

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PROGRAMA DE PÓS - GRADUAÇÃO LATO SENSU (COGEAE) EM
DIREITO DO TRABALHO**

LUDMILLA SOUZA RIBEIRO

**A inserção da Pessoa com Deficiência no Mercado de Trabalho: uma leitura
do princípio fundamental do acesso à justiça na perspectiva da atuação do
Ministério Público do Trabalho para proteção dos interesses das pessoas
com deficiência**

São Paulo

2010

LUDMILLA SOUZA RIBEIRO

**A inserção da Pessoa com Deficiência no Mercado de Trabalho: uma leitura
do princípio fundamental do acesso à justiça na perspectiva da atuação do
Ministério Público do Trabalho para proteção dos interesses das pessoas
com deficiência**

Trabalho apresentado como requisito
final para a obtenção do título de
especialista em Direito do Trabalho pelo
programa de pós-graduação da Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo

São Paulo
2010

RESUMO

O presente trabalho versa sobre a inserção da pessoa com deficiência no mercado de trabalho, sob uma perspectiva concretizadora. O estudo demonstra a importância do trabalho para a integração social da pessoa com deficiência, interesse que transcende à esfera particular do deficiente para atingir toda a sociedade. O respeito à diversidade e a não discriminação, como decorrências do princípio isonômico, deve ser visto como nota característica de um Estado que se pretende democrático. Nessa perspectiva, a reserva de mercado à pessoa com deficiência constitui verdadeira manifestação positiva do Princípio da Isonomia. Por sua vez, confere-se especial enfoque à mudança de paradigma científico da hermenêutica jurídica contemporânea, no que concerne ao princípio do Acesso à Justiça, notadamente relacionando a pertinência da atuação do Ministério Público do Trabalho na concretização da integração social da pessoa com deficiência.

Palavras- chave: Pessoa, Deficiência, Integração Social, Reserva Legal, Mercado de Trabalho

ABSTRACT

This paper discusses the integration of disabled people in the labor market, from a perspective scorers. The study demonstrates the importance of work for the social integration of disabled people, an interest which transcends the particular sphere of the disabled people to reach the whole society. Respect for diversity and non-discrimination principle as a consequence of equality, should be seen as a characteristic feature of a state that aims to be democratic. The market reserve for people with disabilities is a real positive manifestation of the principle of equality, in this perspective. Besides, it gives special emphasis to the change in scientific paradigm of contemporary legal interpretation regarding the principle of justice access, especially relating the relevance of the performance of the Ministério Público do Trabalho in achieving social integration of disabled people

Keywords: Person, Disability, Social Integration, Legal Reserve, Labor Market

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 PRESSUPOSTOS CONCEITUAIS PARA A PROTEÇÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA	10
2.1 Designação Adequada: Pessoa com Deficiência.....	10
2.2 Conceito legal de deficiência.....	13
2.3 Habilitação e Reabilitação Profissional	18
2.4 Reserva Legal de Mercado ao Portador de Deficiência	22
2.5 O Princípio da Isonomia e a Reserva de Mercado garantida às pessoas com deficiência.....	24
3 A TRANSINDIVIDUALIDADE AFETA À PROTEÇÃO DOS INTERESSES TRABALHISTAS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: DEMARCANDO AS NOTAS JUSTIFICATIVAS DE UMA TUTELA COLETIVA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO	29
3.1 Colocação do tema	29
3.2 Acepções do Termo Interesse	30
3.2.1 Interesse Simples x Interesse Jurídico	31
3.2.2 Direito Subjetivo e Interesses: conceitos não coincidentes	32
3.3 Interesses Individuais x Transindividuais: da dicotomia público/privado ao reconhecimento dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.....	36
3.3.1 Interesse Individual	38
3.3.2 Interesses Público, Social e Coletivo	40
3.4 Interesses Transindividuais nos termos do Código de Defesa do Consumidor: Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos.....	45
3.5 Dos interesses transindividuais trabalhistas das pessoas com deficiência	46
4 ACESSO COLETIVO À JUSTIÇA COMO PRINCÍPIO GARANTIDOR DA PROTEÇÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA	49
4.1 A evolução da ciência jurídica: o acesso coletivo à justiça na contemporaneidade	49
4.2 A Importância do Acesso Coletivo à Jurisdição Trabalhista para garantia dos direitos das pessoas com deficiência	55

4.3 Acesso Material e Coletivo à Justiça e a Inserção da Pessoa com Deficiência ao Mercado de Trabalho: uma leitura à luz da Convenção Internacional sobre Direitos da Pessoa com Deficiência.....	58
4.4 Atuação do Ministério Público do Trabalho.....	63
4.5 Atuação dos Tribunais na Concretização do Acesso à Justiça da Pessoa com Deficiência	68
5 CONCLUSÃO.....	72
REFERÊNCIAS	75

1 INTRODUÇÃO

O Brasil, a partir da Constituição Federal de 1988, assumiu formalmente, aquém e além de suas fronteiras, o compromisso de consolidar uma sociedade fraterna e democrática, fundada na pluralidade, dignidade e cidadania, em que a todos é, indistintamente, assegurado o exercício pleno dos direitos sociais e individuais.

Extraí-se, já do artigo 1º, do Texto Magno promulgado em 1988, como fundamentos da República Federativa do Brasil: soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e pluralismo político. Em seguida, o constituinte originário traça como objetivos fundamentais: a construção de sociedade livre, justa e solidária, o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, a promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Em verdade, desde o seu preâmbulo, ao último de seus dispositivos, fica evidente o comprometimento jurídico do Estado Brasileiro na promoção dos direitos e garantias fundamentais dos seus cidadãos.

Na perspectiva compromissária, indiscutível o avanço alcançado pela Carta Democrática de 1988, eis que, embevecida por um discurso progressista e concretizador, marca a luta pela realização de um Estado ideal, que projeta na dignidade humana, seu valor supremo. Na prática, mais de 20 anos se passaram, e muito continua, ainda, meramente no plano formal.

Sob um viés científico, especificamente no que atine à hermenêutica constitucional, é possível evidenciar a evolução do pensamento filosófico-jurídico no sentido de concretizar o arcabouço normativo instituído pela Carta Maior. Concretizar significa transladar do plano ideal para o mundo real, ou seja, efetivar materialmente as garantias dantes asseguradas formalmente. Desponta nesse sentido, a teorização da normatividade dos princípios, da máxima eficácia das normas constitucionais, assim como a expansão da jurisdição constitucional, controlando as inconstitucionalidades inclusive omissivas, do Legislativo e do Executivo. Além disso, a difusão da filosofia pós-modernista tem ressaltado cada vez mais o papel do aplicador do direito na materialização do ideal de justiça.

Imperioso reconhecer que o crescimento econômico do país, e conseqüente, afirmação no cenário político-econômico internacional, também possibilitaram a implementação de um padrão setorial de direitos mais consentâneo ao conceito dignificante

previsto pela Carta Maior. A ascensão do Brasil ao rol de países com elevado desenvolvimento humano reflete as melhorias que já foram alcançadas desde a promulgação da nova ordem constitucional.

Ainda assim, trata-se de um país com dimensões continentais, com diversidades regionais e acentuada disparidade na distribuição de renda, o que impõe à boa parte da população viver às margens do que se convencionou chamar “patamar civilizatório mínimo” do cidadão.

Mesmo nos Estados mais desenvolvidos, a concentração de renda e as desigualdades sociais são notórias. A situação deficitária é ainda mais alarmante quando vislumbrados os denominados grupos vulneráveis: negros, idosos, pessoas com deficiência, etc. A falta de oportunidades, o preconceito social e baixa estima segregam os diferentes, marginaliza-os, nega-lhes o direito à vida com dignidade.

Pensar em cidadania, igualdade e democracia, em uma sociedade diversa e antagônica como a brasileira, impõe, antes de qualquer coisa, reconhecer e respeitar às diferenças, a multiplicidade, minimizando os efeitos perversos por ela provocados.

Nessa perspectiva de minimização dos efeitos odiosos provocados pelo preconceito social, iniludível que o recurso a determinadas válvulas compensatórias, a exemplo do sistema de cotas para inserção de grupos vulneráveis ao mercado de trabalho, exsurge como instrumento de concretização da isonomia e, conseqüentemente, da dignidade humana.

Registra-se, por exemplo, conforme dados do último censo realizado no país (Censo 2000)¹ que cerca de 14, 5% (quatorze e meio por cento) da população brasileira é constituída por pessoas com algum tipo de deficiência. À época, isso representava algo em torno de 25 (vinte e cinco) milhões de pessoas com deficiência, dos quais, apenas, 09 (nove) milhões participavam do mercado de trabalho. Dentre esses economicamente ativos, apenas 3,4 (três vírgula quatro) milhões eram mulheres. Nota-se, portanto, que a combinação entre fatores de discriminação torna ainda mais drástica a exclusão social.

É de se ressaltar, que a inserção da pessoa com deficiência ao mercado de trabalho tem sido objeto de inúmeros diplomas internacionais, como parte integrante do processo de afirmação dos direitos humanos internacionais. Desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, incessantes os esforços na promoção da igualdade de oportunidades como

¹ Disponível em < <http://www.ibge.gov.br/home/> >. Acesso em 19 de fevereiro de 2010.

elemento de inclusão, que tem na empregabilidade da pessoa com deficiência um de seus enfoques.

No âmbito interno, os preceitos de não discriminação à pessoa com deficiência integram o rol de direitos fundamentais desde 1988, ao que se somam inúmeros outros diplomas infraconstitucionais, com especial destaque para o “sistema de reserva de cotas” do mercado de trabalho, vigente desde 1991 (Lei 8.213/91, artigo 93).

Com efeito, a inserção da pessoa com deficiência ao mercado de trabalho é tema de grande atualidade no cenário jurídico, não pela falta de normas regulamentadoras da matéria, mas pela falta de efetividade das que estão postas.

O presente estudo tem por objetivo ratificar a importância da proteção conferida pelo ordenamento à pessoa com deficiência, ressaltando, inclusive, o caráter fundamental dessa tutela na concretização das condições de uma existência minimamente digna dos excluídos socialmente.

Para tanto, será destacado como objeto de estudo “a reserva legal de mercado” conferida ao portador de deficiência, não mais pela análise restrita dos institutos que lhe são pertinentes, já que amplamente debatidos no cenário jurídico.

O estudo priorizará a análise do acesso à justiça destacando o papel do Ministério Público do Trabalho na tutela jurisdicional dos interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis ou homogêneos das pessoas com deficiência, especificamente no que toca a inserção do deficiente ao mercado de trabalho.

Para o alcance desse desiderato o trabalho foi dividido em três partes: 1) Pressupostos conceituais para a proteção da pessoa com deficiência; 2) A questão da transindividualidade dos interesses afetos a inserção da pessoa com deficiência no mercado de trabalho como uma nota justificativa da atuação do Ministério Público do Trabalho; 3) O princípio do Acesso à Justiça sob uma perspectiva concretizadora e a atuação do Ministério Público do Trabalho na materialização da efetiva integração social da pessoa com deficiência.

2 PRESSUPOSTOS CONCEITUAIS PARA A PROTEÇÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

2.1 Designação Adequada: Pessoa com Deficiência

Antes de adentrar no conceito jurídico de deficiência, que define os beneficiários da proteção especial conferida pelo ordenamento jurídico pátrio, cumpre verificar as referências terminológicas apresentadas pela doutrina e que, para efeitos didáticos, merecem atenção.

É verdade que várias designações foram e continuam sendo utilizadas para referenciar a pessoa com deficiência. Denominações vulgares como “retardado”, “aleijado”, “excepcional”, “inválido”, etc., são muito comuns, ainda, especialmente no âmbito das relações informais.

No domínio científico, porém, a busca pela designação adequada revela suma importância como mecanismo de neutralização da carga discriminatória que, ao longo da história da humanidade, tem permeado as relações das pessoas com algum tipo de deficiência.

Em verdade, a preocupação com a designação técnica é comum no que concerne ao tratamento dispensado aos grupos vulneráveis. A adoção, por exemplo, do termo “afrodescendente” visa exatamente afastar quaisquer nomenclaturas pejorativas que, de alguma forma, diminuíssem ou identificassem a pessoa por um critério exclusivo de cor.

Contudo, insta registrar que o termo “excepcional” já foi considerado juridicamente técnico para a designação das pessoas com deficiência. A Constituição Federal de 1967, por exemplo, em seu artigo 175, §4º² referenciava a proteção especial que deveria ser conferida pela legislação infraconstitucional no que toca à educação dos denominados à época “excepcionais”, rol em que, para efeitos da tutela, estavam incluídos deficientes físicos ou mentais. Ao comentar a referida designação, Luiz Alberto David Araújo alerta que a palavra “excepcional” é, frequentemente, utilizada para relacionar pessoas com deficiência mental, não encontrando grande aceitação para cuidar de outras modalidades de deficiência.

² Art. 175. A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos. §1º a 3º omissis; § 4º Lei especial disporá sobre a assistência à maternidade, à infância e à adolescência e sobre a educação de excepcionais

Pontua o autor que “seria difícil, por exemplo, chamarmos um portador de “HIV” de “excepcional”³.

Hoje, de um modo geral, o termo tecnicamente mais difundido para a designação das pessoas dotadas de alguma limitação física, mental ou sensorial, que demandem proteção específica é “pessoa portadora de deficiência”.

Essa foi a nomenclatura acolhida pelo constituinte pátrio, que, em diversos dispositivos⁴, elegeu o termo em destaque como hábil a referenciar o grupo vulnerável beneficiário da proteção especial conferida pelo ordenamento jurídico.

A despeito de superar anteriores ambigüidades, a designação adotada pela Carta Maior ainda revela algumas imperfeições que podem conduzir a errônea compreensão do tema.

Se por um lado a denominação merece louros por sobressaltar o aspecto da personalidade, ao relegar a deficiência a aspecto secundário, meramente adjetivo, por outro lado, a expressão, conforme construída, induz o intérprete a procurar identificar a deficiência na pessoa, fato que prejudica o enquadramento daqueles que, apesar de não apresentarem “déficits”, ou seja, “falhas”/ “imperfeições”, ainda assim, devam ser enquadradas no referido rol de excluídos sociais que merecem atenção especial do Estado e da sociedade.

Nessa linha analítica, aproveitando mais uma vez o escólio de Luiz Alberto David Araújo, é possível apontar como exemplo o “superdotado”, que, malgrado não apresentar qualquer incompletude, em inúmeros casos possui enorme dificuldade de integração social. Por essa razão, salienta David Araújo que, para o reconhecimento do caráter técnico da expressão “pessoa portadora de deficiência”, mister compreender que “a falha, a falta, não se situa no indivíduo, mas em seu relacionamento com a sociedade”⁵.

Tentando superar as fragilidades apontadas para a designação acolhida pelo constituinte, parte da doutrina prefere a denominação “pessoas portadoras de necessidades

³ ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência. 1997. Disponível em <www.mp.rs.gov.br/dirhum/doutrina/id248.html>. Acesso em 02 de janeiro de 2010.

⁴ Ilustrativamente, artigo 23, inciso II - 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; artigo 24 - Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: XIV - XIV - proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência; artigo 7º - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência; artigo 203 - A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: IV- a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária, todos da Constituição Federal de 1988.

⁵ ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência. 1997. Disponível em <www.mp.rs.gov.br/dirhum/doutrina/id248.html>. Acesso em 02 de janeiro de 2010.

especiais”⁶, que também não é isente de críticas, principalmente por se revelar demasiadamente abrangente. À guisa de exemplo, pessoas idosas carecem de cuidados especiais, mas, nem por isso, podem ser enquadradas no conceito de pessoas com deficiência.

Uma crítica que poderia ser oposta a ambas designações é a utilização da palavra “portador” para referir a pessoa que possui deficiência de integração à sociedade. Consoante lição de De Plácido e Silva, a palavra “portador” deriva do latim *portare*, que significa “pessoa que conduz, leva ou que transporta alguma coisa, de um lugar para outro. [...] em sentido jurídico, é o vocábulo especialmente empregado para designar a pessoa, que se tem como proprietária de um título não nominativo, que se transfere ou se traspassa por simples endosso, ou se mostra seu detentor”⁷. Disso poder-se-ia argüir o descabimento da utilização do termo “portador (a)” para referir-se à pessoa com deficiência.

Talvez, simplesmente, possa-se adotar “pessoa deficiente”, conforme inclusive designação adotada pela Organização Internacional do Trabalho⁸, ou ainda, e aqui, provavelmente, a nova expressão acolhida pelo ordenamento pátrio “pessoa com deficiência”. Isso porque o novo diploma específico com status constitucional vigente no país é a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, recepcionado pelo ordenamento brasileiro nos termos do artigo 5º, §3º, da Constituição Federal, através do Decreto 6.949 de 25 de Agosto de 2009. Consoante esse novo diploma normativo, a expressão que passa a ser utilizada na Carta Maior, portanto, tecnicamente e materialmente mais adequada, é “Pessoa com Deficiência”.

Com efeito, forçoso afastar qualquer tipo de designação depreciativa que possa confundir “deficiência” com “invalidade” ou “incapacidade”. Nesse ponto, é possível afirmar

⁶ Ao esclarecer sua preferência pela designação ‘empregado portador de necessidades especiais’ ao invés de ‘portador de deficiência’, pondera Manoel Jorge Silva Neto que “(...) não se pode, por força de existência de condição física gravemente limitante, congênita ou adquirida, levar a supor estarmos face a pessoa ‘deficiente’, como o vocábulo ‘portador de deficiência’, de modo invariável, induz a pensar. O empregado portador de limitação física, mental ou sensorial não é indivíduo incapaz para o exercício de atividade laborativa; não, muito diferentemente, adequado a determinada função na empresa, se revela até mesmo mais apto do que os trabalhadores considerados normais. Portanto, reconhecemos a expressão ‘pessoa ou empregado portador de necessidades especiais’ como mais própria para denotar a existência de indivíduos que, malgrado a limitação física, são tão ou mais capazes que as demais pessoas para o desempenho de atividade laboral (SILVA NETO, Manoel Jorge. **Proteção Constitucional dos Interesses Trabalhistas**: Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos. São Paulo: LTr, 2004, p. 189). Em sentido semelhante, a doutrinadora Cristina Paranhos Olmos pontua que a “a deficiência mental ou física gera necessidades especiais, mas não implica a redução da capacidade laboral, como o termo faz parecer, daí o porquê de o uso das expressões “condição física limitante” (no lugar de deficiência física) e “portador de necessidades especiais” (no lugar de deficiente físico) ser recomendado, ainda que a lei o faça de maneira indistinta” (OLMOS, Cristina Paranhos. **Discriminação na Relação de Emprego e Proteção contra a Dispensa Discriminatória**. São Paulo: LTr, 2008, p. 84).

⁷ SILVA, De Plácido. **Vocabulário Jurídico Conciso**. Atualizadores Nagib Slaib Filho e Glaucia Carvalho. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 570.

⁸ Cf. Artigo 1º da Convenção 159 da OIT, versão em português, disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0129.htm>. Acesso em 09 de fevereiro de 2010.

que a Constituição Federal de 1988 já havia dado um passo à frente, dissociando claramente os institutos, afinal, é justamente porque nem toda deficiência torna a pessoa incapaz ou inválida que se almeja sua inserção ou reintegração no mercado de trabalho, com intuito de resgatar a capacidade produtiva, a autonomia, a liberdade econômica da pessoa para assim devolver-lhe a dignidade.

Rememore-se que, o núcleo do ordenamento jurídico brasileiro é o ser humano com dignidade. Esta finalidade central faz com que haja uma convergência de pensamento para sempre proteger o indivíduo. Seguindo a sabedoria de Immanuel Kant⁹:

[...] 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 preço. Nunca ela poderia ser posta em cálculo ou confronto com qualquer coisa que tivesse um preço, sem de qualquer modo ferir sua santidade.

Indiscutivelmente, nos fins de um Estado Constitucional e Democrático de Direito as pessoas têm sempre dignidade. E, com vistas à efetivação deste desiderato é que se deve construir a melhor alcunha para pessoas que precisam de um olhar especial pelo Estado.

Por tudo que foi exposto, certamente, as denominações “pessoa com deficiência”, “pessoas portadoras de deficiência” ou “pessoas portadoras de necessidades especiais” têm o condão de afastar nomenclaturas pejorativas que enfatizam a deficiência ou incapacidade em detrimento do próprio ser. Ainda assim, pelas razões já sustentadas, reconhecidamente mais técnica e adequada a designação “pessoa com deficiência”.

2.2 Conceito legal de deficiência

Ultimadas as incongruências no que tange à designação, passa-se a análise do conceito legal de deficiência, a fim de definir quais os sujeitos de direitos alcançados pela tutela especial.

A definição de deficiência vem sendo objeto de inúmeros diplomas, nacionais e internacionais, principalmente por constituir conceito fundamental à verificação dos beneficiários da tutela especial conferida pelo ordenamento jurídico.

⁹ Apud. SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**: na Constituição Federal de 1988. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.34.

O Decreto 3.298/1999¹⁰, por exemplo, que regulamenta a Lei nº 7.853/1989 sobre a Política Nacional para a integração da pessoa portadora de deficiência, destaca em seu artigo 3º:

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.

