

Manuella de Oliveira Soares



GARANTIA DE VAGAS DE EMPREGO ÀS
PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

FORA DA LEI DE COTAS

GARANTIA DE VAGAS DE EMPREGO ÀS

PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

FORA DA LEI DE COTAS



UNIVERSIDADE ESTADUAL DE MATO GROSSO DO SUL

Reitor

Laércio Alves de Carvalho

Vice-reitora

Luciana Ferreira da Silva

*Pró-reitora de Extensão, Cultura
e Assuntos Comunitários*

Érika Kaneta Ferri



DIVISÃO DE PUBLICAÇÕES - EDITORA UEMS

*Chefe da Divisão de Publicações
e Designer Gráfico*

Everson Umada Monteiro

Editora

Eliane Souza de Carvalho

Revisora

Islene França de Assunção

CONSELHO EDITORIAL

Presidente

Nataniel dos Santos Gomes

Conselheiros(as)

Alberto Adriano Cavalheiro

Beatriz do Santos Landa

Cíntia Santos Diallo

Claudia Andreia Lima Cardoso

Cristiane Marques dos Reis

Érika Kaneta Ferri

Eliane Souza de Carvalho

Islene França de Assunção

Marcos Antonio Camacho da Silva

Mirella Ferreira da Cunha Santos

Roberto Dias de Oliveira

Manuella de Oliveira Soares

GARANTIA DE VAGA DE EMPREGO ÀS
PESSOAS COM DEFICIÊNCIA
FORA DA LEI DE COTAS



© 2024 by Manuella de Oliveira Soares.

Capa e projeto gráfico
Everson Umada Monteiro

Ilustrações
Upklyak

Revisão final
Islene França de Assunção

S655g Soares, Manuella de Oliveira

Garantia de vaga de emprego às pessoas com deficiência fora da lei de cotas
Manuella de Oliveira Soares – Dourados, MS: Editora UEMS, 2024.
409 p.

ISBN: 978-65-89374-36-7 (Digital).

1. Inclusão no trabalho 2. Pessoa com deficiência 3. Ações afirmativas 4. Direito ao trabalho, I. UEMS II. Título

CDD 23. ed. - 331.120981

Elaborada pela Bibliotecária Elaine Freire Lessa – CRB-1/0699p.

Biblioteca Central da UEMS.

Autorizamos a reprodução parcial ou total desta obra, para fins acadêmicos,
desde que citada a fonte. Proibido qualquer uso para fins comerciais.

Direitos reservados à

Editora UEMS

Bloco A - Cidade Universitária

Caixa Postal 351 - CEP 79804-970 - Dourados/MS

(67) 3902-2698

editorauems@uems.br

www.uems.br/editora

Editora associada à


Associação Brasileira
das Editoras Universitárias

Aos meus filhos,
com todo o amor
do mundo.

APRESENTAÇÃO 09

1 QUEM SÃO AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA? 11

- 1.1 Evolução histórica do conceito 11
- 1.2. A evolução histórica do tratamento social das pessoas com deficiência 18
- 1.3. As modalidades de deficiência 27
 - 1.3.1 Deficiência intelectual 33
 - 1.3.2 Deficiência física 37
 - 1.3.3 Deficiências sensoriais 39
 - 1.3.4 Deficiência de dicção 42
 - 1.3.5 Deficiências de metabolismo 43
 - 1.3.6 Fissura labiopalatal 44
- 1.4 As pessoas com deficiências e o Direito do Trabalho 45

2 A INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA COMO FATOR GARANTIDOR DA DIGNIDADE HUMANA 49

- 2.1 A garantia da dignidade humana nas Constituições Brasileiras 66
- 2.2 A inclusão da pessoa com deficiência como instrumento garantidor da dignidade humana 76

3 A INCLUSÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO MERCADO DE TRABALHO INTERNACIONAL E NACIONAL 85

- 3.1 Os tratados internacionais a respeito das pessoas com deficiência 91
- 3.2 A inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho pela Organização Internacional do Trabalho 99
- 3.3 Inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho mundial 106
- 3.4 A inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho brasileiro 125

SU MÁ

RI



4

AS AÇÕES AFIRMATIVAS E A INCLUSÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO BRASIL 139

4.1. O que são ações afirmativas? 139

4.2 As ações afirmativas no Brasil e o sistema de cotas de emprego 147

4.2.1. O sistema de cotas no setor público brasileiro 154

4.2.2. O sistema de cotas no setor privado brasileiro 157

4.3. A APLICABILIDADE DA LEI DE COTAS NO SETOR PRIVADO BRASILEIRO 171

4.3.1 A pequena quantidade de empresas com mais de cem empregados nos municípios brasileiros 172

4.3.2 A influência da reforma trabalhista como fator de diminuição de vagas para pessoas com deficiência 181

4.3.3 O aumento das micros e pequenas empresas no Brasil 190

4.3.4 A alteração legislativa como solução para a falta de vagas no mercado de trabalho para as pessoas com deficiência 193

4.3.5 A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção como soluções para a falta de vagas no mercado de trabalho para as pessoas com deficiência 202

5

A AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DA INCLUSÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO MERCADO DE TRABALHO 213

5.1. O processo como ferramenta de efetividade do direito material 213

5.2. Ações coletivas: conceito, histórico e princípios 226

5.3. A Ação Civil Pública e suas características 237

5.4. A Ação Civil Pública e o Acesso à Justiça 279

5.5. A Ação Civil Pública como instrumento de efetivação dos direitos das pessoas com deficiência nas empresas brasileiras 285

CONSIDERAÇÕES FINAIS 365

REFERÊNCIAS 370



APRESENTAÇÃO

Não há dúvida de que o trabalho é uma atividade fundamental para a espécie humana, uma vez que desperta nas pessoas o sentimento de utilidade e de pertencimento, favorecendo as relações interpessoais e as conquistas nos âmbitos pessoal, social e profissional. Nesse cenário, a importância do trabalho na vida das pessoas com deficiência é ainda maior, pois contribui também para a melhora e para o desenvolvimento da autoestima e da confiança dessas pessoas, assegurando-lhes, ainda, a inclusão social. Por isso, a garantia de inclusão desse grupo no mercado de trabalho, em especial nas empresas privadas, significa a própria viabilização do progresso social democrático.

Tendo isso em vista, a Lei nº 8.213/91 foi criada para garantir vagas de emprego às pessoas com deficiência na esfera privada, já que obriga as empresas com mais de cem empregados a contratar esses trabalhadores a

fim de lhes assegurar a inclusão no mercado de trabalho. Todavia, em vários municípios brasileiros, não há sequer uma empresa que se encaixe na mencionada Lei de Cotas. Nesses casos, como falar em garantia de inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho?

Nesses termos, o presente livro pretende mostrar que a Ação Civil Pública pode ser instrumento de efetivação do direito das pessoas com deficiência ao trabalho, quando utilizada para garantir vagas de emprego em empresas que não se incluem na Lei de Cotas, ou seja, que tenham menos de cem empregados em seu quadro laboral. Mas quais seriam os fundamentos do pedido? Em face de quem a ação poderia ser proposta? Em quais situações?

Tenha uma ótima leitura e aproveite a reflexão inovadora sobre a possibilidade de inserção das pessoas com deficiência no mercado de trabalho, em todas as empresas, mesmo quando elas não estão abarcadas pela Lei de Cotas. A ideia é demonstrar que somente com a plena e efetiva inclusão de todos os grupos minoritários na sociedade, em especial, nesse caso, das pessoas com deficiência, é que se poderá falar em um país mais humano, justo e comprometido com o bem-estar e com seu próprio futuro.

1. QUEM SÃO AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA?

1.1 Evolução histórica do conceito

Muitas são as dificuldades que envolvem o tema afeto às pessoas com deficiência, a começar pelo conceito. Durante muito tempo, o Direito manteve-se quase que totalmente indiferente ao tema e à multiplicidade de conceitos, já que as definições não constituíam problema algum, até porque tal não era tido como de grande relevância na sociedade.

Assim que a temática foi ganhando importância, a preocupação com a terminologia correta cresceu, juntamente com as implicações de seu uso, e o Direito começou a preocupar-se de maneira mais incisiva com o assunto, já que ainda não se mostrava possível conceituar a pessoa com deficiência de maneira sábia e leve, como Renata Villela (2007) o fez de maneira singular:

“Deficiente” é aquele que não consegue modificar sua vida, aceitando as imposições de outras pessoas ou da sociedade em que vive, sem ter consciência de que é dono do seu destino.

“Louco” é quem não procura ser feliz com o que possui.

“Cego” é aquele que não vê seu próximo morrer de frio, de fome, de miséria, e só tem olhos para seus míseros problemas e pequenas dores.

“Surdo” é aquele que não tem tempo de ouvir um desabafo de um amigo, ou o apelo de um irmão. Pois está sempre apressado para o trabalho e quer garantir seus tostões no fim do mês.

“Mudo” é aquele que não consegue falar o que sente e se esconde por trás da máscara da hipocrisia.

“Paralítico” é quem não consegue andar na direção daqueles que precisam de sua ajuda.

“Diabético” é quem não consegue ser doce.

“Anão” é quem não sabe deixar o amor crescer.

E, finalmente, a pior das deficiências é ser miserável, pois:

“Miseráveis” são todos que não conseguem falar com Deus.

“A amizade é um amor que nunca morre.”

Pode-se afirmar que os principais modelos de entendimento do que vem a ser deficiência são os modelos criativo, médico, social e jurídico. O criativo enxerga a pessoa com deficiência como um ser não capaz de levar uma vida independente, precisando de ajuda. O modelo médico afirma que muitas dessas pessoas precisam e podem ser curadas, com o objetivo de “normalizar” a pessoa com deficiência, que é limitada ao plano individual. Assim, por esse modelo, quem deve mudar é a pessoa com deficiência, e não a sociedade, embora se reconheça a necessidade de serviços especiais para as atender. Já o modelo social entende a deficiência como um resultado da maneira como a sociedade está organizada. Ao contrário do modelo médico, nesse caso, a deficiência não depende apenas do indivíduo, mas de toda a sociedade, já que, estando ela mal organizada, a pessoa com deficiência

será discriminada e terá ainda mais barreiras de inclusão. Por fim, o modelo jurídico tem a preocupação de que a sociedade mude para poder garantir às pessoas com deficiência oportunidades iguais; essa visão tem por fundamento os direitos humanos.

Nessa conjuntura, inicia-se o presente trabalho com as definições utilizadas no Brasil, em especial aquelas adotadas ao longo dos tempos pela legislação. No Brasil do início do século XX, as pessoas com deficiência eram chamadas de “inválidos”, um termo pejorativo que já demonstrava a nulidade social em que elas estavam revestidas.

O Decreto Federal 60.501/67, que regulamentou a antiga Lei Orgânica da Previdência Social (Lei 3807, de 26.08.1960), sem mencionar o fato de que a legislação previdenciária, ainda hoje, além de fazer uso dessa expressão (LBPS, arts. 16, inc. I e III, 66, 67,77, §2º, incs. II e III e 101), mantém as referências ao instituto da aposentadoria por invalidez (LBPS, arts. 40, §1º, inc I, 100, §1º e no art. 201) (Silva, 2013, p. 136).

O termo “inválido” foi posteriormente substituído por “incapacitado”, situação que perdurou até por volta dos anos de 1960 e, inicialmente, significava indivíduos sem qualquer capacidade, evoluindo depois para a noção de indivíduos com capacidade residual (Sasaki, 2003). Quanto aos termos “defeituoso”, “deficiente” e “excepcional”, esses passaram a ser utilizados entre as décadas de 1960 e 1980. A palavra “deficiente” abarcava todas as pessoas com deficiência física, intelectual, sensorial e múltipla; “defeituosos” seriam aqueles com alguma deficiência apenas física, e “excepcionais”, os indivíduos com deficiência intelectual. É importante destacar que, no caso da palavra “excepcional”, quando se trata de pessoas com deficiência, é sempre utilizado de maneira pejorativa, não positiva (Araujo, 2011).

Entre 1981 e 1987, vigorou no Brasil a expressão “pessoa deficiente”, já que, em 1975, a Organização das Nações Unidas (ONU) publicou a Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes e, em 1976, por meio da Resolução nº 31/123, proclamou o ano de 1981 como o Ano Internacional das Pessoas Deficientes. Todavia, algumas críticas foram feitas em virtude de o termo “pessoas deficientes” passar a impressão de que a pessoa inteira seria deficiente, o que não era verdade. Assim, surgiu, na segunda metade dos anos 1980, a expressão “pessoa portadora de deficiência”. Tal termo, porém, também remeteu a uma noção incorreta, como se a deficiência fosse algo alheio ao indivíduo, que apenas a portaria, a carregaria e que poderia deixá-la de lado facilmente, se assim desejasse. Ao contrário, a deficiência é parte integrante da pessoa e influencia a sua formação enquanto indivíduo sob diversos aspectos. Por isso, o termo foi abandonado posteriormente.

A esse respeito, Pastore (2000, p. 27) ensina:

[...] o termo “portador de deficiência” tende a ser usado para se referir a um grande número de pessoas que não têm nada em comum entre si, a não ser o fato de que não funcionam da mesma maneira dos não portadores. Essa definição descarta o fato de que a maioria dos portadores de deficiência possui uma larga gama de capacidades que não são encontradas entre os não portadores.

Entretanto, antes que tal postura fosse alterada, nossa atual Constituição, promulgada em 1988, acabou por se valer, também, da aludida terminologia, não se olvidando, inclusive, que, na época da eclosão da Emenda Constitucional nº 65, em 2010, o termo “pessoa portadora de deficiência” se manteve presente. Na mesma época, surgiram, nos Estados Unidos, outros termos e expressões, no seio do movimento inclusivo, para se referir às

disabled people, tais como *physically challenged person*, *mentally different person*, *unusual person*, entre outras (Silva, 2013).

No mesmo contexto, também apareceram várias expressões no Brasil, como pessoa especial, pessoas com eficiências diferentes, pessoa com habilidades diferenciadas, pessoas d-Eficiente, pessoas com direitos especiais, pessoas com necessidades especiais (essa é a mais utilizada) etc. (Sasaki, 2003).

Contudo, deve prevalecer a terminologia “pessoa com deficiência”, adotada na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD), aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 13 de dezembro de 2006 e assinada em Nova York, em 30 de março de 2007.

A CDPD foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro nos termos do procedimento previsto no artigo 5º, § 3º, da CF/88, ou seja, o controle parlamentar democrático que culminou com a edição do Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, foi iniciado e encerrado dentro dos parâmetros exigidos à aprovação de uma emenda constitucional (EC) e, por tal razão, galgou força e eficácia jurídicas de norma constitucional, não se olvidando que sua definitiva interiorização se deu pela promulgação do Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, pelo Presidente da República.

Por ser mais adequada, é essa terminologia, pessoa com deficiência, que deve ser adotada, lembrando que, neste livro, outras terminologias poderão ser nominadas em razão das citações doutrinárias, da legislação e da jurisprudência existentes anteriormente à mudança terminológica mencionada.

Conforme dispõe o artigo 1º da citada Convenção,

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas (Brasil, 2009).

O conceito formulado pela Convenção é composto por um critério médico e um critério ambiental, de modo que o impedimento de longo prazo, seja ele físico, mental, intelectual ou sensorial, só será considerado uma deficiência se a pessoa apresentar alguma dificuldade na interação com o ambiente ou, sob outro ângulo, se ela enfrentar barreiras para sua inclusão social em decorrência do impedimento aludido.

De acordo com Araujo (2011, p. 20),

O que define a pessoa com deficiência não é falta de um membro nem a visão ou audição reduzidas. O que caracteriza a pessoa com deficiência é a dificuldade de se relacionar, de se integrar na sociedade. O grau de dificuldade de se relacionar, de se integrar na sociedade, de estar incluído socialmente. O grau de dificuldade para a inclusão social é que definirá quem é ou não pessoa com deficiência.

O conceito enunciado no artigo 1º da Convenção remete às dificuldades enfrentadas pelas pessoas com deficiência no que diz respeito à “[...] participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas” (Brasil, 2009).

Nesse contexto, é fácil verificar que a expressão “pessoa com deficiência” faz parte de um constructo cultural consciente e que recebe legitimação da própria minoria a que se refere. Assim, o Estado deve privilegiar o termo “pessoa com deficiência”, combatendo a discriminação (Silva, 2013), sendo relevante salientar que, embora a discussão terminológica possa, à

primeira vista, parecer sem importância, tem sua lógica de ser também devido ao movimento do “politicamente correto”.

O politicamente correto, apesar de existir desde sempre em essência (e. g. por etiqueta ou falso moralismo), ganhou seus atuais contornos nos Estados Unidos da década de 1980, quando nos debates sobre indústria cultural e minorias, surgiram discussões sobre a lógica da exclusão inserida na linguagem e sobre quais seriam os termos e as expressões neutros, que não seriam tidos como ofensivos, racistas, machistas, homofóbicos, etc. (Silva, 2013, p. 140).

Esse movimento empreendeu uma verdadeira revisão de costumes, o que, por consequência, deu origem a inúmeras críticas. A possibilidade de novas ações judiciais baseadas nesses novos termos passou a ser um temor da sociedade; e, obviamente, tais ações surgiram, questionando a liberdade de expressão.

No Brasil, o precedente mais conhecido foi o caso Ellwanger (STF- HC 82.424/RS), um julgamento ocorrido em Porto Alegre cujo réu era o proprietário da Editora Revisão, Siegfried Ellwanger Castran. O réu foi acusado da prática de crime de racismo antissemita porque publicou algumas obras (*O judeu internacional*, *Os protocolos dos sábios de Sião*, *Hitler, culpado ou inocente?*, e *Holocausto: judeu ou alemão*) que traziam concepção ideológica de que os alemães foram as vítimas durante a Segunda Guerra Mundial, e não os judeus.

A Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul condenou o réu, fundamentando que a edição e a venda de obras incitavam o preconceito e a discriminação. No Supremo Tribunal Federal, em 2003, foi confirmado que, nas obras, havia propagação de ideias discriminatórias antissemitas, sendo o réu condenado por crime de racismo.

É preciso entender a importância da linguagem. Não há dúvida de que a liberdade de expressão, embora sagrada para a democracia, deve ser balizada pelo valor fundamental da alteridade. Não se pode olvidar que todo processo discursivo é produzido no interior de uma formação ideológica. Dessa forma, há de existir um esforço para o uso de uma linguagem cada vez mais não só democrática e transparente, mas também inclusiva e ética, o que, indubitavelmente, contribuirá para a edificação de uma sociedade tanto mais justa, livre e solidária, quanto menos preconceituosa e mais inclusiva.

1.2 A evolução histórica do tratamento social das pessoas com deficiência

Desde os primórdios, as pessoas com deficiência já não se sentiam totalmente integradas à sociedade. O tratamento que lhes era dispensado apresentava dois aspectos básicos: ou eram tratadas de maneira simpática pela coletividade em que viviam, porque alguns as protegiam e as sustentavam para conquistar a simpatia dos deuses ou como gratidão pelos esforços dos que se mutilaram em guerra, ou eram hostilizadas, porque eram vistas como grande empecilho ao grupo.

Em relação ao período pré-histórico, não se tem indícios de como esse grupo humano se comportava em relação às pessoas com deficiência. As tribos se preocupavam, então, em zelar pela segurança e manter a saúde dos integrantes; por isso, era quase impossível que uma pessoa com deficiência sobrevivesse, já que o ambiente era muito desfavorável e tais indivíduos representavam um fardo para o grupo (Silva, 1986).

Também em relação à hostilização, pode-se citar os sirionós, antigos habitantes das selvas da Bolívia, que não suportavam as pessoas com deficiência, dado o caráter seminômade do grupo, a deficiência acarretava grande obstáculo, motivo pelo qual tais pessoas eram abandonadas à própria sorte. Os balineses, nativos da Indonésia, também eram bastante preconceituosos e não mantinham relação sexual com pessoas consideradas diferentes. No mesmo contexto, encontravam-se os astecas, que colocavam as pessoas com deficiência nos jardins zoológicos, para que fossem ridicularizadas (Fonseca, 1997).

As pessoas com deficiência também eram vistas como um castigo dos deuses para o povo hebreu; por essa razão, era-lhes vetado o ingresso na vida religiosa. Os gregos também tinham grande preconceito com relação às pessoas com deficiência; prova disso é que os recém-nascidos com alguma deficiência eram jogados do alto do abismo de Taigeto, já que, quando crescessem, não poderiam se tornar soldados fortes e destemidos. Tais fatos ocorriam principalmente em Esparta, cidade militar grega (Oliveira, 1981). Acreditava-se que as pessoas com deficiência eram possuídas por espíritos malignos, por isso o ato de se relacionar com elas significava manter contato com o espírito do mal. Assim, a melhor solução era promover a exclusão de tais indivíduos da sociedade (Maciel, 2011).

Em relação aos povos que tratavam as pessoas com deficiência com respeito, podem ser citados os hindus, os atenienses e os romanos. Nessas sociedades, a família era a primeira e, inicialmente, a única relação social nas comunidades primitivas, visto que as pessoas tinham de se valer da formação de uma “associação ou grupo” para se desenvolver, e se manter unidas para sobreviver.

A primeira etapa da família é a consanguínea, sendo que todos os avôs e as avós são maridos e mulheres entre si, acontecendo isso com seus filhos. Em uma segunda etapa, os irmãos uterinos são excluídos das relações sexuais recíprocas até atingir os colaterais, que seriam os primos. A partir desse momento, o grupo torna-se uma *gens*, um círculo fechado de parentes consanguíneos por linha feminina que não podem se casar entre si (Feijó, 2002).

O instituto da perpetuação da *gens* estava em sua própria conservação, e não na reprodução, sendo que homens e mulheres desempenhavam papéis de igual importância. A mulher não era simples reprodutora, uma vez que, na base da apropriação primitiva, encontrava-se o trabalho, que era de simples coleta, pois ainda não se falava de produção. A educação dessa sociedade era tradicional e feita pelos costumes, que dominavam a conduta do homem primitivo. Assis e Pozzoli (2005) ensinam que essas comunidades davam grande importância à convivência coletiva e eram calcadas no princípio da solidariedade, motivo pelo qual tinham consciência do papel dos idosos, dos enfermos e das pessoas com deficiência. Porém, essa consciência foi se perdendo a partir do momento em que as formas de relacionamento social foram se tornando mais complexas, como o surgimento de famílias monogâmicas e do próprio Estado.

Com o aparecimento do Estado, a família, que inicialmente era a única relação social, transforma-se numa relação subalterna quando o acréscimo das necessidades engendra novas relações sociais e o crescimento da população dá origem a novas necessidades. Portanto, a sociedade antiga, baseada nas uniões gentílicas, se desagrega, dando lugar a uma nova sociedade organizada em Estado, cujas unidades inferiores já não são gentílicas, mas unidades territoriais; uma sociedade em que o regime familiar está totalmente

submetido às relações de propriedade e na qual existem as divisões de classes (Feijó, 2002, p. 30).

Tudo isso foi confirmado com as primeiras leis que mostraram uma divisão de classe e previam castigos retributivos que efetivavam a mutilação dos infratores. Nesse contexto, encontravam-se o Código de Hamurabi (1800 a. C.) e o Código de Manu (1000 a. C.); com relação às pessoas com deficiência, havia a proibição sucessória.

Os hindus, ao contrário dos hebreus, acreditavam que as pessoas cegas tinham uma sensibilidade maior que as não cegas e, por isso, estimulavam seu ingresso nas funções religiosas. Aristóteles influenciava a sociedade de Atenas a proteger as pessoas com deficiência, principalmente porque tinham um sistema muito parecido com a nossa atual Previdência Social, em que todos contribuem para a manutenção dos heróis de guerra. Em Esparta, os pais tinham de apresentar seus filhos aos magistrados, e, quando eram deficientes, eram considerados subumanos, o que legitimava a eliminação ou o abandono. Tais atitudes eram coerentes para a época e com os objetivos atléticos daquela sociedade.

Naquele tempo, a maioria das pessoas com deficiência eram os mutilados de guerra. No Império Romano, havia também uma proteção aos deficientes; na Idade Média, por exemplo, já sob a influência do cristianismo, os senhores feudais amparavam as pessoas com deficiência e os doentes nas casas assistenciais por eles mantidas (Fonseca, 1997). Antes disso, porém, as leis romanas não eram favoráveis às pessoas com deficiência: permitia-se que os pais matassem as crianças com deformidades físicas, de imediato ou por afogamento. É o que se verifica na Lei das Doze Tábuas, como traz Cícero em *De Legibus* (Silva, 1986), que dizia: “Tábua IV - Sobre o Direito do

Pai e do Casamento - Lei III - o pai de imediato matará o filho monstruoso e contra a forma do gênero humano, que lhe tenha nascido recentemente (*Tabula IV- De jure Patrio et jure Connubii, Lex II I- Pater filium monstruosum et contra formam generis humanae, recens sibi natum, cito necato*).

Com o cristianismo, nasceu a ideia de caridade e amor entre as pessoas. Nessa época, começou a surgir o combate à prática de eliminação dos filhos nascidos com deficiência. Todos passaram a ser vistos como criaturas de Deus, de igual valor, como ensina Maciel (2011, p. 26):

A visão do homem deu enfoque à valorização enquanto um ser individual e criado por Deus. Os deficientes passaram a ser criaturas de Deus, com destino imortal e merecedores de cuidados [...] “a alma não é manchada por deformidade no corpo [...] uma grande alma pode ser encontrada num corpo pequeno e disforme”.

Aliás, o cristianismo trouxe a ideia de igualdade absoluta entre as pessoas, não permitindo qualquer tipo de diferença ou discriminação. Essa percepção fica clara na Carta de Paulo aos Gálatas (3:28), quando Paulo afirma que todos são iguais a partir daquele momento, sem diferença entre sexo, raça ou classe social (Bíblia, 1995). Desse modo, com o fortalecimento do cristianismo, a pessoa humana elevou-se à categoria de valor absoluto, e todos os homens, sem exceção, passaram a ser considerados filhos de Deus.

Na França, em 1260, surgiu o primeiro centro exclusivamente para cegos, chamado *Hôpital des Quinze-Vingts*, cuja criação é atribuída a Luís IX de França (1214-1270). O objetivo era atender 300 soldados franceses que tiveram os olhos arrancados pelos sarracenos durante as cruzadas (Silva, 1986).

A Idade Moderna, entre 1501 e 1576, teve um ponto marcante na evolução histórica em relação aos deficientes. O médico e matemático italia-

no Gerolamo Cardano desenvolveu um código para ensinar pessoas surdas a ler e escrever que influenciou o monge beneditino Pedro Ponce de León (1520-1584) a criar um método de educação para as pessoas com deficiência auditiva por intermédio de sinais. Em 1655, na Alemanha, o paraplégico Stephen Farfler projetou a primeira cadeira de rodas (Maciel, 2011). Mais tarde, na Inglaterra, a ideia assistencialista foi sendo ultrapassada pela ideia de que a pessoa com deficiência podia produzir, o que culminou com a fundação da Work House, em 1723 (Fonseca, 1997).

É com o aparecimento da sociedade industrial e, conseqüentemente, do Estado moderno, que se desenvolverá uma nova estratégia sobre o corpo humano. Agora, não mais para expô-lo, para mutilá-lo, mas para aprimorá-lo, para recuperá-lo e adestrá-lo”. E é justamente nessa época, pós 1789, que vários inventos foram criados para propiciar meios de trabalho e locomoção aos portadores, tais como a cadeira de rodas, as bengalas, as muletas, os coletes, as próteses, as marcas, os veículos adaptados, as camas moveis, etc. Nesta época também o jovem francês Louis Braille cria um método revolucionário capaz de unir perfeitamente os deficientes visuais ao mundo da linguagem escrita, o código de Braille (Feijó, 2002, p. 31).

Louis Braille criou esse método depois que o capitão do exército francês Charles Barbier desenvolveu um código composto de dez pontos em relevo, durante as Guerras Napoleônicas (1803-1815), para ser usado nas mensagens transmitidas durante as batalhas, mas o sistema foi rejeitado por Napoleão Bonaparte, que o considerou muito complexo. Assim, Barbier apresentou seu invento ao Instituto Nacional dos Jovens Cegos de Paris, e Louis Braille o aperfeiçoou, criando o sistema de escrita padrão para cegos utilizado até hoje (Maciel, 2011).

Durante os séculos XVII, XVIII e XIX, houve progresso significativo no atendimento às pessoas com deficiência, o que incluía assistência em ortopedia para os mutilados de guerra e para as pessoas cegas e surdas. Na França, Bonaparte determinava que os soldados feridos e mutilados deveriam ser reabilitados para continuar servindo o exército em outras funções, como limpeza de animais, manutenção de equipamentos, armazenamento de alimentos, entre outras.

Praticamente na mesma época, no Brasil, a preocupação e a atenção às pessoas com deficiência também aumentaram, sendo que, em 1854, Dom Pedro II, por meio do Decreto Imperial nº 1.428, criou o Instituto dos Meninos Cegos (atual Instituto Benjamin Constant). Em continuidade aos trabalhos, em 1856, foi fundado o Instituto de Surdos e Mudos (atualmente Instituto Nacional de Educação de Surdos - INES).

Depois disso, muitos foram os avanços em relação a valorização da pessoa com deficiência, não só no Brasil, como em todo o mundo. Sobre o tema, Maciel (2011, p. 29) ensina que

[...] entre os anos de 1902 a 1912 houve avanços significativos no que pertine (*sic*) à valorização da pessoa com deficiência, mormente em relação ao desenvolvimento de ajudas técnicas.

Por exemplo, nos Estados Unidos, em 1907, houve a Primeira Conferência da Casa Branca sobre os cuidados de Crianças Deficientes e, na cidade de Boston, foram organizadas as primeiras turmas de trabalho protegido de pessoas com deficiência nas empresas.

