diversos.

Assume, assim, o Estado o papel de liderança na busca do bem estar social.

Nas palavras da ilustre Professora Flavia Piovesan “a discriminação ocorre quando somos tratados iguais, em situações diferentes; e diferentes, em situações iguais” e acrescenta meios de enfrentamento internacional da problemática da discriminação, “no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, destacam-se duas estratégias: a) a estratégia repressiva-punitiva (que tem por objetivo punir , proibir e eliminar a discriminação); e b) a estratégia promocional (que tem por objetivo promover, fomentar e avançar a igualdade)” e defende, ao final, ser fundamental conjugar a vertente repressiva-punitiva com a vertente promocional.¹³⁹

Joaquim B. Barbosa Gomes traz um conceito de ações afirmativas como sendo “um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo como objetivo a concretização do ideal

¹³⁹ PIOVESAN, Flavia “Ações Afirmativas no Brasil: Desafios e Perpectivas”, capítulo IV, do Parte II do livro organizado por Marcelo Novelino, “ Leituras Complementares de Constitucional, Direitos Humanos e Direitos Fundamentais”, Bahia, Editora JusPodivm, 2010, p. 198;

de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e ao emprego”¹⁴⁰

Nas palavras de Cibelle Linero Goldfarb, “as ações afirmativas podem também ser consideradas como remédios ou medidas tendentes a compensar a inferioridade econômica e social de certas minorias (raciais ou culturais) por intermédio de políticas de garantia de emprego, no âmbito público ou privado, ou mesmo reserva de vagas nas escolas, universidades e até mesmo hospitais, dentre outras políticas”¹⁴¹

Recorrendo a dizeres da ilustre Professora Flavia Piovesan, “as ações afirmativas devem ser compreendidas não somente pelo prisma retrospectivo – no sentido de aliviar a carga de um passado discriminatório – mas também prospectivo – no sentido de fomentar a transformação social, criando uma nova realidade”¹⁴².

Ora, podemos assim dizer, que as ações afirmativas são políticas públicas adotadas pelo governo para criar iguais oportunidades aos chamados “grupo minoritários”, nos quais estão incluídos as mulheres, os negros, os deficientes, dentre outros. São grupos que estão segregados por motivos culturais ou históricos e, certamente, estão em condições desiguais de competição em relação aos demais trabalhadores. É o que ocorre, certamente, com o trabalhador deficiente, foco da presente pesquisa.

As ações afirmativas não visam retirar direitos das majorias, mas sim tencionam uma maior participação dos chamados “grupos minoritários”, a fim de reduzir preconceitos arraigados na sociedade, possibilitando uma maior igualdade de condições.

Dois postulados são destacados por Joaquim B. Barbosa Gomes, quando tratamos das teorias que embasam as ações afirmativas: primeiro uma justiça compensatória, em segundo uma justiça distributiva. Mas o que seria esta Justiça compensatória? Seria, por assim dizer, afirmativas visando reparar discriminações ocasionadas no passado, tentando, desta forma, restaurar o equilíbrio entre as partes. Já o segundo postulado destacado pelo referido estudioso diz respeito a necessidade de promoção a uma distribuição equânime de riquezas, vantagens, bens e benefícios aos membros de uma sociedade. Seria uma rigorosa medida de

¹⁴⁰ GOMES, Joaquim B. Barbosa. “Ação afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade: o Direito como instrumento de transformação Social”, Rio de Janeiro- São Paulo, Renovar, 2001; extraído do livro In: GOLDFARB, Cibelle Linero “Pessoas Portadoras de Deficiência e Relação de Emprego”, Curitiba, Juruá Editora, 2009, p. 115;

¹⁴¹ GOLDFARB, Cibelle Linero “Pessoas Portadoras de Deficiência e Relação de Emprego”, Curitiba, Juruá Editora, 2009, p. 115;

¹⁴² PIOVESAN, Flavia “Ações Afirmativas no Brasil: Desafios e Perspectivas”, capítulo IV, do Parte II do livro organizado por Marcelo Novelino, “Leituras Complementares de Constitucional, Direitos Humanos e Direitos Fundamentais”, Bahia, Editora JusPodivm, 2010, p. 198;

garantir direitos e pretensões aos grupos marginalizados, tudo dentro de uma proporcionalidade e razoabilidade equitativa.¹⁴³

A Constituição de 1988, marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no Brasil, consagra, dentre os objetivos da República Federativa do Brasil, construir uma sociedade livre, justa e solidária, mediante a redução das desigualdades sociais e a promoção do bem de todos, sem quaisquer formas de discriminação (art. 3º, I, III e IV).¹⁴⁴ Como princípio fundamental, estabeleceu importantes instrumentos que traduzem a busca da igualdade material, quais sejam, possibilidade de adoção de ações afirmativas para grupos discriminados, e decerto, o deficiente não ficou de fora desta premissa.