A par dos excertos legais acima, é possível conceituar “pessoa com deficiência” como aquela que apresenta uma limitação, perda ou anomalia em alguma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica, que implique uma redução de sua aptidão física ou mental para as atividades normalmente desenvolvidas pelos homens. É importante ressaltar, que, a partir da diferenciação conceitual estabelecida nos incisos I a III do decreto supratranscrito, fica evidenciado que essa disfunção não necessariamente conduz a incapacidade do seu portador, mas quase sempre impõe um tratamento diferenciado ante sua condição limitativa.

Posteriormente, o Decreto 5246/2004¹¹, regulamentando as Leis 10.048/2000 e 10.098/2000, concernentes à promoção da acessibilidade e do atendimento prioritário dos portadores de deficiência em empresas e órgãos públicos, dispõe:

Art.5º Os órgãos da administração pública direta, indireta e fundacional, as empresas prestadoras de serviços públicos e as instituições financeiras deverão dispensar atendimento prioritário às pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida.

§1º Considera-se, para os efeitos deste Decreto:

I - pessoa portadora de deficiência, além daquelas previstas na Lei no 10.690, de 16 de junho de 2003, a que possui limitação ou incapacidade para o desempenho de atividade e se enquadra nas seguintes categorias:

a) 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;

¹⁰ Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3298.htm>. Acesso em 09 de fevereiro de 2010.

¹¹ Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5296.htm#art70>. Acesso em 09 de fevereiro de 2010.

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

c) deficiência visual: cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60; ou a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores;

d) 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:

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

e) deficiência múltipla - associação de duas ou mais deficiências; e

II - pessoa com mobilidade reduzida, aquela que, não se enquadrando no conceito de pessoa portadora de deficiência, tenha, por qualquer motivo, dificuldade de movimentar-se, permanente ou temporariamente, gerando redução efetiva da mobilidade, flexibilidade, coordenação motora e percepção.

No plano internacional, o artigo 1º da Convenção 159 da OIT, ratificada pelo Brasil através do Decreto 129 de 22 de maio de 1991, dispõe:

1. Para efeito desta Convenção, entende-se por "pessoa deficiente" **todas as pessoas cujas possibilidades de obter e conservar um emprego adequado e de progredir no mesmo fiquem substancialmente reduzidas devido a uma deficiência de caráter físico ou mental devidamente comprovada** (Sem o grifo no original)¹².

É de se registrar, que ao contrário do Decreto Legislativo 5246/2004, a Convenção Internacional 159 da OIT apresenta conceito aberto de “deficiência”, permitindo abranger sob o manto da tutela todos aqueles que, por razões físicas, mentais ou sensoriais apresentam limitação para realizar as atividades diárias executadas pelo homem médio.

A prevalecer o conceito proposto pelo Decreto, ter-se-ia uma redução significativa e despropositada do rol de beneficiários de toda proteção constitucional, excluindo, injustificadamente, outros que, a despeito de apresentarem deficiência, não se enquadrassem nos moldes previstos pelo Decreto. A leitura restritiva, *in casu*, não se coadunaria com os preceitos contemporâneos preconizados pelo movimento de internacionalização dos direitos humanos, impulsionado pelo constitucionalismo do Pós-Guerra¹³.

Ainda no plano internacional, a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, integrada ao

¹² Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0129.htm>. Acesso em 09/02/2010.

¹³ Sobre o tema da internacionalização do direitos humanos e constitucionalismo do pós-guerra, Cf. PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

ordenamento pátrio através do Decreto 3956/2001, também adotou conceito aberto, ao definir deficiência como “uma restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária, causada ou agravada pelo ambiente econômico e social”¹⁴.

Finalmente, conforme já enunciado, merece destaque o fato de que o Brasil, recentemente, reafirmando seu compromisso social, político e econômico com as pessoas portadoras de deficiência, ratificou a “Convenção Internacional sobre os direitos das Pessoas com Deficiência”, que passa a integrar o ordenamento pátrio com o status de Emenda Constitucional, nos termos do parágrafo 3º, do artigo 5º da Carta Maior¹⁵.

O Decreto 6.949, de 25 de agosto de 2009, ratificador da Convenção, traz para o conjunto normativo Constitucional conceitos e princípios importantíssimos ao processo de integração da pessoa com deficiência.

De acordo com o referido diploma internacional, abraçado pelo ordenamento como norma constitucional, pode-se conceituar pessoas com deficiência como “aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas”¹⁶. Trata-se, portanto, do primeiro conceito constitucional de pessoa com deficiência.

O jurista Ricardo Tadeu Marques da Fonseca, destaca, como ponto significativo, que a referida Convenção Internacional reconhece que “pessoa com deficiência” é um conceito em evolução, não mais restrito a aspectos clínicos e funcionais das deficiências, mas verdadeiro resultado da interação entre as limitações clínicas e as barreiras atitudinais e ambientais que impedem a plena e efetiva participação, em igualdade de oportunidades, da pessoas com deficiência na sociedade¹⁷.

De fato, a Convenção Internacional sobre Direitos das Pessoas com Deficiência, já em seu preâmbulo, alínea e, reconhece que a “deficiência” é um conceito em evolução que deve integrar as barreiras impostas pelo contexto social que impedem a plena inclusão da pessoa com deficiência. Ao mesmo tempo, reafirma o combate à discriminação contra

¹⁴ Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D3956.htm>. Acesso em 09 de fevereiro de 2010.

¹⁵ Artigo 5º, § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

¹⁶ Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm>. Acesso em 09 de fevereiro de 2010.

¹⁷ FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. **A ONU e o seu conceito revolucionário de Pessoa com Deficiência**. Revista LTr., Vol. 72, n. 3, Março 2008, p. 263-270.

qualquer pessoa por motivo de deficiência, reconhecendo-a como violação à dignidade humana e ao valor inerente ao ser humano (alínea h).

Com efeito, o referido conceito tem como nota peculiar considerar a deficiência a partir da interação entre as condições limitantes (físicas, mentais, intelectuais ou sensoriais) e “meio social”¹⁸.

Insta sublinhar que não só o conceito de deficiência foi incorporado pela referida Convenção Internacional ao contexto jurídico normativo constitucional. A partir desse diploma, ganham status de princípios constitucionais os princípios específicos de proteção à pessoa com deficiência, elencados no artigo 3º da Convenção, *in litteris*:¹⁹

Os princípios da presente Convenção são: a) O respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas; b) A não-discriminação; c) A plena e efetiva participação e inclusão na sociedade; d) O respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade; e) A igualdade de oportunidades; f) A acessibilidade; g) A igualdade entre o homem e a mulher; h) O respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e pelo direito das crianças com deficiência de preservar sua identidade.

Considerando-se o caráter normativo dos princípios, pretende-se destacar que a presente Convenção traz para o âmago das relações jurídicas a vinculatividade do Estado e da sociedade em geral na concretização da dignidade da pessoa com deficiência, através da ratificação de direitos à liberdade e independência individual, à não discriminação e à plena inclusão social.

Frise-se que, a garantia destes direitos se perfaz em conjunto com a proteção dos direitos sociais das pessoas com deficiência através de políticas públicas que assegurem a igualdade de oportunidades na fruição de seus direitos. De fato, é impossível usufruir liberdade e independência individual sem os meios que efetivamente garantam essa fruição.

É verdade, que o artigo 203, inciso V, da Constituição Federal de 1988, já assegurava como objetivo da Assistência Social, isto é, independente de qualquer contribuição, a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária. Da mesma forma, o artigo 7º, inciso XXI, da

¹⁸ Antes mesmo da alteração conceitual, Luiz Alberto David Araújo já opinava no sentido de que a “pessoa portadora de deficiência de ver ser, de preferência, analisado no meio em que vive, na sua condição social”. Para corroborar sua afirmação, o autor ilustrava que “Muitas vezes, numa cidade como São Paulo, determinada pessoa é tida como portadora de deficiência, podendo, em outra realidade social, com certeza, desempenhar, de forma satisfatória, tarefas rurais simples” (ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência. Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência**. 1997. Disponível em <www.mp.rs.gov.br/dirhum/doutrina/id248.html>. Acesso em 02 de janeiro de 2010).

¹⁹ Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.html>. Acesso em 09 de fevereiro de 2010.

Constituição Federal já estipulava a vedação a discriminação no emprego ao portador de deficiência.

O diploma internacional, por sua vez, ao integrar o ordenamento pátrio com status de norma constitucional, confere nota de fundamentalidade a outros direitos, como a acessibilidade do deficiente, a igualdade de oportunidades (não, apenas, a igualdade jurídica) e o respeito ao deficiente como corolário do reconhecimento e respeito à diversidade humana.

Na perspectiva da inclusão social do portador de deficiência no mercado de trabalho, despontam como essenciais os institutos jurídicos da habilitação e reabilitação profissional, assim como o da reserva de mercado, cujos conceitos passam a ser analisados pela pertinência para o desenvolvimento do presente estudo.

2.3 Habilitação e Reabilitação Profissional

De Plácido e Silva conceitua a Habilitação Profissional como sendo a “indicativa da habilidade profissional ou legal de uma pessoa, para que possa exercer uma profissão liberal”. Demais disso, assevera que, em regra, a habilitação decorre da pessoa estar “munida de diploma ou título, expedido por estabelecimento de ensino superior, técnico ou profissional, oficial, equiparado ao oficial ou reconhecido, devidamente legalizado na repartição pública, a que compete este serviço e a fiscalização do exercício da profissão”²⁰.

Seguindo mais uma vez os ensinamentos do autor tem-se que reabilitação profissional

[...] consiste em proporcionar ao beneficiário incapacitado parcial ou totalmente para o trabalho ou deficiente os meios para a reeducação e readaptação profissional e social. A reabilitação profissional compreende: a) o fornecimento de aparelho de prótese, órtese e instrumento de auxílios para locomoção; b) a reparação ou a substituição dos aparelhos desgastados; o transporte de acidentado do trabalho²¹

Do conceito geral oferecido por De Plácido e Silva é possível inferir que habilitação é a própria aptidão do trabalhador para o exercício da profissão. Diz respeito a sua qualificação para realizar tarefas inerentes a atividade para qual se candidata. É característica geral de que deve ser dotado todo trabalhador para que seja admitido em determinado

²⁰ SILVA, De Plácido. **Vocabulário Jurídico Conciso**. Atualizadores Nagib Slaib Filho e Glaucia Carvalho. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 382.

²¹ SILVA, De Plácido. **Vocabulário Jurídico Conciso**. Atualizadores Nagib Slaib Filho e Glaucia Carvalho. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 616.

emprego. A reabilitação, por sua vez, traz ínsita a idéia de perda de uma capacidade inicialmente adquirida ou desenvolvida.

Esse conceito geral serve como norte, mas ainda não pode ser tido como definitivo para fins de preenchimento do requisito específico para a fruição do direito à vaga reservada no mercado de trabalho às pessoas com deficiência.

Nesse sentido, serão elencados alguns conceitos e mandamentos legais que podem ser extraídos de diplomas normativos nacionais e internacionais que tratam, especificamente, da inclusão da pessoa com deficiência sob a perspectiva da habilitação e reabilitação profissional.

As linhas traçadas pela Constituição Federal de 1988 ganham os primeiros contornos, no plano interno, através da Lei 7.853/89 que dispõe sobre a proteção e integração da pessoa portadora de deficiência. Consoante artigo 2º da Lei 7.853/89 incumbe ao Poder Público assegurar às pessoas com deficiência o pleno exercício de seus direitos à educação, saúde, trabalho, lazer, entre outros que propiciem seu bem estar pessoal, social e econômico.

Para tanto, todas as esferas da administração pública direta e indireta devem dispensar tratamento prioritário e adequado, sem prejuízo de outras: 1) à educação inclusiva do deficiente, em todos os graus de ensino, inclusive em nível técnico, habilitação e reabilitação profissional (inciso II, alínea a); 2) à criação de rede de serviços de saúde especializados na habilitação e reabilitação (inciso II, alínea c); 3) incentivar a implementação de cursos regulares de formação profissional, assim como a inserção desses profissionais ao mercado de trabalho, inclusive através da adoção de legislação específica que garanta a reserva de mercado de trabalho em favor das pessoas com deficiência (inciso III, alíneas a/c/d); 4) formação de professores especializados na habilitação e reabilitação e de instrutores para a formação profissional (inciso IV, alínea a); 5) a adoção e execução de normas que garantam a funcionalidade das edificações e vias públicas, permitindo o acesso das pessoas com deficiência a edifício, logradouros e meios de transporte (inciso V, alínea a).

Registre-se, ainda no plano da legislação interna, o artigo 89 da Lei 8.213/91²²:

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

²² Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8213cons.htm>. Acesso em 10 de fevereiro de 2010.

- 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

Percebe-se, por conseguinte, que mais uma vez o legislador ressaltou a importância da habilitação e reabilitação como instrumentos de inclusão social no mercado de trabalho, uma vez que têm por objetivo propiciar ao beneficiário incapacitado total ou parcialmente e à pessoa portadora de deficiência os meios para a sua (re)estruturação profissional direcionadas, obviamente, ao seu contexto social e à realidade do mercado.

No que atine, porém, ao conceito de habilitação e reabilitação, saltam aos olhos os artigos 31, 32 e 33 do já citado Decreto 3.298/99²³, regulamentador da Lei 7.853/89, *in verbis*:

Art.31. Entende-se por habilitação e reabilitação profissional o processo orientado a possibilitar que a pessoa portadora de deficiência, a partir da identificação de suas potencialidades laborativas, adquira o nível suficiente de desenvolvimento profissional para ingresso e reingresso no mercado de trabalho e participar da vida comunitária.

Art.32. Os serviços de habilitação e reabilitação profissional deverão estar dotados dos recursos necessários para atender toda pessoa portadora de deficiência, independentemente da origem de sua deficiência, desde que possa ser preparada para trabalho que lhe seja adequado e tenha perspectivas de obter, conservar e nele progredir.

Art.33. A orientação profissional será prestada pelos correspondentes serviços de habilitação e reabilitação profissional, tendo em conta as potencialidades da pessoa portadora de deficiência, identificadas com base em relatório de equipe multiprofissional, que deverá considerar:

- I - educação escolar efetivamente recebida e por receber;
- II - expectativas de promoção social;
- III - possibilidades de emprego existentes em cada caso;
- IV - motivações, atitudes e preferências profissionais; e
- V - necessidades do mercado de trabalho.

Aqui, merece especial atenção a advertência feita pelo legislador no sentido de que a habilitação e reabilitação profissional devem sempre atender as potencialidades da pessoa com deficiência combinada às demandas do mercado, a fim de que se possa assegurar não só a inserção do deficiente ao mercado de trabalho, mas também sua permanência e progressão no emprego.

No que atine, especificamente, ao conceito de pessoa habilitada, importante transcrever os parágrafos 2º e 3º do artigo 36 do referido decreto, nos termos abaixo:

Art.36. §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,

²³ Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3298.htm>. Acesso em 10 de fevereiro de 2010.

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.

No plano internacional, a Convenção 159 da OIT, Sobre Reabilitação Profissional e Emprego de Pessoas Deficientes, ratificada pelo Brasil através do Decreto 129 de 22 de maio de 1991, conforme já enunciado, ressalta mais uma vez, como objetivo da reabilitação profissional, a promoção da igualdade de oportunidades de emprego para pessoas com deficiência no mercado regular de trabalho (artigos 2º e 3º).

Em outro ângulo, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, nos termos do Decreto 6949/2009, enaltece a importância da habilitação e reabilitação para a efetivação da plena inclusão e participação do deficiente em todos os aspectos da vida. Este diploma destaca a imperiosidade de que os programas de capacitação e inclusão sejam disponibilizados à pessoa com deficiência o mais próximo possível de suas comunidades, tornando-os, desta maneira, acessíveis a todos, inclusive aos que habitem a zona rural.

De tudo que foi exposto, é possível concluir, primeiramente, que a habilitação e reabilitação profissional constituem importantes instrumentos de efetivação da igualdade de oportunidades de emprego à pessoa com deficiência, na medida em que permitem o aprimoramento e desenvolvimento de sua potencialidade produtiva.

Conceitualmente, infere-se dos excertos doutrinários e legais que a habilitação é a capacitação para aqueles que ainda não aperfeiçoaram habilidade específica para o desempenho de uma profissão, ao passo que a reabilitação é o instrumento de adaptação e readequação de antigos profissionais, que, a partir da identificação de suas potencialidades laborativas, torna-os aptos a desempenhar suas antigas funções ou outras, desde que compatíveis com sua condição limitante adquirida, permitindo, como isso, seu reingresso ao mercado de trabalho²⁴. A reabilitação pode se dar pelo fornecimento de aparelhos ou equipamentos de adaptação (como órteses, próteses, cadeiras, automóveis adaptados,

²⁴ Nesse sentido pondera Pedro de Alcântara Kalume: “Assim é que, quando o legislador menciona *habilitado* – e é preciso deixar claro – está se referindo a deficiente de qualquer origem, preparado para o mercado de trabalho e dele recrutado pela empresa só agora, já como deficiente; enquanto que, quando se refere ao *reabilitado*, indica claramente que o deficiente possuía uma habilitação qualquer (uma aptidão, profissão ou cargo) que já desenvolvia e que em virtude de perdê-la ou da impossibilidade jurídica de continuá-la, mais tarde já em outra etapa da vida, por doença ou por acidente de qualquer natureza, vai passar por processo de *reabilitação profissional* (com grifo no original) (KALUME, Pedro de Alcântara. **Deficientes**: ainda um desafio para o governo e para a sociedade: habilitação, reabilitação e reserva de mercado. São Paulo: LTr, 2005, p. 26.

aparelhos de surdez, etc), ou através da reestruturação das habilidades profissionais do deficiente para que possa ser enquadrado em nova atividade que lhe permita o exercício pleno de sua capacidade produtiva.

2.4 Reserva Legal de Mercado ao Portador de Deficiência

O termo Reserva legal relaciona-se com garantias conferidas, em geral, pelo ordenamento em proveito de terceiros, ligados ao estabelecimento ou empresa, a fim de atender um objetivo específico. Obviamente, por se tratar de uma exigência legal, é de cumprimento obrigatório a todos que se enquadrem na situação prevista pela norma²⁵.

A reserva legal de mercado à pessoa com deficiência é o instrumento hábil a garantir a oportunidade de igual acesso ao mercado de trabalho a todos aqueles que se enquadrem no conceito de deficiência pela lei. Está prevista em alguns diplomas internacionais e dispositivos do ordenamento pátrio. Trata-se, portanto, de uma garantia em proveito da pessoa com deficiência com o objetivo de assegurar sua plena inserção ao mercado de trabalho.

No âmbito do serviço público, o artigo 37, inciso VIII, da Constituição Federal estabelece que a “lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão”. Em cumprimento ao mandamento constitucional, o Estatuto do Servidor Público Federal, Lei 8.112/90, estabelece, em seu artigo 5º, § 2º, que ficam reservadas às pessoas com deficiência até 20% das vagas oferecidas no concurso público, assegurada a estas pessoas o direito de inscrição para o provimento de cargos cujas atribuições sejam compatíveis com sua deficiência.

No âmbito privado, a lei 7.853/89, em seu artigo 2º, inciso III, alínea d, incumbe ao Poder Público assegurar às pessoas com deficiência, o pleno exercício de seus direitos básicos, inclusive do direito ao trabalho, o que se fará, sem prejuízo de outras medidas, através da adoção de legislação específica que discipline a reserva de mercado de trabalho em favor destas pessoas, tanto nas entidades da Administração Pública, como no setor privado. O

²⁵ Cf. SILVA, De Plácido. **Vocabulário Jurídico Conciso**. Atualizadores Nagib Slaib Filho e Glauca Carvalho. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 639.

artigo 36 do decreto regulamentador da referida lei, número 3.298/99²⁶, **repetindo o artigo 93 da Lei 8.213/91**, estabelece:

Art.36.A empresa com cem ou mais empregados está obrigada a preencher de dois a cinco por cento de seus cargos com beneficiários da Previdência Social reabilitados ou com pessoa portadora de deficiência habilitada, na seguinte proporção:

I - até duzentos empregados, dois por cento;

II - de duzentos e um a quinhentos empregados, três por cento;

III - de quinhentos e um a mil empregados, quatro por cento; ou

IV - mais de mil empregados, cinco por cento.

§1º A dispensa de empregado na condição estabelecida neste artigo, quando se tratar de contrato por prazo determinado, superior a noventa dias, e a dispensa imotivada, no contrato por prazo indeterminado, somente poderá ocorrer após a contratação de substituto em condições semelhantes.

§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.

É possível inferir, portanto, que, no âmbito privado, a reserva de mercado ao portador de deficiência depende do número de empregados que integram o quadro profissional total da empresa (artigo 10, Instrução Normativa nº 20/01 do Ministério do Trabalho e Emprego)²⁷. Ressalte-se que, o cumprimento das cotas legais deve ocorrer, gradativamente, à medida que forem surgindo novos postos de trabalho na empresa.

Por último, necessário destacar que o sistema de cotas no direito brasileiro está atrelado à mão de obra habilitada, isto é, qualificada ao exercício da atividade profissional. Ademais, além da habilitação mister que haja compatibilidade entre a função exercida e o tipo

²⁶ Disponível em < <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/decreto/D3298.htm>>. Acesso em 11 de fevereiro de 2010.