Na Alemanha, nos anos seguintes, foi realizado o primeiro censo demográfico de pessoas com deficiência, com o objetivo de organizar o Estado para melhor atender esta classe de indivíduos.

[...]

Franklin Delano Roosevelt, 32º Presidente dos Estados Unidos, que era paraplégico, contribuiu para o surgimento de uma nova visão da sociedade americana e da mundial de que a pessoa com deficiência, com boas condições de reabilitação, podia ter independência pessoal.

Portanto, em especial após meados do século XIX, muitos foram os avanços da área. Criaram-se várias instituições de atendimento à pessoa com deficiência, bem como organizações intergovernamentais, como a Organização Internacional do Trabalho (OIT) em 1919, a Organização Mundial da Saúde (OMS) em 1948, a Organização das Nações Unidas (ONU) e a Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (Unesco), que apoiavam as pessoas com deficiência, ambas em 1945. Em 1960, foram realizados os primeiros jogos paraolímpicos do mundo, em Roma.

Durante a década de 1970, surgiram, no Brasil, inúmeras leis e programas de atendimento educacional que tinham por objetivo efetivar a inclusão das pessoas com deficiência tanto na escola como no mercado de trabalho, demonstrando um grande avanço na área. Mais tarde, em 1989, foi publicada a Lei Federal nº 7.853 que também abordou a área da formação profissional e do trabalho das pessoas com deficiência, caracterizada: pelo apoio governamental à formação profissional, à orientação profissional e à garantia de acesso aos serviços concernentes, inclusive aos cursos regulares voltados à formação profissional; pelo empenho do Poder Público quanto ao surgimento e à manutenção de empregos, inclusive de tempo parcial, destinados às pessoas portadoras de deficiência que não tenham acesso aos empregos comuns; entre outras coisas.

Por volta de 1990, surgiu o modelo social, com o intuito de que as pessoas com deficiência pudessem ter direito de acesso aos serviços e bens

necessários para seu desenvolvimento pessoal, social, educacional e profissional, visando à inclusão no âmbito da vida, para assumirem seus papéis sociais na sociedade.

No ano de 1991, o governo implantou a Lei de Cotas (Lei nº 8213/91), que determinou a obrigatoriedade de todas as empresas do setor privado a terem um percentual de suas vagas destinado a pessoas com deficiência de acordo com a quantidade de empregados, como mais tarde será abordado.

Os anos 2000 marcam a ampliação das possibilidades de participação e controle social pelas pessoas com deficiência nas políticas públicas que lhes dizem respeito. Embora tenha sido criado pelo Decreto nº 3.298, de 1999, o Conselho Nacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência (CONADE) teve uma atuação mais efetiva a partir de 2003, quando passou a compor a estrutura do governo, vinculado à Secretaria de Direitos Humanos (Lei 10.083/03).

Nos anos seguintes, foram organizadas, pela primeira vez, as Conferências Nacionais dos Direitos das Pessoas com Deficiência, em 2006, 2008 e 2012, com ampla participação do movimento social e entidades representativas. Por fim, em 2015, foi publicado o Estatuto da Pessoa com Deficiência, seguindo as diretrizes da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência de Nova Iorque de 2007, que trouxe inúmeros avanços aos direitos das pessoas com deficiência, conforme será tratado mais adiante.

Portanto, os direitos das pessoas com deficiência, aos poucos, vêm se efetivando, frente a sua importância na sociedade, pela quantidade de

pessoas que deles dependem. Inúmeras são as deficiências existentes, as quais são divididas nas modalidades estudadas nos próximos itens.

1.3 As modalidades de deficiência

De acordo com o último Censo realizado no Brasil, no ano de 2010, há, atualmente, 45 606 048 pessoas com algum tipo de deficiência, ou seja, 23,9% da população (IBGE, 2012).

A deficiência foi classificada pelo grau de severidade de acordo com a percepção das próprias pessoas entrevistadas sobre suas funcionalidades. De acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a avaliação foi feita com o uso de facilitadores, como óculos e lentes de contato, aparelhos de audição, bengalas e próteses.

Os questionários seguiram as propostas do Grupo de Washington sobre Estatísticas das Pessoas com Deficiência (IBGE, 2012). O Censo, primeiramente, perguntou quem se declarava com deficiência visual, auditiva, mental, motora ou qualquer outro tipo. Na sequência, considerou como “pessoas com deficiências” aquelas que responderam “sim, grande dificuldade” ou “sim, não consegue de modo algum” para alguma das deficiências. Assim, conseguiu chegar ao resultado alcançado. Logo, o Censo não apresentou nenhuma definição para as deficiências, sendo que a própria pessoa se declarava ou não deficiente, segundo sua própria concepção.

Já de acordo com a ONU, na Resolução nº 3447, aprovada pela Assembleia Geral em 09 de dezembro de 1975, sobre a Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes, outros critérios foram utilizados para estabelecer quem são as pessoas com deficiência. Para a Resolução, deficiente seria qual-

quer pessoa incapaz de assegurar a si mesma “[...] uma vida normal [...] em decorrência de uma deficiência, congênita ou não, em suas capacidades físicas e mentais”.

Diante dos critérios apresentados, nota-se a grande dificuldade de identificar a pessoa com deficiência por essa resolução, já que são utilizadas as palavras “deficiência” e “vida normal”, que são conceitos abertos.

Em 1980, a OMS divulgou o manual *International Classification of Impairments, Disabilities and Handicaps: a manual of classification relating to the consequences of disease* (ICIDH), a fim de que uma linguagem padronizada fosse adotada. O documento foi traduzido para o português, em versão experimental, como *Classificação Internacional das Deficiências, Incapacidades e Desvantagens: um manual de classificação das consequências das doenças* (CIDID). Em 2001, foi publicada a versão oficial e definitiva, traduzida para o português como *Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde* (CIF) (Silva, 2013).

Todavia, há uma grande discussão a respeito da tradução dos termos *impairment*, *disability* e *handicap* para o português, como explica Sasaki (2004, p. 12):

Consideremos, em primeiro lugar, a questão do vocábulo deficiência. Sem dúvida alguma, a tradução correta das palavras (respectivamente, em inglês e espanhol) *disability* e *discapacidad* para o português falado e escrito no Brasil deve ser eficiência. Esta palavra permanece no universo vocabular tanto do movimento das pessoas com deficiência, como dos campos de reabilitação e da educação. Trata-se de uma realidade terminológica histórica. Ela denota uma condição da pessoa resultante de um impedimento (*impairment*, em inglês). Exemplos de impedimento: lesão no aparelho visual ou auditivo, falta de uma parte do corpo, déficit intelectual. O termo *impairment* pode, então, ser

traduzido como impedimento, limitação, perda ou anormalidade numa parte (isto é, estrutura) do corpo humano ou numa função (isto é, funções fisiológicas) do corpo, de acordo com a Classificação Internacional de Funcionalidade, Deficiência e Saúde (CIF), aprovada pela 54ª Assembleia da Organização Mundial da Saúde, em 22 de maio de 2001. Segundo a CIF estritamente para se referir a uma variação significativa das normas estatísticas estabelecidas (isto é, como um desvio da média da população dentro das normas mensuradas) e ele deve ser utilizado somente nesse sentido.

O conceito de deficiência não pode ser confundido com o de incapacidade, palavra que também é uma tradução histórica do termo *handicap*. O conceito de incapacidade denota um estado negativo de funcionamento da pessoa, resultante do ambiente humano e físico inadequado ou inacessível, e não um tipo de condição. Exemplos: a incapacidade de uma pessoa cega para ler textos que não estejam em braile, a incapacidade de uma pessoa com baixa visão para ler textos impressos em letras miúdas [...]. Configura-se, assim, a situação de desvantagem imposta às pessoas COM deficiência através daqueles fatores ambientais que não constituem barreiras para as pessoas SEM deficiência.

Como o conceito ficou em aberto, a ONU acabou por adotar a definição de deficiente com base na classificação dada pela Organização Mundial da Saúde (OMS), *International Classification of Impairments, Disabilities and Handicaps*, que distingue os termos deficiência, incapacidade e invalidez.

Por conseguinte, há a necessidade de atualização dos termos utilizados na CIF para melhor efetivação dos direitos das pessoas com deficiência, enquanto parte de um programa mundial, hoje escorado na CDPD. Todavia, antes que isso seja providenciado, pode-se afirmar que a OMS distinguiu deficiência, incapacidade e desvantagem (*impairment, disability and han-*

dicap) da seguinte maneira: a) deficiência: representa qualquer perda ou anormalidade de estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica; b) incapacidade: corresponde a qualquer redução ou falta (resultante de uma deficiência) de capacidades para exercer uma atividade de forma ou de dentro dos limites considerados normais para o ser humano; e c) desvantagem: situação desvantajosa para determinado indivíduo em consequência de uma deficiência ou de uma incapacidade que limita ou impede o desempenho de um papel que é normal em seu caso (em função de idade, sexo e fatores sociais e culturais).

Resumindo, para a ONU, no programa de ação mundial para as pessoas com deficiência (Bahia, 1998, p. 20), incapacidade “[...] é toda restrição ou falta (devido a uma deficiência) da capacidade de realizar uma atividade na forma ou na medida que se considera normal a um ser humano”. Assim, em 20 de dezembro de 1999, foi publicado o Decreto nº 3.298, regulamentando a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, e que conceitua deficiência, artigo como

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 (Brasil, 1999).

Além do artigo 3º, o decreto traz outra conceituação no artigo 4º, porém o faz de maneira mais técnica, do ponto de vista médico, das deficiências físicas, auditivas, visual, mental e múltipla. Com essa definição, o decreto pretende dar suporte à Lei nº 7.853/89, que não havia explicado as deficiências hábeis para gerar a proteção jurídica por ela traçada.

Um aspecto relevante a ser salientado é que as deficiências são consideradas limitações de caráter instrumental, cientificamente balizadas e quantificadas, segundo critérios médicos internacionais.

Dessa forma, possibilita-se a efetiva aferição da matéria a ser tutelada pelo direito e os limites físicos, sensoriais, fisiológicos ou mentais que deverão merecer suplementação por meio de instrumentos, próteses, adaptações físicas do meio e procedimentos que possibilite a necessária integração da pessoa portadora de deficiência (Costa, 2008, p. 7).

Nesse contexto, superou-se a grande segregação assistencial até então vigente no Brasil, apesar do grande avanço jurídico trazido pela CF/88 e pela Lei nº 7.853/89, a qual era carente, inclusive, de regulamentação conceitual. No entanto, com o tempo, o Decreto nº 3.298/99 mostrou-se insuficiente, já que o artigo 4º não possuía muita clareza conceitual, principalmente em relação a sua aplicação nas empresas, que tinham de cumprir a Lei de Cotas.

Posteriormente, a Convenção da Guatemala, para eliminação de todas as formas de discriminação contra as pessoas com deficiência, que foi assinada pelo Brasil em 1999 e promulgada pelo Decreto nº 3.956/01, trouxe um conceito legal para deficiência, apesar de seu caráter genérico e sem escopo específico (Araujo; Maia, 2007).

Em 30 de março de 2007, foi assinada em Nova York, nos Estados Unidos, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, aprovada pelo Congresso Nacional brasileiro, por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, e promulgada pelo Presidente da República, por meio do Decreto nº 6.949, em 25 de agosto de 2009, conforme o procedimento do § 3º do artigo 5º da Constituição. Para o mesmo fim, há o Tratado de Marraqueche, que será discutido adiante, o qual protege pessoas com deficiência e também têm equivalência de emenda constitucional no Estado brasileiro. O instrumento de ratificação dos referidos atos foi depositado pelo governo brasileiro na Secretaria-Geral das Nações Unidas, em 1º de agosto de 2008.

Na convenção, não há uma definição de quem são as pessoas deficientes, do que se conclui que a definição para a ONU continua sendo a constante na Resolução XXX/3447, sobre a Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes. Nesse diapasão, o Decreto nº 5.296, de 02 de dezembro de 2004, alterou a redação do artigo 4º do Decreto nº 3.298/99 e estabeleceu que, para fins legais, são deficientes auditivos as pessoas com perda auditiva de 41 decibéis em ambos os ouvidos, medidas nas frequências de 5 mil Hz a 3 mil Hz. Isso caracteriza perda de audição severa e dificuldade de comunicação de forma efetiva.

De acordo com a Câmara Técnica sobre Reserva de Vagas para Pessoas Portadoras de Deficiência da Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, cuja classificação foi ratificada pela OMS, em 1990, são deficiências as seguintes categorias (Costa, 2008, p. 8-9):

- deficiência física: comprometimento de função motora (paraplegia, tetraplegia, amputação, paralisia cerebral etc.);

- deficiência sensorial: auditiva e visual;
- deficiência mental: padrões intelectuais reduzidos (dificuldades cognitivas);
- deficiências múltiplas: concomitância de um ou mais tipos na mesma pessoa.

Portanto, com base nos instrumentos normativos citados, é possível afirmar que pessoa com deficiência é toda aquela que sofreu perda ou possua anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica, que venha a gerar uma incapacidade para o desempenho de atividade dentro do padrão considerado normal para o homem, podendo a gênese estar associada a uma deficiência física, auditiva, visual, mental, quer permanente, quer temporária (Costa, 2008).

Todavia, quem são as pessoas consideradas deficientes intelectuais? E deficientes físicos? Quando uma pessoa pode ser caracterizada como deficiente por apresentar uma deficiência sensorial? O que pode ser considerado como deficiência? Para responder a tais questionamentos, os próximos tópicos apresentarão quais são as características das pessoas com deficiência de acordo com as suas limitações físicas e mentais.

1.3.1 Deficiência intelectual

Antes de escrever sobre deficiência intelectual, cabe explicar que ela foi chamada de deficiência mental inicialmente. Porém, em 1995, no Simpósio da ONU “Deficiência Intelectual: programas, políticas e planejamento para o futuro”, o termo “deficiência mental” foi substituído por deficiência intelectual, com a finalidade de diferenciar deficiência mental de doença

mental. Em 2004, o termo “deficiência intelectual” foi consagrado pela Declaração de Montreal sobre Deficiência Intelectual, em evento realizado pela OMS e pela Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS). Nesse estudo, nas citações doutrinárias e legais, eventualmente, será mantida a expressão “deficiência mental”.

É muito difícil definir o que seria deficiência intelectual, tendo em vista que se trata de um quadro muito amplo, com várias causas ainda indefinidas, sendo um complexo conjunto de síndromes das mais variadas etiologias, cujo único ponto em comum é a insuficiência intelectual. O estudo da deficiência intelectual tem como uma das primeiras referências o *Papiro Terapêutico de Tebas*, de 1552 a.C., passando pelo Código de Hamurabi de 2100 a.C. Entretanto, embora há muito se estude esse tipo de deficiência, é difícil conceituar deficiência mental (Feijó, 2002).

Entre os gregos, as pessoas com deficiência intelectual eram conhecidas como *idiotae* e *stultus*, enquanto os romanos as denominavam de *imbecilles*; a primeira descrição científica é encontrada na *Opera Omnia* de Paracelso.

Na Idade Média, o deficiente mental era visto como o filho do demônio, e, na Renascença, já havia pinturas de pessoas com deficiência mental (Fenichel, 1995). Ainda que, com o decorrer do tempo, os termos “idiota”, “imbecil”, “débil mental” tenham dado lugar a nomes técnicos, definir os deficientes intelectuais ainda hoje não é uma tarefa fácil. Krynski (1969, p. 11 *apud* Araujo, 2011, p. 26), um dos grandes estudiosos sobre o tema, afirma que

Não se tratando de uma moléstia única, mas sim de um complexo conjunto de síndromes das mais variadas etiologias e quadros clínicos diferentes cujo único denominador

comum é a insuficiência intelectual, o problema de deficiência mental envolve uma gama enorme de aspectos os mais diversos, desde o seu polo biológico-médico, até problemas sociais, de legislação, trabalho, previdência social, etc., fatores esses que se convencionou agrupar em três categorias inter-relacionadas: os fatores biológicos, os psicológicos e os sociais.

Atualmente, pode-se afirmar que o conceito mais aceito para definir a deficiência mental é a da Associação Americana de Deficiência Intelectual (*American Association on Intellectual and Developmental Disabilities*, antiga Associação Americana de Retardo Mental, ou *American Association of Mental Retardation*), que data de 1992:

Deficiência mental é um funcionamento intelectual significativamente abaixo da média, coexistindo com limitações relativas a duas ou mais das seguintes áreas de habilidades adaptativas: comunicação, autocuidado, habilidades sociais, participação familiar e comunitária, autonomia, saúde e segurança, funcionalidade acadêmica, de lazer e de trabalho. Manifesta-se antes dos 18 anos de idade (Ciszewski, 2005, p. 29).

Cabe salientar que deficiência intelectual é uma condição diferente de doença mental, que é caracterizada por distúrbios de ordem emocional, psicoses e outros. A deficiência intelectual é um estado definido por um desenvolvimento total ou incompleto da mente, devido ao qual existem vários prejuízos das aptidões, como na cognição da linguagem e nas faculdades motoras e sociais.

A OMS divide a deficiência intelectual em quatro níveis: profunda, quando o QI é inferior a 20; severa, com QI entre 20 e 35; moderada, entre 36 e 52; e leve, entre 53 e 70 (Araújo, 2011). No que se refere às causas, a

deficiência intelectual é dividida em três, quais sejam, as causas pré-natais, as perinatais e as pós-natais:

- pré-natais: aberrações cromossômicas, causas gênicas, malformação cerebral, ambientais (sífilis, toxoplasmose, rubéola etc.), drogas teratogênicas e outras condições (desnutrição, radiação etc.);
- perinatais: ocasionadas por anoxia ou hipoxia (asfixia, trauma de parto etc.), prematuridade, baixo peso e infecções (HSV, listeria etc.);
- pós-natais: causadas por infecções (meningencefalites e encefalites), desnutrição proteíno-calórica e privação econômico-socioafetivo-cultural, traumas cranianos, intoxicações exógenas (CO, Pb), radiações e convulsões (Melo, 2004).

No âmbito da deficiência intelectual, alguns estudiosos inserem os superdotados, não por possuírem um déficit mental, mas, ao contrário, porque apresentam o coeficiente de inteligência muito acima da média, o que os torna igualmente diferentes em relação às demais pessoas, dificultando a inclusão social. Há inúmeros tipos de superdotados, como aqueles em inteligência, criatividade, sociabilidade, liderança, psicomotricidade, artes plásticas, drama, música, habilidades acadêmicas etc.

Ainda hoje, percebe-se que a inclusão dos superdotados é difícil, pois há uma carência muito grande de programas definidos de assistência. Como não há adaptação nos lares e nas escolas para inclusão dessas pessoas na sociedade, quem tem inteligência acima da média geralmente enfrenta inúmeros problemas. Sem estímulo social, os superdotados apresentam insegurança, frustração, insatisfação, isolamento e revolta.

Laudau (1990 *apud* Araújo, 1997, p. 36) define esse quadro de dificuldade enfrentada pelos superdotados:

Para mim, o superdotado não é uma criança problemática, uma vez que não vejo drama nenhum na superdotação. Entretanto, a criança com tal característica deve ser estimulada adequadamente. Uma pessoa não deve ser vista como problemática pelo que ela é, mas pelo que ela não é. Quando não lhe são apontados os meios de perceber-se e comunicar-se, quando não adquire segurança suficiente para trabalhar as habilidades e quando não tem a oportunidade de ser tão livre quanto possa, e não quanto deva sê-lo aos olhos alheios, então ela se torna problemática.

Assim, embora os superdotados não tenham déficit algum de inteligência, podem sofrer e, na maioria das vezes, sofrem os mesmos problemas daqueles que possuem, por não conseguirem se incluir na sociedade.

1.3.2 Deficiência física

É possível dizer que a deficiência física diz respeito ao comprometimento do aparelho locomotor, que compreende o sistema osteoarticular, o sistema muscular e o sistema nervoso. As doenças ou lesões que afetam quaisquer desses sistemas podem produzir quadros de limitações físicas de grau variável. É comum que se refira às pessoas com deficiência como “deficientes físicos”, o que não é correto, pois esse termo não leva em consideração as especificidades das pessoas com deficiência sensorial ou mental (Melo, 2004).

Araujo (2011, p. 39) define a deficiência física como sendo “[...] uma alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, tendo por consequência o comprometimento da função motora”. Po-

de-se encontrar, também, a definição de deficiência física no artigo 4º, I, do Decreto nº 3.298/99:

Art. 4: I - deficiência física - alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções [...] (Redação dada pelo Decreto nº 5.296, de 2004) (Brasil, 1999).

O referido artigo se utiliza de diversos termos técnicos para formar o conceito (Melo, 2004, p. 61):

- a) paraplegia: perda total das funções motoras dos membros inferiores;
- b) paraparesia: perda parcial das funções motoras dos membros inferiores;
- c) monoplegia: perda total das funções motoras de um só membro (superior ou inferior);
- d) monoparesia: perda parcial das funções motoras de um só membro (superior ou inferior);
- e) tetraplegia: perda total das funções motoras dos membros inferiores e superiores;
- f) tetraparesia: perda parcial das funções motoras dos membros inferiores e superiores;
- g) triplegia: perda total das funções motoras em três membros;

- h) triparesia: perda parcial das funções motoras em três membros;
- i) hemiplegia: perda total das funções motoras de um hemisfério do corpo (esquerdo ou direito);
- j) hemiparesia: perda parcial das funções motoras de um hemisfério do corpo (esquerdo ou direito);
- k) amputação: perda total de um determinado segmento de um membro (superior ou inferior);
- l) paralisia cerebral: lesão de uma ou mais áreas do sistema nervoso central, tendo como consequência alterações psicomotoras, podendo ou não causar deficiência mental.

As deficiências físicas podem ser adquiridas por diversas causas, como nascimento, violência urbana, acidentes, tabagismo, uso de drogas, maus hábitos alimentares, epidemias etc.

1.3.3 Deficiências sensoriais

As deficiências sensoriais dividem-se em auditiva e visual. A deficiência auditiva consiste na perda parcial ou total das possibilidades auditivas, variando em graus e níveis (Melo, 2004). A OMS estima que, atualmente, mais de 42 milhões de pessoas acima de três anos de idade no mundo todo possuem algum tipo dessa deficiência (Feijó, 2002). A deficiência auditiva inclui as deficiências leves, moderadas, severas e profundas, sendo que a perda moderada demanda uso de prótese auditiva para dificuldade de audição funcional; a severa demanda uso de prótese auditiva para pequenas

alterações na fala; e na profunda, não há utilização de prótese auditiva e há alterações maiores na linguagem e na fala (Melo, 2004).

Os tipos de deficiência auditiva podem ser classificados como:

- a) Deficiência auditiva condutiva: qualquer interferência na transmissão de som desde o conduto auditivo externo até a orelha interna (cóclea), isto é, a orelha interna tem capacidade de funcionamento normal, mas não é estimulada pela vibração sonora. A maioria dos casos pode ser corrigida através de tratamento clínico ou cirúrgico.
- b) Deficiência auditiva sensorio-neural: ocorre quando há uma impossibilidade de recepção do som por lesão das células ciliadas da cóclea ou do nervo auditivo. Esse tipo de deficiência é irreversível.
- c) Deficiência auditiva mista: ocorre quando há uma alteração na condução do som até o órgão terminal sensorial associada a lesão do órgão sensorial ou do nervo auditivo. Geralmente os limiares de condução óssea são abaixo dos níveis normais.
- d) Deficiência auditiva central ou surdez central: nem sempre é acompanhada de diminuição da sensibilidade auditiva, mas manifesta-se por diferentes graus de dificuldade na compreensão das informações sonoras e é decorrente de alterações no sistema nervoso central (Melo, 2004, p. 62-63).

O Decreto nº 5.296/2004 alterou a redação do artigo 4º do Decreto nº 3.298/99 e estabeleceu que, para fins legais, são deficientes auditivas as pessoas com perda auditiva de 41 decibéis em ambos os ouvidos, medida nas frequências de 5 mil Hz a 3 mil Hz, como se vê: “Artigo 4º. II - deficiência auditiva - perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500 Hz, 1.000 Hz, 2.000 Hz e 3.000 Hz; [...] (Redação dada pelo Decreto nº 5.296, de 2004)” (Brasil, 1999). Isso caracteriza severa perda de audição e dificuldade de comunicação de forma efetiva.

As principais causas de deficiência auditiva condutiva são cerume, corpo estranho nos ouvidos, otite, perfurações do tímpano, obstrução da tuba auditiva, fissuras palatinas, otosclerose etc. Já as causas de deficiência auditiva sensorio-neural podem ser pré-natais, perinatais e pós-natais (drogas, problemas hereditários, toxemia, diabetes, prematuridade, infecções, traumas físicos etc.).

No que tange à deficiência visual, consiste na “[...] perda ou redução da capacidade visual em ambos os olhos em caráter definitivo e que não possa ser melhorada ou corrigida com uso de lentes e tratamento clínico ou cirúrgico” (Melo, 2004, p. 63).

O artigo 4º, III, do Decreto nº 3.298/99 define o que seria a deficiência visual, cobrindo o espectro da cegueira à visão subnormal:

Art. 4º. III - deficiência visual - cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60; ou a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores; [...] (Redação dada pelo Decreto nº 5.296, de 2004) (Brasil, 1999).

A cegueira é ausência total de visão, e a visão subnormal é a incapacidade de enxergar com clareza suficiente para contar os dedos da mão a uma distância de três metros, à luz do dia.

Sabe-se que poucas pessoas são totalmente cegas, pois a maioria dos deficientes visuais possui algum grau residual de visão. Muitos dos que têm algum grau de visão são tratados como tal, perdendo os benefícios que o uso da visão residual poderia proporcionar. A visão é o meio mais impor-

tante de relacionamento com o mundo exterior, já que se calcula que 80% do nosso conhecimento chegou-nos pelos olhos (Ciszewski, 2005).

As causas da deficiência visual podem ser divididas em dois importantes grupos: as congênitas – amaurose congênita de Leber, malformações oculares, glaucoma e cataratas etc. – e as adquiridas – traumas oculares, alterações na retina causadas por diabetes ou hipertensão arterial, degeneração senil de mácula etc. – (Feijó, 2002).

1.3.4 Deficiência de dicção

É por intermédio da comunicação que as informações são transferidas e as experiências do cotidiano são compartilhadas, por isso sua importância relevante e inquestionável. Por esse prisma, pode-se afirmar que a comunicação verbal é um dos modos mais eficazes nesse sistema de troca de informações.

Dicção é a forma correta de se emitirem os fonemas. Enquanto a linguagem está mais relacionada ao desenvolvimento cognitivo da fala, a dicção é como se fosse o lado mecânico. Portanto, a deficiência de dicção pode atrapalhar a comunicação entre as pessoas e retardar o compartilhamento de informações.

A dicção é o modo como uma pessoa articula e pronuncia as palavras de uma língua. Não há dúvida de que uma articulação com sons bem definidos transmite ao ouvinte credibilidade, ao passo que a falta de exatidão na constituição das palavras, com sons distorcidos ou emitidos sem a necessária precisão, pode trazer problemas de comunicação, atrapalhando, conseqüentemente, a inclusão social. Articulação mal definida pode, tam-

bém, indicar dificuldades na organização mental, falta de preocupação em ser compreendido ou mesmo falta de vontade de se comunicar. Sabe-se que a maioria dos casos de deficiência na dicção é em consequência da deficiência da audição.

Vale registrar que embora essa dificuldade na fala possa atrapalhar a inclusão no mercado de trabalho, seus portadores, em relação aos demais deficientes, têm maiores possibilidades de integração social, visto que a dificuldade se limita à articulação de palavras.

1.3.5 Deficiências de metabolismo

As pessoas com deficiência no metabolismo também têm dificuldade de inclusão social, embora tais deficiências sejam pouco visíveis. Há vários tipos de deficiência; entre elas, pode-se citar a fenilcetonúria, que é uma doença gerada pela ausência ou diminuição da atividade de uma enzima do fígado que impede a metabolização do aminoácido fenilalanina, presente na alimentação (Feijó, 2002). Sem a metabolização da fenilalanina, ocorre um excesso do aminoácido no corpo da criança, fruto da falta da enzima, podendo causar uma debilidade mental irreversível. Essa doença pode ser detectada pelo teste do pezinho, e, uma vez detectada, a criança deve seguir uma dieta rigorosa, pobre em proteína, por toda a vida (Feijó, 2002).

Outra doença de metabolismo é o hipertireoidismo congênito, que se caracteriza pela baixa produção do hormônio tireoidiano T₄, responsável pelo desenvolvimento do cérebro. O hipertireoidismo congênito, além de causar deficiência intelectual, também compromete o crescimento físico. O

tratamento é bastante complicado, trazendo grandes incômodos a quem a ele se submete, o que interfere na integração social.

A esclerose múltipla é outro tipo de deficiência que afeta o sistema nervoso central, destruindo a mielina, membrana que recobre e isola as fibras nervosas dos impulsos do cérebro, do nervo óptico e da medula espinhal. A mielina ajuda na transferência dos impulsos do cérebro, o que provoca descontrole de várias funções orgânicas, como andar, falar, enxergar (Feijó, 2002). No Brasil, estima-se que há dez casos da doença para cada 100 mil habitantes.

A insuficiência renal crônica também é uma deficiência do metabolismo que interfere na inclusão das pessoas na sociedade. Consiste na atrofia total e irreversível dos rins causada por algumas doenças, como a nefrite, a hipertensão arterial, o diabetes, as infecções urinárias, entre outras (Araujo, 2011). Os portadores de insuficiência renal têm dificuldade de se integrar na sociedade porque apresentam micção frequente, palidez, inchaço nas pernas e cansaço exagerada; a cura é possível com transplante (Araujo, 2011).