Ora, nossa Magna Carta não silenciou quanto aos direitos dos deficientes, embora ainda exista a problemática da deficiência de proteção a este trabalhador, já que pouca efetividade existe em relação a estes direitos garantidos, quais sejam, a introdução de cotas nas empresas privadas (Lei 8213/91, art. 93), a dispensa de licitação para contratação de prestação de serviços por entidades de pessoa portadora de deficiência física (Lei 8.666/93, art. 24, inc. XX), o constante no art. 37, inc. VIII, da Carta de 1988, dentre outros já referidos na presente pesquisa.

¹⁴³ GOMES, Joaquim B. Barbosa. “Ação afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade: o Direito como instrumento de transformação Social”, Rio de Janeiro- São Paulo, Renovar, 2001, p. 61-72; extraído do livro In: GOLDFARB, Cibelle Linero “Pessoas Portadoras de Deficiência e Relação de Emprego”, Curitiba, Juruá Editora, 2009, p. 117;

¹⁴⁴ PIOVESAN, Flavia “Ações Afirmativas no Brasil: Desafios e Perspectivas”, capítulo IV, do Parte II do livro organizado por Marcelo Novelino, “Leituras Complementares de Constitucional, Direitos Humanos e Direitos Fundamentais”, Bahia, Editora JusPodivm, 2010, p. 200;

10. CONCLUSÃO

“A ética emancipatória dos direitos humanos demanda transformação social, a fim de que cada pessoa possa exercer, em sua plenitude, suas potencialidades, sem violência e discriminação. É a ética que vê no outro um ser merecedor de igual consideração e profundo respeito, dotado do direito de desenvolver as potencialidades humanas, de forma livre, autônoma e plena. Enquanto um construído histórico, os direitos humanos não traduzem uma história linear, não compõem uma marcha triunfal, nem tampouco uma causa perdida. Mas refletem, a todo tempo, a história de um combate, mediante processos que abrem e consolidam espaços de luta pela dignidade humana”¹⁴⁵

Longe de querer esgotar o assunto debatido na presente pesquisa, à guisa decerto, de encerramento, na “ firma convicção de que a transformação para os dias menos perturbadores apenas se opera quando os envolvidos – os de dentro – da estrutura também passam a questioná-la”¹⁴⁶, concluiremos, em breves linhas, um modesto diálogo estabelecido a fim de inserir a problemática da deficiência de proteção ao trabalhador deficiente, tudo dentro de uma perspectiva constitucional.

De início, foi abordado o significado da noção da Dignidade da Pessoa Humana, alicerce dos demais Direitos e Garantias Fundamentais, na certeza da vinculação dos órgãos estatais a referido princípio, impondo, assim, um dever de “respeito e proteção, que se exprime tanto na obrigação por parte do Estado de abster-se de ingerência na esfera individual que sejam contrárias à dignidade pessoal, quanto no dever de protegê-la (a dignidade pessoal de todos os indivíduos) contra agressões oriundas de terceiros (...), especialmente – mas não exclusivamente – dos assim denominados poderes sociais (ou poderes privados).”¹⁴⁷

Ora, o objetivo principal era questionar se o aplicador do direito poderia seguir o caminho inverso da aplicação dos direitos do trabalhador deficiente, se poderia se esquivar de promover o direito da proteção a este trabalhador, sob o regime de emprego.

Partindo do conteúdo dos princípios dos direitos fundamentais, mormente no que se refere ao Princípio da Dignidade da Pessoa, às construções em torno de tutelas da proteção material e processual do trabalhador deficiente, foi almejado, no

¹⁴⁵ PIOVESAN, Flavia “Ações Afirmativas no Brasil: Desafios e Perspectivas”, capítulo IV, do Parte II do livro organizado por Marcelo Novelino, “ Leituras Complementares de Constitucional, Direitos Humanos e Direitos Fundamentais”, Bahia, Editora JusPodivm, 2010, p. 194;

¹⁴⁶ CAVALCANTE, Ricardo Tenório. “Jurisdição, Direitos Sociais e Proteção do Trabalhador, Porto Alegre, Livro do Advogado, 2008, p. 27;

¹⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. “Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988”, Porto Alegre, Livro do Advogado, 2011, p. 132;

presente estudo, um modesto diálogo de inclusão no mercado de trabalho de uma parcela da sociedade discriminada no seio histórico, quem sejam, os trabalhadores deficientes, como forma de estancar o contra princípio do capitalismo presente na sociedade mundial.

Nas palavras do ilustre estudioso Ricardo Tenório Cavalcante “era e é preciso lidar com os desafios de sempre e, além disso, encarar as novas artimanhas (armadilhas) do capital e do cotidiano mutante de uma sociedade paradoxalmente mundializada, tudo sob a lente do Judiciário e com foco na proteção do trabalhador”¹⁴⁸ O trabalhador deficiente, decerto, não ficou de fora desta premissa.