²⁷ Art. 10- O AFT verificará, mediante fiscalização direta ou indireta, se a empresa com cem ou mais empregados preenche o percentual de 2 a 5 por cento de seus cargos com beneficiários reabilitados da Previdência Social ou com pessoa portadora de deficiência habilitada, na seguinte proporção: I - até duzentos empregados, dois por cento;II - de duzentos e um a quinhentos empregados, três por cento; III - de quinhentos e um a mil empregados, quatro por cento; ou IV - mais de mil empregados, cinco por cento. § 1º **Para efeito de aferição dos percentuais dispostos neste artigo, será considerado o número de empregados da totalidade dos estabelecimentos da empresa.** § 2º Os trabalhadores a que se refere o caput poderão estar distribuídos nos diversos estabelecimentos da empresa ou centralizados em um deles. § 3º Cabe ao AFT verificar se a dispensa de empregado, na condição estabelecida neste artigo, foi suprida mediante a contratação de outra pessoa portadora de deficiência, nos termos do art. 36, § 1º do Decreto nº 3.298, de 1999. § 4º As frações de unidade, no cálculo de que trata o caput, darão lugar à contratação de um trabalhador. §5º O Auditor-Fiscal do Trabalho deverá consignar no auto de infração o número de trabalhadores que deixou de ser contratado, tendo em vista a aplicação do percentual referido no caput".(NR)

de deficiência, assegurando-se ao deficiente um meio ambiente laboral saudável e digno. Vê-se, portanto, que a reserva de mercado não é medida isolada de inserção do portador de deficiência no mercado de trabalho. Imprescindível a promoção da integração social plena do deficiente, que abrange não só o direito ao trabalho, mas também, o respeito a tudo que assegure sua existência digna – saúde, educação, acessibilidade, lazer, etc.

2.5 O Princípio da Isonomia e a Reserva de Mercado garantida às pessoas com deficiência

A Carta Maior de 1988, atenta aos preceitos humanitários internacionalmente consagrados e difundidos, apregoa que todos são iguais perante a lei. Trata-se da isonomia formal consubstanciada no caput do artigo 5º do diploma constitucional vigente.

É cediço que o mandamento isonômico dirige-se tanto ao aplicador como ao legislador, revelando um limite à edição e à aplicação da norma jurídica, que deve sempre dispensar tratamento equânime aos seus destinatários.

Mas, como almejar um tratamento igual se os destinatários da norma são indivíduos dotados de características próprias e singulares, não havendo no mundo um ser completamente idêntico a outro?²⁸. Tratamento igualitário a seres desiguais implica necessariamente resultados díspares.

Em decorrência do reconhecimento da diversidade humana, e seus inúmeros reflexos no convívio social, o conteúdo jurídico do preceito igualitário passou por algumas reformulações desde a sua concepção primária, formulada sob o ideário liberal burguês, para alcançar, hodiernamente, um sentido material distributivo, que pode ser resumido conforme a máxima de que aos iguais deve ser dispensado tratamento igualitário, e aos desiguais tratamento compensatório de suas desigualdades.

Celso Antônio Bandeira de Melo, ao discorrer acerca do conteúdo jurídico da igualdade, deixou consignado que o princípio comporta duplo objetivo: “de um lado propiciar garantia individual (não é sem razão que se acha insculpido em artigo subordinado à rubrica

²⁸ Gustav Radbruch pontua com precisão que “ (...) a igualdade não existe neste mundo, existem apenas coisas tão desiguais ‘quanto um ovo frente a outro’. Igualdade sempre é apenas abstração da desigualdade existente. Por isso a justiça constitui inevitavelmente uma violação da riqueza e da fartura da vida” (RADBRUCH, Gustav. **Introdução à Ciência do Direito**. Trad. Vera Barkow; revisão técnica Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 8).

constitucional ‘Dos Direitos e Garantias Fundamentais’) contra perseguições e, de outro, tolher favoritismos”²⁹. Desta feita, o fundamento discriminatório de uma lei, para se coadunar com o mandamento isonômico, deve alcançar uma dentre as duas finalidades acima elencadas.

Em verdade, no esteio das lições do referido autor, depreende-se que o ordenamento pretende vedar, a partir do preceito isonômico, a desequiparação fortuita ou injustificada. Portanto, descabe qualquer discriminação arbitrária que implique benefícios ou prejuízos injustificados aos atingidos pela norma. Um critério discriminatório, porém, pode ser tido como legítimo, se, atendendo a um “fundamento lógico, para à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada”³⁰.

Em síntese, deve haver sempre uma correlação lógica entre o traço distintivo e a finalidade da norma. Demais disso, não é qualquer traço distintivo que justifica o tratamento discriminatório, somente podendo considerar-se legítimo aquele que guarde em si uma linha de interesse prestigiada e protegida pela *Lex Máxima*.

A leitura do preceito igualitário sob as lentes que preconizam a justiça distributiva, portanto, permite identificar no princípio isonômico duas dimensões: uma dimensão negativa, que veda a discriminação injustificada e arbitrária; e uma dimensão positiva, reclamando um tratamento compensatório aos destinatários da norma que por razões diversas encontram-se em situação de vulnerabilidade.

Aliás, essa é a interpretação que se coaduna com uma sociedade que se pretenda plural e democrática. Desta feita, o reconhecimento e respeito à diversidade importa realizar ações afirmativas que assegurem tratamento especial e compensatório aos diferentes, ou na melhor lição de Flávia Piovesan “ao lado do direito à igualdade, surge, também como direito fundamental, o direito à diferença”³¹.

No que atine ao tratamento especial conferido às pessoas com deficiência, cumpre salientar, adrede, que se trata de opção expressa do legislador constituinte, que, ao vislumbrar

²⁹ MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3 ed. 16 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 23.

³⁰ MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3 ed. 16 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 21.

³¹ A autora obtempera que “A efetiva proteção dos direitos humanos demanda não apenas políticas universalistas, mas específicas, endereçadas a grupos socialmente vulneráveis, enquanto vítimas preferenciais da exclusão. (...) Faz-se necessária a especificação do sujeito de direito, que passa a ser visto em sua peculiaridade e particularidade. Nessa ótica, determinados sujeitos de direitos, ou determinadas violações de direitos, exigem uma resposta específica e diferenciada” (PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2006, p.27-28).

o histórico *apartheid* social em que inseridas as pessoas físico ou mentalmente limitadas, pretende, através de um tratamento compensatório, resgatar-lhes a dignidade.

Desta feita, o constituinte originário atribuiu a União, aos Estados e Municípios a competência administrativa comum para cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência (artigo 23, inciso II, da CF/88) e a competência legislativa concorrente para a proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência (artigo 24, inciso XIV, CF/88). Além disso, também estatui o diploma constitucional, em benefício das pessoas com deficiência: a proteção ao trabalho, com iguais condições de acesso e salários (artigo 7º, XXXI); atendimento especializado, preferencialmente nas redes de ensino regular (artigo 208, III); assistência social, habilitação e reabilitação profissional (artigo 203, incisos IV e V), entre outros, todos reconhecendo de forma expressa o legítimo traço distintivo outrora referido.

Nesse diapasão, é possível aferir na reserva de mercado para pessoa com deficiência uma manifestação da dimensão positiva da isonomia, pois constitui uma medida afirmativa na concretização da igualdade de acesso ao trabalho.

Ao garantir o acesso de qualquer minoria ao mercado de trabalho, o Estado, através dos diversos mecanismos jurídicos hábeis, inclusive pelo sistema de cotas, busca neutralizar os efeitos odiosos provocados pela discriminação. Acredita-se que, uma vez superadas as barreiras iniciais impostas pelo preconceito social, a medida permita demonstrar à sociedade a plena capacidade produtiva do grupo discriminado, possibilitando sua real inclusão social. Esse, sem dúvidas, é (ou deveria ser) o objetivo da reserva de mercado, ou sistema de cotas de emprego, garantida ao portador de necessidades especiais.

Atente-se ainda que, inúmeros dispositivos constitucionais afirmam, no plano formal, a igualdade de acesso ao trabalho às pessoas com e sem deficiência: o direito fundamental ao trabalho, a todos assegurado (artigo 5º, inciso XII, da CF/88); a garantia de acesso ao emprego e igualdade nas condições contratuais de prestação do labor, sem qualquer tipo de discriminação (artigo 7º, XXXI, CF/88); a garantia da permanência no emprego pela vedação a despedida arbitrária e discriminatória (artigo 7º, inciso I, da CF/88); o direito ao pleno emprego que fundamenta a ordem econômica (artigo 170, VIII, CF/88), etc. No entanto, nenhum desses dispositivo conseguiu garantir substancialmente a não discriminação, ou seja, a real inserção da pessoa com deficiência ao mercado de trabalho.

A segregação social resta ainda mais evidente em relação às pessoas limitadas, não só pela condição física, mental ou sensorial, mas também pelos fatores sócio-econômicos. O despreparo familiar e a ausência de recursos para o desenvolvimento das aptidões da pessoa

com deficiência entravam sobremaneira a integração do deficiente, que cresce à completa margem do convívio social. A falta de consciência e domínio da sua condição limitante e o despreparo técnico e educacional impedem o acesso dos portadores de deficiência aos postos de trabalho.

A reserva de mercado, combinada a exigência de habilitação e reabilitação profissional, tem ressaltado o papel do Estado, da família e da comunidade em geral na formação pessoal e profissional das pessoas com necessidades especiais. Inúmeras transformações podem ser vislumbradas pela referida medida no seio social, uma vez que: 1) possibilita às famílias enxergar e definir o deficiente pelas suas capacidades e não pela sua limitação; 2) permite ao Estado redefinir suas prioridades a partir das demandas sociais, colocando a educação e capacitação das pessoas com deficiência como uma política pública essencial de inclusão social; finalmente 3) torna possível à sociedade perceber nas técnicas e serviços de habilitação e reabilitação algo válido, produtivo e verdadeiramente necessário pra comunidade, bem como mitiga gradualmente os efeitos perversos provocados por anos de discriminação culturalmente incutidos na sociedade.

Destaque-se, porém, que essas transformações só podem realizar-se de forma plena, se a reserva de mercado for admitida como um mecanismo de superação do preconceito social, jamais como uma forma de caridade atribuída às instituições empresariais, que inevitavelmente, enxergariam na medida uma transferência de responsabilidade originariamente conferida ao Estado. Dito de outra forma, a reserva de mercado não pode ser interpretada como uma reserva de vagas indiscriminada à pessoa com deficiência, independente da sua real aptidão para a realização do trabalho.

Assim, para que se possa realizar o caráter inclusivo da medida é mister que o trabalhador seja apto, habilitado ao serviço, que dele possa ser extraída e revelada sua capacidade produtiva. Trata-se, tão somente, de um lenitivo compensatório da discriminação cultural que envolve, historicamente, as pessoas com deficiência, não uma medida assistencialista imputada à sociedade.

Embora ramos da sociedade, em especial associações e cooperativas sociais, possam se solidarizar e assumir a preparação técnica-profissional do portador de deficiência, é dever do Estado prover sua educação, habilitação e reabilitação, tornando-o apto ao mercado de trabalho. A inexistência de candidatos habilitados à vaga reservada impõe seu preenchimento por pessoas sem deficiência, eximindo a responsabilidade empresarial pelo cumprimento das cotas legais.

Não se quer com esta assertiva negar a função social de que deve ser revestido o exercício da atividade empresarial, e o caráter solidário que envolve todos (Estado e Sociedade Civil) no processo de construção e afirmação da sociedade democrática.

No entanto, necessário atentar para o fato que a medida legislativa que prevê a reserva de cotas, ao estabelecer a exigência de habilitação profissional, trouxe para o âmago do Estado o dever de ação, sob pena de restar inócua a tutela especial. Cumpre ao Estado formar e capacitar profissionalmente os portadores de deficiência para que possam integrar as vagas a eles reservadas, não havendo como se transferir essa atribuição para a sociedade empresarial.

Nesse sentido decidiu a 11ª Turma do Tribunal Regional da 2ª Região, que, em voto da relatoria da desembargadora Rita Maria Silvestre, destacou como constrangedora a realidade brasileira em que, não obstante previsão legal de reserva de mercado para pessoas com deficiência, por omissão do Estado, revela uma carência no mercado de oferta de pessoal capacitado em quantidade suficiente para o cumprimento integral do comando legal pelas empresas. Frisou a relatora que “(...) A capacitação profissional é degrau obrigatório do processo de inserção do deficiente no mercado de trabalho”³².

Desta maneira, através da reserva de mercado pretende-se assegurar a liberdade econômica à pessoa com deficiência, e, por consequência, sua liberdade civil e política. É medida de cidadania, de respeito à pluralidade, principalmente, de resgate à dignidade dos tutelados pela norma. Não obstante, não pode ser vista como uma ação independente e autônoma, suficiente a integrar o deficiente à sociedade. Imprescindível uma série de medidas complementares, tais como: 1) acessibilidade ao trabalho por meios de transporte públicos ou privados adaptados; 2) adequação dos logradouros públicos e principalmente do ambiente laboral com a eliminação das barreiras arquitetônicas; 3) treinamento e capacitação da mão de obra habilitando-a para a vaga reservada; 4) conscientização social de respeito às diferenças, especialmente no ambiente de trabalho, evitando assédio moral por parte dos colegas de trabalho; etc.

Com efeito, a cota legal reservada às pessoas com deficiência constitui medida compensatória da discriminação que, historicamente, excluiu essas pessoas do mercado de trabalho, e mesmo do convívio social, importando, portanto, ação afirmativa da isonomia jurídica, na medida em que visa garantir acesso equânime aos postos de trabalho.

³² Acórdão n. 20080053100. Disponível em <www.trt2.jus.br>. Acesso em 05 de fevereiro de 2010.

3 A TRANSINDIVIDUALIDADE AFETA À PROTEÇÃO DOS INTERESSES TRABALHISTAS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: DEMARCANDO AS NOTAS JUSTIFICATIVAS DE UMA TUTELA COLETIVA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

3.1 Colocação do tema

Não há margem para dúvida ao se afirmar que há interesses que transcendem a órbita individual do sujeito, atingindo, muitas vezes, uma categoria, grupo ou, até mesmo, toda humanidade.

As contínuas transformações advindas do Estado contemporâneo tanto no universo sócio-político-econômico, quanto no jurídico, fizeram com que o indivíduo passasse a ser tratado pelos sistemas do direito como pessoa integrada a uma coletividade.

É óbvio que, apesar destas mudanças, não houve uma supressão da tutela individual. Todavia, o enfoque dos estudiosos no estudo da tutela dos interesses transindividuais se fez importante, haja vista a exigência da própria sociedade.

No plano jurídico, tanto interesses transindividuais de natureza pública relacionado ao direito penal, administrativo, constitucional, como os de natureza privada, conexos ao direito civil, trabalhista, etc. foram objeto de exame pela doutrina internacional e pátria.

No Brasil, a guarida constitucional, por meio da legitimação do Ministério Público para proteção destes interesses, bem como o amparo infraconstitucional, através da lei n.8.078/90, denotam a preocupação do legislador pátrio com a defesa dos interesses da coletividade.

Em meio a esta realidade, não se pode negligenciar a proteção dos interesses transindividuais de pessoas que por tanto tempo ficaram desvanecidas da democracia formal e substancial do ordenamento pátrio: as pessoas com deficiência.

A opção da pesquisa num contexto supra-individual dos interesses trabalhistas das pessoas com deficiência tem por desígnio ampliar as perspectivas de inserção do mercado de trabalho destas pessoas, como também garantir maior efetividade na concretização destes interesses.

Por tal razão é que, a seguir, serão traçadas alguns enfoques teóricos em torno dos interesses transindividuais difusos, coletivos e individuais homogêneos, para, assim, demarcar os contornos da atuação na tutela coletiva dos interesses dos trabalhadores com deficiência pelo Ministério Público do Trabalho.

3.2 Acepções do Termo Interesse

A palavra interesse pode assumir diversos sentidos de acordo com enfoque a ele conferido. Trata-se de um termo plurívoco, que pode significar desde a vontade/desejo, como também uma vantagem, proveito, lucro.

Manoel Jorge Silva Neto conceitua interesse como *“tudo aquilo que desperta ou direciona o desejo relativamente a alguma coisa, objetivo de ordem prática que possuímos em relação a algo, ou mesmo valor dispensado a alguma coisa”*³³. O autor aponta o interesse como uma válvula propulsora da ação humana que o impulsiona em relação a determinado bem.

De Plácido e Silva destaca que o interesse *“quer, precipuamente, mostrar a intimidade de relações entre a pessoa e as coisas, de modo que aquela tem sobre estas poderes, direitos, vantagens, faculdades ou prerrogativas”*³⁴

Em sentido bastante semelhante, Rodolfo de Camargo Mancuso ressalta que interesse em sentido lato (tanto no plano fático como no jurídico) *“interliga uma pessoa a um bem da vida, em virtude de um determinado valor que esse bem possa representar para aquela pessoa”*³⁵.

Dos conceitos emanados, é possível extrair que o interesse conecta o indivíduo ao bem numa relação de vantagem, vantagem esta que, na percepção de Henri Capitant, *“pode ser de ordem pecuniária ou moral”*³⁶.

Na mesma linha, porém abrangendo de maneira mais completa os conceitos até então enunciados, Eduardo Couture estabelece no interesse uma *“aspiração legítima de*

³³ SILVA NETO, Manoel Jorge. **Proteção Constitucional dos Interesses Trabalhistas**: difusos, coletivos e individuais homogêneos. São Paulo: LTr, 2004, p. 22.

³⁴ SILVA, De Plácido. **Vocabulário Jurídico conciso**. Atualizadores Nagib Slaib Filho e Glaucia Carvalho. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 432.

³⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos**: Conceito e legitimação para agir. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 19.

³⁶ Apud MANCUSO Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos**: Conceito e legitimação para agir. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p.19.

*ordem pecuniária ou moral que representa para uma pessoa a existência de uma situação jurídica ou a realização de uma determinada conduta*³⁷.

Ao evoluir na análise dimensional do termo “interesse”, depreende-se deste último conceito, que a referida aspiração ou vantagem pode ser ou não juridicamente valorada. É dizer, resta evidenciada a dicotomia existente entre o que os doutrinadores costumam denominar de interesse simples e interesse jurídico, acepções cujos pormenores serão a seguir delineados.

3.2.1 Interesse Simples x Interesse Jurídico

Recorrendo mais uma vez aos escólios de Mancuso é possível inferir que a diferença básica entre interesse “simples” e “jurídico” está situada no plano de valoração do seu conteúdo. Logo, enquanto o primeiro encontra-se valorado no universo psíquico do indivíduo, sendo amplo e variável, o segundo revela-se delimitado pela norma, portanto previamente fixado e limitado. Nessa linha analítica, citando André Gervais, Mancuso destaca que os interesses “simples” situam-se no plano fático da utilidade-existência, são imanentes à própria vida, constituídos independentemente de qualquer tipo de valoração ético-normativa. Em seguida o autor estabelece³⁸:

Esses interesses “simples”, “de fato”, “meros interesses” caracterizam-se, pois, basicamente: a) pela impossibilidade de projeção além do campo psicológico do indivíduo, no sentido de que não são exigíveis, nem fazem derivar certos comportamentos de terceiros; b) pela introjeção de seus efeitos, visto que caberá sempre ao próprio indivíduo fruir da eventual obtenção da vantagem desejada ou suportar os ônus da tentativa frustrada; c) pela postura de “indiferença” que eles suscitam perante o Estado, bem como em face de terceiros, visto que o exercício de tais interesses não é defeso, nem fomentado.

[...] tem-se que esses meros interesses ficam, tecnicamente, apartados do conceito jurídico, tendo ficado no plano primário da “existência-utilidade” sem terem ascendido ao plano ético-normativo, eles forma, inobstante, um enorme –e rico-repositório do que há de mais profundo e arraigado no pensamento médio de uma coletividade.

³⁷ Apud MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos**: Conceito e legitimação para agir. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 19 (nota de rodapé).

³⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos**: Conceito e legitimação para agir. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 21- 24.

Mancuso ressalta ainda a importância desses interesses “simples” como representativos do desejo médio da sociedade para fins de produção da norma jurídica, enquadrando-os como verdadeiros fatores jurídicos³⁹.

De fato, se a norma acaba por revelar uma opção da autoridade social que implica “*uma decisão por um caminho dentre os muitos possíveis*”⁴⁰, não se pode descartar a relevância desses “interesses médios” como opções legítimas.

Não obstante essa conceituação de interesse “simples”, como meros interesses fáticos sem qualquer significância sob o ponto de vista jurídico, não é pacífica. A título de figuração, considerando como critério identificador a “indeterminação dos sujeitos”, provavelmente, por influência dessa nova concepção de Acesso à Justiça, Osvaldo Aranha Bandeira de Melo, quando avalia certo interesse como “simples”, o faz por serem “de utilidade indeterminada dos componentes da sociedade”⁴¹.

No que atine ao interesse jurídico, destaca Silva Neto, ser aquele “agasalhado pelo sistema do Direito Positivo – ou simplesmente disciplinada a forma como deve ser exercido”⁴². Nesse particular, acautela o autor sobre a semelhança e, portanto, possível confusão terminológica, que pode ser estabelecida entre interesse jurídico e direito subjetivo, o que será melhor esclarecido a seguir.