Essas são algumas das deficiências de metabolismo existentes e que podem causar dificuldade de inclusão.

1.3.6 Fissura labiopalatal

As fissuras labiopalatais são deformidades congênicas conceituadas por Álvares e Capelozza Filho (1998, p. 233) como

[...] anomalias faciais congênicas, resultantes de qualquer alteração no decorrer do desenvolvimento embrionário

humano, que podem variar desde pequenas assimetrias nas relações maxilares até defeitos faciais com maiores comprometimentos estéticos e funcionais.

Trata-se de uma deformidade estética que gera dificuldade para o desempenho de funções, dificultando a inclusão social.

Os Decretos nº 3.298/99 e nº 5.296/04 tendem a restringir o campo das pessoas portadoras de deficiência, uma vez que o artigo 4º do Decreto nº 3.298/99 acabou por excetuar as deformidades estéticas e as que não produzem dificuldades para o desempenho de funções, o que também ocorre com o disposto no artigo 5º, §1º, do Decreto nº 5.296/04, por dar a entender que a fissura labiopalatal não está incluída como deficiência, já que não produz dificuldade para o desempenho de funções.

Todavia, esse não pode ser o entendimento, já que, para considerar ou não uma pessoa deficiente, é necessário avaliar a dificuldade que ela tem para se relacionar, seja na admissão ao emprego, seja no convívio escolar, ou mesmo no simples relacionamento afetivo. Assim, não há dúvidas de que as pessoas com fissuras labiopalatais devem ser consideradas deficientes, uma vez que são marginalizadas por uma sociedade preconceituosa que as afasta da convivência social.

1.4 As pessoas com deficiências e o Direito do Trabalho

Os itens anteriores demonstraram quais são as características necessárias para que alguém seja identificado como deficiente intelectual, físico etc. Todavia, o questionamento que deve ser feito é: em relação ao mercado de trabalho, para que o empregado seja contratado para ocupar vagas de

trabalho para deficientes, as características também são as apresentadas, ou é outro o critério determinante para se encaixar na Lei de Cotas?

Como visto, há várias definições em relação às pessoas com deficiência. A definição do que é uma pessoa com deficiência para o Direito do Trabalho é de suma importância, visto que é necessária para a efetivação da inclusão no mercado por intermédio das cotas, como será estudado mais adiante.

A Convenção nº 159 da OIT, de junho de 1983, aprovada pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 51, de 25 de agosto de 1989, e que entrou em vigor em 18 de maio de 1991, define pessoa com deficiência em seu artigo 11 como:

Para efeitos da presente convenção, entende-se por pessoa deficiente todo indivíduo cujas possibilidades de obter e conservar um emprego adequado e de progredir no mesmo fiquem substancialmente reduzidas devido a uma deficiência de caráter físico ou mental devidamente reconhecida (Brasil, 1989a).

Como tal conceito ainda gerava algumas dúvidas, frente à ausência de definição jurídica, trazendo algumas dificuldades de ordem prática, foi publicado o Decreto nº 3.298, em 20 de dezembro de 1999, regulamentando a Lei nº 7.853/89, nos artigos 3º e 4º, conceituando deficiência. O artigo 4º do referido decreto traz uma conceituação técnica, do ponto de vista médico, das deficiências físicas, auditivas, visual, mental e múltipla. Assim, com essa definição, o decreto pretende dar suporte à Lei nº 7.853/99, que não havia explicado as deficiências hábeis para gerar a proteção jurídica por ela traçada.

Enfim, passou-se a ser entendido que deficiência é toda limitação que o ser humano possa ter, como bem preleciona Costa (2008, p. 7):

Um aspecto relevante a ser salientado é que as deficiências são consideradas limitações de caráter instrumental, cientificamente balizadas e quantificadas, segundo critérios médicos internacionais.

Dessa forma, possibilita-se a efetiva aferição da matéria a ser tutelada pelo direito e os limites físicos, sensoriais, fisiológicos ou mentais que deverão merecer suplementação por meio de instrumentos, próteses, adaptações físicas do meio e procedimentos que possibilite a necessária integração da pessoa portadora de deficiência.

Nesse contexto, superou-se a grande segregação assistencial até então vigente no Brasil, apesar do grande avanço jurídico trazido pela Constituição de 1988 e pela Lei nº 7.853/89, que era carente inclusive de regulamentação conceitual.

Contudo, com o tempo, o Decreto nº 3.298/99 mostrou-se insuficiente, já que o artigo 4º não possuía clareza conceitual, principalmente em relação a sua aplicação às empresas, que tinham de cumprir a Lei de Cotas, embora possa ser considerado um referencial.

Logo, tratando-se de pessoa que tenha pelo menos um dos impedimentos relacionados no referido decreto, faz-se necessário observar se o impedimento produz efeito por ao menos dois anos (aplicação analógica do artigo 20, § 10, da LOAS, ante a ausência de legislação específica mais apropriada) e se os fatores pessoais (idade, nível educacional, estrutura familiar etc.) e ambientais (cultura, acessibilidade, mobilidade etc.) em que a pessoa está implicada geram, ou podem gerar, um processo de estigmatização social (Silva, 2013).

Desse modo, para ser considerada uma pessoa com deficiência perante o mercado de trabalho, além de observar as limitações físicas do empregado, é importante se atentar se a pessoa é desacreditada ou desacre-

ditável pela sociedade no contexto laboral, isto é, é preciso averiguar o grau estigmatizante de seu impedimento para fins laborais.

Neste sentido, e. g., ainda que a falta de um dos dedos da mão não encontre barreiras no convívio social de um pianista, tal condição de saúde gera muito mais descrédito do que o mesmo impedimento importaria para um administrador de empresas. Daí a razão para conferir a um tal indivíduo a reserva de vagas em um concurso para músico na orquestra municipal, mas não em um concurso para cargo administrativo na mesma orquestra (exceção talvez possa ser feita se tratasse do polegar da mão direita de um secretário destro). O pianista sem um dos dedos da mão não terá vaga reservada no estacionamento, não terá isenção de tributos na aquisição de automóvel e nem mesmo poderá utilizar a fila preferencial no banco, mas, para fins laborais, fará jus à tutela estatal (Silva, 2013, p. 201).

Portanto, o conceito de pessoa com deficiência para o mercado de trabalho é muito mais amplo, já que, além da classificação das deficiências conforme a legislação específica, é necessário analisar também seu impedimento em relação ao estigma ou à limitação de atividade no contexto laboral, circunstâncias que serão mais bem debatidas ao longo dos próximos capítulos.

2.

A INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA COMO FATOR GARANTIDOR DA DIGNIDADE HUMANA

Pode-se sustentar que o termo “inclusão social” é utilizado para caracterizar toda e qualquer política de inserção de pessoas ou grupos excluídos na sociedade; é remeter ao seu inverso, a exclusão social. Trata-se de democratizar os diferentes espaços para todos, inclusive àqueles que nunca possuíram acesso direto a eles.

Há tempos que toda pessoa que se encontra fora dos padrões impostos pela sociedade é estigmatizada e segregada do convívio social. Na busca de que tal comportamento seja extinto, impõe-se à sociedade a procura da inclusão social, cujo objetivo é a edificação de uma sociedade de valorização de todos os indivíduos, com a conseqüente extinção de paradigmas discriminatórios.

A Constituição Federal, inclusive, no seu artigo 3º, proclama que os objetivos da República Federativa do Brasil são: construir uma socieda-

de livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Portanto, todos estão intimamente relacionados à inclusão das pessoas com deficiência e à efetivação da dignidade humana, que é um dos fundamentos da República Federativa Brasileira previstos no artigo 1º da Constituição Federal.

Assim, é dever de todos promover a inclusão, ajudar os menos favorecidos, reconhecer e aceitar a diversidade e a pluralidade. Todos têm o dever de construir uma sociedade solidária, buscando o desenvolvimento nacional, uma vez que a ausência do sentimento de solidariedade acarretará a quebra do elo que liga e constitui a própria nação. Nessa visão, houve diversas fases até se chegar ao nível de uma sociedade inclusiva:

Na fase da eliminação ocorreu a preponderância da repulsa e do desprezo, o que acabou sustentando políticas e teorias jurídicas eliminatórias das pessoas com deficiência desde a época da Antiguidade Clássica, passando de forma menos acentuada e episódica pela época da Idade Média, pela era moderna (notadamente com a política e dogmática biológica do nazifascismo) e também pela era pós-moderna (também de forma pontual e não conjuntural) com adoção dos abortos preventivos e eliminação de fetos “defeituosos”, etc. (Lorentz, 2006, p. 105).

Por séculos, o modelo de exclusão foi aceito no mundo; a inclusão social vem tomando forma em um processo lento, já que busca incluir pessoas “diferentes” em um sistema que não está preparado, ou não quer estar, para tanto. É o que ensina Sasaki (2010, p. 32):

Conceitua-se a inclusão social como o processo pelo qual a sociedade se adapta para poder incluir, em seus sistemas sociais gerais, pessoas com necessidades especiais e, simul-

taneamente, estas se preparam para assumir seus papéis na sociedade. A inclusão social constitui, então, um processo bilateral no qual pessoas, ainda excluídas, e a sociedade buscam, em parceria, equacionar problemas, decidir sobre soluções e efetivar a equiparação de oportunidades.

Logo, é cabível afirmar que o paradigma da inclusão tem por fundamento a celebração das diferenças, o direito de pertencer, a solidariedade humanitária, a igual importância das minorias, a cidadania com qualidade de vida, a valorização da diversidade humana, a autonomia, a independência, o empoderamento, o modelo social da deficiência, a rejeição zero, a vida independente e a equiparação de oportunidades (Sasaki, 2010). Por isso, é tão difícil e lento.

É importante destacar que autonomia e independência são conceitos que não se misturam. Enquanto autonomia está relacionada à condição de domínio no ambiente físico e social, preservando ao máximo a privacidade e a dignidade da pessoa que a exerce, a independência pode ser conceituada como a faculdade de decidir sem depender de outras pessoas (Motta, 2012).

Já o empoderamento significa o processo pelo qual uma pessoa usa seu poder pessoal inerente a sua condição (por exemplo, gênero, idade, cor, deficiência etc.) para fazer escolhas e tomar decisões, sendo que esse poder pessoal está em cada ser humano, desde o nascimento, não se outorgando a ninguém (Sasaki, 2010).

A inclusão, por sua vez, é um processo de dar à pessoa excluída da sociedade o direito de ser diferente e de ter suas necessidades reconhecidas e atendidas, sem as tornar “normais” sob o ponto de vista dos outros (Wernick, 1997).

Um grande crítico da exclusão foi o filósofo Dussel (2002), que explora a temática em sua obra intitulada *Ética da libertação*, cujo objetivo é a apresentação de uma sociedade que rompa com o modelo eurocêntrico para constituição de outra, com a possibilidade de inclusão das minorias consubstanciadas na realidade latino-americana de países subdesenvolvidos. O autor defende que a inclusão social somente se efetivará quando o “outro” (também chamado de *alter*), representado por uma parte significativa da humanidade encontrada na América Latina, na Ásia e na África – onde se pode afirmar que está a maior parte dos excluídos –, exercer função proeminente, libertando-se e sendo reconhecido como pessoa.

É natural que os homens apresentem diferenças entre si. Cada ser humano é diferente do outro sob diferentes enfoques e modalidades. Todavia, somente com o reconhecimento dessas diferenças é que se viabilizará a concretização de instrumentos igualitários, a fim de que seja promovida a conscientização da diferença.

É importante manter e proteger as diferenças. Habermas (2004) afirma que há um problema quando as majorias, nas sociedades democráticas, impingem às minorias a sua forma de vida, negando, assim, aos cidadãos de origem cultural diversa uma efetiva igualdade de direitos. Isso, para o autor, tange questões políticas, que tocam o autoatendimento ético e a identidade dos cidadãos.

Ao lado do direito à igualdade, surge o direito à diferença, o que significa que a diferença não pode ser utilizada para a aniquilação de direitos, mas sim para sua promoção. Nesse sentido, Santos (2010, p. 56) ensina que as diferenças oportunizam a efetivação da igualdade, para o fim de evitar que as diferenças produzam desigualdades:

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

A conscientização das diferenças entre as pessoas é um pressuposto fundamental para discutir questões de igualdade e justiça; somente cultivando as diferenças é que os indivíduos poderão pensar *per si*, agindo e decidindo livremente, tornando-se responsáveis por seus atos, valorizando, desse modo, a dignidade da pessoa humana como fonte garantidora do progresso social de uma sociedade que prima pela exclusão.

O reconhecimento da inclusão social é o próprio reconhecimento do direito à dignidade humana de todos que, por algum motivo, são excluídos de uma sociedade que não defende ou valoriza a diferença.

A abolição da discriminação não se faz com atos políticos únicos, como um ato de independência heroico, mas apenas por meio de uma inclusão permanente que tenha suficiente sensibilidade para a origem cultural das diferenças individuais e culturais específicas. São exemplos de caminhos a seguir para se atingir a efetiva inclusão: concessão de autonomia cultural, os direitos grupais específicos, as políticas de equiparação e outros arranjos que levem a uma efetiva proteção das minorias (Habermans, 2004).

Desse modo, pode-se afirmar que a inclusão social das pessoas com deficiência na sociedade, de modo geral, é a própria

[...] evolução dos direitos humanos que deve atingir as pessoas, gerando a cada um e à coletividade o bem-estar geral, constituído por um núcleo de direitos fundamentais, ensinando a cada indivíduo, não apenas pela imposição legal, mas enraizando o respeito ao próximo como o respeito a si

mesmo, até mesmo como fundamento para a existência de uma sociedade justa (Rulli Neto, 2002).

Portanto, a preocupação com a inclusão das pessoas com deficiência vem se alargando, deixando de ser apenas uma preocupação estatal e se tornando uma preocupação humanitária. E é nesse sentido que deve ser encarada, perpassando, inclusive, por todos os níveis dimensionais dos direitos fundamentais.

A inclusão da pessoa com deficiência deve ser vista como forma de respeito às limitações e às diferenças de cada um, possibilitando a inserção total e incondicional. Lembrando que, para os movimentos internacionais, “integração” e “inclusão” são palavras que representam crenças distintas.

Na integração, é permitida a existência de desigualdades sociais, e, para reduzi-las, permite-se a incorporação de pessoas que consigam se adaptar por seus méritos. Já na inclusão, pressupõe-se que todos fazem parte da mesma comunidade, sem a existência de grupos distintos, não se esperando a inserção, mas, sim, políticas do Poder Público para evitar a exclusão (Rostelato, 2009). Assim,

Depreende-se que os princípios da inclusão refletem nada mais, nada menos, que os princípios democráticos e, a implementação desses princípios de inclusão não se restringe à atuação estatal (os entes da federação criando métodos de averiguação das necessidades locais, que se refiram à sua competência federativa, à atuação), mas também, às obrigações da coletividade, como um todo (Rostelato, 2009, p. 63).

Integração e inclusão, no plano social, sugerem a inserção de pessoas que porventura estejam excluídas, porém o que as diferencia é a forma como tal inserção se opera. Tratando-se da integração, a inserção social se dá pelo fato de que a sociedade, admitindo desigualdades sociais e a própria

exclusão, permite a inserção das pessoas excluídas, desde que se adaptem ao meio social.

A pessoa discriminada e, por isso, excluída, é quem deve se adaptar aos moldes estabelecidos pela sociedade, sem que, por outro lado, haja um comportamento dessa sociedade para reduzir a complexidade da inserção. Por exemplo, a integração permite que pessoas com deficiência tenham acesso aos prédios públicos, sem a necessidade, contudo, de que tais imóveis sejam adaptados (Melo, 2007).

A inclusão opera de forma diversa; além de exigir da sociedade um comportamento permissivo, que admita a incorporação dos excluídos ao ambiente social, ainda impõe a adaptação desse ambiente às necessidades das pessoas discriminadas. Ao contrário do que ocorre na integração, a sociedade deve oferecer as condições necessárias para a efetiva inserção social dos excluídos, devendo, para tanto, empreender todos os esforços à sua participação no plano social. Utilizando-se do mesmo exemplo citado anteriormente, o Estado e a sociedade têm a obrigação de ditar medidas que efetivamente assegurem o acesso das pessoas com deficiência aos prédios públicos, eliminando todo e qualquer tipo de obstáculo arquitetônico (Melo, 2007).

A distinção entre a integração e a inclusão também é abordada por Fávero (2007, p. 34):

[...] INCLUIR, significa, antes de tudo, “deixar de incluir”. Pressupõe que todos fazem parte de uma mesma comunidade e não de grupos distintos. Assim, para “deixar de excluir”, a inclusão exige que o Poder Público e a sociedade em geral ofereçam as condições necessárias para todos. Portanto, diferentemente da integração, não se espera a inserção apenas daquele que consegue “adaptar-se”, mas

garante a adoção de ações para evitar a exclusão. E, diante da desigualdade já presente, exige que se faça uso de medidas positivas, quotas aliadas a políticas públicas, por exemplo, para sua redução.

Em nosso país, o movimento de integração foi impulsionado nas décadas de 1970 e 1980, período no qual os direitos conferidos às pessoas com deficiência traziam consigo a condicionante de adaptação ao ambiente social. Já a ideia de inclusão surgiu após a adoção desse objetivo por meio documentos internacionais, culminando, em sua maior expressão, a partir do texto constitucional de 1988, sobretudo na disposição dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (Melo, 2007).

Nesse contexto, como já mencionado no início deste capítulo, a sociedade inclusiva é objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, pois o artigo 3º da CF/88 traz que, entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, encontram-se a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a erradicação da pobreza e da marginalização; a redução das desigualdades sociais e regionais; e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Portanto, defender a inclusão social das pessoas com deficiência é defender sua dignidade humana, ao passo que a existência de uma sociedade inclusiva vai ao encontro do respeito ao ser humano.

Entretanto, conceituar dignidade humana não é tarefa fácil, já que não se pode elaborar um conceito estanque frente a uma sociedade que vive em processo de construção e desenvolvimento. O conceito de dignidade humana, a exemplo de tantos outros conceitos de contornos vagos e abertos, reclama uma constante concretização e delimitação pela práxis constitucional, tarefa que todos os órgãos estatais tentam empreender (Sarlet, 2004).

Após serem praticadas várias atrocidades no mundo, como, por exemplo, a exploração nas Américas e na África, as guerras, o nazismo, a queima de pessoas em fogueiras em razão de religião, muitas cartas constitucionais mundiais passaram a adotar o termo “preservação da dignidade humana” sem a definir, pois, para tal, é preciso levar em consideração todas as violações que foram praticadas, para, contra elas, lutar. Logo, se extrai, segundo Nunes (2002), que a dignidade nasce com o indivíduo. O ser humano é digno porque é.

Sobre a definição de dignidade humana, Nunes (2002, p. 49-50) explica:

Toda pessoa, pela condição natural de ser, com sua inteligência e possibilidade de exercício de sua liberdade, se destaca na natureza e se diferencia do ser irracional. Estas características expressam um valor e fazem do homem não mais um mero existir, pois este domínio sobre a própria vida, sua superação, é a raiz da dignidade humana. Assim, toda pessoa humana, pelo simples fato de existir, independentemente de sua situação social, traz na sua superioridade racional a dignidade de todo ser. Não admite discriminação, quer em razão do nascimento, da raça, inteligência, saúde mental, ou crença religiosa.

Destarte, a inclusão também faz parte da dignidade da pessoa humana. A realização da dignidade da pessoa humana deve ser preenchida pelos princípios do paradigma da inclusão social; e a realização da dignidade da pessoa com deficiência está condicionada, entre outras coisas, a sua possibilidade de inclusão laboral e econômica em trabalho decente, segundo a concepção da OIT. A respeito dessa ideia, Silva (2007, p. 147-148) leciona:

Na 87ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho foi aprovada uma proposta de atuação prioritária da OIT, que é a busca da disponibilidade de um trabalho decen-

te para homens e mulheres de todo o mundo. O trabalho decente é visto como um ponto de convergência de quatro objetivos estratégicos da OIT que devem orientar sua atuação, a saber: a promoção dos Direitos Fundamentais no Trabalho; o emprego; a proteção social; o diálogo social [...] Não se trata simplesmente de criar postos de trabalho, uma vez que estes precisam ser de qualidade aceitável. Não cabe dissociar a quantidade de empregos de sua qualidade, que pode se referir a formas de trabalho diferentes, a diversas condições de trabalho, assim o como a conceitos de satisfação e valor [...] Em suma, a missão institucional da OIT no século XXI parece estar voltada à promoção de medidas que, com a participação dos Estados e das organizações de trabalhadores e empresários, possam reduzir a exclusão social de que é vítima grande parte da população do planeta.

A norma da dignidade, portanto, atrai a realização de todos os direitos fundamentais, e, por isso, é tão difícil de ser traçada, pois, além de serem inúmeros os direitos fundamentais, estamos diante de uma constante transformação social. A dignidade humana deve ser encarada como sendo uma qualidade inerente a todo e qualquer ser humano, e não apenas um direito específico da existência humana, como o direito à propriedade, à vida, à saúde etc. A dignidade humana é, conseqüentemente, o núcleo efetivo dos direitos; é a fonte jurídico-positiva dos direitos fundamentais (Farias, 2000), além de ser considerada o nascedouro da ética, que atribui sentido, valor e concordância ao sistema dos direitos essenciais.

A dignidade humana deve ser encarada como um valor espiritual e moral inerente à pessoa, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que somente excepcionalmente possam ser realizadas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. No mesmo sentido é o pensamento de Maciel

(2011, p. 56): “Analisa-se que é este valor (advindo da dignidade) que atrai a realização dos direitos fundamentais e compõe o elemento de habilitação do sistema positivo de direito de uma sociedade que tenha a pessoa humana como fundamento máximo”.

A ideia de dignidade da pessoa humana deve ser entendida por intermédio de duas concepções: é um direito individual protetivo, seja em relação ao Estado ou aos demais indivíduos, bem como é um verdadeiro dever fundamental de tratamento isonômico dos próprios semelhantes. É valor absoluto, indispensável e insubstituível intrínseco a cada ser humano.

Para Canotilho (2003, p. 76), a dignidade da pessoa humana resta consubstanciada materialmente com o “[...] princípio antrópico que acolhe a ideia pré-moderna e moderna da *dignitas-hominis*, ou seja, do indivíduo conformador de si próprio e de sua vida, segundo o seu próprio projeto espiritual”. Entretanto, essa liberdade é a capacidade potencial que cada ser humano tem de autodeterminar sua própria conduta, sem dependência de sua efetiva exteriorização no caso da pessoa em concreto, de tal sorte que o absolutamente ou relativamente incapaz (por exemplo, as pessoas com deficiência) também possui a mesma dignidade que qualquer outro ser humano física e mentalmente capaz (Maciel, 2011).

Por conseguinte, a dignidade humana deve ser considerada como princípio orientador do constitucionalismo contemporâneo, que traz uma mudança da concepção da soberania de Estado para uma visão de soberania centrada na cidadania universal em prol da proteção dos direitos humanos. Para compreender o conceito de dignidade da pessoa humana, há que compreender também o sentido de igualdade, que pressupõe o direito e o respeito à diferença.

Valiosa é a lição dada por Novais (2015, p. 181) quando defende que a dignidade humana está intimamente relacionada ao princípio da igualdade:

Um Estado de Direito fundado na dignidade da pessoa humana, para além de obrigado a garantir a todas as pessoas as condições mínimas de bem-estar e de desenvolvimento da personalidade e de possibilidade de exercício efectivo dos direitos fundamentais, observa necessariamente o princípio da igualdade, na medida em que está juridicamente vinculado a tratar todas as pessoas com igual consideração e respeito; não o fazer seria não reconhecer a cada indivíduo uma dignidade que decorre do simples facto de ser pessoa.

O conceito de dignidade da pessoa humana se traduz no fato de que todos, independentemente de qualquer juízo moral, detêm o mesmo direito ao respeito, enquanto pessoa e ser humano, já que os direitos humanos superam as fronteiras, os limites jurídicos e a soberania dos Estados.

A dignidade é a qualidade intrínseca de cada ser humano, que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem à pessoa contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano. Portanto, sempre haverá violação da dignidade humana quando a pessoa é desrespeitada na sua humanidade, quando não lhe é reconhecida a sua natureza de sujeito e quando é colocada ou abandonada numa situação ou estado em que não dispõe de condições mínimas para desenvolver as suas capacidades de realização humana (Novais, 2016).

É em razão da dignidade que o Estado deve garantir a todos as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria

existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (Sarlet, 2004). Nessa vertente, resta constituído o Estado Democrático de Direito brasileiro, que, já no artigo 1º da CF/88, apregoa a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do sistema constitucional, como um princípio maior e soberano que serve de interpretação aos demais direitos e garantias conferidas aos cidadãos. Assim, a dignidade da pessoa humana passou a ser considerada um sacramento constitucional.

Historicamente, os direitos humanos foram reconhecidos por meio da Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembleia Geral da ONU em 1948, os quais, por sua vez, já tinham sido objeto de abordagem em âmbito internacional em diversos documentos, tendo sido incluída a carta de São Francisco, tratado internacional que criou a ONU em 1945.

Após a Declaração Universal dos Direitos do Homem, inúmeros documentos internacionais foram assinados com objetivo de reconhecer os direitos humanos. Em 1966, entrou em vigor, no Brasil, a Carta Internacional dos Direitos Humanos; em 1976, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; na atualidade, são mais de 140 protocolos e tratados que impõem obrigações jurídicas sobre direitos humanos a diversos Estados (Rostelato, 2009).

A adoção da dignidade da pessoa humana nos documentos constitucionais é um valor intrínseco à formação de um Estado Democrático de Direito, não se esquecendo que, ao final da Segunda Grande Guerra, houve um pacto pela não definição do conceito, a fim de que, além de evitar divergências entre os países envolvidos, cada ente soberano o preenchesse da maneira que mais fosse condizente com seu ordenamento jurídico-social. A Constituição da República Italiana (1947), por exemplo, em seu artigo 3º,

expressou que “todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei” (Alarcón, 2004, p. 245).

Em 1949, a Lei Fundamental da República Federal Alemã também consagrou que “[...] a dignidade do homem é intangível. Os poderes públicos são obrigados a respeitá-la e a protegê-la”. Na mesma seara, a Constituição de Portugal de 1976, em seu artigo 1º, proclama que a República é soberana e é baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular (Alarcón, 2004, p. 245).

Muitas outras constituições trilharam o mesmo percurso: a espanhola, por exemplo, traz que “[...] a dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade [...] são fundamentos da ordem política e da paz social” (Espanha, 1978). Constituições recentes dos países da Europa Oriental também consagraram o princípio da dignidade da pessoa humana, como, por exemplo, a Croácia, em 1990; a Bulgária, a Eslovênia, a Letônia e a Romênia, em 1991; a Estônia, a Lituânia e a República Tcheca, em 1992 (Alarcón, 2004, p. 245-246).

Diversas outras Constituições contêm referência expressa à dignidade em seu texto, como Japão, Itália, Portugal, Espanha, África do Sul, Israel, Hungria e Suécia, em meio a muitos outros, ou em seu preâmbulo, como a do Canadá (Barroso, 2012). Mesmo em países nos quais não há qualquer menção expressa à dignidade na Constituição, como Estados Unidos e França, a jurisprudência tem invocado sua força jurídica e argumentativa em decisões importantes (Barroso, 2012).

Nos Estados Unidos, apesar da dignidade da pessoa humana não ser um preceito expresso constitucionalmente, vem fundamentando diversas decisões dos tribunais. Por exemplo, em decisão antiga, que envolvia a

questão da constitucionalidade da pena de morte, a Suprema Corte Americana decidiu que os objetivos sociais de retribuição e prevenção superavam as preocupações com a dignidade, embora tenha considerado violadora da dignidade humana a execução de deficientes mentais e de menores de 17 anos (Barroso, 2012). Mais recentemente, a Suprema Corte, com base na dignidade da pessoa humana, considerou o enforcamento do réu condenado a pena de morte um atentado, já que causa um sofrimento desnecessário, determinando que fosse aplicada uma injeção letal (Sarlet, 2011). Também foi considerada inconstitucional a criminalização de relações sexuais com pessoas do mesmo sexo (Bunchaft, 2011).

Na França, além do famoso caso do arremesso de anão (Sarlet, 2011), houve outras decisões baseadas na dignidade da pessoa humana. Barroso (2012, p. 7) cita dois casos de bastante notoriedade:

No affaire Perruche, a Corte de Cassação, em decisão duramente criticada, reconheceu o “direito de não nascer”, ao assegurar a uma criança, representada por seus pais, uma indenização pelo fato de ter nascido cega, surda e com transtorno mental severo. Um erro de diagnóstico no teste de rubéola realizado na mãe deixou de detectar o risco de anomalia fetal grave, impedindo-a de interromper voluntariamente a gestação, como era de seu desejo declarado caso o problema fosse detectado no exame pré-natal. Em outro caso que ganhou notoriedade, Corinne Parpalaix viu reconhecido o seu direito de proceder à inseminação artificial com o esperma de seu falecido marido, que o havia depositado em um banco de sêmen antes de se submeter a uma cirurgia de alto risco.

Assim, embora os Estados, já há algum tempo, venham reconhecendo expressamente os direitos humanos em seus documentos constitucionais, o princípio da dignidade da pessoa humana foi reconhecido há

pouco. A doutrina costuma assinalar que o advento do cristianismo foi o ponto inicial dos direitos humanos, com a ideia central de que o homem possuía direitos básicos e naturais que deveriam ser respeitados, inclusive com limitação ao poder absolutista e monárquico. Tais direitos, entretanto, não eram muito coesos e integraram vários documentos importantes historicamente, como a Magna Carta do Rei João Sem terra (1215), a *Petition of Rights* (1628) e o *Habeas Corpus* (1679), que asseguravam aos cidadãos vários direitos, embora estivessem despidos de caráter universal, já que não protegiam o ser humano enquanto gênero, mas apenas grupos determinados (Serrano, 2012).