Não menos importante são as considerações do ilustre doutrinador Ingo Wolfgang Sarlet quanto a necessidade de humanização da globalização econômica: “nesta mesma perspectiva, a efetiva possibilidade de uma humanização e civilização da globalização econômica, tal como advoga Friedrich Muller, com a consequente neutralização ou pelo menos redução dos seus efeitos negativos e muitas vezes causadores de violações da dignidade da pessoa humana, encontra um forte sustentáculo da ideia de uma globalização jurídica a partir do referencial da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais que lhe são inerentes.”¹⁴⁹

Com o exposto, pois, foi almejado um breve diálogo em torno da pormenorização dos princípios protetivos, sendo o foco da reflexão do estudo a inclusão do deficiente e a proteção deste trabalhador, ingressando na operacionalização desse conflito em defesa de um norte e critério normativo em sintonia com os suportes construídos ao longo da presente pesquisa.

¹⁴⁸ CAVALCANTE, Ricardo Tenório. “Jurisdição, Direitos Sociais e Proteção do Trabalhador, Porto Alegre, Livro do Advogado, 2008, p.209;

¹⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. “Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988”, Porto Alegre, Livro do Advogado, 2011, p. 174;

BIBLIOGRAFIA

BONFIGLIO, Renata; RAMALHO, Ivo Cleiton de Oliveira. As políticas de capacitação das pessoas com deficiência e sua inclusão no mercado de trabalho brasileiro. **Revista dos Tribunais do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região**, edição 10/2012, Disponível em <
http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/revistas/revista_eletronica/10_2012.pdf>

Acessado em 28/07/2012;

BRANDÃO, Rodrigo A proteção dos Direitos e Garantias Individuais em Face de Emendas Constitucionais à Luz da Jurisprudência do STF. In: NOVELINO, Marcelo (coord). **Leituras Complementares de Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais**, 4ª ed. Bahia: Ed. JusPodivm, 2010;

CAVALCANTE, Ricardo Tenório. **Jurisdição, Direitos Sociais e Proteção do Trabalhador – A efetividade do Direito Material e Processual do Trabalho desde a Teoria dos Princípios**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008;

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **Constituição da República e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora LTr, 2012;

GOLDFARB, Cibelle Linero. **Pessoas Portadoras de Deficiência e a Relação de Emprego**. Curitiba: Juruá Editora, 2009;

GUIMARÃES, Ricardo Pereira de Freitas. Breve Reflexão sobre a Interpretação do Conjunto Normativo quanto a inclusão social do Portador de necessidades especiais no mundo do trabalho, à Luz da recente decisão proferida pela 11ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. **Revista LTr – Suplemento Trabalhista 066/08**, São Paulo: LTr nº 44, 2008;

MARANHÃO, Rosanne de Oliveira. **O portador de Deficiência e o Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora LTr, 2005;

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Ed. Atlas, 2008;

MARQUES, Antonio Luiz; FREITAS, Maria Nivalda de Carvalho. **O trabalho e Pessoas com deficiência**. Curitiba: Juruá Editora, 2009;

MELO, Sandro Nahmias. **O Direito ao Trabalho da Pessoa Portadora de Deficiência. Ação Afirmativa. O Princípio Constitucional da Igualdade**. São Paulo: Editora LTr, 2004;

MINHARRO, Erotilde Ribeiro dos Santos. A Dignidade da Pessoa Humana nas Relações do Trabalho – Inserção do Portador de Deficiência no mercado de

Trabalho, **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região**, n. 04/2010, disponível

<http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/revistas/revista_eletronica/04_2010.pdf>,

Acessado em 18.08.2012;

NOVELINO, Marcelo. **Leituras Complementares de Constitucional - Direitos Humanos e Direitos Fundamentais**. Salvador: Editora JusPODIVM, 2010;

PIOVESAN, Flavia **Ações Afirmativas no Brasil: Desafios e Perpectivas**, In: NOVELINO, Marcelo (coord). **Leituras Complementares de Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais**, 4ª ed. Bahia: Ed. JusPodivm, 2010;

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2008;

RODRIGUES, Eder Bomfim; **Igualdade e Ações Afirmativas nos Estados Unidos e no Brasil**. In: NOVELINO, Marcelo (coord). **Leituras Complementares de Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais**, 4ª ed. Bahia: Ed. JusPodivm, 2010;

ROMITA, Arion Sayão. **O acesso ao trabalho das pessoas deficientes perante o princípio da igualdade**. Curitiba: Genesis, 2000;

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011;

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **A Releitura da Teoria Jusfundamental no Direito Constitucional Brasileiro** In: NOVELINO, Marcelo (coord). **Leituras Complementares de Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais**, 4ª ed. Bahia: Ed. JusPodivm, 2010;