3.2.2 Direito Subjetivo e Interesses: conceitos não coincidentes

Considerando que o legislador não se utiliza de expressões vãs e de maneira recorrente vale-se da expressão “interesses ou direitos”⁴³, tem-se como necessária a verificação do ponto fulcral que separa um do outro.

³⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos: Conceito e legitimação para agir**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 25.

⁴⁰ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 244.

⁴¹ Apud. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos: Conceito e legitimação para agir**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 23.

⁴² SILVA NETO, Manoel Jorge. **Proteção Constitucional dos Interesses Trabalhistas: difusos, coletivos e individuais homogêneos**. São Paulo: LTr, 2004, p. 23.

⁴³ A exemplo do artigo 8º, inciso III, da Constituição Federal de 1988: “(...) ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria (...)”.

Atinente à conceituação de interesse, sob o ponto de vista jurídico, tem-se, conforme já explicitado, como todo aquele valorado no plano ético-normativo, ou seja, acobertado pelo ordenamento jurídico.

Por outro lado, definir o que vem a ser direito constitui tarefa verdadeiramente impossível dada a multiplicidade de acepções que podem ser atribuídas ao termo. Direito pode ser sinônimo de norma, de justiça, de contraposição ao que é moralmente errado ou simplesmente do que é ilegal.

Em verdade, no plano jurídico-didático, ao se pensar na conceituação de direito é usual o recurso há certas dicotomias tais como a estabelecida entre direito objetivo e subjetivo, assim como àquela já referida entre público e privado. No entanto, interessa nesse momento o recurso à primeira.

Nessa trilha, parece não haver dúvidas de que o direito objetivo compreende o arcabouço jurídico que regulamenta as relações sociais em determinado Estado. É dizer, encerra o próprio “complexo de normas jurídicas que regem o comportamento humano, prescrevendo uma sanção no caso de sua violação”⁴⁴.

Por sua vez, o direito subjetivo pode ser reputado como a permissão dada por meio de norma jurídica válida a determinado comportamento humano (fazer ou deixar de fazer algo, ter ou não ter alguma coisa, ir e vir, etc. sem que incida em qualquer tipo de sanção), assim como a possibilidade de defesa dessas permissões ao eventual lesado por violação da norma válida.

É de se ressaltar, no entanto, que previsão de tal permissão em determinada norma não pode ser confundida com o interesse por ela tutelado, razão pela qual tem-se como superada a teoria de Ihering, que entendia o direito subjetivo a partir da idéia de interesse jurídico⁴⁵.

⁴⁴ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 246.

⁴⁵ Nesse sentido, explica Maria Helena Diniz “ Não se diga também, que o direito subjetivo é interesse juridicamente protegido porque: a) há interesses, protegidos pela lei, que não constituem direitos subjetivos; p. ex. no caso das leis de proteção aduaneira à indústria nacional, as empresas têm interesse na cobrança de altos tributos pela importação dos produtos estrangeiros, mas não têm nenhum direito subjetivo a tais tributos; b) há hipóteses de direitos subjetivos em que não existe interesse da parte do titular, como: os direitos do tutor ou do pai em relação ao pupilo e aos filhos são instituídos em benefício dos menores e não do titular; c) na verdade, quando se afirma que o direito é subjetivo é um bem material ou imaterial que interessa; p. ex. direito à vida, à liberdade, ao nome, à honra, etc. (DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 249).

Nessa linha, “o direito subjetivo é subjetivo porque as permissões, com base na norma jurídica e em face dos demais membros da sociedade, são próprias das pessoas que as possuem, podendo ser ou não usadas por elas”⁴⁶.

Antes, porém, de expor a diferença estabelecida entre interesse jurídico e direito, destacamos uma denominação trazida do direito comparado por Rodolfo de Camargo Mancuso, e que, pela pertinência com o tema merece ser evidenciada: a de **interesse legítimo**. Para o autor, trata-se de uma categoria intermediária equidistante entre o interesse simples e o direito subjetivo, que guardaria uma relação íntima com a noção atual de interesses difusos. A noção de interesse legítimo parece refletir um desejo/vontade/anseio que a despeito de se passar no campo psíquico do indivíduo tem realização alheia a sua vontade, não podendo ele, exigí-lo diretamente do Estado ou de terceiro. É que, embora reflita um interesse que não pode ser desmerecido pelo Estado, não gera uma situação de vantagem ou prerrogativa ao indivíduo. Nesse sentido, explicita Mancuso⁴⁷:

Entre os dois extremos – direito subjetivo e o interesse simples – surge o *interesse legítimo*. Não há, propriamente, uma diferença essencial, e sim, uma diferença em termos de *intensidade* quanto à proteção estatal: enquanto os direitos subjetivos se beneficiam de uma proteção *máxima*, e os interesses simples são praticamente “desconhecidos”, os interesses legítimos se apresentam a meio caminho: embora não se constituam em prerrogativas ou títulos jurídicos oponíveis *erga omnes*, beneficiam de uma proteção *limitada*, ao menos no sentido de não poderem ser ignorados ou preteridos. (...) A nota característica dos interesses legítimos está em que a proteção “limitada” de que gozam advém-lhes por via “reflexa”: a norma não visa exatamente tutelar a situação individual, mas pode ocorrer que o sujeito esteja de tal forma situado no raio de abrangência dessa norma que passe a merecer certa proteção *diferenciada*, em comparação aos demais. Exemplo: a norma jurídica que protege os mananciais de água potável é direcionada à *generalidade* da população, uma vez que intenta preservar a *qualidade de vida*; todavia, acaba conferindo uma proteção *especial* àquela parcela da população que habita nas proximidades desses mananciais; e que, desse fato, tem *mais* interesse do que terceiros em que tais mananciais sejam preservados.

Em seguida o mesmo autor conclui:

[...] Parece-nos que, efetivamente, a categoria dos interesses legítimos é a que mais pontos de contato revela com a dos interesses difusos, visto que ambas apresentam várias notas comuns: extensão a uma coletividade mais ou menos vasta, relevância social, adequação aos valores protegidos pelo sistema jurídico como um todo, etc⁴⁸.

Sinteticamente, o que temos de concreto, a partir das lições trazidas, é que o conceito de direito subjetivo traz insitamente um aspecto individualista, não aferível no conceito de interesse. É por essa razão que, Manoel Jorge Silva Neto concluiu:

⁴⁶ Cf. DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 247.

⁴⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos: Conceito e legitimação para agir**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 76-77.

⁴⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos: Conceito e legitimação para agir**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 79.

[...] à conta da noção de direito, de modo particular a de direito subjetivo, estar atrelada à concepção liberal-individualista que não presenciava a possibilidade de existência de direito que não estivesse preso a um sujeito certo, preciso e determinado e, portanto, direito subjetivo somente seria identificável ao interesse individual.

[...] a doutrina dos direitos subjetivos como categoria de bens fruíveis apenas pelo sujeito individualmente considerado se tornou dissonante da realidade social, que acenava para a existência de valores cujos destinatários, por vezes, sequer podiam ser identificados.

Destarte, no campo da conflituosidade de ordem coletiva, não seria correto adotar a terminologia direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, em virtude de não haver atrelamento ao indivíduo isolado, o que configuraria direito individual⁴⁹.

Em consonância com o raciocínio autor supra-referido, conclui-se que a expressão “direito”, faz alusão ao interesse atribuído a um sujeito certo (determinado), é dizer, a idéia de direito subjetivo somente seria identificável ao interesse fruível numa dimensão individual. Ao passo que nos casos de titularidade incerta, por não caber a referência ao direito subjetivo, o que está a justificar a tutela é a própria relevância do interesse *ipso facto*, que pode ser tanto pelo seu reconhecimento ético-normativo direto (interesse jurídico), como pela proteção conferida pelo ordenamento de maneira reflexa (interesse legítimo).

A diferenciação aqui estabelecida pode ser melhor evidenciada na leitura do artigo 129, incisos III e V da Carta Maior, *in verbis*:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I a II - omissis

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

IV - omissis

V - defender judicialmente os **direitos e interesses das populações indígenas**;

Note-se que ao tratar da tutela dos valores de natureza estritamente difusa ou coletiva (inciso III), o constituinte originário referiu-se tão somente a “interesses”, ao tempo em que, considerando a tutela das populações indígenas, cuja esfera individual não pode ser olvidada, cuidou de referenciar tanto aos “interesses”, quanto aos “direitos”.

De qualquer sorte, na prática forense, a distinção *in casu* não tem revelado maiores impactos, de modo que somente o apego a terminologia técnica, tão afeta ao ramo científico, torna justificável a breve ressalva ora dispensada.

⁴⁹ SILVA NETO, Manoel Jorge. **Proteção Constitucional dos Interesses Trabalhistas**: difusos, coletivos e individuais homogêneos. São Paulo: LTr, 2004, p. 23-24.

3.3 Interesses Individuais x Transindividuais: da dicotomia público/privado ao reconhecimento dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

É possível constatar, ao passar os olhos pelas diversas doutrinas jurídicas, a enorme atração dos estudiosos do direito pelos binômios. A análise dos institutos pela comparação entre pares é mais do que uma tendência.

Em relação ao tema dos interesses juridicamente relevantes, realça-se, num primeiro momento, a clássica dicotomia público x privado – e conseqüente análise dos interesses públicos x interesses privados. Seguidamente, a consolidação e reconhecimento dos “corpos intermediários” viabilizaram que o centro da disputa social passasse do público ao coletivo (ou seja, do Estado aos Grupos), mais uma vez estudado em contraposição ao indivíduo. Por fim, com a massificação da sociedade, a indeterminação dos sujeitos de direitos traz à tona o que foi denominado de plano da transindividualidade.

Isso porque, como preleciona Mancuso, ao se estabelecer a *summa divisio* do direito no binômio *público x privado*, a ciência jurídica estava refletindo a realidade social subjacente, centrada em apenas dois pólos referenciais: o Estado e o indivíduo. Com a evolução da sociedade moderna, o esfacelamento do Estado enquanto Poder absoluto, e o conseqüente surgimento dos corpos intermediários (associações, corporações e sindicato, por exemplo), a sociedade foi absorvida por um sentimento gregário que trouxe ao seio social um novo e revolucionário elemento: a consciência de coletivo⁵⁰, que, por sua vez, fez emergir um novo instituto sob o qual mergulharia a ciência jurídica – o interesse coletivo⁵¹.

Não é demais repisar que a massificação da sociedade, decorrente da Revolução Técnica e da globalização social, trouxe à baila os denominados interesses difusos e individuais homogêneos, que juntamente aos interesses coletivos, integram o que, na atual concepção jurídica, é denominado de interesses transindividuais.

⁵⁰ “(...) isto é, a percepção de que o indivíduo isolado pouco ou nada pode, mas que a reunião de indivíduos de mesma condição e mesmas pretensões (de igual categoria) exerce um peso considerável junto aos centros de decisões” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos**: Conceito e legitimação para agir. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 38).

⁵¹ Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos**: Conceito e legitimação para agir. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004 p. 44-49.

Esclareça-se que a expressão transindividualidade não foi escolhido aleatoriamente pela doutrina pátria, haja vista decorrer da opção do legislador ordinário ao positivá-la nos incisos I e II do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor⁵².

Seguindo a lógica do raciocínio estabelecido, o conceito de transindividualidade (nos termos legais) será abordado por último, ao tempo em que averiguar-se-á, de maneira individualizada, cada uma das atuais dimensões desse instituto.

De antemão, porém, observa-se que a ideia de transindividualidade desenvolvida pela doutrina foi minuciosamente delineada pelo legislador, no artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor.

Em termos gerais, no entanto, convém adiantar que transindividuais são os interesses que, pela sua natureza, ultrapassam/transcendem a esfera individual (ou simplesmente, aqueles interesses que não podem ser enquadrados como estritamente individuais).

Como se vê, interesses transindividuais são aqueles cuja lesão afeta um número considerável de pessoas, o que, de certa forma, remete a própria noção de público e de coletivo. Outrossim, de maneira um pouco mais elaborada, tem-se a referência a “transindividuais” como interesses que não podem ser atribuídos a certo/determinado titular.

Concessa venia, conforme será demonstrado com mais vagar ao longo do trabalho, parece que esse conceito é insuficiente à boa compreensão do tema, uma vez que não identifica, por exemplo, quais interesses são públicos, quais são coletivos, apenas agrupando-os num bloco apartado dos interesses meramente individuais (mais uma vez recorreu-se ao raciocínio dicotômico).

Cumpra, então, estabelecer uma análise comparativa do conceito e delimitação do interesse individual, ao que se segue a conceituação dos interesses, que normalmente são indicados pela doutrina como pertencentes à esfera da transindividualidade, considerando esta, portanto, um gênero.

De tudo que foi enunciado, para a boa compreensão do tema é preciso partir da premissa de que o conceito de interesse transindividual é dinâmico, evoluindo no compasso do desenvolvimento social. É dizer, se em determinado momento histórico, poder-se-ia chamar de transindividual (interesse que transcende à esfera individual) tão somente o interesse público, em contraposição ao privado/individual, hoje esse conceito não consegue traduzir minimamente a densidade dos referidos interesses.

⁵² SILVA NETO, Manoel Jorge. **Proteção Constitucional dos Interesses Trabalhistas**: difusos, coletivos e individuais homogêneos. São Paulo: LTr, 2004, p. 28.

Por último, importante assentar que tais interesses são denominados, por muitos, coletivos *lato sensu*, provavelmente em razão do *caput* do artigo 81 do diploma consumeirista denunciá-los como modalidade de interesses que justificam a defesa coletiva. Essa terminologia, porém, não parece merecer guarida⁵³.

Superada essa breve digressão histórico-evolutiva, imperiosa a análise das acepções conhecidas do termo interesse. Passa-se, então, ao estudo dos conceitos referidos, e de outros, que, de alguma maneira mostrem-se conexos, embora não idênticos, a fim de melhor compreender a evolução conceitual indicada, e o alcance da dicotomia atualmente *in focu*.

3.3.1 Interesse Individual

Na sociedade contemporânea, altamente globalizada, é difícil vislumbrar interesses meramente individuais. A coexistência humana, ou seja, a tendência natural do homem ao agregacionismo vive seu apogeu, implicando um ocultamento quase total da esfera mais individual/intima/egoísta do homem⁵⁴.

A supressão da intimidade e vida privada é voraz nos tempos atuais, e constitui um verdadeiro desafio à harmonia social. A cada dia, a informatização e a informação em escalas globais impõem como regra uma nova ordem: a publicização do íntimo. Isso pode ser evidenciado desde a proliferação de sites de relacionamento humanos aos novos programas televisivos recordistas em audiência⁵⁵.

Além disso, a uniformização e mundialização da cultura e economia tendem a confluência dos interesses, que ao transcenderem a individualidade e mesmo os pequenos grupos, passam a atingir pessoas indeterminadas.

⁵³ Nesse sentido, desmitificamos a identificação de defesa coletiva a interesses coletivos. Há que se diferenciar a “a defesa de interesses coletivos” da “defesa coletiva de direitos individuais”. A forma de exercício de um direito ou interesse não altera sua essência. Assim, da mesma forma que é possível a defesa individual de interesses difusos ou coletivos (Ação Popular – artigo LXXIII, da CF/88), sem com isso transformá-los em individuais, a Constituição, o Código de Defesa do Consumidor e a Lei da Ação Civil Pública, previram várias hipóteses de defesa coletiva de direitos individuais, quando de origem comum e homogêneos, sem que com isso sua natureza individual seja transmutada em coletiva.

⁵⁴ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 242.

⁵⁵ Ilustrativamente, no que toca aos sites de relacionamento, “Orkut”, “Facebook”, entre outros; Como também os “reality shows” nacionais mais conhecidos como “Big Brother”, “No Limites”, “A Fazenda”, etc.

À medida que um bem produzido na China passa a ser consumido por pessoas espalhadas por todo mundo, é evidente que quaisquer interesses que venham a permear esse produto, igualmente estarão difusos nos diversos pontos do planeta em que foi consumido. Da mesma forma, ao se verificar que emissão de poluentes nos Estados Unidos atinge diretamente o ecossistema amazônico, não há como descartar o interesse global no equilíbrio ambiental.

Finalmente, se o mundo caminha para o rompimento de todas e quaisquer barreiras, não só culturais, mas também econômicas, não se pode desconsiderar que, em última análise, o desrespeito às normas trabalhistas, seja em determinada empresa, cidade, Estado ou País, interessarão, em larga medida, aos níveis de concorrência econômico mundiais, e portanto, não mais se restringem meramente à esfera individual do trabalhador lesado.

Há, portanto, uma nítida simbiose entre os interesses individuais e transindividuais, de modo que o atingimento de quaisquer das referidas esferas vulnerará reflexamente a outra.

De qualquer sorte, ainda que se perquiria dessas imbricações de interesses, numa total fluidez do que vem a ser individual e transindividual nos tempos atuais, é importante, para fins estritamente jurídicos, definir a esfera de um ou de outro, pois diversas serão as repercussões concernentes à tutela.

Nesse percuso, é possível identificar o interesse individual a partir do reconhecimento, na hipótese, de que *“a relação se dá exclusivamente entre o objeto (bem da vida) e o sujeito de direito individualmente considerado”*⁵⁶

Assim é que, individual é o *“interesse cuja fruição se esgota no círculo de atuação de seu destinatário. Se o interesse é bem exercido, só indivíduo disso se beneficia; em caso contrário, só ele suporta os encargos”*⁵⁷

É de se ressaltar que o que define o interesse como individual é a possibilidade de exercício/defesa pelo seu titular.

Ainda sob os escólios de Mancuso, frise-se que a noção de direito subjetivo parte justamente da *“fusão entre interesse individual e a proteção estatal que o chancela e garante,*

⁵⁶ SILVA NETO, Manoel Jorge. **Proteção Constitucional dos Interesses Trabalhistas**: difusos, coletivos e individuais homogêneos. São Paulo: LTr, 2004, p. 24.

⁵⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos**: Conceito e legitimação para agir. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 50.

nos casos em que aquele interesse corresponde aos valores ‘escolhidos’ como os mais relevantes em determinada coletividade”⁵⁸.

Um dado que precisa ser referido, é o atrelamento necessário entre interesse individual e direito subjetivo. Tamanha a interligação, que seria coerente, inclusive, ponderar o primeiro como substrato do segundo.

Assim, é na possibilidade de fruição, ou seja, de perseguição do direito pelo seu titular individual, que resta patente sua natureza. Não se quer com isso defender que natureza e forma de exercício se confundam, porém, se o interesse é individual, inevitavelmente, será ao seu portador garantido o seu exercício.

Por outro lado, interesse coletivo não é exercitável individualmente (salvo na Ação Popular), embora o inverso seja possível, dada a permissão de defesa coletiva dos interesses individuais homogêneos.

Estes últimos, por sua vez, não transmudam sua natureza em razão do exercício coletivo, apenas constituem um feixe uniformizado pelos critérios de “homogeneidade” e “origem comum”, que uma vez defendidos pela via coletiva permitem uma realização de justiça mais célere e isonômica, portanto, efetiva.

Destarte, não é preciso maior esforço de argumentação para demonstrar que os interesses individuais homogêneos, embora tuteláveis coletivamente, não são coletivos em essência/natureza, podendo também ser individualmente exercitados.

3.3.2 Interesses Público, Social e Coletivo

De antemão, necessário atestar que todos esses conceitos de interesse envolvem um aspecto comum: o fato de transcenderem à esfera individual, se considerada isoladamente⁵⁹.

Sem mais delongas. Ao se trabalhar a noção de **interesse público** é intuitivo projetar a figura do Estado, isso porque, conforme já delineado, o conceito de público em contraposição ao privado foi construído em época que subjazia uma sociedade unitária, baseada na relação Estado-Indivíduo.

⁵⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos**: Conceito e legitimação para agir. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 51.

⁵⁹ A transcendência deve ser lida como “para além dos direitos individuais **isoladamente** considerados”, pois de uma maneira ou outra, interesses individuais sempre serão alcançados reflexamente.

Nesse lastro, é cediço ser a garantia da harmonia social dentro de uma concepção do que é melhor para todos – bem comum - a finalidade primordial do Estado. Disso resulta, num raciocínio silogístico, como interesse público, o interesse do Estado em realizar o bem de todos - o bem comum.

É verdade que a noção dicotômica público/privado remete a *suma divisio* do Direito. Como se sabe, a noção de Direito não pode ser estudada senão conectada a concepção de Estado, e nesse sentido, é possível atribuir o paralelismo público privado ao preceito primeiro do “Pacto Social”, que é a destituição do valor “isoladamente individual”, para, a partir do que é relevante numa perspectiva “geral”, construir os pilares de um convívio harmônico.

É de se atentar, que, ao conceder ao Estado o Poder de coordenar as relações sociais, o ser humano abdicou de parcela da sua individualidade (liberdade, vontade, integridade) em prol do todo. Contudo, é necessário ter em mente que o termo ‘público’ não pode ser entendido como contrário ao individual, pois, se assim fosse, toda sua fundamentação conduziria ao ilógico. O fim público é o indivíduo, o fim do Estado é o indivíduo, o seu bem estar, mas numa dimensão social – coletiva – pública.

Assim, a diferença entre o conceito de individual e os que ora se busca delinear está no plano de síntese e não da antítese.

Nesse sentido, pertinente a observação de Celso Antônio Bandeira de Melo no sentido de que há um “*falso antagonismo entre o interesse das partes e o interesse do todo, propiciando-se a errônea suposição de que se trata de um interesse a se stante, autônomo, desvinculado dos interesses de cada uma das partes que compõem o todo*”⁶⁰.