A Magna Carta, por exemplo, que serve como referência à teoria da constituição, mesmo que não seja ainda o início do constitucionalismo, revelava ser um documento propriamente feudal, que, apesar de contribuir de alguma forma para a garantia das liberdades civis e políticas, conservava privilégios característicos do clero e da nobreza, mostrando sua estrutura estamental. Não havia, naquela época, preocupação com tratamento isonômico entre as pessoas. Mas o sistema feudal, pelo excesso de gastos da nobreza, combinados com a intensificação do comércio e a queda do trabalho escravo, sucumbiu, dando origem ao capitalismo.

Nesse cenário, o advento do liberalismo, por intermédio de diversos movimentos políticos e filosóficos que o renunciaram, como o iluminismo, implicou no enfraquecimento das monarquias absolutas. Tais movimentos destacavam-se por pregar a liberdade individual, contrariando os excessos e os abusos de poder do Estado (Serrano, 2012). Desse modo, foram positivados, em 1776, direitos e garantias fundamentais no denominado *Bill of Rights* da Virgínia. Pode-se dizer que, nesse momento, deu-se início ao

movimento denominado constitucionalismo, que costuma evocar, ao menos, dois marcos históricos: a Constituição dos Estados Unidos da América (1787) e a Constituição da França (1791).

A Constituição da França trazia, em seu preâmbulo, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão. Nesse momento, a preocupação era limitar os poderes do Estado e assegurar liberdades aos cidadãos por meio da constitucionalização formal dos direitos e das garantias individuais, chamados de direitos fundamentais de primeira geração.

Nesse norte, o princípio da dignidade da pessoa humana não pode ser visto apenas como fundamento do Estado Democrático de Direito, mas como valor constitucional. A dignidade deve permear a forma do Estado, deve garantir que o homem seja visto como uma partícula viva de um todo, conforme ensina Alarcón (2004, p. 251):

Transcende assim, a dignidade consignada no art. 1º, inciso III, da Constituição, o normativismo positivo puro e simples, outorgando um status que para muitos permanece inadvertido, mas que, no entanto, é determinante para a persistência da forma de Estado, o de membro da coletividade, o de participar da humanidade, de ser uma partícula viva, arte e parte do gênero humano.

Portanto, garantir a inclusão é garantir a dignidade da pessoa humana que necessita dela; é fazer o outro sentir-se parte da humanidade, como partícula viva, valorizando a pessoa acima de todos os demais interesses.

2.1 A garantia da dignidade humana nas constituições brasileiras

A Constituição brasileira que deu mais relevância à dignidade da pessoa humana foi, indubitavelmente, a de 1988; as anteriores não deram tanta importância ao tema como a chamada “Constituição Cidadã”. Entretanto, em algumas constituições brasileiras, é possível encontrar a dignidade da pessoa humana estampada em algumas situações.

No início do constitucionalismo brasileiro, houve pouca preocupação com a dignidade da pessoa humana. A Constituição Imperial, de 1824, por exemplo, em apenas dois momentos, fez lembrar que havia alguma preocupação com o tema. O artigo 179, XXXI, que dizia “[...] a inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte: [...] XXXI - A Constituição também garante os socorros públicos” (Brasil, 1886), fazia previsão de que a Constituição também garantiria os socorros públicos, embora não tenha disciplinado em que medida ou situações tais socorros seriam deferidos; e, no inciso XIX, previu que “[...] desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente e todas as mais penas cruéis” (Brasil, 1886).

Os valores que conduziram a Constituinte de 1824 foram aqueles provenientes da concepção liberal, que prestigiava sobremaneira a propriedade, até porque a elaboração da Constituição na sequência da Revolução Francesa e do Código Civil Napoleônico de 1804, sendo por esses influenciada.

Não muito diferente foi a Constituição de 1891, que marginalizou o tema repetindo o artigo 179 da Constituição de 1824 em seu artigo 72. Pode-se dizer que o único pequeno avanço foi a inserção do § 24 no artigo 72, que garantia o exercício de qualquer profissão moral, industrial e intelectual, como se nota: “Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade nos termos seguintes: [...] Parágrafo 24. É garantido o livre exercício de qualquer profissão moral, intellectual e industrial” (Brasil, 1891).

Mais tarde, em 1934, sob influência da Constituição Alemã de 1919, a nova constituição brasileira registrou grande avanço. Em seu corpo, trouxe o título “Da ordem econômica e social”, em que, arrisca-se dizer, pela primeira vez, o princípio da dignidade da pessoa humana foi consagrado expressamente. O artigo 115 previa que “A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna” (Brasil, 1934). Sobre o sentido social da Constituição de 1934, Andrade e Bonavides (1991, p. 319) apontam:

Seguindo uma certa tendência europeia do pós-guerra, mas que na verdade só iria se firmar definitivamente ao término da Segunda Grande Guerra, alguns dos preceitos do chamado “Welfare State” foram consagrados no texto. Pela primeira vez na história constitucional brasileira, considerações sobre a ordem econômica e social estiveram presentes. Uma legislação trabalhista garantia a autonomia sindical, a jornada de oito horas, a previdência social e os dissídios coletivos. A família mereceria proteção especial, particularmente aquela prole numerosa.

A Constituição seguinte, de 1937, inaugurou o chamado Estado Novo, e, embora tenha trazido uma seção “Da ordem Econômica”, como a Constituição de 1934, tampouco fez menção à dignidade da pessoa humana; na verdade, foi um retrocesso, não trazendo uma seção sobre a ordem social. Todavia, o artigo 136 aduziu que o trabalho era um dever social e tinha direito à proteção e à solicitude especial do Estado, trazendo o texto:

O trabalho é um dever social. O trabalho intelectual, técnico e manual tem direito à proteção e solicitude especiais do Estado. A todos é garantido o direito de subsistir mediante o seu trabalho honesto e este, como meio de subsistência do indivíduo, constitui um bem que é dever do Estado proteger, assegurando-lhe condições favoráveis e meios de defesa (Brasil, 1937).

Como ensina Lembo (1999), essa Carta Política, ao prever o trabalho como dever social, esteve no rastro da configuração fascista. Andrade e Bonavides (1991, p. 346) recordam um trecho atribuído ao então ministro da Justiça, Francisco Campos, quando este justificou a Constituição de 1937:

A transformação operada no mundo pelas grandes revoluções industriais, técnicas e intelectuais mudou o clima político. O conceito político da democracia não era mais adequado aos novos ideais da vida. A liberdade individual e suas garantias não resolviam o problema do homem. Eram ideais negativos, que não garantem ao indivíduo nenhum bem concreto, seja no domínio econômico, seja no domínio moral, seja no domínio intelectual e político. Voto e liberdade não enchem a barriga de ninguém, o princípio de liberdade não garantiu a ninguém o direito ao trabalho, à educação, à segurança. Só o Estado forte pode exercer a arbitragem justa, assegurando a todos o gozo da herança comum da civilização e da cultura.

Uma nova Constituição foi concebida em 1946. Andrade e Bonavides (1991) ensinam que um dos melhores aperfeiçoamentos introduzidos

por essa nova Constituição foi o que se reportava ao Estado de Direito quando ela declarou, no capítulo dos Direitos e das Garantias Individuais, que a lei não poderia excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. Nesse trecho, estava assegurado um Estado social que, na época, estava em antagonismo com a sociedade, que não tinha estruturas sociais, econômicas e empresariais do capitalismo individualista do século XIX.

Com relação à Constituição de 1967, houve uma quase repetição da Constituição de 1937, quando aquela estipulou que o trabalho é obrigação social, no artigo 145. No artigo 157, foi expressamente mencionado que a ordem econômica tinha por fim realizar a justiça social, com base no princípio da valorização do trabalho como condição da dignidade humana, entre outros, como se vê no texto:

Art. 157 - A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: I - liberdade de iniciativa; II - valorização do trabalho como condição da dignidade humana; III - função social da propriedade; IV - harmonia e solidariedade entre os fatores de produção; V - desenvolvimento econômico [...] (Campanhole; Campanhole, 1998).

A Constituição de 1969 (Constituição do Brasil, de 24 de janeiro de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1/1969 e alterações determinadas pelas Emendas Constitucionais nos 2 a 27), foi pela mesma trilha, não trazendo novidades no que concerne aos direitos sociais ou quanto à questão do princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 160, II) (Campanhole; Campanhole, 1998).

Por fim, a Constituição Federal de 1988 trouxe um grande avanço nesse sentido, prevendo, como já dito, a dignidade da pessoa humana como

sendo um fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro. Nesse contexto, mostrou-se a importância de o Estado respeitar a dignidade da pessoa humana em todas as suas formas, entre elas, proporcionando a inclusão social.

Seguindo os ensinamentos de Sarlet (2006), a dignidade humana deve ser encarada como a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do respeito do Estado. Isso, por consequência, implica na garantia de um complexo de direitos e deveres fundamentais que protegem a pessoa de todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, além de propiciar e promover sua participação livre e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Portanto, não há dúvida de que a dignidade da pessoa humana deve ser encarada como um sacramento constitucional, devendo ser o começo e o fim de toda e qualquer interpretação legislativa.

A Constitucionalização do princípio da dignidade da pessoa humana modifica, em sua raiz, toda a construção jurídica: ele impregna toda a elaboração do Direito, porque ele é o elemento fundante da ordem constitucionalizada e posta na base do sistema. Logo, a dignidade da pessoa humana é princípio havido como superprincípio constitucional, aquele no qual se fundam todas as escolhas políticas estratificadas no modelo de Direito plasmado na formulação textual da Constituição (Rocha, 1999, p. 35).

Tudo isso se justifica porque é no valor da dignidade humana que a ordem jurídica encontra seu próprio sentido, sendo seu ponto de partida e de chegada, na tarefa de interpretação normativa. Consagra-se, desse modo, a dignidade da pessoa humana como verdadeiro superprincípio a orientar o Direito internacional e interno (Maciel, 2011).

O expreso reconhecimento da dignidade da pessoa humana como princípio na Constituição de 1988 representa um marco na evolução do constitucionalismo brasileiro e na efetiva democratização do Estado Democrático de Direito.

É difícil conceituar dignidade da pessoa humana. Sobre o conceito, Farias (2000, p. 61) afirmou:

[...] refere-se às exigências básicas do ser humano no sentido de que ao homem concreto sejam oferecido os recursos de que dispõe a sociedade para manutenção de uma existência digna, bem como propiciadas as condições indispensáveis para o desenvolvimento de suas potencialidades.

Já Sarlet (2006, p. 60, grifo nosso) conceitua dignidade da pessoa humana como

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

Enfim, a incorporação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental da Constituição Federal de 1988 representa um marco no constitucionalismo pátrio, abrindo novas possibilidades hermenêuticas na efetivação de direitos fundamentais.

Sobre o princípio da dignidade humana, Sarmiento (2016, p. 326, grifo nosso) define muito bem a sua compreensão perante a Constituição de 1988:

O sentido dado ao princípio da dignidade humana liga-se a certa compreensão de “pessoa”. Essa compreensão deve ser realista e se alicerçar tanto na ordem constitucional positiva como na moralidade crítica. **A Compreensão de pessoa subjacente à Constituição de 1988 é só ser humano concreto, enraizado, que não é só racional, mas também emocional, corporal e social.** Trata-se da pessoa que é um fim em si, razão de ser do Estado e da ordem jurídica, e não um mero órgão da comunidade. Mas não se cuida do indivíduo insular de Kant e do liberalismo-burguês, e sim do ser imerso em relações intersubjetivas, que aspira à liberdade, mas tem necessidades materiais e emocionais cujo atendimento pressupõe a vida relacional em sociedade. Tal compreensão concilia-se com a moralidade crítica das democracias que levam os direitos a sério.

O Supremo Tribunal Federal vem diuturnamente decidindo grandes questões com base no princípio da dignidade humana, demonstrando que ele é base do nosso ordenamento jurídico pátrio e que deve sustentar todas as decisões do Judiciário. Como prova disso, seguem algumas decisões emblemáticas que explicitam o reconhecimento da dignidade da pessoa humana como princípio maior da Constituição Federal.

A primeira delas é a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510/DF, cujo relator foi o Ministro Carlos Britto, publicada em 29 de maio de 2008, a qual, por maioria, julgou improcedente pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral da República contra o artigo 5º da Lei federal 11.105/2005 (Lei da Biossegurança), que permite, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não usados no respectivo procedimento, e estabelece condições para essa utilização.

O relator Ministro Carlos Britto, em seu voto, alegou, inicialmente, que o artigo impugnado seria um bem concatenado bloco normativo que, sob condições de incidência explícitas, cumulativas e razoáveis, contribuiria para o desenvolvimento de linhas de pesquisa científica das supostas propriedades terapêuticas de células extraídas de embrião humano *in vitro*, esclarecendo que as células-tronco embrionárias ofereceriam melhores possibilidades de recuperação da saúde de pessoas físicas ou naturais em situações de anomalias ou graves incômodos genéticos.

Nessa ação, o Ministro defendeu que as pessoas físicas ou naturais seriam apenas as que sobrevivem ao parto, dotadas do atributo a que o artigo 2º do Código Civil denomina personalidade civil, assentando que a Constituição Federal, quando se refere à “dignidade da pessoa humana” (artigo 1º, III), aos “direitos da pessoa humana” (artigo 34, VII, b), ao “livre exercício dos direitos... individuais” (artigo 85, III) e aos “direitos e garantias individuais” (artigo 60, § 4º, IV), estaria falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa. Assim, numa primeira síntese, a Carta Magna não faria de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativa, e que a inviolabilidade de que trata seu artigo 5º diria respeito exclusivamente a um indivíduo já personalizado (Brasil, 2008).

Outro caso foi a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 DF, que tratou da interrupção da gravidez pela mulher quando estiver grávida de feto anencéfalo. Na discussão, estava em confronto, de um lado, os interesses legítimos da mulher em ver respeitada sua dignidade e, de outro, os de parte da sociedade que desejasse proteger todos os que a integrariam, independentemente da condição física ou viabilidade de sobre-

vivência. O tema em discussão envolveu a dignidade humana, o usufruto da vida, a liberdade, a autodeterminação, a saúde e o reconhecimento pleno de direitos individuais, especificamente, os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres. Ao final, o Supremo decidiu que a tipificação penal da interrupção da gravidez de feto anencéfalo não se coadunaria com a Constituição, notadamente com os preceitos que garantiriam o Estado laico, a dignidade da pessoa humana, o direito à vida e a proteção da autonomia, da liberdade, da privacidade e da saúde (Brasil, 2012).

Mais um caso emblemático foi a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF, na qual o Partido Socialista e Liberdade (PSOL) pedia que o STF declarasse que a situação atual do sistema penitenciário brasileiro violava preceitos fundamentais da Constituição Federal e, em especial, direitos fundamentais dos presos. Em razão disso, requereu-se que a Corte determinasse à União e aos Estados que tomassem uma série de providências com o objetivo de sanar as lesões aos direitos dos presos. Por medida cautelar, o STF reconheceu, no caso, o “estado de coisas inconstitucional”, ao explicar que essa foi uma medida desenvolvida pela Corte Nacional da Colômbia, a qual identificou um quadro insuportável e permanente de violação de direitos fundamentais e desrespeito à dignidade da pessoa humana, a exigir intervenção do Poder Judiciário de caráter estrutural e orçamentário (Brasil, 2023).

A Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277/DF, que trataram do reconhecimento da união estável de casamento homoafetivo, tiveram o pedido reconhecido com base, entre outros argumentos, no princípio da dignidade da pessoa humana (Brasil, 2011). O relator, Ministro Ayres Britto, fez uma

digressão juridicamente precisa (mas também fazendo uso de argumentos metajurídicos) pelos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da liberdade (incluindo-se a do livre exercício da sexualidade), da igualdade, da vedação da discriminação em razão de sexo ou qualquer outra natureza, do pluralismo, evidenciando seu posicionamento contrário ao preconceito e sua sensibilidade em relação a situações fáticas ainda não expressamente tuteladas normativamente, mas que não poderiam continuar sofrendo sonegações de direitos válidos, como as uniões homoafetivas. Ayres Britto foi enfático ao asseverar que todas as pessoas da espécie humana são iguais, sendo descabíveis distinções de qualquer natureza. “Iguais para suportar deveres, ônus e obrigações de caráter jurídico positivo, iguais para titularizar direitos, bônus e interesses também juridicamente positivados” (Brasil, 2011).

Enfim, inúmeras são as ações em que o princípio da dignidade da pessoa humana é o fundamento da Corte Suprema do país, demonstrando, como já foi dito, que é o ponto de partida e de chegada na tarefa de interpretação normativa.

Pode-se afirmar que três elementos integram o conteúdo mínimo da dignidade, o que reflete nas decisões judiciais: valor intrínseco da pessoa humana, autonomia individual e valor comunitário (Barroso, 2013). O valor intrínseco é o elemento ontológico da dignidade, ligado à natureza do ser; garante o direito à vida, à igualdade, à integridade física, moral ou psíquica. A autonomia, por sua vez, é o elemento ético da dignidade, ligado à razão e ao exercício da vontade em conformidade com determinadas normas; tem como pressuposto necessário a satisfação do mínimo existencial. Por fim, o valor comunitário constitui elemento social da dignidade humana. A digni-

dade deve ser moldada pelos valores compartilhados pela comunidade; é a proteção dos valores sociais.

Portanto, a dignidade da pessoa humana deve ser encarada como um valor fundamental e um princípio constitucional que serve de fundamento ético e jurídico para os direitos materialmente fundamentais, aos quais fornece parte do conteúdo essencial. É imprescindível dar à dignidade uma dimensão objetiva, que permita seu uso operacional e a poupe do desgaste da banalização.

2.2 A inclusão da pessoa com deficiência como instrumento garantidor da dignidade humana

Pode-se dizer que a evolução da conquista dos direitos humanos está atrelada ao reconhecimento dos direitos das pessoas com deficiência, tendo em vista que, à medida que o direito à igualdade de oportunidade, a justiça distributiva e a própria dignidade da pessoa humana passaram a ser objeto de estudo, os direitos das pessoas com deficiência também evoluíram. Gradativamente, houve uma mudança com relação à inclusão das pessoas com deficiência, com enfoque na solidariedade e no acolhimento desse grupo que, até há pouco tempo, era composto por seres estigmatizados e à margem dos grupos sociais.

[...] a dignidade da pessoa humana [...] está erigida como princípio matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao lado dos Direitos e garantias fundamentais, como cânone constitucional que incorpora “as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo

suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro” (Piovesan, 2004, p. 54).

Nesse sentido, pode-se afirmar que a constitucionalização da dignidade da pessoa humana impregnou todo o sistema jurídico, fundamentando todas as escolhas políticas estratificadas no modelo de direito plasmado na formulação contextual da Constituição (Rocha, 1999).

No encadeamento lógico desses estudos, é permitido afirmar que o progresso e a valorização da pessoa humana, como um lado da dignidade humana, traduzem-se na efetividade do direito ao trabalho, uma vez que este acaba por incluir a pessoa na sociedade, deflagrando sentimento de igualdade. Assim, o trabalho é um valor muito importante às pessoas com deficiência, já que possibilita a independência financeira e, por consequência, a autonomia.

Araujo (2011, p. 77) ao tratar do tema, ensina que “[...] a proteção, em nosso caso, das pessoas portadoras de deficiência, nada mais é do que uma forma de proteger a cidadania e a dignidade da pessoa humana, eliminando as desigualdades sociais”.

O reconhecimento da vulnerabilidade dessas pessoas é inegável. Os limites de autodeterminação e liberdade pessoal são ponderados em vista da proteção da dignidade e da integridade do deficiente. A pessoa com deficiência passa a ter uma dignidade efetiva quando elidida a exposição ao preconceito, pois adota novos comportamentos, faz com que a sociedade passe a respeitá-la mais.

O direito ao trabalho é uma garantia de todos os indivíduos onde se compreende o direito à própria subsistência e o exercício da dignidade humana. As pessoas portadoras de deficiência também têm esse direito, este trabalho pode-se desenvolver em ambientes protegidos ou comuns e aber-

tos a outros indivíduos. Para isso é preciso ter condições de transporte, tendo em vista que os portadores de deficiência tenham maior dificuldade de locomoção. A dignidade da pessoa humana e a integração social não serão plenamente atingidas se existir privação de direito ao trabalho e ao transporte de acordo com as necessidades especiais (Lunardi, 2003, p. 478).

Além disso, é incontroverso que as pessoas com deficiência que trabalham têm sentimentos de alegria, felicidade e bem-estar, tanto no aspecto social como no profissional, já que o bem-estar no trabalho se relaciona ao sentimento da valorização humana depositada na relação jurídico-laboral que reduz o estigma social de incapacidade de tais pessoas (Carvalho, 2007).

A primeira forma de inclusão sociolaboral tinha como princípio o paradigma da integração, em que o mercado de trabalho se abria para a diversidade. No entanto, os excluídos das relações sociolaborais são os que deveriam se adaptar por meio do autodesenvolvimento, o que configurava uma ideia funcionalista de mundo, condizente com o modelo sistêmico da organização do trabalho que vigorava no pós-guerra e gerava políticas de igualdade de oportunidades. Mais tarde, o princípio passou a ser o da inclusão, e o mercado de trabalho abriu-se para a diversidade. Porém, o próprio mercado deveria fornecer as condições para esse processo e se adaptar ao novo perfil dos processos organizativos e dos trabalhadores, o que gerou políticas de responsabilidade social e de gestão da diversidade (Maciel, 2011).

Nessa esteira, leciona Sasaki (1997) que o trabalho, indubitavelmente, contribui para a melhora e o desenvolvimento da autoestima e da confiança das pessoas com deficiência. Seu papel é o de proporcionar aprendizagem, crescimento, transformação de conceitos e atitudes, aprimoramento e remuneração. É necessário, portanto, que as empresas reco-

nheçam a necessidade da inserção dessas pessoas no mercado de trabalho, oferecendo-lhes oportunidade para que possam conquistar seu espaço no mercado, a fim de que a empregabilidade seja mantida, contribuindo para o progresso social democrático.

Destarte, a inclusão social pelo trabalho das pessoas com deficiência, além de garantir o direito à igualdade e à não discriminação, garante ainda a felicidade pessoal, que, segundo Santo Tomás de Aquino, é o fim almejado de toda a sociedade (Rostelato, 2009, p. 69).

[...] filósofos de todos os tempos colocaram a felicidade como a aspiração dominante do ser humano, que a procura cada qual a sua maneira. A felicidade, sendo a grande referência à vida, é, nesse sentido, a motivação maior ao trabalho, direcionando passos, caminhos, relacionamentos e metas. O homem-pensamento, o homem-emoção e o homem-ação ganham integridade no ser feliz [...] (Matos, 1997, p. 7).

Dessa maneira, é incumbência do Estado promover a inclusão das pessoas com deficiência, visando torná-las e mantê-las felizes, como prova de lhes assegurar a dignidade humana.

[...] a formação da ideia de Estado moderno agrega a felicidade como um dos objetivos a serem alcançados, dentro da afirmação da dignidade eminente da pessoa humana e na liberdade consistente na possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal (Rulli Neto, 2002, p. 65).

Nesse contexto, é possível afirmar que a dignidade humana está intimamente relacionada ao anseio da felicidade como ser humano no exercício de suas funções. A felicidade deve ser encarada como um objetivo atingível, uma finalidade (Alarcón, 2004).

Pode-se afirmar que o princípio da dignidade humana, como garantidor de inclusão das pessoas com deficiência, tem destaque especial no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que incluir é buscar eliminar as dificuldades encontradas no exercício de uma atividade cotidiana, afastando todo e qualquer tipo de constrangimento e sofrimento dessas pessoas.

A dignidade da pessoa humana deve ser um valor de pré-compreensão de toda estrutura do Estado, como defende Alarcón (2004, p. 79): “[...] A dignidade da pessoa humana não é mero enunciado vernacular principiológico, dada a sua localização na topografia constitucional, mas na verdade, um valor de pré-compreensão de todo o arcabouço do Estado Brasileiro”.

Desse modo, tem-se que a dignidade humana não foi propriamente uma criação constitucional, mas é um valor supremo ao qual a Constituição de 1988 decidiu atribuir máxima relevância jurídica, colocando-a, portanto, como princípio fundamental (Martins, 2012). Na expressão escorreita de Barroso (2012, p. 78), a dignidade da pessoa humana assume dimensão transcendental e normativa, e a Constituição passa a ser não somente “[...] o documento maior do direito público, mas o centro de todo o sistema jurídico, irradiando seus valores e conferindo-lhe unidade”.

O trabalho, associado a um emprego, desempenha papel importantíssimo entre os grupos marginalizados, como, por exemplo, as pessoas com deficiência, uma vez que diminui as taxas de pobreza e torna possível a diminuição do isolamento social e aumento da participação política. A atividade laboral atua melhorando a autoestima, fazendo-os se sentir completos, independentemente de suas limitações físicas. Para as pessoas com deficiência, o trabalho representa uma dimensão interdependente da percepção que têm de si mesmas e da própria vida. Logo, garantir a inclusão da pessoa com

deficiência no mercado de trabalho é assegurar a dignidade dessas pessoas; a inclusão deve consolidar uma mudança de paradigma, em que as pessoas com deficiência vão parar de serem vistas como “objetos” de caridade, tratamento médico e proteção social, e passarão a ser vistas e tratadas como “sujeitos de direitos”, iguais a quaisquer outros indivíduos.

A sociedade deve ser inclusiva e, como tal, tratar a pessoa com deficiência como um cidadão hábil, valorizando suas qualidades profissionais. Só se conseguirá entender as normas jurídicas que almejam a inclusão das pessoas com deficiência associando-as às normas que têm a finalidade de dar fundamento à ordem social prevista na Constituição, cuja base é o primado do trabalho e cujo objetivo é o bem-estar e a justiça social.

Assim, para a inserção dessas pessoas na sociedade, há a necessidade de a sociedade buscar conhecimento e informação a respeito das limitações e da capacidade dessas pessoas. Há necessidade de a sociedade eliminar todo tipo de barreira que impede a efetiva inclusão, em especial as sociais, como defende Neri (2003, p. 3):

[...] alguns dos principais problemas das pessoas com deficiência têm origem na sociedade, ou seja, decorrem de barreiras sociais e não barreiras funcionais decorrentes da sua limitação, por exemplo: uma pessoa paraplégica estaria impedida de frequentar as aulas em uma escola onde não existe rampa e nem pessoas aptas a ajudá-la com transporte no trajeto casa-escola-casa. A partir da remoção dessas barreiras sociais (criações de condições arquitetônicas, de transporte e um pouco de solidariedade ou apoio familiar) essa pessoa passaria a exercer atividades escolares normais, ou seja, mediante algumas acomodações, a pessoa portadora de deficiência sairia da categoria de desvantagens em relação às demais.

A inclusão está ligada estritamente à interação, que favorece o convívio da pessoa com deficiência com seus pares não deficientes, nos diversos ramos da comunidade. O processo de inclusão deve começar na família, com a aceitação da diferença, pois é a família que vai mostrar à sociedade a importância da integração da pessoa com deficiência aos grupos sociais.

Toda a sociedade deve se importar com a efetivação da inclusão. Deve haver vontade política para a construção de uma prática social menos preconceituosa e discriminante, fundando-se em um processo de construção de consenso de valores, políticas e princípios, proveniente de uma reflexão coletiva sobre o que realmente traduz a deficiência.

Somente aceitar as diferenças também não é suficiente. Há necessidade de agir, de fazer com que os considerados “diferentes” sejam incluídos na sociedade, sejam tratados de maneira igual. Mia Couto (2011) fala muito bem a respeito das diferenças, demonstrando o quão importante é aceitá-las e lutar pela efetiva inclusão. O escritor português defende que há necessidade de se colocar no lugar do outro, para entender e apoiar os “diferentes”, embora admita que tal processo não seja fácil:

Difícil é sermos os outros. Nem que seja por um instante, nem que seja de visita. [...] Dizemos que somos tolerantes com as diferenças. Mas ser-se tolerante é ainda insuficiente. É preciso aceitar que a maior parte das diferenças foi inventada e que o Outro (o outro sexo, a outra raça, a outra etnia) existe sempre dentro de nós (Couto, 2011, p. 135).

A verdade é que o ser humano se faz humano quando não se diferencia; a ideia de que a pessoa se faz pessoa a partir de padrões sociais convencionados é repugnante. A própria existência humana deve evidenciar a inclusão, abarcando todos os membros da sociedade, fomentando uma

convivência harmônica amparada na diversidade, considerando o valor humano como primordial.

Habermas (2004, p. 7-8), contextualizando a questão da inclusão de minorias vulneráveis, disserta que

O mesmo respeito para todos e cada um não se estende àqueles que são congêneres, mas à pessoa do outro ou dos outros em sua alteridade. A responsabilização solidária pelo outro como um dos nossos se refere ao “nós” flexível numa comunidade que reside a tudo o que é substancial e que amplia constantemente suas fronteiras porosas. Essa comunidade moral se constitui exclusivamente pela ideia negativa da abolição da discriminação e do sofrimento, assim como da inclusão dos marginalizados - e de cada marginalizado em particular -, em uma relação de deficiência mútua. Essa comunidade projetada de modo construtivo não é um coletivo que obriga seus membros uniformizados à afirmação da índole própria de cada um. Inclusão não significa aqui confinamento dentro do próprio e fechamento diante do alheio. Antes, a “inclusão do outro” significa que as fronteiras da comunidade estão abertas a todos - também e justamente àqueles que são estranhos um ao outro - e querem continuar sendo estranhos.

Portanto, a diversidade implica que as particularidades de cada um mereçam total e irrestrito respeito na convivência social, de modo que seja respeitado a todos o pleno desfrute do direito à vida social.

3. A **INCLUSÃO** DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO MERCADO DE TRABALHO INTERNACIONAL E NACIONAL

A edificação dos direitos humanos é uma preocupação mundial. Dentro do anseio de efetivação e respeito a esses direitos, encontra-se a proteção às pessoas com deficiência. Há uma luta globalizada contra a discriminação e a favor da inclusão dessas pessoas em todos os setores da sociedade. Além disso, há uma preocupação muito grande de garantir às pessoas com deficiência o direito fundamental ao trabalho. Aliás, antes de abordar a questão da inclusão das pessoas com deficiência como forma de lhes garantir a dignidade humana e seu direito fundamental ao trabalho, é importante tecer algumas considerações.

A respeito do tema, Vidal Serrano Nunes Júnior (2009) ensina que os direitos fundamentais devem ser vistos como sendo o sistema aberto de princípios e regras que ora confere direitos subjetivos a seus destinatários, ora conforma a forma de ser e de atuar do Estado que os reconhece, tendo

por objetivo a proteção do ser humano em suas diversas dimensões, a saber: em sua liberdade (direitos e garantias individuais), em suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e em relação a sua preservação (solidariedade). Portanto, os direitos fundamentais constituem um sistema na medida em que suas normas estão em constante interação, reconduzindo sempre ao mesmo objeto: a proteção do ser humano.

Antes de escrever sobre os direitos sociais como direito fundamental, é importante esclarecer a diferença entre direitos fundamentais, direitos humanos e direitos do homem. Embora exista uma forte tendência doutrinária a afirmar que os direitos fundamentais são aqueles positivados na ordem interna, bem como os direitos humanos, aqueles constantes nas declarações e tratados internacionais, adota-se, neste trabalho, posicionamento diferente.

Entende-se, com Nunes Júnior (2009, p. 23), que eles se diferenciam a partir da função que devem cumprir no sistema. Os direitos fundamentais, hospedados na ordem interna, asseguram direitos e concorrem para a consagração de um modelo de Estado, cumprindo função normativa e prescrevendo direitos sindicáveis, inclusive por via judicial. Os direitos humanos, por sua vez, recuperam a ideia de direitos naturais do ser humano, recebendo assento, de regra, nas declarações e convenções internacionais, forjando a ideia de que a lesão a um direito fundamental do ser humano não é questão que deva ficar adstrita à ordem interna de um país, mas tem importância transacional.

Já direitos do homem é uma expressão francesa (*droits de l'homme*) e equivale a direitos humanos. Sobre o tema Rothenburg (2014, p. 55) ensina que

“Direitos do homem”, a par das desvantagens de expressão “direitos humanos”, soa sexista (machista), à medida que se refere apenas a homem (embora no sentido de humanidade, uma metonímia), quando deveria referir-se a todos (mulher, etc.).

Se todas as designações propostas são passíveis de crítica, não devemos dar muita ênfase às pretensas distinções, nem excluir a possibilidade de utilização das diversas propostas, ou seja, as expressões podem ser consideradas equivalentes.

Feita essa diferenciação, passa-se à análise dos direitos sociais, que remetem aos primórdios do capitalismo industrial. Nesse período histórico, preconizavam-se relações econômico-sociais libertas de amarras jurídicas, com o mercado produzindo os insumos básicos para sua autorregulamentação. Os institutos jurídicos gerais, em especial a propriedade privada e a autonomia da vontade, aplicados à seara das relações econômicas, seriam os únicos balizamentos para as relações então entabuladas (Nunes Jr., 2009).

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, o caos provocado pelo Holocausto e pelos instrumentos de destruição em massa deu lugar ao ressurgimento de uma perspectiva ética nas relações humanas baseada no revigoramento dos direitos humanos. Em 1966, o Pacto dos Direitos Sociais, Econômicos e Sociais refletiu, em parte, o contexto de divisão mundial então experimentado: de um lado, o bloco dos países capitalistas, capitaneado pelos Estados Unidos, que pontuava a necessidade de reconhecimento dos chamados direitos de liberdade; de outro, os países do bloco socialista, liderados pela antiga União Soviética, que acentuava a necessidade de reconhecimento de direitos sociais (Weichert, 2004).

Com o advento da Constituição de 1988, instituiu-se o Estado de Direito, o qual, além de democrático, deve ser um Estado Social de Direito,

pluralista, aberto, participativo de todas as camadas da sociedade nos bens da vida e na direção da coisa pública. Criou-se uma nova dimensão constitucional dos direitos sociais, do Estado Social, do indivíduo como pessoa, pelo que o artigo 6º enumera os direitos sociais globais que todo cidadão brasileiro deve ter respeitados e que são garantidos pela Constituição (Oliveira; Bragiola, 2017).

Nesse contexto, pode-se falar que os direitos sociais envolvem uma ampla seara de direitos, como os de proteção ao trabalho, o direito à saúde e o direito à educação. Neles, florescem disposições como as que limitam a jornada de trabalho, instituem pisos salariais e asseguram a participação nos lucros da empresa, mas também outras que indicam a existência do direito de greve e do direito de sindicalização, além de outras formas organizatórias mais específicas (Nunes Jr., 2009).

Portanto, os direitos sociais integram-se aos chamados direitos fundamentais, já que não se pode pensar em exercício de liberdades, de preservação da dignidade humana, enfim, de direitos intrínsecos ao ser humano, sem que um “mínimo vital” seja garantido à própria vida em sociedade.

Além disso, o autor afirma que um segundo ponto comum entre os direitos fundamentais e os sociais diz respeito ao fato de os direitos sociais carregarem como pressupostos a existência de um contingente de pessoas que não contam com recursos mínimos para sua subsistência digna, bem como supõem a existência de relações econômicas que, pautadas pela desigualdade de suas partes, frequentemente conduzem à submissão de uns aos outros.

Nesse contexto, os direitos sociais surgem como aspiração ética que parte da premissa de que todos que participam da vida em sociedade

devem ter direito a uma parcela dos frutos por ela produzidos. Admite-se, hoje, que os direitos sociais são meios de atingir os valores eleitos pelo constituinte, especialmente porque são direitos que visam à igualdade e à melhoria das condições de vida da população em geral. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se pode separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula (Kelbert, 2011).

Desse modo, é possível dizer que há vários conceitos em que os direitos sociais se relacionam aos direitos fundamentais.

São os direitos fundamentais do homem-social dentro de um modelo de Estado que tende cada vez mais a ser social, dando prevalência aos direitos coletivos antes que aos individuais. O Estado, mediante leis parlamentares, atos administrativos e a criação real de instalações de serviços públicos, deve definir, executar e implementar, conforme as circunstâncias, as chamadas ‘políticas públicas’ (de educação, saúde, assistência, previdência, trabalho, habitação) que facultam o gozo efetivo dos direitos constitucionalmente protegidos (Krell, 2002, p. 19-20).

Diante dessas considerações, seguindo Vidal Serrano Nunes Júnior (2009, p. 70), os direitos sociais devem ser entendidos como sendo

[...] o subsistema dos direitos fundamentais que, reconhecendo a existência de um segmento social economicamente vulnerável, busca, quer por meio da atribuição de direitos prestacionais, quer pela normatização e regulação das relações econômicas, ou ainda pela criação de instrumentos assecuratórios de tais direitos, atribuir a todos os benefícios da vida em sociedade.

Logo, não há dúvida de que o direito ao trabalho é um direito social e que assegurá-lo às pessoas, em especial às com deficiência, é assegurar, antes de tudo, a efetivação de um direito fundamental.

O direito ao trabalho é uma garantia de todos os indivíduos onde se compreende o direito à própria subsistência e o exercício da dignidade humana. As pessoas portadoras de deficiência também tem esse direito, este trabalho pode-se desenvolver em ambientes protegidos ou comuns e abertos a outros indivíduos. Para isso é preciso ter condições de transporte, tendo em vista que os portadores de deficiência tenham maior dificuldade de locomoção.

A dignidade da pessoa humana e a integração social não serão plenamente atingidas se existir privação de direito ao trabalho e ao transporte adequados de acordo com as necessidades especiais (Lunardi, 2003, p. 478).

Tecidas essas observações, cabe tratar a inclusão, no contexto internacional, das pessoas com deficiência não só na sociedade, de maneira geral, mas, especialmente, no mercado de trabalho.

Após a Segunda Guerra Mundial, por conta das atrocidades realizadas pelos nazistas justificadas pela suposta supremacia da raça ariana, a preocupação com as minorias aumentou. O problema passou a ser encarado também sob a óptica humanitária, e não apenas sob o aspecto político. Nesse cenário é que a atenção às pessoas com deficiência aumentou, até porque, após duas grandes guerras mundiais, o número de pessoas com deficiência de locomoção, audição, visão etc. cresceu sobremaneira. Muitos foram os diplomas legais que surgiram nessa época com a finalidade de efetivação da dignidade da pessoa humana, extermínio das formas de discriminação e garantia de inclusão das minorias.

3.1 Os tratados internacionais a respeito das pessoas com deficiência

De acordo com Rezek (2016, p. 17), tratado internacional é “[...] todo acordo formal concluído entre os sujeitos de direito internacional público, destinado a produzir efeitos jurídicos”. Nota-se que é um acordo entre sujeitos de direito internacional público, o que significa que pode ser realizado entre Estados e organizações internacionais ou somente entre organizações internacionais. Nessa trilha, em 1969, a Convenção de Viena disciplinou o processo de formação dos tratados internacionais, determinando que todo Estado possui capacidade de firmar tratados e que um tratado deve ser interpretado de boa-fé e de acordo com o significado de seus termos e seu contexto à luz de seu objetivo (artigos 1º e 3º).

Os tratados, em regra, têm início com uma negociação entre as partes, que é assinada pelo executivo; essa assinatura só significa que é autêntico e definitivo, não havendo ainda obrigação entre as partes. O tratado só se torna obrigatório, no plano interno, após aprovado pelo Legislativo (aceite definitivo, momento em que o Estado fica obrigado, no plano internacional, a observar o tratado, também chamado de controle democrático), seguindo para aceitação definitiva do Poder Executivo, lembrando-se que se trata de ato discricionário do Presidente da República.

Insiste-se que, no Brasil, para que os tratados produzam efeito, há necessidade de, após a celebração do instrumento, aprovação pelo Congresso Nacional mediante decreto legislativo, com posterior ratificação pelo Presidente da República. Se for tratado de direitos humanos, o artigo 5º, § 3º, da CF/88 prevê que, se aprovado em cada casa do Congresso Nacional

em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, será equivalente a EC.

Feita essa pequena introdução, é preciso citar os documentos no plano internacional que garantem o respeito à dignidade da pessoa humana e, por via oblíqua, das pessoas com deficiência.

O primeiro grande documento internacional que veda qualquer tipo de discriminação é a Carta das Nações Unidas, promulgada em 26 de junho de 1945. Como já abordado, após o fim da Segunda Guerra Mundial, criou-se, entre os líderes mundiais, um sentimento de necessidade de união entre as nações para que fossem prevenidas novas guerras, no intuito de que a paz mundial fosse garantida, em conjunto com os direitos humanos e o progresso social. Nesse contexto, foi criada a ONU, por intermédio da Carta das Nações Unidas, ratificada pelo Brasil em 24 de outubro de 1945.

Pouco mais tarde, em 1948, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, pela Resolução nº 217, por 48 votos a zero. Esse diploma não possui nenhum valor em relação a sua obrigatoriedade pelos Estados, apenas valor moral (Lima, 2006). Todavia, por sua importância, deve ser encarada como uma fonte de máxima hierarquia no mundo do direito, pois consagra princípios fundamentais que devem nortear toda a civilização contemporânea (Sussekind, 2000).

Essa Declaração é de suma importância para o presente estudo porque, embora não faça referência expressa alguma às pessoas com deficiência, consigna, em seu artigo 1º, que todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos, sendo que o inciso XXIII do mesmo artigo assegura o direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.

Assim como garante que todos têm direito a um emprego, o artigo 7º proíbe qualquer tipo de discriminação, proclamando a igualdade entre os homens. Esse documento tem característica universal, assegurando a todas as pessoas os direitos fundamentais. Embora somente essa Declaração fosse capaz de proteger e garantir a dignidade da pessoa humana de todos os cidadãos, a ONU, em 1947, começou a aprovar vários outros documentos com uma tendência de proteger alguns grupos específicos que exigiam uma atenção particular, com normas mais pormenorizadas.

No âmbito da ONU, juntamente com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, existem, hoje, oito convenções internacionais reputadas como essenciais, por sua ampla e constante aplicabilidade, que compõem o cerne do sistema jurídico-normativo internacional dos direitos fundamentais do ser humano. São elas: 1) o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; 2) o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos; 3) a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial; 4) a Convenção sobre a Eliminação de Todas as formas de Discriminação contra a mulher; 5) a Convenção contra Tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos e degradantes; 6) a Convenção sobre os Direitos da Criança; 7) a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de suas famílias; e 8) a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (Laraia, 2009).

Como o enfoque deste trabalho é a pessoa com deficiência e sua inclusão no mercado de trabalho, de todas, a mais importante, inicialmente, é a Declaração dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência, promulgada pela ONU em 1975.

Insta mencionar que, antes, a ONU promulgou, em 1971, declaração específica sobre os direitos do deficiente mental, assegurando a esse grupo o direito de gozar dos mesmos direitos assegurados às pessoas que não possuíam deficiência intelectual, a fim de que pudesse desenvolver ao máximo suas aptidões e possibilidades. Tal Declaração não tratou especificamente, em artigo algum, o trabalho do deficiente mental, mas garantiu o direito ao exercício de uma atividade produtiva ou alguma ocupação útil, como afirma o artigo 3º da Declaração de Direitos do Deficiente Mental, de 20 de dezembro de 1971 (ONU, 1971): “O deficiente mental tem direito à segurança econômica e a um nível de vida condigno. Tem direito, na medida de suas possibilidades, a exercer uma atividade produtiva ou alguma outra ocupação útil”.

A Declaração dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência, de 9 de dezembro de 1975, foi muito mais abrangente, chegando a conceituar pessoa deficiente como “[...] qualquer pessoa incapaz de assegurar por si mesma, total ou parcialmente, as necessidades de uma vida individual ou social normal, em decorrência de uma deficiência, congênita ou não, sem suas capacidades físicas ou mentais” (ONU, 1975, artigo 1º). Essa declaração acabou por garantir, em 13 artigos, a dignidade humana das pessoas com deficiência, assegurando-lhes os mesmos direitos fundamentais que as pessoas não deficientes possuem, a fim de que pudessem desfrutar de uma vida decente, normal e plena tanto quanto possível.

Os direitos mencionados nessa Declaração foram ampliados e complementados pela Convenção Internacional sobre o Direito das Pessoas com Deficiência, de 6 de dezembro de 2006, que foi subscrita pelo Brasil em 30 de março de 2007. A Convenção e seu protocolo facultativo foram ratifica-

dos pelo Congresso Nacional em 9 de julho de 2008, por intermédio do Decreto Legislativo nº 186/2008. Posteriormente, em 25 de agosto de 2009, foi publicado o Decreto Presidencial nº 6.949, após o qual a Convenção passou a produzir efeitos na ordem interna.

O Brasil foi um dos primeiros países a assinar a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, por meio da pessoa do então secretário-adjunto de Direitos Humanos da Presidência da República, Rogério Sottili, o que ratificou o interesse do Estado brasileiro em adotar as medidas estipuladas no referido instrumento internacional. Insta ressaltar que essa Convenção equivale a EC, uma vez que aprovada em nosso país nos termos do artigo 5º, § 3º da CF/88. O documento é de suma importância e foi adotado por unanimidade pelos 192 países da ONU (Costa, 2008).

A Convenção tem por objetivo promover, proteger e assegurar o desfrute pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por parte de todas as pessoas com deficiência e promover o respeito por sua dignidade inerente. O documento trouxe, ainda, um conceito mais revolucionário que o contido na Declaração dos Direitos das Pessoas com Deficiência de 1975, implantando o modelo social, que atribui à deficiência uma condição inerente à diversidade humana. O conceito trazido na respectiva declaração, no artigo 1º, era: “O termo ‘pessoas deficientes’ refere-se a qualquer pessoa incapaz de assegurar por si mesma, total ou parcialmente, as necessidades de uma vida individual ou social normal, em decorrência de uma deficiência, congênita ou não, em suas capacidades físicas ou mentais” (ONU, 1975).

Sobre o conceito, Fonseca (2008, p. 265) comenta que

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

A Convenção tem diversos dispositivos importantes que buscam a efetivação dos direitos das pessoas com deficiência, assegurando-lhes a dignidade da pessoa humana. Porém, deve ser destacado o artigo 27, que trata da inclusão dessas pessoas no mercado de trabalho, garantindo-lhes o direito ao emprego em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. Tal artigo proíbe a discriminação baseada na deficiência, no que se refere a recrutamento, contratação e admissão, permanência no emprego, ascensão profissional e condições seguras e salubres de trabalho, assegurando o direito de ter oportunidades iguais e remuneração igual por trabalho de igual valor. Além disso, o dispositivo faz a previsão de que o Estado deve promover a realização do direito ao trabalho, inclusive daqueles que tiverem adquirido qualquer tipo de deficiência no emprego, mediante políticas e medidas apropriadas, que poderão incluir programas de ação afirmativa e incentivo a outras medidas.

Logo, não há dúvidas de que houve grande avanço no que diz respeito à garantia de inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho, apontando um norte aos Estados signatários.

Além desses documentos de caráter geral e de grande abrangência no cenário mundial, há outros que são aplicados apenas em determinadas regiões. Por exemplo, o sistema interamericano conta com vários instrumentos de proteção, como a Convenção Americana dos Direitos Humanos, a Carta Internacional de Garantias Sociais, a Carta de Organização dos Estados Americanos, a Convenção Interamericana para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (Convenção da Guatemala), a Declaração Sociolaboral do Mercosul, entre outras (Laraia, 2009). Também pode-se falar da Declaração de Washington, de 1999, da Declaração de Madrid, de 2002, e da Declaração de Sapporo, de 2003, denotando, assim, a conscientização na sociedade internacional da importância da inclusão desse grupo (Mazzuoli, 2017).

Entre esses documentos, destacam-se alguns. A Carta Internacional Americana de Garantias Sociais, de 1948, aduz que o trabalho igual sempre deve corresponder a igual remuneração, independentemente de sexo, raça, credo ou nacionalidade do trabalhador (artigo 2º). No mesmo sentido, reprimando todo e qualquer tipo de discriminação, a Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 1969, tem como princípio básico a não discriminação, estabelecendo a igualdade como base em todos os seus sentidos. A Declaração Sociolaboral do Mercosul, sancionada em 1998, também consagra a não discriminação como princípio, garantindo a igualdade efetiva de direitos, tratamento e oportunidade no emprego e ocupação.

O Tratado de Marraqueche, de 2013, visando facilitar o acesso a obras públicas às pessoas cegas, com deficiência visual ou com outras dificuldades para ter acesso ao texto impresso, também teve uma grande in-

fluência na proteção das pessoas com deficiência. O Tratado foi celebrado por iniciativa de Brasil, Paraguai, Equador, Argentina e México, conhecido como o “Tratado do Livro Acessível”, em vigor desde 30 de setembro de 2016, nos termos do seu artigo 18. É um tratado internacional emblemático no âmbito do regime multilateral da propriedade intelectual, por ser o primeiro tratado até então concluído que limita os direitos de propriedade intelectual de autores e editores, excepcionando o regime geral dos direitos autorais (regime de *copyright*) em prol da facilitação do acesso à leitura de obras impressas às pessoas cegas ou com deficiência visual.

Esse Tratado foi aprovado pelo Congresso Nacional, nos termos do artigo 5º, §3º da CF, tendo sido instrumento de ratificação depositado na *World Intellectual Property Organization* (OMPI) em 11 de dezembro de 2015. Portanto, uma vez em vigor no plano internacional e já ratificado pelo Estado Brasileiro, tem o Tratado plena equivalência de emenda Constitucional no Brasil (Mazzuoli, 2017). É muito importante destacar que os primeiros tratados internacionais com *status* de emenda constitucional aqui no Brasil têm o mesmo núcleo protetivo, ou seja, pessoas com deficiência.

No campo específico do trabalho, plano internacional, desde a sua fundação, em 1919, a OIT editou normas que representam aspectos de dignidade do trabalhador e, portanto, se relacionam com direitos humanos. A proteção ao trabalhador, tratada como direitos humanos, esteve presente em outras esferas mundiais e no interior dos Estados. Fixar direitos humanos no trabalho, significa, para a OIT, harmonizar e explicitar os limites do trabalho decente no mundo.

Os direitos dos trabalhadores da OIT, no período de 1919 até a Declaração da Filadélfia, de 1944, revelam preocupações no sentido de que

as normas internacionais do trabalho se tornassem direitos subjetivos, no interior dos Estados-membros. Em um segundo momento, a partir de 1944, quando adotada a Declaração de Filadélfia e incentivadas políticas sociais amplas, percebe-se uma inclinação para os direitos humanos como princípios, sem que o aspecto de direitos subjetivos seja dispensado.

Quando a OIT deflagra a guerra contra a necessidade, em 1976, propondo o conceito de necessidades básicas, vem à tona sua formulação da concepção de direitos humanos como necessidades. Ao final, a concepção de direitos humanos como princípio, que sempre esteve presente na ação da OIT, é adotada nas suas declarações e mais enfaticamente redimensionada na Declaração da OIT, relativa aos princípios e direitos fundamentais no trabalho, de 18 de junho de 1998 (Barzotto, 2007).

Percebe-se, portanto, que desde o início do século passado, há uma grande preocupação mundial de inclusão das pessoas com deficiência na sociedade, o que inclui a inserção no mercado de trabalho e a proteção do trabalhador, sob o olhar da dignidade da pessoa humana.

3.2 A inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho pela Organização Internacional do Trabalho

Com os mesmos objetivos que os Estados individuais, a OIT preocupa-se com a efetivação do direito ao trabalho e com o acesso ao emprego digno para todos, incluindo, nessa missão, o acesso efetivo ao trabalho das pessoas com deficiência.

A OIT foi criada com a missão de buscar padrões internacionais para as condições de trabalho; com esse objetivo, ao final da Primeira Guerra

Mundial, em 1919, em Paris, a Conferência de Paz reuniu-se para concluir o Tratado de Versalhes, que tinha entre seus objetivos o de elaborar a constituição de uma nova organização intergovernamental, que viria a ser a OIT (Gunther, 2013).

Deu-se, assim, dentro do seio da Sociedade das Nações, a criação da organização, nascida de um acordo entre os Estados-membros, que tinham por objetivo assegurar condições de trabalho equitativas e humanitárias. Quando foi criada, havia dúvidas e controvérsias a propósito de sua relação, problema que desapareceu em 1946, depois da Segunda Guerra Mundial, ao desintegrar-se a Sociedade das Nações, substituída pela ONU e com a qual a OIT associou-se (Gunther, 2013).

Embora a entidade tenha sede em Genebra (Suíça), encontrou-se pela primeira vez em Washington, nos Estados Unidos, em 1919, aprovando seis convenções já na primeira reunião: a Convenção 1, que delimitava a jornada de trabalho a oito horas diárias; a 2, relativa ao desemprego; a 3, sobre proteção à maternidade; a 4, relativa ao trabalho noturno das mulheres; a 5, sobre idade mínima para trabalho; e, por fim, a 6, sobre trabalho noturno de menores (Gunther, 2013).

Mais tarde, nos Estados Unidos, em 1944, a OIT reuniu-se para fazer um balanço de suas atividades e elaborou a Declaração de Filadélfia, que passou a fazer parte como anexo de seu ato constitutivo, em que repensava suas bases. Em 1946, assumiu o estatuto de instituição especializada da ONU.

Como ensina Gunther (2013, p. 37), a OIT passou a ser uma organização que se preocupa com a melhoria da condição de vida dos homens e “pela paz universal da justiça social”:

[...] esse relançamento, afinado com a nova euforia de uma segunda paz, significou, para a OIT, que sua função já não se limitaria à preparação do Direito Internacional do Trabalho, mas que seria, também, de desenvolvimento de um programa de ação social e de colaboração com todos os governos, com o objetivo de contribuir, no plano internacional, “pela melhoria das condições de vida dos homens e pela paz universal da justiça social”.

A OIT tem como objetivo mobilizar o conjunto de seus meios de ação normativa, de cooperação técnica e de investigação em todos os âmbitos de sua competência, a fim de que seja assegurado o desenvolvimento econômico e social, garantindo que as políticas econômicas e sociais se reforcem mutuamente com vistas à criação de um desenvolvimento sustentável de base ampla. Nesses termos, a OIT presta atenção relevante aos problemas das pessoas com deficiência, mobilizando esforços regionais, nacionais e internacionais encaminhados à solução de seus problemas, promovendo políticas eficazes, destinadas a garantir a inclusão dessas pessoas, garantindo-lhes emprego.

As sequelas provocadas pela Primeira Guerra sensibilizaram a humanidade, o que refletiu, inclusive, nas decisões da OIT. Em 1925, foi adotada a Recomendação nº 22, que representou, por parte da comunidade internacional, o primeiro reconhecimento das necessidades das pessoas com deficiência (Melo, 2004). Vale lembrar que a diferença entre convenção e recomendação, no caso da OIT, é que a primeira é um tratado internacional que, uma vez ratificado pelo órgão competente do Estado-membro, transforma-se automaticamente em direito positivo, ao passo que a recomendação, como o nome indica, é uma sugestão dirigida aos Estados-membros para

que, se aceita, seja formulado um projeto de lei a ser discutido pelo poder legislativo (Gunther, 2013).

Posteriormente, a Recomendação nº 99, de 22 de junho de 1955, concretizou a preocupação e o interesse com relação às pessoas com deficiência, declarando que todos os indivíduos com limitações, independentemente da origem ou da natureza, têm direito aos meios de reabilitação profissional para que sejam capazes de exercer um emprego adequado a suas limitações. Sem dúvida, essa recomendação foi um grande salto, já que tratava não só de grupos específicos de deficientes, como os mutilados da guerra, mas de todas as pessoas deficientes.

O documento definiu a reabilitação profissional como sendo parte de um processo contínuo que abrange vários aspectos, cujo objetivo é a inclusão no mercado de trabalho por intermédio de orientação vocacional, treinamento profissional e colocação seletiva, para que os deficientes fossem capacitados. Sobre a Recomendação nº 99, Goldfarb (2008, p. 44-45) aduz que

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

Ao ler tal recomendação, percebe-se que ela é um estímulo aos Estados para que formulem ações afirmativas, a fim de que as pessoas com deficiência possam ser incluídas no mercado de trabalho. Essa conclusão é alcançada porque a recomendação prevê que, sempre que possível, o emprego das pessoas com deficiência deve ser promovido por intermédio de diversas ações, entre elas, a contratação de um percentual mínimo que não acarrete a dispensa de outros trabalhadores e a reserva de determinadas ocupações.

Em 1958, na 42ª Conferência Internacional do Trabalho, realizada em Genebra, a OIT adotou a Convenção nº 111, que visa coibir as práticas mais odiosas existentes no mundo do trabalho, entre elas, a discriminação. O documento entrou em vigor no plano internacional em 15 de junho de 1960; no Brasil, foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 104, de 24 de novembro de 1964, ratificada em 26 de novembro de 1965, promulgada pelo Decreto nº 62.150, de 19 de janeiro de 1968, e está vigente no território brasileiro desde 26 de novembro de 1966.

Em seu primeiro artigo, a Convenção nº 111 trata da discriminação nas relações de trabalho, deixando em aberto a enumeração de práticas discriminatórias para que os Estados-membros possam incluir quaisquer outras entre as ali previstas, a saber:

Art. 1 - 1. Para os fins da presente convenção o termo “discriminação” compreende: a) toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão; b) qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profis-

são que poderá ser especificada pelo Membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados. 2. As distinções, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para um determinado emprego não são consideradas como discriminação. 3. Para os fins da presente convenção as palavras 'emprego' e 'profissão' incluem o acesso à formação profissional, ao emprego e às diferentes profissões, bem como às condições de emprego (Brasil, 1968).

A Convenção foi inspirada no princípio insculpido na Declaração de Filadélfia, segundo o qual todos os seres humanos são iguais (Melo, 2004). Trata-se da mais importante norma antidiscriminatória vigente no plano internacional e nacional nas relações trabalhistas, fazendo a previsão de que a discriminação constitui uma violação dos direitos definidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, posto que todos têm o direito ao progresso material e ao desenvolvimento espiritual em liberdade e dignidade, com oportunidades iguais.

A referida Convenção estabelece que os Estados devem definir e aplicar uma política nacional que tenha por finalidade a promoção da igualdade de oportunidades e de tratamento em matéria de emprego e profissão, a fim de que toda discriminação seja eliminada, conforme o artigo 2º.

Ainda sobre discriminação, a OIT adotou a Convenção nº 117, que possui determinações expressas de proteção contra qualquer tipo de discriminação, seja ela em razão de raça, cor, sexo, crença, associação tribal, filiação sindical etc. Mais tarde, em 1983, foi dado um grande salto, e a OIT adotou a Convenção nº 159 e a Recomendação nº 168, propugnando o direito das pessoas com deficiência a uma adaptação ou readaptação profissional. A Convenção nº 159 foi a primeira a definir pessoa deficiente como sendo

“[...] todas as pessoas cujas possibilidades de obter e conservar um emprego adequado e de progredir no mesmo fiquem substancialmente reduzidas por deficiência de caráter físico ou mental devidamente comprovada” (Brasil, 1991a).