E na mesma linha de raciocínio, pondera o autor:

Embora seja claro que pode haver um interesse público contraposto a um dado interesse individual, sem embargo, a toda evidência, não pode existir um interesse público que se choque com os interesses de cada um dos membros da sociedade. Esta simples e intuitiva percepção basta para exhibir a existência de uma relação íntima, indissociável, entre o chamado interesse público e os interesses ditos individuais. É que, na verdade, o interesse público, o interesse do todo, do conjunto social, nada mais é que a *dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da Sociedade (entificada juridicamente no Estado), nisto abrigando também o depósito intertemporal destes mesmos interesses*, vale dizer já agora, encarados eles em sua continuidade histórica, tendo em vista a sucessividade das gerações de seus nacionais (com o grifo no original)⁶¹.

⁶⁰ MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.59.

⁶¹ MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 60.

Para Rodolfo de Camargo Mancuso, a melhor explicação para “interesse público” foi ofertada por Georges Vedel e Pierre Devolvé, na medida em que, identificavam no conceito duas acepções, uma política e outra jurídica. Nesse sentido, destaca o autor brasileiro que para compreender o que viria a ser a acepção política, dois erros devem ser evitados:

a) supor que o interesse público seja ‘la somme des intérêts particuliers’ (isto seria absurdo, porque então se teria, por exemplo, a soma dos interesses dos produtores de bebidas com os interesses das vítimas do alcoolismo); b) supor que o interesse público nada tem a ver com os interesses individuais ou dos grupos sociais (na verdade, o interesse público só pode ter como beneficiários finais os homens nascidos ou a nascer; mesmo o interesse da Pátria conflui para o interesse dos cidadãos em geral de viver em liberdade e de forma digna)⁶².

Ou seja, interesse público, nessa perspectiva política, decorreria da capacidade do Estado em escolher/arbitrar entre os interesses particulares relevantes, adstrito, é claro, a critérios tanto de ordem quantitativa (prestigiando o maior número de beneficiados), quanto de ordem qualitativa (prestigiando a maior necessidade/utilidade dos interesses particulares, ainda menos numerosos)⁶³.

Por outro lado, numa perspectiva jurídica, o foco direciona-se para a “*questão da competência para a arbitragem entre os interesses particulares*”⁶⁴.

Necessário ressaltar ainda, que o Estado não atua somente em atenção a sua finalidade imediata, possuindo interesses remotos, inerentes a toda e qualquer atividade administrativa. Por essa razão, a doutrina costuma dividir o interesse público em dois planos: o primário e o secundário.

O primário corresponderia ao interesse público propriamente dito, ou seja, aquele constituído no “*plexo de interesses dos indivíduos enquanto partícipes da Sociedade (entificada juridicamente no Estado)*”⁶⁵. Ao passo que, interesses secundários referem aqueles exercidos pelo Estado-Administração, particulares, afetos à pessoa jurídica, e que somente ganham dimensão pública em decorrência da Pessoa que os exerce e da natureza instrumental que possuem. Embora, *a priori* individuais, tais interesses não podem ser confundidos ao de qualquer pessoa jurídica, pois ao Estado só cabe persegui-los “*quando*

⁶² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos**: Conceito e legitimação para agir. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 33.

⁶³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos**: Conceito e legitimação para agir. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 33.

⁶⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos**: Conceito e legitimação para agir. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 33.

⁶⁵ MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 65.

coincidentes com os interesses primários, isto é, com os interesses públicos propriamente ditos”⁶⁶ (por isso, são igualmente públicos). Em verdade, são os interesses secundários instrumentais aos primários.

No que tange ao **interesse social**, igualmente, duas acepções básicas podem ser apreendidas na doutrina: a primeira, mais ampla, “*evoca a ‘sociedade civil’ como um todo, isto é o contingente populacional organizado como nação*”; outra, por sua vez, considerada mais restrita, “*reporta-se a um ente jurídico personificado, a “pessoa moral”, isto é, uma universalidade de bens e pessoas afetadas a um objetivo adrede estabelecido por seus integrantes*”⁶⁷.

Como se pode inferir das lições transcritas, assim como o interesse público, o interesse social pode ganhar duas conotações distintas de acordo com foco a ele conferido. No primeiro sentido, o interesse social em muito se confunde com interesse público, afinal, neste caso, a finalidade social, se emaranha à pública em seu conceito primário – remetente à coletividade em geral. Percebe-se, portanto, nesses dois casos, uma preponderância da finalidade do “bem comum”, prevista desde a doutrina aristotélica como fim último da noção de Estado e Justiça – nessa perspectiva, os termos: *geral, coletivo, público, social* soam conceitos idênticos.

Por outro lado, social também pode ser o interesse de uma sociedade comercial (da mesma forma que público pode ser o interesse da administração pública – Fazenda Pública). Nessa compreensão, trata-se de um interesse de uma pessoa – jurídica – portanto, comporta uma dimensão individual. Isto porque, como ressalta Mancuso:

A natureza de um interesse advém da finalidade à qual ele está afetado, em não da forma escolhida para o seu exercício. Assim, a finalidade comercial pode ser perseguida por uma pessoa física ou jurídica; o interesse, aí, será sempre individual, “egoístico”, porque a finalidade perseguida é apenas uma situação de vantagem para a pessoa física ou jurídica, sem nenhuma preocupação metaindividual⁶⁸.

Finalmente, o **interesse coletivo**. Aqui, conforme já ressaltado, o foco direciona-se aos grupos sociais, aos chamados “corpos intermediários da sociedade civil”, ao “terceiro setor”, que participa do Poder como intermediário entre Estado e indivíduo.

⁶⁶ MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 66.

⁶⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos: Conceito e legitimação para agir**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 27.

⁶⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos: Conceito e legitimação para agir**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 29.

No que refere a extensão do interesse coletivo, três acepções básicas podem ser evidenciadas: 1) o interesse coletivo como resultado do interesse pessoal do grupo; 2) o interesse coletivo como “soma” de interesses individuais; 3) o interesse coletivo como “síntese” de interesses individuais⁶⁹.

Na primeira perspectiva, o interesse coletivo reflete o interesse administrativo do ente que representa o grupo, como de toda e qualquer pessoa jurídica. Não se trata de um interesse coletivo propriamente dito, mas de um interesse pessoal da entidade, da pessoa jurídica, que como tal é um ente naturalmente coletivo. Nesse sentido, exemplifica Mancuso que “(...) *uma associação pode recorrer à justiça sempre que seus interesses pessoais, pecuniários ou morais, forem violados*”⁷⁰. Nessa linha, o interesse coletivo confunde-se com o interesse social em sua segunda acepção, consoante acima demonstrado.

Na segunda acepção, o interesse coletivo implica a soma dos interesses individuais do grupo. Observe-se que neste sentido, o interesse só pode ser considerado coletivo na forma do seu exercício, e não em essência. É que, um “*feixe de interesses individuais não se transforma em coletivo, pelo só fato do exercício ser coletivo. A essência permanece individual*”⁷¹.

Tais interesses coincidem com aqueles que o legislador pátrio denominou de “interesses individuais homogêneos”, aqueles que embora individuais, pode ser exercidos coletivamente em razão de sua “homogeneidade” e “origem comum”.

Finalmente, a terceira concepção de “interesse coletivo” como síntese dos interesses individuais do grupo. Nesta perspectiva, não haverá que se perquirir da sobreposição de interesses individuais dos membros dos grupos, mas de um novo interesse que decorre da união desses interesses agrupados e harmonizados em sentido confluyente.

Forma-se, portanto, o que Henri Solus e Roger Perrot denominam de uma “*nova realidade, dotada de força autônoma que transcende e absorve o interesse de cada particular*” (tradução livre)⁷².

Inelutavelmente, este pode ser considerado o interesse coletivo em essência, isto é, a manifestação das aspirações do grupo, de forma autônoma aos interesses particulares dos membros que o compõem.

⁶⁹ Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos: Conceito e legitimação para agir**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 52-57.

⁷⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos: Conceito e legitimação para agir**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 53.

⁷¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos: Conceito e legitimação para agir**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 53.

⁷² Apud. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos: Conceito e legitimação para agir**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 55.

Com efeito, embora existam três sentidos atribuídos ao interesse coletivo, somente como síntese, há que se falar em essência/natureza verdadeiramente coletiva, revelando as demais acepções meros interesses individuais, seja da entidade que representa o grupo (interesse social/pessoal), seja dos membros que o compõem (interesses individuais homogêneos).

3.4 Interesses Transindividuais nos termos do Código de Defesa do Consumidor: Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos

Por diversas vezes o presente estudo fez referência aos chamados interesses difusos, coletivos, e individuais homogêneos. Conforme sublinhado alhures, no ordenamento pátrio, tais interesses encontram-se expressamente definidos pelo legislador no artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum

Dessa forma, transindividuais difusos são interesses marcados pela sua indivisibilidade, e principalmente pela indeterminabilidade dos seus titulares, que só podem ser agrupadas numa defesa convergente por *circunstâncias fáticas*.

É justamente na determinabilidade dos sujeitos que os interesses difusos diferenciam-se dos coletivos, já que estes últimos pertencem a determinado grupo/categoria/classe, cujos titulares são, ao menos, determináveis, uma vez unidos entre si ou com a parte contrária por um vínculo jurídico.

Mas, essa “determinabilidade” só é possível quando presente um mínimo de organização que mantenha a coesão do grupo. Esse é o diagnóstico de Mancuso, ao identificar as notas fundamentais que caracterizam como coletivo determinado interesse:

a) um mínimo de organização, a fim de que os interesses ganhem a coesão e a identificação necessárias; b) a afetação desses interesses a grupo determinado (ou ao menos determináveis), que serão seus portadores (enti esponenziali); c) um vínculo jurídico básico, comum a todos os participantes, conferindo uma situação jurídica diferenciada⁷³

Finalmente, os interesses individuais homogêneos, que, conforme já bastante sustentado, embora individuais em essência, permitem defesa coletiva por encontrarem-se enfeixados em razão da sua homogeneidade e origem comum. Esses dois critérios, portanto, foram eleitos pelo legislador para justificar a convergência de tais interesses numa defesa unificada.

Aliás, no que tange à defesa coletiva dos direitos individuais homogêneos, Mancuso pontua:

[...] especialmente nos casos em que há expressiva dispersão dos lesados (por exemplo, aplicadores em caderneta de poupança de certo banco, prejudicados pelo incorreto índice remuneratório), haverá extrema conveniência em que o trato jurisdicional da matéria se faça em modo molecular, assim evitando a atomização do fenômeno coletivo em múltiplas demandas individuais, ao risco de decisões discrepantes, em processos demorados e onerosos⁷⁴.

Com efeito, a defesa coletiva dos interesses individuais homogêneos justifica-se como escolha de política legislativa que visa que criar um instrumental que favoreça prestação jurisdicional célere e efetiva, assim como permita a concretização daqueles direitos mais caros da sociedade de maneira uniformizada, aproximando sempre mais o ideal de justiça.

3.5 Dos interesses transindividuais trabalhistas das pessoas com deficiência

Tecidas as delimitações conceituais em torno dos interesses jurídicos protegidos pelo ordenamento jurídico pátrio, mister ilustrar, alguns interesses transindividuais trabalhistas concernentes às pessoas com deficiência, que requerem tutela jurisdicional pelo Ministério Público do Trabalho.

Certamente, não se pretende com este tópico esgotar a análise de todas as ocorrências relativas aos interesses transindividuais dos trabalhadores com deficiência.

⁷³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos**: Conceito e legitimação para agir. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p.62.

⁷⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos**: Conceito e legitimação para agir. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 49.

Intenciona-se, entretanto, através de alguns exemplos, instigar o debate que tem como núcleo a máxima efetivação dos direitos fundamentais trabalhistas das pessoas com deficiência.

Na fase pré e pós-contratual e, até mesmo, nos próprios ambientes de trabalho das empresas contratantes vislumbra-se a necessidade de adaptações técnicas, instrumentais e jurídicas a fim de assegurar o pleno desenvolvimento das capacidades e a garantia da dignidade dos trabalhadores com deficiência.

As funções institucionais do Ministério Público do Trabalho através dos termos de ajustamento de conduta, inquéritos civis e ações civis públicas, em prol da guarda destes interesses, precisam ser, invariavelmente, realizadas com o intuito de transformar a mentalidade discriminatória das empresas, minimizar a exclusão e garantir a real inclusão das pessoas com deficiência.

Atualmente, percebe-se uma intensa fiscalização e intervenção do Ministério Público do Trabalho para exigir, por exemplo, que as empresas cumpram a reserva de mercado, interesse difuso das pessoas com deficiência.

Além desse interesse difuso, assegura-se ainda, por meio do parágrafo primeiro do art. 93 da lei n. 8213/91, a proteção de interesse individual indisponível destes trabalhadores, na medida em que a dispensa de trabalhador reabilitado ou de pessoa com deficiência habilitada ao final do contrato por prazo indeterminado, só poderá ocorrer após a contratação de substituto em situação semelhante. Portanto, em caso do não preenchimento da vaga o Ministério Público pode exigir a reintegração do trabalhador com deficiência além de multa para a empresa. É verdade, que a tutela, *in casu*, objetiva tutelar de maneira mediata um interesse difuso consistente na própria observância da lei e no respeito e não discriminação da pessoa com deficiência. Ainda assim, a ação tutela de maneira imediata um interesse individual consistente no retorno do profissional ao emprego.

No que tange a interesses coletivos dos trabalhadores com deficiência há que ressaltar, por exemplo, o fato de inexistir no ambiente de trabalho adaptações nos banheiros, nos espaços da empresa para garantir a melhor desenvoltura de suas capacidades, a livre circulação e a autonomia das pessoas com deficiência no trabalho. Desta maneira, o Ministério Público do Trabalho deve promover Termos de Ajustamento de Condutas, ou em caso de não cumprimento do termo, ações civis públicas, com objetivo de implementar as adaptações necessárias nas empresas.

Outro exemplo de interesse coletivo de trabalhadores com deficiência, que pode ser efetivado através do intermédio do Ministério Público do Trabalho, refere-se à negociação com a empresa para que seja concedido intervalo específico para pessoas com deficiência em

razão de necessidades especiais decorrentes das respectivas limitações – ilustrativamente, pessoas que utilizam cadeira de rodas, em alguns casos, não podem permanecer por longos períodos de tempo sentadas, mister lhes seja garantido um intervalo (e local apropriado) para que possam mudar de posição (deitar), evitando assim lesões musculares e, principalmente, epidérmicas⁷⁵.

Vislumbram-se, portanto, algumas situações que merecem um olhar de justiça e equidade, a fim de consubstanciar o real Estado Democrático de Direito.

⁷⁵ A exemplo da formação de úlceras de pressão (mais conhecidas por escaras).

4 ACESSO COLETIVO À JUSTIÇA COMO PRINCÍPIO GARANTIDOR DA PROTEÇÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

4.1 A evolução da ciência jurídica: o acesso coletivo à justiça na contemporaneidade

O direito é uma ciência em constante evolução. A aderência do conteúdo normativo às constantes alterações da realidade fática e axiológica que permeiam a sociedade só é cogitável a partir da permanente dinâmica de adaptação entre os elementos fato-valor-norma⁷⁶.

Toda alteração de conjunto normativo decorre logicamente das mutantes aspirações sociais, de modo que a análise de novos paradigmas jurídicos impõe a verificação da realidade que os subjaz.

Nesse lastro, segue que a idéia de garantia do acesso coletivo à justiça ascendeu, mais fortemente, na segunda metade do século passado, como resultado de uma série de novos valores incorporados ao estudo jurídico, dentre os quais, de maneira particularmente relevante, aqueles que atendem à democratização e politização da sociedade.

Para melhor compreensão do tema, necessário uma breve digressão aos fatos históricos e sociais que marcaram o pensamento jurídico contemporâneo.

É cediço que, a partir do Pós-Guerra, a ciência jurídica vivenciou uma ruptura do seu referencial metodológico-científico. A necessidade de superação do falido modelo positivista (que pode ser constatado a partir do movimento reacionário à onda genocida protagonizada pela Era Hitler), implicou enorme esforço de reconstrução dos direitos humanos e dos valores ético-sociais⁷⁷.

⁷⁶ “Direito é a realização ordenada e garantida do bem comum numa estrutura tridimensional bilateral atributiva, ou, de uma forma analítica: Direito é a ordenação heterônoma, coercível e bilateral atributiva das relações de convivência, segundo uma integração normativa de fatos segundo valores” (REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 67).

⁷⁷ Ensina Flávia Piovesan que “(...) a era Hitler foi marcada pela lógica da destruição e da descartabilidade da pessoa humana, que resultou no envio de 18 milhões de pessoas a campos de concentração, com a morte de 11 milhões, sendo 6 milhões de judeus, além de comunistas, homossexuais e ciganos. O legado do nazismo foi condicionar a titularidade de direitos, ou seja, a condição de sujeito de direito, ao pertencimento à determinada raça - a raça pura ariana”. Em seguida a autora pontua que “[...] no momento em que os seres humanos se tornam supérfluos e descartáveis, no momento em que vige a lógica da destruição, em que é cruelmente abolido o valor da pessoa humana, torna-se necessária a reconstrução dos direitos humanos, como paradigma ético capaz de restaurar a lógica do razoável. A barbárie do totalitarismo significou a ruptura do paradigma dos direitos humanos, por meio da negação do valor da pessoa humana como valor-fonte do Direito. Se a Segunda Guerra

A reaproximação do direito com a moral e a ética, a internacionalização dos direitos que objetivam a dignidade humana, o reconhecimento da força normativa dos princípios e da Supremacia Constitucional; bem assim, a enorme inquietude com a concretização de direitos e com a máxima efetividade daqueles notadamente fundamentais, podem ser apontados como alguns desses novos marcos filosófico-jurídicos⁷⁸.

O fim dos regimes ditatoriais - Itália (Mussolini), Espanha (Franco), e entre tantos outros, também o Brasil, com o fim do golpe militar – seguido pela acelerada redemocratização, também foram fatores determinantes na afirmação dos novos paradigmas jurídicos.

Por sua vez, os progressos científicos alcançados a partir Revolução-Técnica, especialmente no campo da informação, impulsionaram o fenômeno globalizatório econômico-cultural, influenciando de maneira determinante a reconstrução e reestruturação da sociedade do Pós-Guerra. Essa sinergia de informação unificou o mundo, a sociedade, massificando os interesses⁷⁹.

Vive-se, atualmente, no contexto da pós-modernidade, em que o Estado neoliberal coordena as relações sociais, políticas, econômicas e jurídicas. Todavia, nos países de modernidade tardia como o Brasil, a ideia de Estado interventor e garantidor dos anseios sociais, permanece em meio ao discurso neoliberal da pós-modernidade.

A Constituição de 1988 reflete com clareza esta características. Inelutavelmente, a busca pela igualdade material e pela proteção das minorias são realidades inafastáveis em um Estado que prega a democracia social, participativa e pluralista. Deste modo, pode-se afirmar que no estágio contemporâneo do ordenamento jurídico brasileiro o pensamento liberalista individual cede espaço para a igualdade e a solidariedade dos membros de uma “sociedade massificada”.

Desse conjunto fático, destacado o enfoque que será dado ao presente estudo, interessa sobressaltar que essa proclamada sociedade de massa trouxe, para o âmago social,

significou a ruptura com os direitos humanos, o Pós Guerra deveria significar a sua reconstrução” (PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2006, p.08-09).

⁷⁸ Cf. BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 15 set. 2009.

⁷⁹ Em sentido semelhante, pontua Manoel Jorge e Silva Neto “De maneira mais significativa a partir da Revolução Técnica (...) a sociedade contemporânea passou a conviver com problemas não circunscritos apenas ao campo do interesse do indivíduo considerado isoladamente; pelo contrário, a explosão do consumo atizada a partir do incremento da produção industrial trouxe reflexos que, se, de um lado, proporcionaram um pouco mais de conforto ao homem, por outro, infelizmente, ocasionaram insidioso recrudescimento na quantidade e variedade de formas de agressão ao meio ambiente, aos consumidores, aos trabalhadores” (SILVA NETO, Manoel Jorge. **Proteção Constitucional dos Interesses Trabalhistas**: difusos, coletivos e individuais homogêneos. São Paulo: LTr, 2004, p. 29.

uma série de questões que culminaram no que a doutrina usualmente denomina de “novos direitos”: os direitos das minorias e os direitos de massa.

E como a ciência jurídica não poderia se esquivar dessa nova realidade, inúmeros reflexos são evidenciados tanto na seara material como na processual, haja vista a constatação da urgência de medidas aptas a procedimentalizar e concretizar tais direitos.

Dito de outra maneira, percebe-se a necessidade emergencial de providências que possam reestruturar o judiciário “para assegurar que os novos e importantes direitos do indivíduo sejam transportados dos códigos para o mundo real”⁸⁰. Não basta, apenas, garantir formalmente direitos, é imprescindível efetivá-los.