A Convenção foi um grande avanço, tendo como objetivo garantir a aplicação de política que assegure a existência de medidas adequadas de reabilitação profissional, ao alcance de todas as categorias de pessoas deficientes, promovendo oportunidade de emprego para pessoas com deficiência no mercado de trabalho (artigo 3º), tudo visando a concretização do princípio da igualdade de oportunidade entre empregados com e sem deficiência. O documento faz uso da expressão “medidas positivas especiais” para se referir às ações afirmativas em que se garantirá a inclusão efetiva das pessoas com deficiência no mercado de trabalho.

A Convenção 159 assume importância primordial, de vez que representa a posição mais atual do organismo internacional [...] O seu princípio basilar esteia-se na garantia de um emprego adequado e da possibilidade de integração reintegração das pessoas com deficiência na sociedade (Fonseca, 2006a, p. 78-79).

A Convenção tem importância primordial, já que garante um emprego adequado e a possibilidade de integração ou reintegração das pessoas com deficiência na sociedade. Portanto, a OIT busca incessantemente a igualdade entre todos os trabalhadores e a efetivação do direito ao pleno emprego das pessoas com deficiência, de modo que fique afastado qualquer tipo de discriminação, a fim de que se possa garantir a dignidade das pessoas com deficiência por intermédio do trabalho livre e pleno.

3.3 Inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho mundial

Como já abordado anteriormente, há uma grande preocupação mundial em relação à inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho. Em inúmeros países, há legislação específica nesse sentido, com o intuito de exterminar a discriminação e efetivar a dignidade humana dessas pessoas por meio da garantia plena de empregos e salários justos.

Ao mesmo tempo em que o modo de entender a deficiência se foi modificando, ela também evoluiu em relação a sua abordagem internacional. Houve avanço na conceituação de deficiência sob o enfoque dos direitos humanos e da igualdade de oportunidades. O reconhecimento dos direitos das pessoas com deficiência está sendo feito de acordo com uma interpretação de caráter geral. Sobre o assunto, Lorenzo (2007, p. 182) afirma que

[...] los tratados internacionales de derechos humanos pretenden establecer estándares internacionales, aplicables a todos los seres humanos o a grupos específicos [...] Por tanto, los tratados de derechos humanos pueden ser empleados también para evaluar la situación específica de los derechos estipulados de modo general [...] cuando se trate de su reconocimiento o ejercicio por parte de las personas con discapacidad.

Como já abordado, em 13 de dezembro de 2006, a Assembleia Geral da ONU aprovou a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu protocolo facultativo, que entraram em vigor em 3 de maio de 2008. A Convenção foi fruto de trabalho e debate desde dezembro de 2001, quando o México propôs à Assembleia Geral que fosse estabelecido um comitê espe-

cial encarregado de preparar uma convenção internacional que protegesse e promovesse os direitos e a dignidade das pessoas com deficiência.

Antes disso, porém, os países da América Latina demonstraram um compromisso com os direitos das pessoas com deficiência, aprovando uma convenção própria sete anos antes que a ONU aprovasse a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. A Convenção Interamericana para Eliminação de todas as Formas de Discriminação em relação às pessoas com deficiência foi assinada em 7 de junho de 1999, na Cidade da Guatemala, entrando em vigor em 14 de setembro de 2001. Com a aprovação dessa Convenção, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos converteu-se no primeiro do mundo a adotar um tratado internacional dedicado especificamente aos direitos das pessoas com deficiência.

Atualmente, no mundo, há uma grande preocupação com a inclusão efetiva das pessoas com deficiência no mercado de trabalho, uma vez que se acredita, como já escrito, que o trabalho ajuda na materialização da dignidade humana. Prova disso é que inúmeras são as legislações que objetivam a realização dessa inclusão, seja por intermédio de políticas públicas, de regras gerais ou de leis específicas de inclusão.

No presente livro, foi realizada uma pesquisa em informações de 28 países a respeito da existência ou não de alguma lei específica que garanta a inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho. Destaca-se que os dados apresentados a partir de agora foram extraídos das obras informadas, bem como foram confirmados pelos seguintes sites: Comissão Europeia (empregos, assuntos sociais e inclusão) e i.social (soluções em inclusão social).

Na Alemanha, por exemplo, a Constituição de Weimar, de 1919, colocou o trabalho sob proteção especial do Estado, garantindo, inclusive, a liberdade sindical. Essa Constituição, embora tenha sido renegada pelo nazismo, influenciou as demais constituições pós-guerra. A atual Constituição da Alemanha, a Lei Fundamental da República Federal Alemã, de 23 de maio de 1949, em seu artigo 3º, faz previsão de que todas as pessoas são iguais perante a lei e que ninguém poderá ser prejudicado por causa de sua deficiência. Além dessa Constituição, que tem a preocupação com a manutenção da igualdade entre as pessoas com ou sem deficiência, há outras legislações infraconstitucionais que tratam do assunto, em especial sobre a inclusão dessas pessoas no mercado de trabalho.

Em abril de 2014, entrou em vigor uma lei a respeito da inclusão de pessoas com deficiência no mercado de trabalho, prevendo que 5% dos cargos em empresas públicas e privadas com mais de vinte empregados sejam reservados para pessoas com deficiência. Pela possibilidade de número fracionado, foi estabelecido que, nas empresas que possuem até 40 trabalhadores, há a obrigatoriedade de que apenas uma pessoa com deficiência seja contratada. Nas empresas que têm de 41 a 60 trabalhadores, há a necessidade de 2 pessoas com deficiência. Nos demais casos, as frações deverão ser arredondadas para cima. Além disso, há incentivos especiais para a contratação de mulheres e pessoas com deficiência grave (Lopes, 2005).

Outrossim, “[...] os empregadores alemães que não cumprem as cotas, têm a opção de dar uma contribuição a um tipo de fundo. Cerca de 75% das empresas optam pela contribuição total ou parcial” (Lopes, 2005, p. 16), sendo que os valores pagos por trabalhador não empregado podem variar entre 105 e 260 euros, considerando o percentual da cota preenchido.

As empresas que superam a cota têm o direito a postular bônus e deduções para o governo (Lopes, 2005).

Em estudo comparativo com as realidades da Ásia e do Pacífico, *Jeong-ok Kim* relatou, perante a OIT, que, segundo dados colhidos em 2003, as empresas alemãs com mais de 1000 empregados, em geral, cumprem as cotas. Demonstrou que os cargos preenchidos com as pessoas portadoras de deficiência totalizam 5,5% no setor público e 3,8% no setor privado (Lopes, 2005, p. 16).

Na Dinamarca, há também a preocupação em integrar as pessoas com deficiência na sociedade, buscando a efetivação do princípio da igualdade entre trabalhadores. Com esse objetivo, em 1993, foi publicada a Resolução Parlamentar sobre a Igualdade de Tratamento das Pessoas Portadoras de Deficiência, na qual consta que as empresas privadas, com ou sem subvenção pública, devem observar o princípio da igualdade e de tratamento das pessoas com deficiência, atendendo a suas necessidades. Também há um decreto, de 18 de dezembro de 1985, que dispõe sobre o acesso preferencial das pessoas com deficiência a determinados postos de trabalho, estabelecendo que as empresas e os organismos estatais, assim como o transporte público, devem dispensar tratamento preferencial aos indivíduos que, por sua deficiência, tiverem dificuldade de encontrar um emprego (Del Pino, 2000).

A política de governo na Dinamarca considera o mercado de trabalho aberto a todas as pessoas em idade para trabalhar, sem qualquer distinção, embora, muitas vezes, não consiga efetivar o direito ao pleno emprego a todos nem a eliminação da discriminação. A Lei sobre Política Social Ativa, de 1997, obriga o Estado a oferecer um trabalho de, no mínimo, 30 horas semanais aos desempregados menores de 30 anos que se encontrem nas

3 primeiras semanas de desemprego, oferta que se amplia às pessoas com deficiência (Del Pino, 2000). Não há nenhuma lei de cotas, mas, em determinadas profissões, existe um sistema de acesso preferencial das pessoas com deficiência. Nos órgãos paraestatais, sempre que 50% ou mais da folha de salários são pagos com recursos públicos, em condições de igualdade de competência, a lei obriga a dar preferência aos portadores de deficiência (Pastore, 2000). Todavia, a regra tem se revelado de difícil aplicação, e, para compensar o problema, há inúmeros programas de apoio às empresas no sentido de estimulá-las a contratar pessoas com deficiência.

Na Suécia, as políticas são bastante compreensivas e, embora não haja lei de cotas, as exigências sobre as empresas são grandes. Espera-se delas um esforço genuíno para apoiar e integrar as pessoas com deficiência no trabalho, sendo que várias leis garantem recursos financeiros e técnicos aos empregadores que fizerem a acomodação, a proteção e a promoção das pessoas com deficiência (Pastore, 2000).

Já na Áustria, cada governo estadual tem competência própria em assuntos relacionados às pessoas com deficiência. Assim, há duas leis (a Lei de Emprego das pessoas Descapacitadas, de 1970, e a Lei Federal de Assessoramento, Tutela e Ajuda Especial a pessoas Descapacitadas, de 1994) que contemplam reserva de 4% das vagas de empresas com mais de 25 trabalhadores para pessoas com deficiência (Del Pino, 2000).

Em relação à Espanha, sua atual Constituição (1978) faz a previsão de que os poderes públicos devem obedecer ao princípio da igualdade entre os indivíduos e realizar políticas de reabilitação e integração para as pessoas com deficiência, para que elas desfrutem dos direitos constitucionais outorgados a todos os cidadãos. Além disso, o país conta com uma política de

proteção às pessoas com deficiência desde 1982, com a publicação da Lei nº 13, de *Integración Social de los Minusválidos*, que prevê um sistema de cotas obrigatórias de 2% aplicável às empresas com mais de 50 empregados. Todavia, em 2000, uma alteração na legislação permitiu que as empresas públicas e privadas, excepcionalmente, pudessem deixar de preencher as vagas com pessoas deficientes caso não haja candidato para a vaga (Lopes, 2005).

Há, ainda, outras leis que garantem a inclusão ao mercado de trabalho das pessoas com deficiência na Espanha, como o Real Decreto nº 1451, de 11 de maio de 1983, que, em seu artigo 4º, estabelece que as empresas públicas e privadas com mais de 50 trabalhadores fixos deverão contratar 2% ou mais dos trabalhadores portadores de deficiência. Além dele, há o Real Decreto Legislativo nº 1, de 24 de março de 1995, legislação que reestruturou o Estatuto do Trabalhador Espanhol, estabelecendo, na segunda parte, item '1', presente nas disposições adicionais, que “[...] as empresas que celebrem contratos de estágio ou a tempo pleno com pessoas portadoras de deficiência terão direito a uma redução, durante a duração do contrato, de 50% da quota patronal do seguro social” (Maranhão, 2005). Porém, o que se percebe é que a Espanha vem tendo grande dificuldade de inserir as pessoas deficientes no mercado de trabalho e que as cotas não vêm sendo obedecidas, haja vista o alto nível de desemprego que assola o país, a falta de habilitação e de motivação das pessoas e o preconceito dos empregadores em oferecer vagas às pessoas com deficiência (Lopes, 2005, p. 18).

Na França, buscou-se a integração das pessoas com deficiência mediante três objetivos: (i) o estabelecimento de uma cota para pessoas com deficiência; (ii) a definição de quem seriam os beneficiários dessas cotas; e (iii) a maneira como os empregadores cumpririam suas obrigações tra-

balhistas em relação a essas pessoas (Lopes, 2005, p. 20). Nessa trilha, no artigo 323 do Código de Trabalho, está previsto que todas as empresas industriais e comerciais, profissionais liberais, associações e sindicatos, que ocupem pelo menos 20 trabalhadores são obrigados a empregar pelo menos 6% de esposas com deficiência. Mas as empresas privadas com menos de 20 empregados por estabelecimento e aqueles que trabalham com direção de veículos, mineração, pesca e construção são isentas de cumprir as cotas (Villatore, 2006).

Como a legislação prevê que as empresas com menos de 20 empregados em cada estabelecimento não precisam cumprir a cota, abre-se a possibilidade de as empresas se fragmentarem só para não cumprir o determinado. Além disso, o país tem um sistema denominado cota terceirizada, já que os empregadores podem utilizar a contratação de empregados de empresas prestadoras de serviço para o preenchimento da cota prevista em lei (Lopes, 2005).

São considerados para preenchimento das cotas: os deficientes reconhecidos pelo Comitê Técnico Para Orientação e Reintegração das Pessoas Portadoras de Deficiência (COTOREP); as vítimas de acidentes de trabalho ou doenças profissionais com incapacidade permanente ou perda parcial de, pelo menos, 10% da capacidade laboral; os portadores de pensão por invalidez, desde que a capacidade de trabalho ou de ganho tenha sido reduzida em, ao menos, dois terços; e mutilados de guerra, pensionistas militares e categorias a essas equiparadas (Lopes, 2005).

Também há previsão de sistema de cotas para pessoas com deficiência nos Países Baixos. A Lei do Emprego de Pessoas Portadoras de Deficiência (1986) estabelece um sistema de cotas, embora não seja obrigatório, com o

objetivo de fomentar a contratação de pessoas com deficiência, deixando a cargo dos agentes sociais a promoção do emprego desses indivíduos. Há, ainda, a Lei de Proteção Social ao Trabalho, de 1967, modificada em 1994, pela qual os municípios, por meio da chamada Comissão de Proteção ao Trabalho Social, fomentam o emprego para as pessoas que, não podendo trabalhar em circunstâncias normais, podem fazê-lo em outras direcionadas, no possível, a preservar, recuperar e estimular a capacidade de trabalho (Villatore, 2006).

Ademais, com o intuito de impedir a discriminação no momento da contratação, é proibido o uso de exames médicos admissionais, sendo permitido somente aqueles indispensáveis à natureza da função exercida. São proibidas também as investigações em fundos de pensão e seguros para saber sobre o passado do empregado (Lopes, 2005).

Na Irlanda, a questão da inclusão das pessoas com deficiência é mais bem regulamentada no setor público que no privado. Há o Código sobre o Emprego de Pessoas com Deficiência no Setor Público, aprovado em 1994, obrigando o Estado a seguir uma política de igualdade de oportunidades para com todo seu pessoal, determinando, em outras normas, que nenhum obstáculo desnecessário colocar-se-á no caminho das pessoas com deficiência que solicitem um emprego na administração pública.

Já, para o setor privado, embora não haja uma lei específica, em 1990, o país adotou o Plano de Apoio ao Emprego, para permitir que as pessoas com deficiência possam alcançar uma produtividade de, pelo menos, 50 a 80% das pessoas não deficientes. Nesse caso, a empresa pagaria um salário normal pelo trabalho efetuado pela pessoa com deficiência, e o Estado completaria a diferença. Além disso, o plano prevê a possibilidade de

os empresários conseguirem ajudas e subvenções sempre que contratarem pessoas com deficiência (Maranhão, 2005).

A Itália tem legislação específica sobre a inclusão das pessoas com deficiência. O artigo 3º e itens da Lei nº 68, de 12 de março de 1999, estabelecem que os empregadores públicos e privados deverão contratar pessoas portadoras de deficiência (*disabili*) na seguinte proporção: a) 7% do número de trabalhadores no caso de empresas com mais de 50 trabalhadores; b) 2 trabalhadores no caso de empresas com 36 a 50 trabalhadores; c) 1 trabalhador se a empresa possui de 15 a 35 trabalhadores (Genofre, 2013). Essa é a lei mais nova sobre o assunto, sendo que antes já houve outras que tratavam da inclusão das pessoas com deficiência. As leis são baseadas no artigo 38, c, da Constituição Italiana, que prevê o direito de todos os incapacitados e deficientes à educação e ao encaminhamento profissional.

Em Luxemburgo, as leis utilizam um termo único para incapazes, deficientes e inválidos, que é “incapazes”. Em relação à inclusão no mercado de trabalho, há a Lei de 12 de novembro de 1991, sobre trabalhadores incapazes, que assegura a formação, a colocação, a reeducação e a integração profissional, por intermédio de oficina de trabalho e reeducação profissional dos trabalhadores incapazes, integrada na administração do emprego. O artigo 5º dessa lei define que Estado, municípios, estabelecimentos públicos e a Sociedade Nacional dos Ferroviários terão de empregar “incapazes” na proporção de 5% do total das vagas. As empresas privadas terão de empregar os “incapazes” na seguinte proporção: as empresas com até 25 empregados, um; as empresas com até 50 empregados, 2% das vagas; as empresas com até 300 empregados, 4% das vagas (Genofre, 2013). Além do mais, a lei prevê

que o salário desses empregados com deficiência não poderá ser inferior àquele que resulte das disposições legais.

Também há preocupação com as pessoas com deficiência em Portugal. A Constituição Portuguesa, em seus artigos 59 e 71, faz previsão da integração das pessoas com deficiência. A constituição consagra como obrigação do Estado a realização de uma política nacional de prevenção e tratamento, reabilitação e integração social dos deficientes, devendo, pois, ser-lhes assegurado o exercício efetivo dos direitos reconhecidos e atribuídos aos cidadãos em geral, nomeadamente o direito do trabalho (Maranhão, 2005).

Existiam, em Portugal, alguns dispositivos, como a Lei de 2 de maio de 1989, o Decreto-Lei de 25 de janeiro de 1983, o Decreto-Lei de 19 de setembro de 1986, o Decreto-Lei de 5 de agosto de 1989, a Lei de 9 de junho de 1995 e a Lei nº 100, de 13 de dezembro de 1997, que previam incentivos à contratação por tempo indeterminado de trabalhadores deficientes, consistentes em redução da contribuição à Seguridade Social em favor das empresas contratantes, que apoiavam a adoção de programas de orientação e formação profissional e a readaptação para pessoas com deficiência, que permitiam que os pais de filhos deficientes tenham sua jornada de trabalho reduzida para assistir seus filhos menores, bem como outros benefícios assistenciais (Maranhão, 2005). Todavia, em 2004, foi publicada a Lei nº 38/2004, que estabelece, no artigo 28, cota de até 2% de trabalhadores com deficiência para a iniciativa privada e de, no mínimo, 5% para a administração pública (Schwarz, 2009).

No Reino Unido, a partir de 1995, o governo publicou o *Discrimination Disability Act - DDA*, que combate a discriminação no recrutamento, no emprego, na demissão e afins em razão da deficiência de uma pessoa.

A lei substituiu a lei de cotas que exista anteriormente e foi inspirada no modelo americano (*Americans with Disabilities Act - ADA*), já que a política adotada anteriormente não estaria trazendo os frutos almejados pela sociedade. Ademais, essa lei impõe a obrigação aos empregadores de ajustar suas instalações de maneira a acomodar os empregados com deficiência. Mas, embora a lei proíba qualquer tipo de discriminação, não há, no país, uma lei de cotas obrigatórias (Kidd, 2000).

O objetivo dessa legislação atual é criar um ambiente em que as pessoas com deficiência pudessem, na medida do possível, concorrer com as pessoas tidas como normais. Para apoiar o novo sistema, foram criadas instituições e mecanismos para apoio financeiro com subsídios para a contratação de pessoas com deficiência (Lopes, 2005).

De acordo com o DDA, fere a lei um empregador que tenha 20 ou mais empregados e trate desfavoravelmente uma pessoa portadora de deficiência em relação a outras pessoas consideradas normais, a menos que exista uma razão para fazê-lo. No Reino Unido, o empregador deve tomar providências práticas e razoáveis para que a incapacidade do trabalhador não seja um impeditivo para a ocupação do posto de trabalho. Aliás, existe até uma legislação, o Código de Prática, que foi colocado em vigor em 1996, em que existem orientações para os empregadores a respeito de quais ajustes são considerados razoáveis e obrigatórios (Lopes, 2005).

Nos Estados Unidos, não há um sistema de cotas para inclusão das pessoas com deficiência, mas existe legislação de combate à discriminação. A principal lei está no *Americans with Disabilities Act (ADA)*, que entrou em vigor em julho de 1992, aplicando-se às empresas com mais de quinze empregados. Para o ADA, são deficientes aqueles que têm deficiência física ou

mental que limite substancialmente uma ou mais das principais atividades da vida ou que tenham um histórico da deficiência ou sejam considerados como portadores de deficiência pelos demais membros da sociedade. Nesse cenário, considera-se portador de deficiência habilitado o empregado que atende às exigências do cargo e que possa executar as funções que lhes sejam designadas, com ou sem adaptações arquitetônicas (Lopes, 2005).

Nos Estados Unidos, os empregadores são proibidos de perguntar aos candidatos sobre a existência ou natureza da deficiência, sendo permitidos apenas exames médicos se forem imprescindíveis para a função a ser exercida (por exemplo, teste de visão para pilotos), com exceção de testes de uso de drogas ilícitas.

Pode-se afirmar que, na esfera do Direito do Trabalho, a edição de *The Americans with Disabilities Act of 1999* constituiu um dos maiores avanços no campo dos direitos humanos dos PPDs. Em seu título I, é estabelecida a proibição aos empregadores, agências de emprego, organizações de trabalho ou *joint labormanagement committees* de discriminação contra pessoas portadoras de deficiência (*qualified persons with disabilities*) em qualquer aspecto trabalhista, incluindo-se a fase de contratação e de treinamento (Maranhão, 2005).

Antes do ADA, em 1973, foi promulgada a Lei de Reabilitação, com objetivo de estabelecer as limitações das pessoas com deficiência no desempenho de suas habilidades para o trabalho, demonstrando a necessidade de adaptações especiais, permitindo que seu papel fosse desempenhado de acordo com a qualificação essencial (Alves, 1992). Essa Lei de Reabilitação é a base dos direitos das pessoas com deficiência para ingressar no mercado

de trabalho por intermédio de programas fornecidos pelo governo estadunidense.

Na Argentina, há um regime de cotas obrigatórias para inclusão das pessoas com deficiência, tanto para o Estado e seus organismos descentralizados ou autárquicos como para os entes públicos não estatais e os órgãos públicos da cidade de Buenos Aires, que estão obrigados a preencher suas vagas com 4% de pessoas com deficiência.

Já no sistema privado, não há legislação específica de cotas alguma, sendo garantido às pessoas com deficiência apenas os mesmos direitos e obrigações dos demais trabalhadores.

Todavia, as oficinas protegidas (empresas cuja estrutura é similar àquela adotada pelas demais empresas, resguardada a peculiaridade de que essas entidades participam regularmente das operações de mercado, mas têm a finalidade de assegurar um emprego remunerado e a prestação de serviço de adaptação laboral e social aos trabalhadores que necessitam) e as empresas que contratem pessoas portadoras de deficiência de grupos de trabalho protegidos – que são aqueles que padecem de uma alteração funcional permanente prolongada, física ou mental e que, em relação a sua idade e meio social, implique em desvantagem considerável para sua integração social, familiar, educacional ou laboral – têm como incentivo a redução de 50% no valor das contribuições sociais a cargo dos empregadores, no que se refere a essas contratações (Lopes, 2005).

Aqueles que prestam serviço dentro das oficinas protegidas ou pertençam ao grupo de trabalho protegido, com perda igual ou superior a 33% da capacidade laboral, estão sujeitos a relação de trabalho especial, pela qual, em regra, o contrato de trabalho deve ser feito por prazo indetermina-

do, por escrito, aceitando-se, excepcionalmente, que seja por prazo determinado (Lopes, 2005).

Em relação ao Paraguai, além de ter assinado a Convenção Interamericana para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação em Relação às Pessoas com Deficiência, o país prevê, no artigo 88 de sua Constituição, artigo que não será admitido qualquer tipo de discriminação entre os trabalhadores por motivos étnicos, de sexo, religião, condição social e preferências políticas ou sindicais. Além disso, o documento preleciona que o trabalho das pessoas com limitações ou incapacidades físicas ou mentais será especialmente amparado.

Há também a Lei nº 2.479/2004, que prevê a obrigatoriedade de que 5% dos cargos nos serviços públicos sejam ocupados por pessoas com deficiência. Contudo, na esfera privada, não há lei de cotas alguma para ingresso de deficientes no mercado de trabalho (Fretes *et al.*, 2004).

No Paraguai, embora haja algumas previsões constitucionais a respeito das pessoas com deficiência e parca legislação infraconstitucional, ainda faltam leis que assegurem a implantação de medidas de acessibilidade integral dos deficientes tanto à educação como ao mercado de trabalho. Em dezembro de 1996, foi apresentada a primeira proposta de projeto de lei para a criação da Secretaria Nacional de Deficiência, formulada pelas organizações de pessoas com deficiência, cujo projeto chegou ao plenário da Câmara dos Deputados, mas foi arquivado. Em outubro de 2010, também na Câmara dos Deputados, foi apresentada uma nova proposta, que pretendia ampliar a legislação sobre os direitos das pessoas com deficiência. O projeto de lei original foi aprovado com algumas modificações.

O *Código Laboral del Paraguay* — Lei nº 213/93 —, em seu artigo 16, traz que é obrigação do Estado oferecer educação profissional e técnica aos trabalhadores, ao mesmo tempo que indica que a política econômica deve ser adequada para que se consiga manter um equilíbrio justo de oferta e demanda de mão de obra, dar emprego apropriado aos desempregados, aos deficientes físicos e psíquicos, idosos e veteranos de guerra. Na mesma lei, o artigo 229 trata da não discriminação salarial.

Além disso, o Paraguai também tem o projeto *Empleo Joven*, que apoia os jovens com deficiência, executado por meio de uma aliança de várias organizações civis que conhecem e trabalham no setor, sob a responsabilidade do Instituto de Proteção às Pessoas Excepcionais (*Instituto de Protección a Personas Excepcionales* - Inpro) e do Serviço Nacional de Promoção Profissional (Escobar, 2010).

Todavia, na prática, as pessoas com deficiência no Paraguai também têm dificuldade de serem incluídas no mercado de trabalho, como ensinam Fretes *et al.* (2004, p. 171):

No obstante la igualdad de contratación prevista tanto en la Constitución Nacional y el Código del Trabajo, en este terreno las personas en discapacidad se encuentran totalmente en política, y por ende del marco legal adecuado que proteja, estimule y desarrolle el trabajo de las personas en discapacidad, las deja fuera del mercado laboral. Las principales barreras son la falta de formación y capacitación de las personas en discapacidad, la falta de adecuación y adaptación de los puestos de trabajo, la inaccesibilidad de los medios de transporte y la falta de régimen legal reglamentario.

Ainda sobre o problema de emprego das pessoas com deficiência, Fretes *et al.* (2004, p. 171) defendem:

De acuerdo a la disposición del artículo 78, inciso c y el artículo 79 del Código del Trabajo vigente, la discapacidad física o mental sobreviniente del trabajador es causal de terminación del contrato de trabajo, sin alguna del empleador, en lo cual el trabajador discapacitado y su familia quedan marginados en una situación de mayor necesidad. Existen algunas organizaciones que realizan acciones para ubicar a sus miembros en puestos públicos y privados. Sin embargo, estas acciones son aisladas e insuficientes, por lo que el índice de participación de las personas en discapacidad en el mercado de trabajo es prácticamente inexistente.

Portanto, percebe-se que, embora haja regulamentação em relação à inclusão dos deficientes no mercado de trabalho do Paraguai, tais direitos não conseguem garantir a integração social das pessoas com deficiência na sociedade.

Com relação aos próximos países mencionados, os dados foram retirados da última cartilha oficial lançada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, do Governo Federal Brasileiro, que divulgou um estudo relativo à inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho, a qual, entre outros aspectos, abordou o tema no direito comparado (Brasil, 2007).

A Colômbia promulgou a Lei nº 361/97, que prevê o benefício de conceder isenções de tributos nacionais e de taxas de importação para as empresas que tenham, no mínimo, 10% de seus trabalhadores com deficiência. Já El Salvador tem uma lei de cotas para efetivar a inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho. A Lei de Equiparação de Oportunidades, o Decreto Legislativo nº 888, em seu artigo 24, estabelece que as empresas com mais de 25 empregados devem contratar uma pessoa com deficiência.

Honduras, na América Central, também segue as recomendações da Convenção Interamericana para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação em Relação às Pessoas com Deficiência. No país, há a Lei de Promoção de Emprego de Pessoas com Deficiência (Decreto nº 17/91), que exige a contratação de pessoas com deficiência por empresas públicas e privadas, na seguinte proporção: uma pessoa com deficiência nas empresas com 20 a 40 trabalhadores; 2 nas que tenham de 50 a 74 funcionários; 3 nas empresas com 75 a 99 trabalhadores; e 4 nas empresas que tenham mais de cem empregados (artigo 2º do Decreto nº 17/91).

A Nicarágua, no mesmo caminho, tem uma lei de cotas para garantir a inclusão das pessoas com deficiência no mercado do trabalho: a Lei nº 185 estabelece que as empresas contratem uma pessoa com deficiência a cada 50 trabalhadores empregados.

O Panamá também tem essa previsão, por intermédio da Lei nº 42/99, que obriga os empregadores que possuam mais de 50 trabalhadores a contratar, no mínimo, 2% de trabalhadores com deficiência. Além da referida lei, também há o Decreto Executivo nº 88/93, que concede incentivos em favor de empregadores que contratem pessoas com deficiência. No setor público, também há a obrigação de contratar pessoas com deficiência.

A Lei Geral da Pessoa com Deficiência, em seu capítulo VI, no Peru, também prevê a concessão de benefícios tanto para as pessoas com deficiência quanto para as empresas que as contratem, como a obtenção de créditos preferenciais e financiamentos de organismos financeiros nacionais e internacionais, a preferência nos processos de licitação, e a dedução da renda bruta de uma porcentagem das remunerações pagas às pessoas com deficiência.