No plano material, destaca-se a maior preocupação com a qualidade de vida: direito ao meio ambiente sadio e auto-sustentável, ao equilíbrio nas relações de consumo, ao respeito às condições dignas de trabalho - o homem passa a ocupar o centro do ordenamento jurídico e a dignidade alcança valor supremo. Por sua vez, o reconhecimento da maioria desses novos direitos pelas Constituições, e a carga normativa por eles dispensada em todo ordenamento (supremacia constitucional) é que torna inexorável a criação de instrumentos jurídicos céleres e aptos à concretização destes direitos.

Até mesmo o plano processual precisou sofrer inevitáveis e profundas alterações metodológicas ao processo tradicional/ liberal a fim de se adequar com as mudanças da contemporaneidade.

Nesse sentido, Grinover, Dinamarco e Cintra resumem o fenômeno da transformação do paradigma processual, no Brasil e no Mundo, em três planos: **a) do plano abstrato ao concreto**, em que se destaca uma maior preocupação do processo como instrumento de satisfação do direito material – a consagração da instrumentalidade das formas; **b) do plano nacional ao internacional**, o que torna imperiosa a harmonização das normas em comunidades econômicas; finalmente, **c) do plano individual ao social**, de modo que o processo deve estar acessível a grupos, categorias e classes de pessoas⁸¹.

De fato, a sociedade pós-moderna evoluiu muito nas últimas décadas no sentido de prover maior número de direitos, principalmente aos economicamente e historicamente alijados. A preocupação com a inclusão das minorias, não só do ponto de vista formal, mas também substancial, pode ser apontada igualmente como uma das principais inovações da ciência jurídica moderna.

⁸⁰ CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 113.

⁸¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos Araujo. **Teoria Geral do Processo**. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2005,p.132.

É justamente nesta atmosfera que a tutela jurisdicional dos direitos das pessoas com deficiência deve ser compreendida.

Constata-se um verdadeiro despertar para a fundamentabilidade do “Acesso à Justiça”. E, como destacado, importa, neste momento, que a Justiça esteja verdadeiramente ao alcance de todos, principalmente daqueles que até então estiveram ao seu desarrimo. É o desabrochar de um processo mais democrático e atento aos valores da cidadania e da dignidade.

À luz de tais considerações, emblemática a obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth “Acesso à Justiça”, em que os autores, ao ilustrarem a preocupação dos jus-processualistas das décadas 60 e 70 com o direito fundamental ao Acesso à Justiça, apontam as reformas processuais que se tornariam indispensáveis a concretizar direitos até então meramente simbólicos. Convém ressaltar, que a onda reformatória propugnada na Europa naquelas décadas, influenciou, sobremaneira, o ordenamento jurídico brasileiro hodierno.

Das lições dos autores mencionados, é possível extrair a preocupação central que deve nortear o ordenamento processual contemporâneo, qual seja, a de que o Acesso à Justiça compreenda “o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob o auspício do Estado (...) deve ser igualmente acessível a todos; e deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos”⁸².

Para tanto, a processualística contemporânea deve se desvincular da filosofia essencialmente individualista que norteava o processo liberal-burguês, em que somente os materialmente abastados podiam suportar os custos do acesso à justiça.

Nesse sentido, a preocupação com assistência judiciária (isenção de custas aos economicamente frágeis e assistência técnica especializada acessível a todos) aflora-se como a primeira onda reformatória propugnada pelos processualistas no sentido de concretizar o acesso à justiça⁸³.

A segunda onda reformatória⁸⁴, compreende a transformação do entendimento de processo para alcançar de maneira efetiva os advogados “novos direitos”. É dizer, se antes, o processo era visto apenas sob o ponto de vista das duas partes litigantes (autor – réu) (tício – caio), em que a parte processual é também sujeito na relação material que se estabelece com o

⁸² CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p.8.

⁸³ Cf. CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988;

⁸⁴ Cf. CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

bem vindicado, agora, insta descortinar esta compreensão com vistas a atender a coletivização das demandas.

Para as demandas “de massa”, necessário um processo “de massa”, e para tanto, nem mesmo a concepção de litisconsórcio é suficiente, já que a processualística tradicional reconhece a inviabilidade do litisconsórcio multitudinário⁸⁵.

Resulta, portanto, forçosa uma nova concepção do que venha a ser processo legal de massa, ou processo legal coletivo, isso porque os conceitos clássicos de litigantes, citação, contraditório, e coisa julgada não atendem, suficientemente, às demandas coletivas. Neste palmar, destacam-se a conceituação dos direitos difusos e coletivos e o reconhecimento da necessidade de um representante adequado para agir em benefício da coletividade⁸⁶.

A terceira onda reformatória, finalmente, abarca a necessidade de tornar exeqüíveis esses novos direitos e essas novas demandas. O reconhecimento da celeridade e efetividade da prestação jurisdicional exsurtem como requisitos essenciais do Acesso à Justiça. A imperiosidade de simplificação dos direitos e do próprio processo, bem como a emergência de uma procedimentalização civil apta a atrair demandas que de outra maneira estariam à margem de tutela, são preocupações dessa terceira onda de compreensão do “Acesso à Justiça”⁸⁷.

Pois bem. Como se pode depreender da análise supra, a concepção de acesso coletivo à justiça decorre da evolução da sociedade, que, a partir do reconhecimento da existência de demandas massificadas (principalmente decorrente das lesões às minorias, aos consumidores, trabalhadores, assim como aquelas decorrentes de danos à esfera ambiental), torna imperiosa a propositura de métodos que possibilitem a efetivação e concretização célere desses novos direitos emergentes no seio social.

Essa novel realização de processo escapa à esfera individualista liberal-burguesa, revelando, dentre outras questões, a insuficiência da legitimação individual para proteção desses “novos direitos”, seja em razão de sua titularidade incerta, seja porque, dado seu

⁸⁵ O Parágrafo único do art. 46 do Código de Processo Civil dispõe “ (...) **O juiz poderá limitar o litisconsórcio facultativo quanto ao número de litigantes, quando este comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa. O pedido de limitação interrompe o prazo para resposta, que recomeça da intimação da decisão** (Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm>. Acesso em 20/11/2009). Trata o dispositivo, como se pode evidenciar, do reconhecimento jurídico de que o elevado número de pessoas envolvidas no processo, pode muitas vezes obstar à celeridade e efetividade processual, implicando tumulto despropositado e inadmissível.

⁸⁶ Cf. CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

⁸⁷ Cf. CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

inexpressivo valor econômico individual, só encontram relevância jurídica quando considerados em proporção grupal/coletiva⁸⁸.

Neste contexto, exsurge a relevância da atuação institucional do Ministério Público como órgão com legitimidade constitucional para proteção pela via jurisdicional (ação civil pública) e administrativa (inquéritos civis e termos de ajustamento de conduta) destes direitos.

No ordenamento pátrio, a mudança do enfoque conferido ao princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional (acesso à justiça) resta, facilmente, demonstrada da mera leitura comparativa dos mais recentes textos constitucionais, ou seja, as Cartas Magnas de 1967, 1969 e 1988, respectivamente.

O artigo 150, §4º da Constituição Brasileira de 1967 dispunha “*A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual*”. Vê-se, portanto, nítida influência liberal individualística, que perfilha, apenas, a tutela a direito individual. As premissas filosóficas e ideológicas então vigentes consagravam a noção de acesso à justiça meramente como direito formal do indivíduo de propor e contestar a ação. O sujeito exclusivo de direito, considerado pela norma, é o indivíduo. Por óbvio, o texto normativo traduzia o privilégio conferido pelo ordenamento jurídico à liberdade individual de gerir seu patrimônio, como bem aprouvesse e julgasse conveniente. Outrossim, o dispositivo constitucional partia da premissa de igualdade formal, ou seja, era garantido o direito de acesso ao judiciário indistintamente, sem porém maior preocupação em que tal acesso fosse substancialmente garantido a todos.

A Carta de 1969 (AI n. 1), por sua vez, não continha alteração substancial de ordem social, mantendo a redação anterior. O traço distintivo é que condicionava o exercício do direito ao esgotamento da via administrativa, que nada mais era do que um reflexo do momento político-ditatorial vigente.

Finalmente, a Constituição Federal de 1988, consubstanciadora de uma ordem democrática e social do constitucionalismo contemporâneo, supera a anterior restrição de acesso à justiça aos direitos meramente individuais, ao estabelecer, artigo 5º, XXXV, que a lei não poderá excluir da apreciação judicial “*Nenhuma lesão ou ameaça a direito*”.

A mera leitura do referido dispositivo constitucional vigente já sinaliza para a ruptura do pensamento tradicional individualista, o que pode ser confirmado pelo todo

⁸⁸ Cappelletti denomina esses tipos de demandas de anti-econômicas, haja vista o resultado a ser obtido pelo autor individual não se coadunar com os custos e tempo normalmente dispensados num processo judicial (Cf. CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 26-27).

constitucional que consagra em diversos dispositivos a nova perspectiva de socialização do direito e do acesso à justiça⁸⁹.

Cumpra advertir que a efetivação do acesso coletivo à justiça requer uma postura de todos envolvidos, coadunada a essa nova dialética processual que se estabelece, ou, consoante pontual síntese de Carlos Henrique Bezerra Leite, pressupõe “um ‘pensar coletivo’, que seja consentâneo com a nova ordem jurídica, política, econômica e social implantada em nosso sistema a partir da Carta Magna de 1988”.⁹⁰

Nessa perspectiva de necessidade de concretização de direitos, de efetividade e celeridade, e de acesso coletivo à justiça, descabe falar em devido processo legal sob o plano apenas individual. Os institutos tradicionais que norteiam o processo, consagrados sob o foco do indivíduo/titular do direito material/ titular do direito de ação, não são mais suficientes.

Com efeito, o princípio do acesso coletivo à justiça na contemporaneidade impõe uma reestruturação dos institutos que tradicionalmente permeiam o devido processo legal, a partir de uma “releitura e revalorização” dos princípios gerais do direito processual, e a afirmação dos princípios especiais, afetos peculiarmente a esse novo ramo jurídico que se estabelece⁹¹. Só assim poder-se-á verdadeiramente falar em acesso coletivo à justiça e acesso à justiça coletiva⁹².

4.2 A Importância do Acesso Coletivo à Jurisdição Trabalhista para garantia dos direitos das pessoas com deficiência

Nas relações laborais, especialmente em países flagelados pela questão social, o antagonismo capital/trabalho potencializa a conflituosidade inerente a todo e qualquer contexto relacional. A busca desenfreada pelo lucro (em larga escala) acarreta consequências drásticas nos índices quantitativos e qualitativos de empregabilidade.

⁸⁹ A exemplo das previsões expressas de legitimados à defesa coletiva de direitos, dentre os quais, Ministério Público (artigo 129, III, CF/88).

⁹⁰ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 6 ed. São Paulo: LTr, 2008

⁹¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos Araujo. **Teoria Geral do Processo**. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 133.

⁹² Parece certo que, o Acesso Coletivo à Justiça compreende tanto a defesa de direitos coletivos, quanto a defesa coletiva de direitos individuais. O sentido de justiça coletiva, por sua vez, traz ínsita a idéia de resultados práticos de dimensão social.

A informalidade que inflige o mercado de trabalho é uma realidade aniquiladora de direitos e garantias fundamentais do trabalhador, enquanto indivíduo ou categoria, deixando-o à margem do que Delgado ousou denominar de “patamar civilizatório mínimo dos trabalhadores”⁹³.

Da mesma maneira, a exigência de produtividade em alta escala preconizada pelo sistema de produção capitalista é um fator que conduz a mecanicização do trabalho e a conseqüente desvalorização das capacidades individuais de cada trabalhador. É dizer, a prevalência da prestação de serviço padronizada implica valorizar o trabalhador não a partir de suas potencialidades, mas tão somente por sua capacidade de adequação às necessidades de um sistema produtivo uniforme.

À evidência, este contexto atinge diretamente as pessoas com deficiência, que, enquanto minorias, malgrado o grande avanço na proteção de seus direitos no ambiente de trabalho, ainda não galgaram o espaço devido numa sociedade justa, fraterna e democrática.

Pois bem, no que atine à jurisdição trabalhista, especificamente, o acesso coletivo à solução dos conflitos encontra dois fundamentos principais, que visivelmente refletem direta ou indiretamente na melhor proteção das pessoas com deficiência.

O primeiro é tornar acessíveis direitos cuja titularidade não pode ser atribuída ao trabalhador individual, a exemplo da reserva de mercado para pessoas com deficiência, o direito a um meio ambiente laboral adequado às necessidades de higiene, saúde e segurança de todos os trabalhadores, a garantia do princípio da isonomia na contratação e na execução do contrato de trabalho, etc.

Por sua vez, o segundo fundamento é possibilitar o acesso de demandas que, a despeito de atingirem de maneira direta o trabalhador em sua esfera individual, acabam por não despertar individualmente o interesse no acionamento da via jurisdicional - seja porque de conteúdo econômico ínfimo quando vislumbrada a esfera de cada trabalhador; seja porque premido pelo temor do desemprego, o prestador dos serviços acaba por se sujeitar à lesão enquanto durar o vínculo.

No que tange à tutela dos direitos juslaborais das pessoas com deficiência, a relevância deste segundo fundamento para o acesso coletivo à justiça é, por exemplo, garantir para estas pessoas, após a contratação, o direito de acessibilidade no ambiente de trabalho, direito a intervalos intercalados de acordo com suas necessidades específicas, a proteção contra o assédio moral, etc.

⁹³ Cf. DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8 ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 1214.

Com efeito, a tutela coletiva das pessoas com deficiência possibilita uma maior efetivação dos direitos fundamentais destas minorias. Não se quer com isto desmerecer ou afastar a tutela individual, que também denota a eficácia social dos direitos insculpidos na Lei Maior. Contudo, mister sublinhar que a coletivização das demandas viabiliza a ampliação do espectro de proteção dos direitos das pessoas com deficiência.

Conforme já enunciado, a Constituição, cidadã e democrática de 1988, permeada de enorme rol de direitos fundamentais, e, preocupada com a efetivação de toda sorte de garantias por ela cuidadosamente estatuídas, oportunamente, e não sem razão, trouxe para o corpo constitucional mecanismos processuais hábeis a concretizar a vasta gama de direitos por ela positivados, máxime aqueles de cunho social fundamental⁹⁴. A possibilidade de defesa coletiva de direitos sociais, especialmente os trabalhistas, é sem dúvidas, um dos grandes avanços democráticos da Carta de 1988⁹⁵.

Ora, a tutela coletiva justifica-se, como se pode notar, não só como instrumento de celeridade e efetividade em razão da massificação da sociedade e conseqüente coletivização de demandas, mas também, no que concerne à jurisdição trabalhista, por constituir uma via de resistência das minorias, que somente pelas vestes do grupo conseguem fazer valer seus direitos. Isso porque, a tutela coletiva, ao despersonalizar o conflito, trouxe, para o direito do trabalho, de modo singular, um “plus” na efetivação dos direitos trabalhistas.

Para superar a tradicional alcunha dada a “Justiça do Trabalho” de “Justiça dos desempregados”, necessário efetivar medidas que tornem a Justiça verdadeiramente acessível a todos.

Na linha deste raciocínio, o grupo das pessoas com deficiência ganha ênfase como partícipes de uma sociedade democrática, que devem ter seus direitos garantidos num Estado Democrático e plural.

⁹⁴ A exemplo do artigos 5º, inciso LXX, artigo 8º, inciso III e artigo 129, III – todos da Constituição Federal de 1988.

⁹⁵ Pelo brilhantismo, impende transcrever a elucubração do excelso Ministro Carlos Ayres de Britto, na introdução proferida ao seu voto no RE 193.579/SP, *in verbis*: “A coletivização do processo, tão generosamente feita pela Constituição, respondeu a duas necessidades: a primeira social – estamos no âmago de uma sociedade pós-industrial em que os conflitos não são apenas interindividuais, são marcadamente intergrupais; são coletividades que se atiram, se friccionam, que contendem juridicamente, e era preciso dar uma resposta processual, com a coletivização do processo, que significasse aquilo que o Ministro Marco Aurélio acabou de dizer: economia processual. Ou seja, causas entre as mesmas partes, com a mesma razão de pedir, já não seriam pulverizadas, e, sim, uniformizada, unificadas. Essas causas, assim coletivizadas na sua protagonização, primariam também pela celeridade, porque fica muito mais fácil lutar, processualmente, judicialmente, quando as partes estão quantitativamente reduzidas. Então, a duração do processo fica mais célere, porque pulverizar o processo é, sem dúvida, ofender a esses dois princípios: o da economia e da celeridade processual. Acresça-se também, visou a Constituição a servir também ao Poder Judiciário e ampliar a sua eficiência. A coletivização do processo responde a essa necessidade de o Poder Judiciário dar respostas aos jurisdicionados com mais rapidez e eficiência. Claro que o processo coletivo também cumpre seu papel fundamental” (Disponível em < www.stf.jus.br>. Acesso em 20 de outubro de 2009).

4.3 Acesso Material e Coletivo à Justiça e a Inserção da Pessoa com Deficiência ao Mercado de Trabalho: uma leitura à luz da Convenção Internacional sobre Direitos da Pessoa com Deficiência.

Promulgada em Nova Iorque em 30 de março de 2007, e incorporada ao ordenamento pátrio por meio do Decreto 6.949 de 25 de agosto de 2009, nos termos do parágrafo 3º do artigo 5º da Carta Maior, portanto, norma de hierarquia máxima, consoante já aduzido, a Convenção Internacional sobre Direitos da Pessoa com Deficiência, reafirmando o princípio da não discriminação e o respeito à diversidade, e buscando promover a plena e efetiva realização equitativa dos direitos humanos e liberdades fundamentais das pessoas com deficiência, assegura, em seu artigo 13, o efetivo acesso das pessoas com deficiência à justiça. Nos termos do referido dispositivo, o acesso à justiça consiste em que:

- 1.Os Estados Partes assegurarão o efetivo acesso das pessoas com deficiência à justiça, em igualdade de condições com as demais pessoas, inclusive mediante a provisão de adaptações processuais adequadas à idade, a fim de facilitar o efetivo papel das pessoas com deficiência como participantes diretos ou indiretos, inclusive como testemunhas, em todos os procedimentos jurídicos, tais como investigações e outras etapas preliminares.
- 2.A fim de assegurar às pessoas com deficiência o efetivo acesso à justiça, os Estados Partes promoverão a capacitação apropriada daqueles que trabalham na área de administração da justiça, inclusive a polícia e os funcionários do sistema penitenciário.

Malgrado este rol de garantias conferidas pela convenção, forçoso advertir que o pleno acesso à justiça da pessoa com deficiência não se restringe a normas que assegurem a livre acessibilidade e a captação da vontade do deficiente. Vislumbra-se aí, tão somente, a manifestação do aspecto formal deste direito, ou seja o conteúdo mínimo do princípio fundamental do acesso à justiça no que atine à tutela dos direitos da pessoa com deficiência.

É verdade que essa preocupação com o ingresso das minorias como partícipes do processo é fruto de um aperfeiçoamento da concepção de “Acesso à Justiça”, que passa a enfatizar a acessibilidade de grupos, classes de pessoas, categorias, até então deixadas à margem da justiça⁹⁶.

No entanto, conforme sustentado no tópico anterior, diante das transformações das relações sociais e das nuances do Estado constitucional contemporâneo, que põe em relevo a dignidade do ser humano, não se concebe mais o pensamento restrito de um Judiciário

⁹⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos Araujo. **Teoria Geral do Processo**. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2005,p.132.

acessível a todos. É mister, além disso, que ele esteja munido dos instrumentos hábeis a produzir resultados que sejam individual e socialmente justos⁹⁷. Em outras palavras, a evolução da ciência jurídica trouxe para o âmago do discurso jurídico a premente concretização dos novos direitos como corolário do Acesso à Justiça, agora compreendido numa perspectiva também material.

Percebe-se que não basta garantir a acessibilidade ao Poder Judiciário, é imperioso assegurar a eficácia do direito posto – ou, em alusão a *Cappelletti e Garth*, em trecho já referenciado, é mister transportar os direitos dos códigos para o mundo real.

A perspectiva material do acesso à justiça, portanto, compreende, destacadamente, uma maior preocupação em realizar os dos direitos formalmente assegurados. Urgem medidas aptas a procedimentalizar e concretizar tais direitos.

Não à toa, o dispositivo em comento enuncia a necessidade de adaptações processuais aptas a garantir a participação direta ou indireta da pessoa com deficiência nos diversos processos judiciais. Contudo, para que se alcance o conteúdo fundamental que permeia o acesso à justiça, o enunciado deve ser interpretado extensivamente a fim de compreender todas as mudanças processuais adequadas e aptas a efetivar, concretamente, a proteção aos direitos da pessoa com deficiência. Mais que isso, no que atine especificamente à promoção do bem estar e plena participação social da pessoa com deficiência, deve-se compreender por “Acesso à Justiça” todas as medidas extrajudiciais de ação e conscientização que possam efetivar o rol de direitos assegurados pela Convenção em comento.

Nessa perspectiva, o acesso coletivo à justiça e a despersonalização da demanda, com a legitimação do Ministério Público, exsurtem como instrumentos importantes na materialização dos direitos das pessoas com deficiência. A atuação direta do órgão ministerial, em prol das minorias, é consequência do papel por ele desempenhado na defesa do Estado democrático e na promoção da justiça social.