No Uruguai, a Lei nº 16.095 estabelece, em seu artigo 42, que 4% dos cargos vagos na esfera pública deverão ser preenchidos por pessoas com deficiência e, no artigo 43, exige, para a concessão de bens ou serviços públicos a particulares, que estes contratem pessoas com deficiência, embora não haja porcentual algum estabelecido.

Na Venezuela, também há a preocupação com a inclusão das pessoas com deficiência. A Lei Orgânica do Trabalho, de 1997, determina que, a cada 50 empregados que trabalhem na empresa, um deve ser deficiente.

Também na Ásia existe a preocupação de efetivar a inclusão, garantindo a igualdade entre todos os trabalhadores. No Japão, por exemplo, a Lei de Promoção do Emprego para Portadores de Deficiência, de 1998, fixa o porcentual de 1,8% para as empresas com mais de 56 empregados, havendo um fundo mantido por contribuições das empresas que não cumprem a cota, fundo esse que também custeia as empresas que a preenchem.

Na China, do mesmo modo, há lei de cotas. No país, a cota oscila de 1,5% a 2%, dependendo da regulamentação de cada município. As companhias que falham em preencher a cota de 1,5% pagam uma multa para o Fundo de Garantia de Empregabilidade de Pessoas com Deficiência, que sustenta o treinamento e serviços de colocação profissional para pessoas com deficiência (OMS, 2012).

Na África do Sul, há disposições estatutárias para departamentos governamentais e órgãos estatais estipulando que, no mínimo, 2% de sua força de trabalho seja composta por pessoas com deficiência. A cota para o setor estatal, contudo, ainda não foi cumprida (OMS, 2012).

A Turquia tem uma cota de 3% para empresas com mais de 50 trabalhadores, e o Estado paga todas as contribuições da previdência social dos

empregadores para trabalhadores com deficiência, até o limite da cota, e metade das contribuições para trabalhadores com deficiência quando acima da cota. Em vários casos, multas são impostas aos empregadores que não alcançam suas cotas, cujos valores podem ser usados para apoiar iniciativas de incentivo à empregabilidade de pessoas com deficiência.

Durante a transição para a economia de mercado, vários países da Europa Oriental e da antiga União Soviética introduziram cotas para substituir o antigo sistema, no qual eram destinados aos trabalhadores com deficiência trabalhos em setores específicos. As multas por não atingir as cotas eram utilizadas para pagar programas de reabilitação vocacional, e de formação profissional.

Na maioria dos países da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE), a taxa de preenchimento das cotas atinge de 50% a 70% (73, 83). As cotas geram controvérsias. Elas podem ser impopulares entre empregadores, que muitas vezes prefeririam pagar a multa a preencher as cotas. Entre as organizações de pessoas com deficiência, às vezes considera-se que as cotas diminuem o potencial valor dos trabalhadores com deficiência (OMS, 2012).

Desse modo, percebe-se que a preocupação em efetivar os direitos das pessoas com deficiência no mercado de trabalho é mundial. Em todos os continentes, há algum tipo de ação concreta para que a inclusão seja efetivada. Se não são políticas sociais públicas que a buscam, há algum tipo de legislação a respeito do assunto: ou com diretrizes genéricas, existindo determinação para que todas as pessoas sejam tratadas de maneira igual, com os mesmos deveres e direitos, ou com diretrizes específicas, havendo previsão, por exemplo, de algum tipo de cota ou incentivo para a sua contratação.

3.4. A inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho brasileiro

Não há dúvida de que a Constituição de 1988 foi um grande marco para os direitos sociais no Brasil, entre eles, a proteção daqueles que estão em posição desvantajosa por questões econômicas, sociais ou culturais. Nesse cenário, encontram-se as pessoas com deficiência, tendo em vista que,

com a CF/88, o Brasil deixou de seguir um modelo assistencialista em relação às pessoas com deficiência, adotando um modelo de integração social, garantindo-lhes inúmeros direitos, entre eles, o direito à inclusão no mercado de trabalho. O artigo 7º, XXXI, da Carta Magna proíbe qualquer discriminação no tocante a salário ou critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência. Com o mesmo objetivo, mais adiante, o artigo 23 do mesmo diploma legal aduz que todos os entes federativos devem ser envolvidos na proteção dos portadores de deficiência, como forma de realmente colocar em prática as políticas públicas sobre o tema e promover o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.

Com relação especificamente à inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho, o artigo 37, VIII, traz que a lei reservará porcentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de admissão, o que será estudado com mais profundidade adiante. Além desses artigos, inúmeros outros fizeram a previsão de proteção, inclusão e reabilitação da pessoa com deficiência na sociedade. Portanto, não há dúvidas de que a atual Constituição foi um enorme avanço em relação ao tema.

Afora a CF/88, tem-se atualmente, no Brasil, vasta legislação a respeito da inclusão das pessoas com deficiência. Pouco tempo depois da promulgação da Constituição, foi publicada a Lei nº 7.853/89, que tratou sobre o apoio e sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência (CORDE), instituindo a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos, inclusive disciplinando a atuação do Ministério Público do Trabalho e definindo as práticas consideradas delituosas sobre o assunto. A referida Lei já faz previsão, nos seus artigos iniciais, de que:

Art. 1º Ficam estabelecidas normas gerais que asseguram o pleno exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas portadoras de deficiências, e sua efetiva integração social, nos termos desta Lei.

§ 1º Na aplicação e interpretação desta Lei, serão considerados os valores básicos da igualdade de tratamento e oportunidade, da justiça social, do respeito à dignidade da pessoa humana, do bem-estar, e outros, indicados na Constituição ou justificados pelos princípios gerais de direito.

§ 2º As normas desta Lei visam garantir às pessoas portadoras de deficiência as ações governamentais necessárias ao seu cumprimento e das demais disposições constitucionais e legais que lhes concernem, afastadas as discriminações e os preconceitos de qualquer espécie, e entendida a matéria como obrigação nacional a cargo do Poder Público e da sociedade.

Art. 2º Ao Poder Público e seus órgãos cabe assegurar às pessoas portadoras de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos, inclusive dos direitos à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à previdência social, ao amparo à infância e à maternidade, e de outros que, decorrentes da Constituição e das leis, propiciem seu bem-estar pessoal, social e econômico (BRASIL, 1989b).

Percebe-se que a Lei nº 7.853/89 tratou das medidas que considerou urgentes em relação às pessoas com deficiência, traduzindo a intenção governamental presente na CF/88, prevendo também a possibilidade de o Ministério Público propor Ação Civil Pública para proteger os interesses das pessoas com deficiência.

À época da publicação, o artigo 3º, *caput*, da Lei nº 7.853/89 previa que as ações civis públicas destinadas à proteção de interesses coletivos ou difusos das pessoas com deficiência poderiam ser propostas pelo Ministério Público, pela União, por Estados, Municípios e Distrito Federal, por associação constituída há mais de um ano, nos termos da lei civil, autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista que incluía, entre suas finalidades institucionais, tal proteção.

Atualmente, o artigo 3º, *caput*, da referida Lei tem a seguinte redação, já que foi alterado pela Lei nº 13.146/2015: “[...] as medidas judiciais destinadas à proteção de interesses coletivos, difusos, individuais homogêneos e individuais indisponíveis da pessoa com deficiência poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela União, pelos Estados, pelos Municípios, pelo Distrito Federal, por associação constituída há mais de 1 (um) ano, nos termos da lei civil, por autarquia, por empresa pública e por fundação ou sociedade de economia mista que incluía, entre suas finalidades institucionais, a proteção dos interesses e a promoção de direitos da pessoa com deficiência” (Brasil, 2015a).

Em relação ao acesso ao mercado de trabalho pelas pessoas com deficiência, a Lei nº 7.853/89 tipificou como delituosas as condutas que obstem ou neguem, injustificadamente, o acesso de alguém a qualquer cargo público, emprego ou trabalho, por motivos derivados de sua deficiência.

A finalidade da norma, portanto, foi garantir a cidadania plena às pessoas com deficiência, em uma perspectiva de total “inclusão”, sem discriminações ou preconceitos de qualquer espécie. A Lei enuncia os princípios à luz dos quais devem ser feitas sua interpretação e sua aplicação: igualdade de tratamento e oportunidade; justiça social; respeito à dignidade da pessoa humana; do bem-estar e outros indicados ou justificados pelos princípios gerais de direito. Não há dúvida de que a Lei nº 7.853/89 foi de suma importância, embora não tenha produzido muitos frutos na sociedade, já que a regulamentação de seus dispositivos demorou dez anos, ocorrendo somente com o Decreto nº 3.298/99.

Mais tarde, a respeito da inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho, foi publicada a Lei nº 8.112/90, que trata do Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, regulamentando o artigo 37, VIII, da CF/88. O § 2º do artigo 5º da Lei 8.112/90 dispõe que é assegurado às pessoas portadoras de deficiência o direito de inscrever-se em concurso público para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras; para tais pessoas, serão reservadas até 20% das vagas oferecidas no concurso. Essa lei, a primeira lei de cotas nesse campo, concedeu a oportunidade real e efetiva às pessoas com deficiência de ingressarem ao mercado de trabalho. Mais adiante, o assunto será estudado com maior profundidade.

Um ano depois, foi publicada a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, que fez previsão de cotas para pessoas deficientes para empresas privadas. Indubitavelmente, foi um dos maiores avanços na legislação brasileira em

relação à inclusão dessas pessoas no mercado de trabalho. O artigo 93 da Lei nº 8.213/91 prevê:

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

- I. Até 200 empregados.... 2%
- II. De 201 até 500....3%
- III. De 501 até 10004%
- IV. De 1001 em diante....5% (Brasil, 1991b).

Antes dessa norma, existiu a Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960, que continha normatização semelhante em seu artigo 55, o qual estabelecia que as empresas que dispusessem de 20 ou mais empregados seriam obrigadas a reservas de 2% a 5% de cargos, para atender aos casos de readaptados ou reeducados profissionalmente, na forma que o regulamento da lei estabelecer (Brasil, 1960).

Além disso, todos os artigos da referida Lei sobre Planos de Previdência Social, com direitos e deveres, aplicam-se às pessoas portadoras de deficiência. Nessa trilha, denota-se que, no capítulo VI da Lei nº 8.213/91, há previsão de diversas modalidades de relações de trabalho em que a pessoa com deficiência pode se integrar, sendo que, em todas elas, é garantido que será segurado obrigatoriamente, com os benefícios podendo ser estendidos, inclusive, a seus dependentes. Os artigos 89 a 92 também preveem que a Previdência Social deverá proporcionar ao segurado portador de deficiência a habilitação e a reabilitação para o trabalho e, se for o caso, fornecer aparelhos de prótese, órtese, instrumentos de auxílio para locomoção.

Cabe destacar que, se a pessoa com deficiência não for segurada da Previdência Social, ela pode ser socorrida pelo artigo 20 da Lei nº 8.742/93

(Lei Orgânica da Assistência Social - LOAS), que prevê o benefício da prestação continuada de um salário mínimo. Da mesma forma que a lei anterior, o artigo 93 da Lei nº 8.213/91 será estudado mais especificamente mais adiante.

Outra legislação publicada com a finalidade de inserir as “pessoas em desvantagem” no mercado econômico foi a Lei nº 9.867, de 10 de novembro de 1999. Para efeitos dessa lei, estão incluídos no conceito de “pessoa em desvantagem” os deficientes físicos e sensoriais; os deficientes psíquicos e mentais, as pessoas dependentes de acompanhamento psiquiátrico permanente e os egressos de hospitais psiquiátricos; os dependentes químicos; os egressos de prisões; os condenados a penas alternativas e à detenção; e os adolescentes em idade adequada ao trabalho, de situação familiar difícil do ponto de vista econômico, social ou afetivo.

Nessa senda, compete às cooperativas sociais o desenvolvimento e a execução de programas especiais de treinamento com o objetivo de aumentar a produtividade e a independência econômica e social das pessoas em desvantagem que nelas trabalhem. A ideia das cooperativas sociais é muito boa, embora seja preciso admitir que teve pouca repercussão no país até hoje, como explica Souza, L. (2005, p. 67):

Desde a sua criação, as cooperativas vêm gerando muitas dúvidas, poucos debates e repercussões de ordem prática ainda menores. Até o mês de dezembro de 2003, havia no Brasil apenas sete cooperativas especiais constituídas.

A lei que criou as cooperativas sociais foi mal adaptada à legislação brasileira, principalmente porque deixou de prever benefícios tributários que justificassem a concessão do ‘título’ de cooperativa social e prevaleceram os vetos à participação mínima de pessoas em desvantagem no quadro associativo da cooperativa.

Possivelmente, o fato de a lei não permitir a utilização de trabalhadores por cooperativas sociais para preenchimento das vagas reservadas às pessoas com deficiência nas empresas privadas tenha sido um dos fatores de desestímulo para criação delas (Lopes, 2005).

No mesmo ano, foi promulgado o Decreto nº 3.298/99, para regulamentar a Lei nº 7.853/89, dispondo sobre a política nacional para integração da pessoa portadora de deficiência, consolidando as normas de proteção e prevendo algumas providências para implantar a política de proteção às pessoas com deficiência. O Decreto conceituou o que seria “pessoa portadora de deficiência”, o que foi muito relevante, já que, durante muito tempo, não se exigiu o preenchimento das cotas previstas na Lei nº 8.213/91, pois não existia definição legal sobre quais pessoas podiam ser consideradas deficientes.

Merecem um destaque especial os artigos 30 a 33 do referido decreto, cujos tópicos se resumem em:

- a) beneficiária ou não da previdência social, a pessoa portadora de deficiência tem direito às prestações de habilitação e reabilitação profissional para capacitar-se a obter trabalho, conservá-lo e progredir profissionalmente;
- b) ambas, habilitação e reabilitação, constituem 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;
- c) os serviços de habilitação e reabilitação devem ter os recursos bastantes para atender a toda pessoa portadora de deficiência, desde que possa ser preparada para trabalho que lhe seja adequado e tenha perspectiva de obter, conservar e nele progredir;

- d) habilitação e reabilitação devem acoplar-se a uma orientação profissional, considerando-se:
- 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;
 - V- necessidades do mercado de trabalho (Ciszewski, 2005, p. 68-69).

A seção IV também é muito relevante, porque trata da política de emprego para a inserção da pessoa com deficiência no mercado de trabalho. Uma das novidades foi que se previu a possibilidade de contratação alternativa de pessoas com deficiência grave ou severa com a intermediação das cooperativas sociais (Lei nº 9.867/99).

De um modo geral, o Decreto previu a inserção laboral das pessoas com deficiência por intermédio da colocação competitiva, da colocação seletiva e do fomento do trabalho por conta própria. Colocação competitiva e colocação seletiva são processos de contratação regular, nos termos da legislação trabalhista e da previdência, sendo que a primeira independe da adoção de procedimentos especiais para sua concretização, não sendo excluída a possibilidade de utilização de apoios especiais, ao contrário da segunda, que depende da adoção de tais procedimentos de apoio especiais (Lopes, 2005).

O Decreto nº 3.298/99 repetiu as disposições a respeito das cotas para empresas privadas previstas na Lei nº 8.213/91, da mesma forma que também trata de maneira igual o acesso das pessoas com deficiência aos cargos públicos que exigem concurso.

É muito importante destacar, ainda, a Lei nº 9.029, de 13 de abril de 1995, que trata da discriminação em relação de emprego. Não há dúvidas de

que a pessoa com deficiência pode sofrer inúmeros tipos de discriminação em seu trabalho: fixação de critérios de seleção, no ato da formação do contrato, na vigência da prestação de serviço ou na motivação da extinção do contrato.

Assim, o artigo 1º da Lei nº 9.029/95 dispõe que é proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de trabalho, ou de sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade, entre outros, ressalvadas, nesse caso, as hipóteses de proteção à criança e ao adolescente previstas no inciso XXXIII do artigo 7º da CF/88.

Por fim, em 2015, foi publicada a Lei nº 13.146, de 6 de julho, que trata da inclusão da pessoa com deficiência na sociedade de modo geral, chamada também de Estatuto da Pessoa com Deficiência (Coelho, 2017), que foi um enorme avanço em relação à inclusão das pessoas com deficiência na sociedade em vários campos. Por exemplo, a lei prevê atendimento prioritário em situação de socorro, disponibilização de pontos de parada, estações e terminais acessíveis de transporte coletivo de passageiros e garantia de segurança no embarque e no desembarque.

Além disso, também há previsão de que as frotas de empresas de táxi devem reservar 10% de veículos acessíveis, sem cobrança de tarifa adicional; as locadoras de automóveis devem oferecer um veículo adaptado a cada vinte disponibilizados para aluguel; hotéis e pousadas devem disponibilizar 10% de seus dormitórios com acessibilidade; de reserva de 3% das unidades habitacionais que utilizarem recursos públicos; de estímulo ao empreendedorismo e ao trabalho autônomo com disponibilidade de linhas

de crédito; de oferta de ensino em libras e braille no sistema público; e de espaços culturais e esportivos devem atender às normas de acessibilidade.

Logo, trata-se, indiscutivelmente, de um sistema normativo inclusivo, que homenageia o princípio da dignidade da pessoa humana em diversos níveis. O Estatuto foi uma nova forma de perceber o ser humano em sua força e fragilidade, compreendendo a diversidade como traço que não deve separar as pessoas, mas unir, em um sentimento de identidade e pertencimento. O documento resultou de um enorme esforço coletivo para reunir o conteúdo de mais de 430 documentos que tramitavam no Congresso em 2012 e que foram anexados (apensados) ao Projeto de Lei do Estatuto, que havia sido apresentado pelo senador gaúcho Paulo Paim, em 2003.

Em relação ao tema específico deste trabalho, são os artigos 34, 35, 37 e 38 do Estatuto que tratam do direito das pessoas com deficiência ao trabalho. Desse modo, embora o Estatuto da Pessoa com Deficiência não tenha trazido nenhuma inovação no campo específico de inclusão do deficiente no mercado de trabalho, não há dúvida de que foi um grande avanço em relação a sua inclusão social, reunindo em um documento vários direitos que efetivam a não discriminação das pessoas com deficiência, bem como sua inclusão na sociedade.

A promulgação do Estatuto foi consequência direta das obrigações impostas ao Brasil pela Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, que equivalem, no direito brasileiro, às emendas constitucionais formais, por força de sua aprovação nos moldes previstos no § 3º do artigo 5º, da CF, inaugurando o que se convencionou nominar de bloco de constitucionalidade, uma vez que, hodiernamente, as

normas basilares já não se encontram mais encerradas apenas no texto da Carta de Outro, mas também em outros documentos.

A tutela prioritária da pessoa com deficiência é tratada nos artigos 8º e 9º do Estatuto, ainda que não tenha sido usado o termo “prioridade absoluta”, o qual é empregado apenas em relação às crianças (artigo 227 da CF). O artigo 34 do Estatuto cuida da igualdade de oportunidade de trabalho, sendo que o artigo 37 exorta a colocação competitiva da pessoa com deficiência no mercado de trabalho.

Para incentivar a inclusão e a contratação de pessoas com deficiência pelas empresas, o Estatuto alterou a Lei nº 8666/1993, positivando-se em seu artigo 3º a preferência pela contratação de empresas cumpridoras da reserva de vagas, em caso de empate nas licitações, assim como a possibilidade de criação de margem de preferência às empresas em tais condições. Esse incentivo é a chamada função horizontal das licitações, que é a possibilidade de o instituto da licitação ir além do seu objeto imediato e assumir uma função promocional.

Muitos foram os reflexos do Estatuto da Deficiência no sistema jurídico brasileiro. O Código Civil foi um dos mais afetados, já que sofreu várias alterações, como a questão da capacidade, que, após o Estatuto, descreve como absolutamente incapaz apenas os menores de 16 anos. Assim, as pessoas com deficiência têm assegurado pelo novo Estatuto o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas. Essa garantia de igualdade reconhece uma presunção geral de plena capacidade, logo, a incapacidade surgirá excepcionalmente e deverá ser amplamente justificada (Farias; Cunha; Pinto, 2016).

Houve alteração também em relação ao casamento, já que, agora, a pessoa com deficiência pode se casar independentemente da anuência do representante ou assistente, mantendo apenas a proibição em relação aos impedimentos matrimoniais.

No que concerne ao direito do consumidor, o Estatuto inovou no sentido de garantir às pessoas com deficiência acesso às informações a respeito dos produtos que irão consumir, a fim de que possam realizar sua escolha de forma consciente sobre determinado produto ou serviço.

Já no que se refere ao direito eleitoral, também houve alteração, pois, como agora a pessoa com deficiência deixou de ser incapaz, poderá desenvolver com mais plenitude e facilidade o seu indelével direito de votar e de ser votada (Barreiro Neto, 2016).

No que diz respeito ao direito do trabalho, também houve alteração em razão do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Foi alterado o §6º do artigo 428 da CLT, que tornou o contrato de aprendizagem de pessoas com deficiência mais flexível. Portanto, atualmente, basta que a pessoa com deficiência tenha habilidades e competências compatíveis com o processo de profissionalização para que seja um jovem aprendiz. O legislador objetivou facilitar a formação técnico-profissional e, conseqüentemente, o ingresso ou reingresso das pessoas com deficiência no mercado de trabalho, o que reflete diretamente no tema do presente estudo (Machado; Zainaghi, 2017).

É importante dizer que o Estatuto da Pessoa com Deficiência deve ser lido à luz da Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência. Sobre isso, Araujo e Maia (2017, p. 265, grifo nosso) explicam:

A Lei nº 13.146/2015, o Estatuto da Pessoa com deficiência, deve ser lida à luz da Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, norma de hierarquia superior,

o que, inclusive, está expresso no artigo 1º, parágrafo único do próprio Estatuto. Neste sentido, a lei não é nova, mas o que é nova (na verdade desconhecida) é a Convenção. Para o intérprete atento da Constituição, as disposições contidas no Estatuto não assustam, nem surpreendem, não trazem novidade, mas apenas cuidam de implementar o disposto na Constituição Federal, aditada pelos termos da Convenção da ONU; aliás não cabia outra atitude do legislador infraconstitucional a não ser exatamente atender aos mandamentos da Convenção, promover sua implementação, sob pena de o Direito produzido ser fulminado por sua inconstitucionalidade. [...] **A inclusão das pessoas com deficiência é obrigação que exsurge de nossa Constituição.**

Por fim, o Estatuto da Pessoa com Deficiência trouxe inúmeras melhorias e benefícios visando à plena e efetiva inclusão desse grupo de pessoas. Com essas medidas, a Lei buscou não só a igualdade formal, mas sobretudo a igualdade material, buscando a efetivação dos princípios da dignidade da pessoa humana, acessibilidade e igualdade.

Diante de todas essas leis que objetivam a inclusão, chega-se à conclusão de que não só devem ser respeitadas as diferenças entre as pessoas, como também devem ser criadas as condições para que elas possam se desenvolver, integrando-se à vida em sociedade (Brito Filho, 2006). O que deve ser buscado sempre é a efetivação dos fundamentos da República, em especial a dignidade da pessoa humana.

Desse modo, face a todas as legislações analisadas, verifica-se que há uma grande preocupação em relação ao alcance efetivo da igualdade entre as pessoas com deficiência e aquelas ditas normais, não só no mercado de trabalho, como em todos os ramos do Direito. A inclusão da pessoa com

deficiência é a concretização da justiça social tão propagada e pretendida pelo Pacto Social aviado em 05 de outubro de 1988.

4.

AS AÇÕES AFIRMATIVAS E A INCLUSÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO BRASIL

4.1 O que são ações afirmativas?

As ações afirmativas, tais como as conhecemos hoje, como sendo instrumentos que têm por objetivo compensar, por meio de políticas públicas ou privadas, os séculos de discriminação a determinadas raças ou segmentos, surgiram pela primeira vez em 1953. Consistem em políticas públicas e privadas voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade e à neutralização dos efeitos de qualquer tipo de discriminação negativas, pejorativas (Gomes, 2001). Esse tipo de ação surgiu nos Estados Unidos, em meio às mobilizações em prol dos direitos civis dos negros.

A expressão ação afirmativa foi usada pela primeira vez na Lei de Relações de Trabalho Nacionais, de 1935, por meio do qual se determinava que o empregador que estivesse promovendo a discriminação contra negros deveria parar de promovê-la, além de efetuar ações afirmativas para

inserir as vítimas da segregação nos cargos que estariam ocupando se não tivessem sido discriminados. A despeito de a expressão ter conhecido exemplo na década de 30, apenas a partir de Kennedy o termo passou a ser utilizado dentro de um contexto de luta pelos direitos civis, inicialmente como uma medida de combate à discriminação e, posteriormente, objetivando a inclusão das minorias (Kaufmann, 2007, p. 169).

Embora a expressão “ação afirmativa” tenha sido utilizada pela primeira vez em 1935, não teve força de impor à sociedade um modelo de igualdade ante a questão racial, já que perdurava, à época, um ambiente ainda extremamente segregado que veio da abolição da escravatura.

Em 1943, foi aprovada a *Executive Order 9346*, momento em que a política de não discriminação se estendeu a todos os contratantes da União. Não se pode esquecer que, anteriormente, houve a *Executive Order 8802*, de 1941, que tratou da não discriminação por raça, cor ou origem nacional nas relações de trabalho, restringindo-se aos particulares detentores de contrato com o Governo Federal no campo da indústria bélica (Silva, 2013).

Em 1948, foi aprovada a *Executive Order 9981*, que determinava a igualdade de tratamento para todas as pessoas no serviço militar. Entretanto, somente em 1961, com a *Executive Order 10925*, já escorada com as decisões da Corte de Warren, é que se afirmou que a discriminação por raça, credo, cor ou origem nacional seria contrária aos princípios constitucionais e às políticas dos Estados Unidos, passando a prever, com isso, sanções a contratantes e subcontratantes com o Governo Federal que não se ativessem à regra. O texto também se utiliza da expressão “ação afirmativa”, mas ainda em um contexto de não discriminação (Silva, 2013).

Desse modo, no início da década de 1960, nos Estados Unidos, começou a constatar-se a ineficácia da inércia estatal em relação a algumas questões, de modo que o próprio Estado começou a exigir dos particulares e dos entes públicos ações que afastassem esse tipo de comportamento. O sucessor de John Kennedy, Lyndon Johnson, começou a dar ao termo “ação afirmativa” um sentido mais próximo do que é o atual, anunciando esse posicionamento com seu famoso discurso em Howard University:

Você não pega uma pessoa que durante anos esteve acorrentada, e a libera, e a coloca na linha de partida de uma corrida e diz, “você está livre para competir com todos os outros”, e ainda acredita, legitimamente, que você foi totalmente justo. Assim, não é suficiente apenas abrir os portões da oportunidade, todos os nossos cidadãos devem ter a capacidade de atravessar esses portões (Gomes, 2001, p. 112).

Nesse contexto, medidas discriminatórias passaram a ter conotação exclusivamente negativa e começaram a serem utilizadas para atingir a igualdade material, as chamadas discriminações positivas, como, por exemplo, em 1965, com a publicação da *Executive order n. 11246*, que exigia que os contratantes com o Governo Federal, além de banir as práticas discriminatórias, teriam de conceder benefícios efetivos às minorias (Melo, 2004).

Mais tarde, no governo de Richard Nixon, é que as ações afirmativas passaram a adotar critérios mais objetivos e a produzir mais resultados. Nixon elaborou o *Philadelphia Plan*, no qual tornava efetivas as ofertas de emprego para as pessoas qualificadas pertencentes a grupos raciais diferentes, dentro de um critério e tempo flexível (Melo, 2004).

Segundo suas disposições, os contratantes com o Governo Federal deveriam desenvolver, anualmente, programas de ação afirmativa, com

a finalidade de identificar e corrigir deficiências existentes em relação às mulheres e a grupos minoritários (como negros, índios e hispânicos), o que se daria pelo cumprimento e pela observância de determinadas metas numéricas (*goals*) na contratação de empregados, as quais seriam fixadas de acordo com a participação dessas minorias no mercado de trabalho.

Tais metas, contudo, não poderiam ser “quotas rígidas e inflexíveis”, mas “alvos razoavelmente atingíveis”, encetando-se todo esforço de boa-fé para fazer com que todos os aspectos do programa de ação afirmativa funcionassem (Menezes, 2001, p. 93).

Em 1997, nos Estados Unidos, Martin Luther King III anunciou a criação da *American United for Affirmative Action* (AUA), organização sediada em Atlanta que objetivava concretizar e ampliar as ações afirmativas, dando oportunidades iguais a todos os americanos (Costa, 2008). Logo depois, na Europa, a Declaração de Madrid, de 2002, denominada “A não discriminação e a ação afirmativa resultam em inclusão social”, traduzida por Sasaki (2004), passou a refletir o entendimento internacional sobre ao assunto até os dias atuais:

“Todos os seres humanos são livres e iguais em dignidade e direitos”. A fim de atingir esse ideal, todas as comunidades deverão celebrar a diversidade em suas atividades e procurar garantir que as pessoas com deficiência possam usufruir toda a gama dos direitos humanos: civis, políticos, sociais, econômicos e culturais, conforme reconhecidos por Convenções internacionais, o Tratado da União Europeia e em Constituições nacionais (Sasaki, 2004).

Desse modo, pode-se afirmar que, muito embora a noção de ação afirmativa tenha nascedouro e início de aplicação sistemática nos Estados Unidos, a ideia de efetivação do princípio da igualdade também encontrou

abrigo no direito europeu. Da mesma forma que na Espanha, a Corte Constitucional Alemã também admite a utilização da discriminação positiva como forma de efetivação material do princípio da igualdade. Em arresto de 28 de janeiro de 1992, a Corte Alemã decidiu pela possibilidade de diferenciação jurídica de tratamento, a título temporário, em que o legislador afirme expressamente que tem como objetivo favorecer uma determinada categoria de pessoas físicas ou jurídicas em detrimento de outras, a fim de compensar alguma desigualdade de fato preexistente entre elas (Melo, 2004).