Vale relembrar que a atuação do *Parquet* não se restringe à intervenção jurisdicional, abarcando também a fiscalização e o recurso a procedimentos administrativos conciliatórios, a exemplo dos Termos de Ajustamento de Conduta (TAC's) que objetivam exatamente alcançar substancialmente a proteção dos direitos da pessoa com deficiência, de maneira mais célere e efetiva.

⁹⁷ CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p.8.

Ainda assim, para que se tenha por concretizados determinados direitos, vital a adoção de medidas afirmativas, que por si promovam o ideal de justiça, *in casu*, a inclusão e integração plena da pessoa com deficiência.

Buscando alcançar esse escopo material de justiça, a Convenção sobressalta a importância das normas que efetivam a equiparação de oportunidades para pessoas com deficiência, inclusive elevando a status de princípio fundamental a “igualdade de oportunidades”, a “plena e efetiva participação e inclusão na sociedade”, entre outros⁹⁸.

Alinhada a nova ordem constitucional vigente, a reserva legal garantida à pessoa com deficiência constitui relevante medida afirmativa de equiparação da mesma no mercado de trabalho, verdadeiro mecanismo compensatório da discriminação que, reconhecidamente baseada na deficiência, exclui esse grupo de pessoas do convívio social, e, principalmente, da atividade produtiva.

No entanto, não pode ser tida como suficiente a mera garantia de ingresso no mercado de trabalho, é necessário o reconhecimento e a execução de todas as medidas necessárias a permanência digna da pessoa com deficiência no emprego. Isso inclui, por hipótese, a acessibilidade no ambiente de trabalho, a adequação ergonômica observada o tipo de deficiência, além de outras medidas que assegurem um ambiente laboral sadio, não só sob o ponto de vista físico, mas também psíquico, fato que reclama o fomento de políticas internas de promoção do bem estar da pessoa com deficiência, inclusive àquelas que promovam a conscientização e o respeito à diversidade.

Isso tudo pode ser extraído do corpo normativo da Convenção, que, à guiza de exemplo, no artigo 8, trata especificamente do tema da Conscientização da sociedade, inclusive das famílias, sobre as condições das pessoas com deficiência, fomentando o respeito aos seus direitos e a sua dignidade. Consoante preceitua o dispositivo em destaque, a conscientização deve abranger o combate a estereótipos, preconceitos e práticas nocivas à afirmação das pessoas com deficiência, bem como a promoção do reconhecimento das capacidades e, consequente contribuições que podem advir do respeito a essas pessoas.

Em igual linha, o artigo 9 dispõe acerca da acessibilidade de pessoas com deficiência, reclamando a eliminação dos obstáculos e demais barreiras que impeçam a livre circulação das mesmas (com autonomia e independência), o que abrange inclusive sinalizações em braile, auditivas, etc.

⁹⁸ Nesse sentido, conferir o item f do preâmbulo e o artigo 3 da Convenção

Ora, imprescindível ter em mente que o trabalhador, ao ingressar no local de trabalho, não se destitui do seu título de cidadão, de modo que, antes de assegurar seus direitos trabalhistas, mister lhes sejam reconhecidos seus direitos civis, dentre os quais, a liberdade, a dignidade, a autonomia e independência.

Da mesma forma, a pessoa com deficiência não perde seus direitos à liberdade, a autonomia e à independência no ambiente de trabalho, do que resulta imperiosa a “adaptação razoável do ambiente de trabalho”⁹⁹ para que a pessoa com deficiência possa se locomover e exercer em plenitude sua liberdade de trabalhar com dignidade e autosuficiência.

Corroborando o que aqui se afirma, Sandra Morais de Brito Costa¹⁰⁰ relembra que:

Existem importantes instrumentos que facilitam a inclusão de pessoas com deficiência, como o Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional (PCMSO), o Programa de Prevenção de Riscos Ambientais (PPRA), a Ergonomia, o Programa de Gestão de Questões Relativas à Deficiência no Local de Trabalho (incluído no PPRA e PCMSO) etc. que, articulados, formam um conjunto amplo das iniciativas da empresa na preservação da saúde e integridade dos trabalhadores em geral, e das pessoas com deficiência, em particular.

Incluir significa, em termos amplos, não excluir de forma alguma. Por conseguinte, a inserção no ambiente de trabalho não pode se restringir a garantia da vaga no emprego, sob pena de a medida ser destituída da sua finalidade inclusiva. O ideal de justiça que se materializa na inclusão da pessoa com deficiência só se realiza pelo respeito à sua dignidade enquanto cidadão e trabalhador, o que compreende o exercício pleno de suas liberdades fundamentais.

Nessa linha analítica, o papel do Ministério Público do Trabalho na promoção da justiça às pessoas com deficiência vai além da sua mera de inclusão nos postos de trabalho. O ideal de acesso à justiça aqui só se concretiza com a plena inserção do deficiente no ambiente laboral.

De qualquer forma, o órgão ministerial não pode descuidar da fiscalização das atribuições do Poder Público na formação e capacitação da mão de obra qualificada, reiterando-se aqui, que não pode haver transferência da responsabilidade no que atine à habilitação profissional para a iniciativa privada. Esta, porém, não pode eximir-se de adequar

⁹⁹ A Convenção, em seu artigo 2, conceitua “adaptação razoável” como sendo as “modificações e os ajustes necessários e adequados que não acarretem ônus desproporcional ou indevido, quando requeridos em cada caso, a fim de assegurar que as pessoas com deficiência possam gozar ou exercer, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas todos os direitos humanos e liberdades fundamentais” (Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm>. Acesso em 09 de fevereiro de 2010).

¹⁰⁰ COSTA, Sandra Morais de Brito. **Dignidade Humana e Pessoa com Deficiência: Aspectos Legais e Trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2008, p. 172.

o ambiente de trabalho para receber dignamente todos os grupos de trabalhadores, pois, este sim, decorre do exercício inerente a atividade empresarial, coordenadora que é dos fatores de produção. É, portanto, tarefa da empresa promover um ambiente de trabalho seguro e sadio, sobretudo às pessoas com deficiência, para que, de modo algum, o exercício da atividade laboral possa agravar a situação preexistente ou concorrer para o surgimento de nova deficiência.

A realização material da reserva legal deve observar, ainda, que a pessoa com deficiência seja aproveitada na função que melhor corresponda às suas habilidades. Eventuais práticas no sentido de impor que determinada função seja reservada às pessoas com deficiência resultam flagrantemente discriminatórias, tornando inócua a garantia¹⁰¹.

O Judiciário, e, demais disso, os órgãos de fiscalização e promoção da inclusão e integração da pessoa com deficiência, com enfoque didático e metodológico no Ministério Público do Trabalho, devem estar atentos para a realização formal e material da justiça no que atine a inserção da pessoa com deficiência no mercado de trabalho.

Com efeito, sobressaltada a importância do acesso coletivo e material à justiça, e, considerando-se o corte epistemológico necessário ao desenvolvimento do presente estudo, passa-se à imprescindível análise da tutela jurisdicional dos interesses individuais e coletivos das pessoas com deficiência pelo Ministério Público do Trabalho.

¹⁰¹ Ilustrativamente, para o cumprimento das cotas legais, algumas redes de supermercados começaram a contratar pessoas com deficiências variadas para realizarem o empacotamento das mercadorias. Praticamente toda a cota legal era cumprida, exclusivamente, na função referida. Ora, flagrante se tratar de contratação discriminatória, especialmente quando constatado o baixo grau de responsabilidade e habilidade específica exigido para o exercício da referida tarefa. É verdade que a análise superficial dos diplomas legais que cuidam da matéria leva a pressupor a ausência de qualquer norma que imponha ao empregador no cumprimento das cotas uma inserção das pessoas com deficiência em cargos diversos. De fato, à luz do artigo 5º, inciso II, da Carta Constitucional de 1988 “ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, o que poderia conduzir a afirmação de que no cumprimento das cotas pode o empregador discriminar um cargo específico a ser ocupado pela sua cota de “deficientes”. Contudo, se a obrigação de distribuição equitativa de cargos não deriva diretamente das regras estatuídas, certamente decorre dos princípios constitucionais da dignidade humana, da igualdade (não discriminação), e principalmente, do vasto rol de enunciados que têm por fim último a efetiva inclusão social da pessoa com deficiência. Outrossim, registre-se que o ordenamento jurídico pátrio veda qualquer tipo de discriminação nos critérios de admissão do portador de deficiência, conforme se depreende especialmente da norma insculpida no artigo 7º, inciso XXXI, da CF/88. Por tudo, embora não exista critério legal que exija a diversidade de cargos, certo é que a conduta do empregador na contratação não pode de maneira alguma revestir-se de caráter discriminatório, sob pena de submeter-se as sanções trabalhistas, cíveis e até criminais cabíveis (a teor do artigo 8º, inciso III da Lei 7.853/1989).

4.4 Atuação do Ministério Público do Trabalho

A atuação do Ministério Público do Trabalho na defesa dos interesses individuais indisponíveis, coletivos e difusos das pessoas com deficiência no âmbito das relações de trabalho é decorrência lógica do seu dever institucional de defesa da ordem jurídica social e do Estado Democrático de Direitos (artigo 127, caput, Constituição Federal/88), pois a afirmação da coexistência digna das pessoas com deficiência, através do respeito à diversidade, é pressuposto de uma democracia pluralista.

Registra-se, nessa linha, que por expressa previsão da Carta Maior, cumpre ao *Parquet*, promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (artigo 129, inciso III, CF/88). É importante consignar que, também por opção do constituinte pátrio, ao se referenciar à tutela do meio ambiente deve-se compreender também abrangido o do trabalho, a teor do artigo 200, inciso VIII, do Texto Magno.

Por sua vez, a competência material da Justiça do Trabalho para julgamento das tutelas relativas à integração da pessoa com deficiência no mercado de trabalho deriva da escolha do constituinte reformador (EC 45/2004) elencada no artigo 114 da Constituição Federal de 1988, especialmente combinado ao disposto no artigo 83, inciso III, da Lei Complementar 75/1993, que determina a atribuição do Ministério Público do Trabalho para promover a ação civil pública.

O conceito e abrangência dos interesses difusos e coletivos foram demasiadamente abordados no capítulo anterior, oportunidade em que também ficou demonstrada a transindividualidade dos interesses das pessoas com deficiência, inclusive no que concerne a sua inserção no mercado de trabalho.

De qualquer forma, a atribuição do órgão ministerial para a defesa dos interesses difusos e coletivos da pessoa com deficiência vem ratificada pela Lei 7.853/89. Este diploma disciplina, de forma específica, a possibilidade de instauração de inquérito civil¹⁰² e ingresso da ação civil pública¹⁰³ para a tutela dos interesses e direitos cujo objeto atenda a inclusão social da pessoa com deficiência¹⁰⁴. É verdade, que a legitimidade para a propositura da Ação

¹⁰² Cf. Artigo 6º, da Lei 7.853/89.

¹⁰³ Cf. Artigo 3º, da Lei 7.853/89.

¹⁰⁴ Consoante este diploma, notadamente, a peça inicial da Ação Civil Pública deve ser devidamente instruída. Para tanto, poderá o representante ministerial requerer às autoridades competentes as certidões e informações que julgar necessárias, que deverão, a teor do artigo 3º, §2º, ser fornecidas no prazo de 15 dias contados a partir

Civil Pública não é exclusiva do órgão ministerial, concorrendo com ele outros legitimados, a exemplo das associações com mais de um ano que tenham por finalidade a promoção social da pessoa com deficiência. Outrossim, consoante artigo 7º da referida lei, aplica-se subsidiariamente, no que couber, a Lei da Ação Civil Pública (L. 7.347/85).

Em verdade, a tutela coletiva em nosso ordenamento encontra respaldo jurídico em três diplomas normativos, basicamente: Lei da Ação Civil Pública (L. 7.347/1985), Código de Defesa do Consumidor (L. 8.078/90) e a Lei Orgânica do Ministério Público (LC. 75/1993), estruturando o que a doutrina costuma denominar “Micro Sistema Jurídico da Tutela Coletiva”.

A Lei da Ação Civil Pública (LACP), primeiro veículo legislativo a tratar da tutela coletiva, estipulava a Ação Civil Pública como instrumento hábil à defesa do meio ambiente, consumidor e patrimônio cultural. Posteriormente, o Código de Defesa Coletivo alargou a atribuição da Ação Civil Pública, para nela incluir a defesa de quaisquer direitos difusos e coletivos. Além disso, esse diploma normativo criou um novo instrumento de tutela coletiva, a Ação Civil Coletiva, hábil à proteção dos direitos individuais homogêneos¹⁰⁵.

Da mesma forma, a Lei Orgânica do Ministério Público (LC 75/93), no artigo 6º, inciso XII, estabelece a propositura da Ação Civil Coletiva para a defesa de interesses individuais homogêneos¹⁰⁶.

da data em que recebido o requerimento. Tais informações, nos termos da lei, só poderão ser utilizadas para a instrução da ação civil. É de se ressaltar que, somente nos casos em que o interesse público, devidamente justificado, impuser sigilo, poderá ser negada certidão ou informação, hipótese em que, deverá ser requerido ao juiz, no momento da propositura da exordial, que sejam requisitadas as pretendidas informações, que só poderão ser negadas em caso de segurança nacional. Além disso, destaca o referido diploma legal que os demais legitimados poderão habilitar-se como litisconsortes, e, em caso de desistência ou abandono da ação, qualquer dos co-legitimados poderá assumir a titularidade do feito. A sentença terá eficácia de coisa julgada oponível *erga omnes*, exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova. A lei prevê ainda, que a sentença que conclua pela carência ou pela improcedência da ação deve ser submetida ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal. Registra-se ainda que, em qualquer ação pública, coletiva ou individual, em que se discuta interesses afetos à pessoas com deficiência, a intervenção do Ministério Público é obrigatória. Prevê a lei, expressamente, a possibilidade de instauração de inquérito civil presidido pelo Ministério Público e a requisição - de pessoas físicas ou jurídicas, pública ou particular - de certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, não podendo este ser inferior a 10 dias úteis. Esgotadas as diligências, e inexistindo elementos para a propositura da Ação Civil, deverá o *Parquet* promover ao arquivamento do inquérito civil ou das peças informativas, remetendo o exame dos autos ou respectivas peças, em três dias, ao Conselho Superior do Ministério Público, que os examinará. Caso reformado o arquivamento, o Conselho indicará outro órgão do Ministério Público para ajuizamento da ação pública (Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7853.htm >. Acesso em 26 de fevereiro de 2010).

¹⁰⁵ O artigo 91 do Código de Defesa do Consumidor estabelece “Os legitimados de que trata o art. 82 poderão propor, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, **ação civil coletiva** de responsabilidade pelos **danos individualmente sofridos**, de acordo com o disposto nos artigos seguintes” (Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm >. Acesso em 24/09/2008).

¹⁰⁶ Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp75.htm >. Acesso em 24 de setembro de 2008.

Ainda em sede da Lei Complementar 75/93, salta aos olhos a atribuição do órgão ministerial para a defesa dos chamados direitos individuais indisponíveis (artigo 6º, inciso VII, *d*). É importante notar que, nesse caso, pela nota de indisponibilidade, justifica-se a intervenção do *Parquet* tanto pela via individual como coletiva, o que, aliás, também já foi ilustrado no capítulo anterior.

De qualquer forma, retomando questão da distinta abordagem legal no que toca a Ação Civil Pública e Ação Civil Coletiva, verifica-se que, inicialmente, a ação civil coletiva apareceu no ordenamento como uma modalidade de ação coletiva destinada, especificamente, à tutela dos interesses individuais homogêneos. Contudo, o movimento de coletivização das demandas acabou conduzindo a perda da importância prática na mencionada distinção, de modo que a ação civil pública passou a constituir instrumento hábil também à defesa dos interesses individuais homogêneos. Nessa linha analítica, o juslaboralista Renato Saraiva, corroborando o acima afirmado, cita o artigo 21 da Lei da Ação Civil Pública, o artigo 6º, inciso VII, alínea da Lei Orgânica do Ministério Público, o artigo 210 do Estatuto da Criança e do Adolescente e o artigo 25 da Lei 8625/93¹⁰⁷.

Em semelhante sentido, pontua Gustavo Filipe Barbosa Garcia¹⁰⁸:

Na realidade a dicotomia entre ações individuais e ações coletivas tem como fundamento o direito material tutelado, se individual ou coletivo. Por conseguinte, essa classificação é mencionada com finalidade didática e preponderantemente prática, eis que, segundo a moderna ciência processual, o direito de ação é abstrato, autônomo do direito material que visa a tutelar, instrumental e público, fazendo com que a ação, em si, não possua um nome que a tipifique.

Em razão disso, se a demanda é ajuizada com o objetivo de tutelar direito coletivo (em sentido amplo), defende-se aqui não ser decisivo o nome formalmente atribuído à ação. Por essa razão, não há alteração de relevo ao se denominar a demanda de “ação civil pública” ou “ação coletiva”.

O nome ou denominação formal não afetam a natureza coletiva da ação.

Da mesma forma, Raimundo Simão de Melo destaca a ação civil pública como gênero da tutela coletiva. Obtempera o autor¹⁰⁹:

A ação civil pública, como gênero das ações coletivas, tem por finalidade proteger os direitos e interesses metaindividuais – difusos, coletivos e individuais homogêneos – de ameaças e lesões. Destaque-se sua importância porque tais direitos são bens do povo e, por isso, constituem interesse público primário da sociedade, que, na maioria das vezes, não podem ser tutelados individualmente porque o cidadão é quase sempre um hipossuficiente que não dispõe de condições técnicas, financeiras e até psicológicas para enfrentar os poderosos em demandas que duram muitos anos perante o Judiciário. Em outros casos, nem mesmo compensa a atuação individualizada diante do baixo valor econômico provocado pela lesão ao interesse

¹⁰⁷ SARAIVA, Renato. Curso de Direito Processual do Trabalho. 5ed. São Paulo: Método, 2008, p. 804.

¹⁰⁸ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Direitos Fundamentais e Relação de Emprego:** trabalho, constituição e processo. 1 ed. São Paulo: Método, 2008, p. 91/92.

¹⁰⁹ Apud. SARAIVA, Renato. Curso de Direito Processual do Trabalho. 5ed. São Paulo: Método, 2008, p. 755.

individual decorrente da agressão coletiva. Há, contudo, outros fatores inibidores da defesa de tais interesses, como ocorre, por exemplo, no direito do trabalho em que além da subordinação econômica e da hipossuficiência presumida do trabalhador, sofre este as ameaças do desemprego e até mesmo as retaliações praticadas por empregadores inescrupulosos em represália pela busca de uma reparação perante o Poder Judiciário Trabalhista. Por essas e outras razões verificadas em cada caso concreto, a ação civil pública trabalhista representa uma adequada forma de acesso do cidadão ao verdadeiro direito de ação, que, individualmente, vem, em muitos casos, tornando simples retórica o comando do inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, que diz que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito.

Como se pode ver, tanto a ação civil pública, como ação civil coletiva (a depender do *nomen jûris* adotado), revelam-se instrumentos hábeis a garantir o acesso ao Poder Judiciário Trabalhista da tutela coletiva dos interesses das pessoas com deficiência no ambiente de trabalho, inclusive os individuais homogêneos, nestes compreendidos aqueles que, seja pela insignificância da lesão quando analisados individualmente, seja pela insuficiência do sujeito lesado hipossuficiente em relação ao agressor, ficariam à margem da busca por tutela, revelando assim a necessidade da proteção coletiva.

É importante sobressaltar, porém, que a atuação do Ministério Público do Trabalho, na inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho, não se resume ao caráter litigioso inerente a intervenção jurisdicional. A promoção da integração social e da inserção no mercado de trabalho, conforme ressaltado no capítulo antecedente, pressupõe uma forte conscientização da sociedade civil, e aqui, mais especificamente, da iniciativa privada, das potencialidades da pessoa com deficiência, demais disso, o fortalecimento do respeito à diversidade e não discriminação seja na contratação, seja na execução do contrato de trabalho da pessoa com deficiência.

Para tanto, as “audiências públicas” e os “Termos de Ajustamento de Conduta” (TAC’s), realizados no curso do inquérito civil público, revelam-se importantes instrumentos conciliatórios e orientadores para adaptação gradual da atividade econômica ao recebimento, em condições adequadas, da pessoa com deficiência no mercado de trabalho¹¹⁰. Em verdade, o acionamento da tutela jurisdicional, através principalmente da Ação Civil Pública, deve ocorrer, apenas, quando negada solução conciliatória, ou seja, quando mesmo após orientação e prazo as partes se neguem ao cumprimento da reserva legal de mercado.

¹¹⁰ Sandra Moraes de Brito Costa afirma que os procedimentos extrajudiciais adotados na fiscalização e promoção do cumprimento da lei de cotas pelo Ministério Público do Trabalho são paralelos e semelhantes ao realizado pelo Ministério do Trabalho e Emprego. Ocorre que, em que pese o caráter impositivo de ambos, os Termos de Ajustamento de Conduta firmados pelo Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) são destituídos de eficácia executiva extrajudicial, razão pela qual determinante a atuação do MPT (COSTA, Sandra Moraes de Brito. **Dignidade Humana e Pessoa com Deficiência: Aspectos Legais e Trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2008, p. 206-207).

Os Termos de Ajustamento de Conduta firmados pelo Ministério Público do Trabalho contam em favor do seu cumprimento com a eficácia executiva, constituindo verdadeiros títulos extrajudiciais.

Tem sido bastante comum o estabelecimento de TAC's para a formação de mão de obra como etapa precedente ao cumprimento das cotas, com o posterior aproveitamento pela empresa do pessoal habilitado. Esse mecanismo é interessante por promover a inserção gradual e aperfeiçoada da pessoa com deficiência no mercado de trabalho, porém, seu cumprimento deve ser cautelosamente fiscalizado para que não sirva como mero subterfúgio ao cumprimento da determinação legal. Isso porque, embora muitas empresas se ofereçam, voluntariamente, a promover cursos de formação e capacitação para pessoas com algum tipo de deficiência, sob o argumento de não encontrá-las no mercado, devidamente, qualificadas às suas necessidades produtivas (o que não deixa de ser fato verídico e notório, em razão, quase sempre, da omissão estatal ou insuficiência na prestação de serviços de habilitação/reabilitação profissional), não atentem para o fato de que, necessariamente, a capacitação deve corresponder a uma atividade para a qual haja vagas existentes a serem, seguidamente, preenchidas com o pessoal treinado/habilitado.

Com efeito, para fins da tutela realizada pelo Ministério Público do Trabalho na promoção do acesso à justiça (formal e material) das pessoas com deficiência, em atenção ao corte epistemológico estabelecido pelo presente estudo, merecem exortação as Ações Civis Públicas e os Termos de Ajustamento de Conduta que concretizem a eficaz inserção da pessoa com deficiência no ambiente de trabalho. Ou seja, merecem especial atenção as ACP's e TAC's que: 1) objetivem fazer cumprir a quota legal reservada aos deficientes, e aqui devem estar abrangidas não só as medidas direcionadas às empresas empregadoras, mas também aquelas cujo sujeito passivo seja o Poder Público e que tenham por escopo a obediência ao seu dever de formação profissional das pessoas com deficiência; 2) aquilatem a dignidade do trabalhador com deficiência, promovendo sua plena acessibilidade ao e no local de trabalho, assim como, condições laborais adequadas e salubres.

4.5 Atuação dos Tribunais na Concretização do Acesso à Justiça da Pessoa com Deficiência

Não mais subsiste concepção de acesso à justiça sem a correspondente atuação positiva do Judiciário, garantindo e efetivando o direito posto. Trata-se da multicitada perspectiva concretizadora.

Se, por um lado, a instrumentalização do acesso coletivo aos órgãos jurisdicionais – através das tutelas coletivas, com a ênfase na legitimação do Ministério Público, enquanto órgão de defesa e consecução de um Estado Democrático – representou significativo avanço e ampliação do acesso formal ao Poder Judiciário, a realização material dos direitos, salvo nas hipóteses de soluções consensuais, depende diretamente deste poder.

Nessa perspectiva, destaca-se, notadamente para a conclusão do presente estudo, uma breve aferição das posições sinalizadas pelos Tribunais no que concerne à tutela dos interesses trabalhistas da pessoa com deficiência.

É de se atentar que o Judiciário, Poder incumbido de dizer o direito no caso concreto, perfaz, por meio da atividade dos seus intérpretes, o sentido material do direito. O tema da inserção da pessoa com deficiência no mercado de trabalho, em que pese apresente vasto rol de conceitos jurídicos positivados, até mesmo em diplomas internacionais, não dispensa, de qualquer modo, a atividade do aplicador do direito.

O juiz, portanto, na realização do seu mister institucional não pode deixar de atentar para a cumprimento do fim social objetivado pela norma. *In casu*, o que se tem como fundamental é a não discriminação da pessoa com deficiência e a sua plena integração social. A inserção no mercado de trabalho é um mero instrumento, um meio, para se alcançar a dignidade da pessoa com deficiência, este sim, fim em si mesmo.

Nessa linha analítica, foram escolhidas algumas decisões, que, a partir das linhas traçadas por este estudo, alcançam, em certa medida, a materialização do escopo buscado pela garantia da reserva legal de mercado ao portador de deficiência.

A primeira delas foi proferida pelo Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, nos autos do processo n. 0041200-67-2008-5-15-0097, com a seguinte ementa:

PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA FÍSICA. DISPENSA SEM A CONTRATAÇÃO DE SUBSTITUTO DE SEMELHANTE CONDIÇÃO (ARTIGO 93 § 1º. DA LEI Nº. 8.213/91). REINTEGRAÇÃO AO EMPREGO. A interpretação conjunta da garantia constitucional de não discriminação do portador de deficiência (artigo 7º inciso XXXI) com os preceitos infraconstitucionais que asseguram mecanismos antidiscriminatórios, insculpidos

nos artigos 93 parágrafo 1º da Lei 8.213/91, artigo 2º-III-“d” da Lei 7.853/89, artigo 34 do Decreto 3.299/99, afinada com a regra do artigo 5º da LICC, leva à conclusão de que antes de contratar substituto de igual condição, não exsurge, para o empregador, o direito de rescindir imotivadamente a relação empregatícia mantida com o deficiente ou reabilitado. O descumprimento de tal preceito caracteriza dispensa NULA (artigo 9º da CLT), atraindo como consequência a continuidade da contratação, com a manutenção do deficiente no emprego, até que se cumpra a determinação legal. O resguardo do sistema de quotas visa assegurar a igual oportunidade de acesso dos deficientes ao mercado de trabalho e, nessa medida, não pode ser visto como mera questão administrativa, pois que de dignidade do trabalhador e de inclusão social verdadeiramente se cuida¹¹¹.

Com razão o Tribunal. Embora a reintegração, *in casu*, não esteja expressamente prevista na norma, decorre logicamente da garantia fundamental estatuída. Resultaria inócua a reserva de vagas, se pudesse o empregador, posteriormente, rescindir o contrato de trabalho sem a correspondente contratação de novo quotista. Trata-se de uma hipótese legal limitativa do suposto direito potestativo do empregador de rescisão unilateral do contrato, de modo que, não observada a nova contratação de substituto em semelhante condição, tem-se como abusiva a despedida, razão pela qual louvável a solução pela reintegração do trabalhador com deficiência inicialmente ocupante da vaga.

Em seqüência, a decisão proferida pelo Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, por meio do Acórdão n. 20090306303, cuja ementa segue *in verbis*:

EMENTA AÇÃO CIVIL PÚBLICA RESERVA LEGAL. LEI Nº 8.213/91, ART. 93. A Lei nº 8.213/91, em seu art. 93, é expressa, ao preconizar que a empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção: I - até 200 empregados, 2%; II- de 201 a 500, 3%; III- de 501 a 1000, 4% e, IV- de 1001 em diante, 5%. Não há falar-se em reserva legal calculada por estabelecimento e não empresa, pois a norma é expressa. Também não há que se excluir os vigilantes do total de empregados, para cálculo da reserva legal. Embora, em princípio, possa causar estranheza a empregabilidade do deficiente físico no serviço de vigilância, é imperioso excluir o preconceito do raciocínio lógico para concluir que deficiências menores, tais como perda de um dedo ou, quiçá, encurtamento de um membro inferior, sem prejuízo de outros, não impedem que o trabalhador mantenha a higidez imprescindível para efeito da prestação de serviços oferecida pela ré. Conforme relatado pela empresa M2 CENTRO DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE VIGILANTES LTDA em atendimento à consulta do Ministério Público do Trabalho, **deficientes** físicos são contratados para a função de vigilante que trabalhe com CFTV (Circuito Fechado de TV). Portanto, não há razões técnicas nem jurídicas para que se excluam os vigilantes da base de cálculo da totalidade do quadro de pessoal, para efeito de cumprimento da reserva legal¹¹².

¹¹¹ Disponível em <

http://consulta.trt15.jus.br/consulta/owa/pDecisao.wAcordao?pTipoConsulta=PROCESSO&n_idv=963108 >. Acesso em 26 de fevereiro de 2010.

¹¹² Disponível em < <http://www.trt2.jus.br/> >. Acesso em 26 de fevereiro de 2010.

Aqui, merece ser sobressaltada a parte em que o órgão julgador afasta a pré-concepção excludente de que determinadas atividades não podem ser, de qualquer modo, exercidas por pessoa com algum tipo de deficiência, como se houvesse uma incompatibilidade lógica entre o exercício das tarefas inerentes à atividade produtiva e a sua realização por pessoa com algum tipo de limitação. Ora, a limitação provocada pela deficiência é restrita ao movimento/sentido lesado, não pode e não deve ser generalizada ao ponto de atribuir a pessoa uma incapacidade inverídica e injusta.

Por outro lado, o aplicador do direito, ao traduzir seu raciocínio jurídico, deixou transparecer um equívoco bastante comum. Ao referir-se a possibilidade de preenchimento das vagas com pessoas dotadas de leves deficiências, o julgador transferiu o foco da contratação para a deficiência, quando, na verdade, deve-se prestigiar sempre e, incondicionalmente, a pessoa (em suas potencialidades). A empresa deve buscar na pessoa as atribuições compatíveis às suas exigências, e não a deficiência, sob pena de também assim incorrer em ato discriminatório. Preencher as vagas com deficiências leves, ou específicas, é também discriminar.

Finalmente, digno de menção o acórdão prolatado pelo Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, no processo de n. 00611-2007-021-03-00-7 RO, por sintetizar em um julgado tudo o que foi demonstrado ao longo do presente estudo. Nesse sentido, registra-se:

EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DIREITOS METAINDIVIDUAIS, DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS – PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIAS OU COM NECESSIDADES ESPECIAIS - POLÍTICA NACIONAL PARA A INTEGRAÇÃO – DURA LEX, SED LEX – ESFORÇO CONJUNTO DO ESTADO E DA SOCIEDADE CIVIL NA BUSCA DA PLENA INTEGRAÇÃO DESSAS PESSOAS NO CONTEXTO SÓCIO-ECONÔMICO E CULTURAL - DANOS COLETIVOS E EFICIÊNCIA DA TUTELA INIBITÓRIA - A sociedade moderna edificou-se sobre a liberdade, a produção, o consumo e o lucro. A pós-modernidade, exacerbadora desses valores, luta para inserir o homem neste quarteto, isto é, nestes quatro fios com os quais se teceu o véu do desenvolvimento econômico global, uma vez que a exclusão social muito aguda poderá comprometer o sistema. Produção em massa, consumo em massa, trabalho em massa, lesão em massa, desafiando um típico processo trabalhista para a massa, concentrando o que está pulverizado, e que, em última análise, nada mais é do que um processo em que se procura tutelar direitos metaindividuais, também denominados de coletivos em sentido amplo, transindividuais, supra-individuais, globais, e tantos outros epítetos, mas todos com a marca indelével da lesão em massa, que é o seu núcleo, a sua alma, a sua essência, ou o seu diferencial. **A evolução do dano moral no nosso sistema jurídico permite, atualmente, com base na Constituição e na legislação ordinária, a reparação dos danos morais coletivos. Objetiva-se, com essa indenização, oferecer à coletividade de trabalhadores, tendo como pano de fundo a sociedade, uma compensação pelo dano sofrido, atenuando, em parte, as consequências da lesão, ao mesmo tempo em que visa a aplicar uma sanção de índole inibitória pelo ato ilícito praticado pela empresa.** Na hipótese, as lesões perpetradas aos direitos das pessoas portadoras de deficiências implicaram violação

a princípios constitucionalmente assegurados, como os da cidadania, da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, que se encontram assegurados nos arts. 1º, incisos II, III e IV; 5º, incisos XXXV, XLI; e art. 170, *caput* e inciso VIII, todos da Constituição da República. **Em face da relevância desses bens objeto de garantia e da amplitude coletiva das práticas ilícitas, restou configurada a lesão aos interesses transindividuais, pertencentes a toda a sociedade, que ultrapassam a esfera de interesses meramente individuais de cada pessoa lesada. Configurada a lesão aos interesses transindividuais, torna-se pertinente a reparação do dano moral coletivo, independentemente do ressarcimento de danos morais individuais a serem perseguidos pelo titular de direito violado, em sede de ação trabalhista individual singular ou plúrima, com sede em uma tutela reparatoria. O direito ao trabalho da pessoa portadora de deficiência ou com necessidades especiais emana de valores que fundamentam o Estado Democrático de Direito, como o da dignidade da pessoa humana e o da consistência social do trabalho (CF, art. 1º, incisos III e IV), aos quais devem ser associados os objetivos nucleares da República Federativa do Brasil, qual seja, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, inciso IV, CF). O artigo 7º, inciso XXXI, da CF, complementa essa musculatura protetiva, ao proibir qualquer discriminação no tocante a salários e a critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência. A Lei 8.213/91, em seu artigo 93, instituiu uma tabela proporcional ao número de empregados, e pela qual a empresa com mais de 1001 (mil e um empregados) está obrigada a preencher 5% (cinco por cento) dos seus postos de trabalho com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, competindo ao Ministério do Trabalho e Emprego a geração de estatísticas, disponíveis aos sindicatos dos empregados. *Durum jus, sed ita lex scripta est*. O intuito do legislador foi o mais nobre possível, uma vez que o trabalho é o principal meio de inserção social, pois permite ao trabalhador relacionar e interagir com outros indivíduos e com a sociedade. Harmonização dos valores sociais do trabalho com os da livre iniciativa em um ambiente de efetiva concretização dos direitos fundamentais dos portadores de deficiência, colimada por uma política nacional para a integração dessas pessoas, e que se faz compreendida por um conjunto de orientações normativas que objetivam assegurar o pleno exercício dos direitos individuais e sociais, mediante a observância da função social da propriedade, da empresa e do contrato, satisfazendo aos anseios do art. 5º, inciso XXIII, da Constituição e do art. 421 do Código Civil, combinados com o art. 2º da CLT, que sempre considerou, como empregadora, a empresa e não a pessoa jurídica ou física¹¹³.**

Com efeito, conforme minimamente delineado, a observância da proteção conferida à pessoa com deficiência, especialmente no que atine à reserva de mercado, é corolário do Estado Democrático de Direito e da Dignidade da Pessoa Humana, pois promove, através do trabalho, a integração social da pessoa com deficiência, o respeito à diversidade e ao pluralismo social.

¹¹³ Disponível em <

<http://as1.trt3.jus.br/jurisprudencia/acordaoNumero.do?evento=Detalhe&idAcordao=627962&codProcesso=622982&datPublicacao=21/06/2008&index=6>>. Acesso em 26 de fevereiro de 2010.

5 CONCLUSÃO

Diante do exposto, extratam-se as seguintes conclusões:

1. Várias designações foram e continuam sendo utilizadas para referenciar a pessoa com deficiência, tais como, “retardado”, “aleijado”, “excepcional”, “inválido”, etc. A busca pela designação adequada, contudo, busca neutralizar a carga discriminatória que, historicamente, tem permeado as relações das pessoas com algum tipo de deficiência.

2. O termo tecnicamente mais difundido para a designação das pessoas dotadas de alguma limitação física, mental ou sensorial, que demandem proteção específica é “pessoa portadora de deficiência”. Essa foi a nomenclatura acolhida pelo constituinte pátrio, que, em diversos dispositivos, elegeu o termo em destaque como hábil a referenciar o grupo vulnerável beneficiário da proteção especial conferida pelo ordenamento jurídico. No entanto, a recente ratificação da Convenção Internacional sobre Direitos das Pessoas com Deficiência, conferiu status constitucional a designação “pessoa com deficiência”, tecnicamente e constitucionalmente mais adequada.

3. A habilitação e reabilitação profissional constituem importantes instrumentos de efetivação da igualdade de oportunidades de emprego à pessoa com deficiência, na medida em que permitem o aprimoramento e desenvolvimento de sua potencialidade produtiva.

4. O sistema de cotas no direito brasileiro está atrelado à mão de obra habilitada, isto é, qualificada ao exercício da atividade profissional. Ademais, além da habilitação mister que haja compatibilidade entre a função exercida e o tipo de deficiência, assegurando-se ao deficiente um meio ambiente laboral saudável e digno.

5. A habilitação é a capacitação para aqueles que ainda não aperfeiçoaram habilidade específica para o desempenho de uma profissão, ao passo que a reabilitação é o instrumento de adaptação e readaptação de antigos profissionais, que, a partir da identificação de suas potencialidades laborativas, torna-os aptos a desempenhar suas antigas funções ou outras, desde que compatíveis com sua condição limitante adquirida, permitindo, como isso, seu reingresso ao mercado de trabalho.

6. A cota legal reservada às pessoas com deficiência constitui medida compensatória da discriminação que, historicamente, excluiu essas pessoas do mercado de trabalho, e mesmo do convívio social, importando, portanto, ação afirmativa da isonomia jurídica, na medida em que visa garantir acesso equânime aos postos de trabalho.

7. O interesse na proteção e inserção da pessoa com deficiência no mercado de trabalho transcende à órbita individual da pessoa com deficiência. É corolário do Estado de Direito democrático e plural.

8. A Constituição Federal de 1988 consagra em diversos dispositivos a nova perspectiva de socialização do direito e do acesso à justiça. O Acesso à Justiça, enquanto direito fundamental deve ser igualmente acessível a todos e deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.

9. A possibilidade de defesa coletiva de direitos sociais, especialmente os trabalhistas, é sem dúvidas, um dos grandes avanços democráticos da Carta de 1988.

10. A perspectiva material do acesso à justiça compreende uma maior preocupação em realizar os dos direitos formalmente assegurados. Urgem medidas aptas a procedimentalizar e concretizar tais direitos.

11. O acesso coletivo à justiça e a despersonalização da demanda, com a legitimação do Ministério Público, exsurtem como instrumentos importantes na materialização dos direitos das pessoas com deficiência. A atuação direta do órgão ministerial, em prol das minorias, é consequência do papel por ele desempenhado na defesa do Estado democrático e na promoção da justiça social.

12. Não é suficiente a mera garantia de ingresso no mercado de trabalho, é necessário o reconhecimento e a execução de todas as medidas necessárias a permanência digna da pessoa com deficiência no emprego. Isso inclui, por hipótese, a acessibilidade no ambiente de trabalho, a adequação ergonômica observada o tipo de deficiência, além de outras medidas que assegurem um ambiente laboral sadio, não só sob o ponto de vista físico, mas também psíquico, fato que reclama o fomento de políticas internas de promoção do bem estar

da pessoa com deficiência, inclusive àquelas que promovam a conscientização e o respeito à diversidade.

13. A atuação do Ministério Público do Trabalho, na inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho, não se resume ao caráter litigioso inerente a intervenção jurisdicional. A promoção da integração social e da inserção no mercado de trabalho pressupõe uma forte conscientização da sociedade civil, e aqui, mais especificamente, da iniciativa privada, das potencialidades da pessoa com deficiência.

14. As funções institucionais do Ministério Público do Trabalho através dos termos de ajustamento de conduta, inquéritos civis e ações civis públicas, em prol da guarda destes interesses, precisam ser, invariavelmente, realizadas com o intuito de transformar a mentalidade discriminatória das empresas, minimizar a exclusão e garantir a real inclusão das pessoas com deficiência.

15. Merecem especial atenção as ACP's e TAC's que: 1) objetivem fazer cumprir a quota legal reservada aos deficientes, e aqui devem estar abrangidas não só as medidas direcionadas às empresas empregadoras, mas também aquelas cujo sujeito passivo seja o Poder Público e que tenham por escopo a obediência ao seu dever de formação profissional das pessoas com deficiência; 2) aquilatem a dignidade do trabalhador com deficiência, promovendo sua plena acessibilidade ao e no local de trabalho, assim como, condições laborais adequadas e salubres.

16. O ideal de justiça que se materializa na inclusão da pessoa com deficiência só se realiza pelo respeito à sua dignidade enquanto cidadão e trabalhador, o que compreende o exercício pleno de suas liberdades fundamentais.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência. 1997. Disponível em <www.mp.rs.gov.br/dirhum/doutrina/id248.html>. Acesso em 02 de janeiro de 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 15 set. 2009;

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988;

COSTA, Sandra Morais de Brito. **Dignidade Humana e Pessoa com Deficiência**: Aspectos Legais e Trabalhistas. São Paulo: LTr, 2008;

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8 ed. São Paulo: LTr, 2009;

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2009;

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. **A ONU e o seu conceito revolucionário de Pessoa com Deficiência**. Revista LTr., Vol. 72, n. 3, Março 2008

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Direitos Fundamentais e Relação de Emprego**: trabalho, constituição e processo. 1 ed. São Paulo: Método, 2008;

GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos Araujo. **Teoria Geral do Processo**. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2005;

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

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 6 ed. São Paulo: LTr, 2008;

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos**: Conceito e legitimação para agir. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004;

MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2007;

_____. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3 ed. 16 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008

OLMOS, Cristina Paranhos. **Discriminação na Relação de Emprego e Proteção contra a Dispensa Discriminatória**. São Paulo: LTr, 2008;

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2006;

RADBRUCH, Gustav. **Introdução à Ciência do Direito**. Trad. Vera Barkow; revisão técnica Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 1999;

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2004;

SARAIVA, Renato. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 5ed. São Paulo: LTr, 2008;

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**: na Constituição Federal de 1988. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008;

SILVA, De Plácido. **Vocabulário Jurídico conciso**. Atualizadores Nagib Slaib Filho e Glaucia Carvalho. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008;

SILVA NETO, Manoel Jorge. **Proteção Constitucional dos Interesses Trabalhistas**: difusos, coletivos e individuais homogêneos. São Paulo: LTr, 2004;