Portanto, as ações afirmativas têm por objetivo maior atingir a igualdade de direitos, promovendo efetivamente a igualdade. Nessa trilha, muitos são os conceitos. São definidas como um conjunto de políticas obrigatórias ou não que combatem a discriminação e almejam concretizar a participação das minorias no gozo dos direitos fundamentais (Maciel, 2011). Ou, ainda, podem ser definida como Joaquim Barbosa B. Gomes (2001, p. 43) ensina:

Um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação [...], bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego [...]. Em síntese, trata-se de políticas e de mecanismos de inclusão concebidos por entidades públicas, privadas e por órgãos dotados de competência jurisdicional, com vistas à concretização de um objetivo constitucional, universalmente reconhecido – o da efetiva igualdade de oportunidades a que todos os seres humanos têm direito.

Assim, as ações afirmativas distribuem as vantagens e as benesses que não foram concedidas a certo grupo em razão de algum tipo de dis-

criminação no passado. São ferramenta para efetivar a inclusão social dos grupos vulneráveis.

De modo muito interessante, Medeiros (2002, p. 22) explica as ações afirmativas:

Imaginem dois corredores, um amarrado e o outro solto. É claro que o corredor solto ganha sempre. Mas um dia a plateia dessa competição imaginária chega à conclusão de que essa situação é injusta. À custa de muita pressão, consegue-se convencer os organizadores a cortar as cordas que prendiam um dos corredores, só que ele continua perdendo. Motivo: seus músculos estão atrofiados pela falta de treinamento. Se, contudo, continuar como está, a tendência é de que ele sempre perca. Que fazer para promover a igualdade de condições entre os dois corredores? Alguns sugerem que se dê um treinamento especial ao corredor que estava amarrado. Pelo menos durante algum tempo. Outros defendem uma medida mais radical: por que não lhe dar uma vantagem de dez metros em cada corrida? Logo se ouvem vozes denunciando que isso seria discriminação. Mas há quem defenda: discriminação, sim, mas positiva, porque visa promover a igualdade, pois tratar igualmente os desiguais é perpetuar a desigualdade. Essa história ilustra muito bem o conceito de “ação afirmativa” e o debate que o tema desperta na sociedade. Podemos dizer que os negros, as mulheres e os outros grupos discriminados são como o corredor amarrado: por muito tempo estiveram presos pelas cordas do racismo e da discriminação, por vezes traduzidos até mesmo em leis. Não podem ganhar a corrida. Mesmo depois de “soltos”, continuam perdendo. Isso porque a discriminação, mesmo que ilegal, prossegue funcionando de forma disfarçada [...]. O objetivo da “ação afirmativa” é superar essa desvantagem e promover a igualdade entre os diferentes grupos que compõem uma sociedade.

Percebe-se que as ações afirmativas são muito mais que respostas de caráter reparatório e de intervenção *ex post facto*, mas têm natureza multif-

cetária (Gomes, 2001), já que promovem a igualdade de oportunidades. Sobre o tema, Eliana Franco Neme (2005, p. 311-312) disserta sobre a importância desse tipo de ação por parte do Estado para promoção da inclusão:

[...] é evidente que a atividade estatal é necessária na medida em que a colocação dos cidadãos no “estado de natureza”, distancia-se do ideal de igualdade formal e material pretendido por todas as declarações de direito e constituições democráticas. Sendo assim, alguns valores podem ser albergados como valores comuns ao projeto de inclusão, por serem independentes de carga filosófica ou política, podem ser utilizados em qualquer estado que tenha por objetivo diminuir ou, ao menos, minimizar os efeitos do tratamento desigual até aqui perpetrado.

A função da ação afirmativa no que tange ao direito do trabalho é promover a igualdade de oportunidades, transformando o estático princípio igualitário previsto em leis em princípio que promove a igualdade efetiva de tratamento. Assim, as ações afirmativas não têm apenas o objetivo de eliminar as discriminações do presente, mas, sobretudo, têm o objetivo de eliminar os efeitos da discriminação do passado (Melo, 2004).

Portanto, dentro do tema objeto de estudo, as ações afirmativas congregam medidas que implicam na supressão das desigualdades de fato, conseguindo aumentar as oportunidades das pessoas com deficiência no mercado de trabalho.

A política das ações afirmativas, como já dito, visa eliminar os efeitos persistentes (psicológicos, culturais e comportamentais) da discriminação do passado, evitando a chamada discriminação estrutural, que está espalhada nas desigualdades sociais entre grupos dominantes e grupos marginalizados. Aliás, a Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência obriga expressamente, no artigo 27, os Estados-membros a promover

a realização do direito ao trabalho para todos, ainda que seja necessário adotar medidas especiais e apropriadas para tanto, como, por exemplo, as ações afirmativas.

Nesse contexto, é importante trazer à baila a diferença entre preconceito e discriminação. Preconceito significa um juízo prematuro, que induz a que se acredite saber, mas sem saber; se preveja sem indícios seguros e suficientes; se chegue a conclusões sem ter as certezas necessárias. Norberto Bobbio (1992) identifica a discriminação como a principal consequência do preconceito, definindo-a como uma diferenciação injusta ou ilegítima, porque vai contra o princípio fundamental de justiça, segundo o qual devem ser tratados de modo igual aqueles que são iguais e de modo desigual aqueles que são desiguais na medida de suas desigualdades (Fioravante; Massoni, 2005). Portanto, o preconceito é anterior à discriminação. A ação afirmativa objetiva a implantação do direito à igualdade, já que o respeito à diversidade e à igualdade de fato não decorre espontaneamente.

Há vários modos de implantação das chamadas ações afirmativas, como o sistema de cotas, a concessão de benefícios, bônus, deduções e subsídios às empresas, o que ocorre, por exemplo, na Europa para aquelas que ultrapassam as cotas legais etc. Entretanto, a desinformação fez com que o debate sobre ações afirmativas tenha se iniciado de maneira equivocada no Brasil. Não se pode confundir ações afirmativas com as cotas. Em realidade, as cotas constituem apenas um dos modos de implantação de políticas de ação afirmativa; nesse sentido, a jurisprudência americana tem algumas restrições em relação às “cotas cegas”, aquelas instituídas aleatoriamente sem o propósito de corrigir uma injustiça precisa (Gomes, 2001).

Algumas iniciativas de políticas afirmativas no Brasil, como era de se esperar, terminaram gerando sérias controvérsias em várias esferas da sociedade. Um dos exemplos é o artigo 11, § 3º da Lei nº 9.300/95, ao disciplinar as eleições de 1996, que impôs que, 20%, no mínimo, das vagas de cada partido ou coligações deveriam ser preenchidas por mulheres. Da mesma forma, o Projeto de Lei nº 258/97 do Rio Grande do Sul, que foi vetado, fazia previsão de que as mulheres teriam prioridades no Sistema Estadual de Habitação de Interesse Social quando fossem chefes de família (Menezes, 2001).

Quanto às pessoas com deficiência, no Brasil, existem algumas políticas afirmativas que tentam efetivar a igualdade e a inclusão delas no mercado de trabalho, com o objetivo de corrigir as injustiças do passado, as quais serão abordadas nos próximos itens.

4.2 As ações afirmativas no Brasil e o sistema de cotas de emprego

Antes de falar especificamente sobre o sistema de cotas adotado no Brasil, é importante explicar que as ações afirmativas têm como objetivo maior atingir a igualdade material entre todas as pessoas, diminuindo todos os efeitos das práticas discriminatórias.

Aristóteles (1992), há muito, já escreveu sobre a ideia de que a igualdade é vinculada à justiça, embora a ideia de igualdade defendida pelo filósofo seja apenas relativa, já que atribuía a igualdade ao sentido de dar a cada um o que é seu. Todavia, sua contribuição para o direito foi grande, uma vez que definiu de alguma forma a igualdade, embora sem grande peso

no ponto de vista social, uma vez que não considerou que as desigualdades existentes à época resultavam em privilégios para alguns em prejuízos dos outros.

Assim, para Aristóteles, a igualdade consistia em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. Esse pensamento do celebre filósofo não quis disseminar o preconceito entre as diferenças, mas considera que, já que essas diferenças existem, que sejam tratadas como tais, com a finalidade de integrar a sociedade.

Fonseca (2006a, p. 132) afirma que

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

Para Thomas Hobbes (1588-1679) a nenhum dos homens era permitido se destacar muito mais que os outros, por isso, cada indivíduo teria direito a tudo. Sobre a ideia, escreveu na obra *Leviatã*:

A natureza fez os homens tão iguais, quanto às faculdades do corpo e do espírito que, embora por vezes se encontre um homem manifestadamente mais forte de corpo, ou de espírito mais vivo do que outro, mesmo assim, quando se considera tudo isso em conjunto, a diferença entre um e outro homem não é suficientemente considerável para que qualquer um possa com base nela reclamar qualquer benefício que outro não possa também aspirar, tal como ele. Porque quanto à força corporal o mais fraco tem força suficiente para matar o mais forte, quer por secreta maquinação, quer aliando-se com outros que se encontrem ameaçados pelo mesmo perigo (Hobbes, 2016, p. 76).

Tal igualdade, relativa às condições físicas, levaria os homens ao desejo de usufruir dos mesmos bens, motivo pelo qual justificava-se a formação do Estado-coator.

Locke (1632-1704) já pensava diferente, defendendo que o homem em estado natural tende a viver em harmonia, embora algumas situações exijam que seja formado um Estado detentor de soberania, com leis previamente estabelecidas. Logo, somente após um desejo prévio do homem livre, atribuindo legitimação ao poder soberano e consequente subordinação, é que poderiam ser estabelecidas as diferenças. Portanto, para Locke (2011), a igualdade não apenas opera a possibilidade de passagem da condição natural para a instância instituída, mas também é a presença constante no horizonte de um Estado que se quer duradouro.

A ideia de igualdade, sob a óptica jurídica, destacou-se nos movimentos constitucionalistas do século XVIII e revolucionário do século XIX, marcos importantes no surgimento das Declarações de Direitos. A primeira delas, a Declaração de Direitos de Virgínia, de 12 de junho de 1776, foi a precursora das Declarações de Direitos modernas. Todavia, essa declaração não obteve a repercussão alcançada pela Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, da França de 1789, produto da Revolução Francesa, que modernamente estabeleceu a concepção do princípio da igualdade.

A igualdade visada manifestava discordância da possibilidade de obtenção de vantagens e privilégios concedidos à aristocracia e aos monarquistas. O que se pretendia era estabelecer a viabilidade de que os mais talentosos, trabalhadores ou com outros predicados fossem os recompensados; afastava-se, assim (pelo menos era essa a pretensão) a possibilidade de que

a ninguém ou a nenhum grupo fosse dado o poder de conquistar vantagens previamente (Nicz, 2010).

Essa declaração continua tendo muita importância no mundo, não apenas porque influenciou documentos posteriores, mas principalmente porque sedimentou o princípio da igualdade jurídica. No Estado brasileiro, essa influência também se fez presente, tendo em vista que todas as nossas Constituições, desde a do Império, de 1824, deram destaque ao princípio da igualdade, ainda que, às vezes, admita-se, tenha sido de maneira sucinta.

Pimenta Bueno (1958, p. 412 *apud* Nicz, 2010, p. 135), ao comentar tal princípio no nosso texto constitucional de 1824, afirmava que

[...] qualquer que seja a desigualdade natural ou casual dos indivíduos a todos os outros respeito, há uma igualdade que jamais deve ser violada, e é a da lei, quer ela proteja, quer castigue, é a da justiça, que deve ser sempre uma, a mesma, e única para todos sem preferência, ou parcialidade alguma.

De um modo geral, o princípio da igualdade tem sido tratado nos documentos constitucionais sob a óptica jurídico-formal, da igualdade perante a lei. A igualdade é importante princípio consagrado na CF/88, consistindo na base fundamental de todas as garantias e prerrogativas de que deve gozar a pessoa com deficiência. Esse princípio norteou vários documentos importantes, como já mencionado, como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, e vem sendo a sustentação das sociedades contemporâneas.

O princípio da igualdade deve significar a efetivação da célebre expressão de Rui Barbosa (1997, p. 78 que é “[...] tratar igualmente os iguais, na medida de suas igualdades e desigualmente os desiguais, na medida em que eles se desigualem”. Embora a CF/88 faça apenas uma referência expres-

sa à noção de igualdade formal, esta deve ser entendida como um instrumento de igualdade material.

O próprio preâmbulo, quando sinaliza a preocupação de se “[...] instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais [...] a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos [...]” (Brasil, 1988), demonstra que o princípio da igualdade resplandece sobre todo o ordenamento jurídico, sendo inspiração para todo o modelo constitucional positivado e guiado apenas pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, visando alcançar o Estado democrático de direito consignado no *caput* do artigo 1º da CF/88, e também mencionado em seu preâmbulo, o constituinte acolheu o princípio da igualdade tanto sob a óptica formal quanto a material. A instituição de um Estado Democrático, nos termos da intenção manifestada pelo constituinte na parte preambular da Constituição, aponta o caminho pretendido de “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais” e, entre outros, “a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos” (Brasil, 1988).

Nessa conjectura é que deve ser analisado o princípio da igualdade, com o intento maior de atingir os objetivos fundamentais estabelecidos no artigo 3º da CF/88, mais o valor supremo da dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos do Estado brasileiro, senão o primeiro e mais importante entre aqueles consignados expressamente nos incisos do artigo 1º da nossa Lei Fundamental.

Às vezes, porém, a simples existência da lei não basta para a efetivação da igualdade. Quando isso ocorre, alguns dispositivos legais

criam instrumentos com o intuito de que as desigualdades mais flagrantes sejam aniquiladas, tudo na busca da igualdade que não seja apenas a formal. Ainda que a igualdade material absoluta possa ser utópica, não é permitido ao Estado omitir-se da responsabilidade direta na busca de maior isonomia entre todos.

A igualdade material deve ser o norte no Estado Social, no qual existe a preocupação com a efetivação de direitos. Nesse sentido é o pensamento de Nicz (2010, p. 3):

Enquanto no Estado Liberal o princípio da igualdade perante a lei foi bastante formal e demasiadamente limitado, já no Estado Social as Constituições têm tratado com bastante interesse a inclusão de normas de direitos sociais, como educação, saúde, trabalho, previdência e assistência sociais, visando dar uma maior igualdade material entre as pessoas.

É evidente que ainda que se caminhe a passos lentos para o alcance de uma maior igualdade entre todos, todavia, há esperanças renovadas dia a dia de que tais normas possam ser não apenas incluídas nos textos constitucionais, mas, principalmente, preenchidas de eficácia social que as permitam ser efetivamente usufruídas por seus destinatários.

O Estado deve ser o impulsor do desenvolvimento e o responsável pelo nivelamento das igualdades sociais, corrigindo as desigualdades. Assim, vêm sendo desenvolvidas várias ações específicas para reduzir ou extinguir as desigualdades existentes. Entre essas ações, encontram-se as ações afirmativas.

As políticas afirmativas devem ser estimuladas e concretizadas com a finalidade de alcançar maior igualdade ou minimizar as desigualdades existentes na sociedade, de modo a objetivar o pleno alcance e a realização

da dignidade da pessoa humana no nosso Estado Democrático de Direito. Assim, o princípio da igualdade deve enraizar os seus efeitos em todo o sistema constitucional e infraconstitucional, devendo servir como direcionamento no sentido de evitar a existência de normas com teor discriminatório capazes de romper com a ordem constitucional. Tendo isso em vista, nenhum empresário poderá criar requisitos de admissão ao quadro funcional capaz de gerar um fator excludente.

Portanto, definir que uma pessoa cadeirante não pode ocupar uma função que seja condizente com as suas limitações físicas, pelo simples fato de que o serviço seria realizado em menos tempo por uma pessoa não deficiente, é uma condição discriminatória capaz de macular o princípio isonômico e, por conseguinte, eivada de inconstitucionalidade.

Todavia, a própria pessoa com deficiência também precisa se adequar à situação do trabalho que é oferecido. Nesse sentido, Araujo (2011, p. 76-77) leciona:

Fica claro que a pessoa portadora de deficiência não está habilitada para toda e qualquer profissão. O princípio constitucional não tem a extensão de permitir que uma pessoa portadora de deficiência visual pretenda pleitear um emprego onde a visão é essencial. A regra constitucional afirma que não pode haver qualquer discriminação desde que não haja correlação lógica entre a situação discriminada e o bem protegido. A pessoa portadora de deficiência visual, no entanto, pode concorrer, de igual para igual, a uma vaga de classificador de certos produtos (de que depende do tato) ou mesmo, na área jurídica, onde poderá desenvolver uma série de atividade.

Desse modo, a regra formal da igualdade não pode ser interpretada de maneira genérica, uma vez que exige a adequação. É por esse motivo que se fala em igualdade material, em tratar os desiguais de modo desigual

na medida de suas desigualdades, a fim de que a igualdade seja realmente efetivada, e é nessa seara que se encaixam as ações afirmativas.

Assim, pode-se declarar que as ações afirmativas devem ser um instrumento de concretude da justiça social, não meramente como ponto de partida, mas, principalmente, como ponto de chegada, visando ao alcance da concretização efetiva da igualdade real assentada na eliminação das desigualdades econômicas, sociais e culturais e, em especial, a criação de instrumentos que proporcionem a efetivação da igualdade de oportunidades. A igualdade, portanto, passa a exercer, aos olhos do Estado, uma função relevante de princípio norteador das políticas públicas de inclusão social.

Nessa trilha, o Brasil acabou consagrando o sistema de cotas, tanto no setor público como no setor privado, como forma de efetivação da inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho. As leis de cotas brasileiras são ações afirmativas cujo objetivo é impulsionar o desenvolvimento, promovendo a igualdade de oportunidades, transformando o estático princípio igualitário previsto em leis em princípio que efetivamente promove a igualdade de tratamento.

4.2.1 O sistema de cotas no setor público brasileiro

No campo das ações afirmativas do campo do direito do trabalho, existe a Lei de Cotas para o setor público. A própria CF/88 fez previsão no artigo 37, VIII, dispondo que a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão.

A primeira norma a fazer a previsão de reserva de vagas para deficientes no setor público foi a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que prevê, em seu artigo 5º, § 2º, que às pessoas portadoras de deficiência é assegurado o direito de inscrever-se em concurso público para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras, sendo que, para tais pessoas, serão reservadas até 20% das vagas oferecidas no concurso.

Posteriormente, foi publicado o Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999, o qual está em vigência, que dispõe em seu artigo 37, § 1º, que é assegurado à pessoa com deficiência o direito de inscrever-se em concurso público, em igualdade de condições com os demais candidatos, para provimento de cargo e emprego cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que é portador, sendo reservado, no mínimo, o percentual de 5% em face da classificação obtida, concorrendo em todas as vagas.

Os editais dos concursos devem informar o número de vagas existentes e a reserva destinada às pessoas com deficiência, as atribuições e as tarefas essenciais dos cargos, a previsão de adaptação das provas, do curso de formação e do estágio probatório, conforme a deficiência do candidato, e a exigência de apresentação, no ato da inscrição, de laudo médico atestando a espécie e grau ou nível de deficiência.

No caso de concursos cujo número de vagas não é divulgado, ou é realizado para a formação de cadastro reserva, o edital deverá prever, no caso das vagas que surgirem, qual será destinada ao primeiro candidato com deficiência habilitado. No ato da inscrição do concurso, o candidato deve fazer opção se vai concorrer à vaga para deficiente ou não; é importante consignar que, independentemente da condição informada na inscrição, a

publicação do resultado não deve fazer distinção alguma entre os que optaram pela vaga reservada, pois que a lista de aprovados será única e observará a ordem geral de classificação.

Todavia, é bom ressaltar que, caso haja, entre os primeiros candidatos (na lista geral), pessoas com deficiência, elas serão nomeadas, ocuparão os lugares que ocuparam na lista geral, apesar de terem sido inscritas para a vaga reservada. Somente após terminada a classificação geral, com o preenchimento das vagas regulares, começará o preenchimento das vagas reservadas (Araujo, 2011).

Com base no princípio da igualdade, cabe ressaltar que o candidato com deficiência participará do concurso em condições de igualdade com os não deficientes, desde a inscrição até o resultado final do certame. Isso não afasta, por óbvio, o direito de as pessoas com deficiência realizarem as provas em condições que as coloquem em pé de igualdade com os não deficientes. Assim, por exemplo, um deficiente visual terá sua prova em braile, uma pessoa com deficiência motora poderá ter mais tempo para realização da prova etc.

A reserva de vagas no setor público não se aplica no caso de provimento de cargo em comissão ou função de confiança, de livre nomeação e exoneração (Lima, 2006). Ante essa legislação inclusiva, o número de pessoas com deficiência trabalhando na administração pública cresceu muito. Embora não tenha atingido o porcentual ideal, até porque vários concursos não têm candidatos inscritos nas vagas destinadas às pessoas com deficiência (Pagaimé, 2010), é importante destacar que a inclusão dessas pessoas no mercado de trabalho público vem crescendo diuturnamente.

4.2.2 O sistema de cotas no setor privado brasileiro

Na esfera privada, como já citado anteriormente, também há reserva de vagas para deficientes. A Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, regulamenta o assunto e prevê, em seu artigo 93, a obrigatoriedade de contratação por empresa privada de pessoas com deficiência.

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

- I. Até 200 empregados.... 2%
- II. De 201 até 500....3%
- III. De 501 até 10004%
- IV. De 1001 em diante....5% (Brasil, 1991b).

Deve ser destacado que as frações de unidade resultante da aplicação do percentual sobre a base de cálculo darão lugar a mais um trabalhador, ou seja, qualquer que seja a fração, o número de empregados a serem contratados deve ser arredondado para cima (artigo 10, § 4º da Instrução Normativa nº 20/01 do MPT). Caso não sejam observados tais limites informado, poderá ser lavrado auto de infração com a consequente imposição de multa administrativa. Igualmente é possível o encaminhamento de relatório ao Ministério Público do Trabalho para as medidas legais cabíveis. A multa é a prevista no artigo 133 da Lei nº 8.213/91, calculada na seguinte proporção:

- I – para empresas com 100 a 200 empregados, multiplicar-se-á o número de trabalhadores portadores de deficiência ou beneficiários reabilitados que deixaram de ser contratados pelo valor mínimo legal, acrescido de zero a 20%;
- II – para empresas com 201 a 500 empregados, multiplicar-se-á o número de trabalhadores portadores de deficiência

ou beneficiários reabilitados que deixaram de ser contratados pelo valor mínimo legal, acrescido de 20 a 30%;

III – para empresas com 501 a 1.000 empregados, multiplicar-se-á o número de trabalhadores portadores de deficiência ou beneficiários reabilitados que deixaram de ser contratados pelo valor mínimo legal, acrescido de 30 a 40%;

IV – para empresas com mais de 1.000 empregados, multiplicar-se-á o número de trabalhadores portadores de deficiência ou beneficiários reabilitados que deixaram de ser contratados pelo valor mínimo legal, acrescido de 40 a 50%.

§ 1º O valor mínimo legal a que se referem os incisos I a IV deste artigo é o previsto no art. 133 da Lei nº 8.213, de 1991.

§ 2º O valor resultante da aplicação dos parâmetros previstos neste artigo não poderá ultrapassar o máximo estabelecido no art. 133 da Lei nº 8.213/91 (Brasil, 1991b).

Conforme já se constatou nos capítulos anteriores, o acesso da pessoa com deficiência ao mercado de trabalho é um direito fundamental, cuja efetivação é um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, segundo previsto no artigo 3º da Carta Magna. Assim, a pretensão normativa é a de possibilitar a essas pessoas a capacidade de integração na vida em sociedade, capacidade que pode ser iniciada com a possibilidade de ingresso no mercado de trabalho (Neme, 2006).

A Lei de Cotas para o setor privado foi criada com o objetivo de promover a inclusão das pessoas com deficiência, a fim de que sua dignidade fosse reafirmada e resgatada por meio da empresa em que trabalha, uma vez que a empresa deve ter uma função social. É difícil definir o que é a função social de uma empresa, mas a questão deve ser analisada pela óptica do conceito de função social da propriedade, como previsto no § 1º do artigo 1.228 do Código Civil e no artigo 5º, XXIII, da CF/88.

Art. 1.228/ CC: O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas (Brasil, 2002).

Além disso, para definir a função social da empresa, pode-se citar também a função social prevista nas cláusulas gerais que tratam dos contratos no Código Civil Brasileiro, uma vez que o empregado realiza um contrato com a empresa, qual seja, o de trabalho.

O Código Civil (Brasil 2002) preleciona que

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Portanto, quando a empresa contrata alguém para fazer parte de seu quadro laboral, tem o dever de respeitar a função social dos contratos. Desse modo, aplicam-se perfeitamente ao conceito de função social da empresa os artigos 421, 422 e 1228, § 1º, todos do Código Civil.

O princípio da função social da propriedade deve ser visto como um pilar de transformação da sociedade capitalista, já que o interesse social pode não coincidir com o do proprietário, embora sobressaia-se ao dele. A concepção de função social nasceu da noção de que, enquanto vivente em sociedade, o homem deve empregar esforços no sentido de dar sua contribuição ao bem-estar da coletividade em detrimento dos interesses

unicamente individuais. Nesse contexto, erige-se a teoria da função social, segundo a qual “[...] todo indivíduo tem o dever social de desempenhar determinada atividade, de desenvolver da melhor forma possível sua individualidade física, moral e intelectual, para com isso cumprir sua função social da melhor maneira” (Figueiredo, 2008, p. 83).

Desse modo é que a CF/88 também consagrou o princípio da função social da propriedade no artigo 170, o qual traz que a ordem econômica encontra fundamento na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa e tem por fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados, entre outros princípios, o da propriedade privada e o da função social da propriedade. Percebe-se, pois, que a propriedade, na condição de direito fundamental, está elencada como princípio da ordem constitucional econômica, tendo em vista estar fortemente relacionada à satisfação das necessidades humanas primárias.

A função social da propriedade não mais se conforma com a simples concepção de manifestação do direito individual, pois não o é, nem mesmo na chamada empresarial. A empresa, que era eminentemente econômica, encarada apenas como ente para produzir e transformar bens, passa a ser vista como um ente que deve prezar pelo desenvolvimento sustentável, comum aos interesses coletivos (Silva, 2008).

A empresa, também como expressão de propriedade, tem o dever de cumprir a função social. Nesse contexto, é forçoso perceber que a estrutura da empresa passou a representar um novo papel na sociedade contemporânea, muito mais relevante. A função social da empresa deve ser entendida como o respeito aos direitos e interesses dos que se situam em torno da empresa (Almeida, 2003).

O fato de a empresa cumprir a função social não significa que renunciará sua finalidade lucrativa, mas também pensará no bem-estar social, na construção de uma sociedade efetivamente mais justa e solidária, com potencial forte de modificação social. A empresa deve ser responsável com o Estado no que se refere a assegurar os direitos individuais e sociais, colaborando para a melhora do aspecto econômico da sociedade na qual está inserida.

Portanto, é perfeitamente possível afirmar que o cumprimento da Lei de Cotas é uma função social definida e claramente determinada para a empresa, já que prioriza o resgate da dignidade da pessoa com deficiência. A respeito dessa nova abordagem do Direito Civil, em que há previsão da obrigatoriedade de respeito às cotas das pessoas com deficiência, Fonseca (2006b, p. 240-241) aduz que

O Direito Civil contemporâneo incorporou princípios constitucionais, sobre os quais predomina o princípio da dignidade da pessoa, o que implica uma ruptura com o direito civil napoleônico, patrimonialista e patriarcal. Universaliza-se, personaliza-se tal princípio, elegendo-se o ser humano como protagonista de suas instituições. [...] As normas de ação afirmativa corroboram essa tendência, eis que determinam uma maior mitigação do princípio da autonomia privada. A contratação laboral de pessoas com deficiência, em percentuais legalmente fixados, impõe a contribuição dos trabalhadores que antes dessas leis, sequer se supunha imaginá-los cidadãos produtivos. A ruptura desse paradigma norteia para essa conduta, sendo muitas vezes temerária a imposição pela imposição, porque o resultado dela decorrente pode não atingir os fins desejados pela lei. A superação desse risco afigura-se realizável, no entanto, pela atuação constante do Estado e da sociedade para se discutir a questão durante as próximas décadas, tomando-se a Lei de Cotas como ponto de partida.

Pode-se dizer, então, que a função social da empresa inclui desde a contratação da pessoa com deficiência até sua qualificação e respeito dentro da empresa, dando-lhe um emprego decente, compatível com suas habilidades profissionais e pessoais, não caracterizando a contratação como mera filantropia ou assistencialismo. Aliás, sobre esse sentimento dos empregadores, Ribas (2009, p. 212) enfatiza:

Não faz sentido contratar pessoas com deficiência apenas porque a legislação brasileira obriga e a fiscalização pune os que não a cumprem. Só faz sentido contratar pessoas com deficiência quando se parte do reconhecimento da possibilidade que essas pessoas possam ter para se desenvolver para o trabalho - e não da aceitação inquestionável do limite ou da deficiência. [...]

Empresas não são organizações filantrópicas. Empresas são organizações nas quais se produzem e se comercializam bens ou serviços, se geram empregos e têm a finalidade de impulsionar o mercado e provocar a circulação e o consumo da riqueza. Se não acreditarmos que as pessoas com deficiência podem gerar riqueza pelo seu próprio trabalho, é melhor não trazê-las para dentro das empresas.

Empregabilidade, para as empresas, não deve ser compreendida tão somente como oferecer emprego para as pessoas com deficiência porque a legislação obriga, mas deve, sobretudo, abranger ações de inclusão e permanência mais efetiva desses profissionais no mundo do trabalho, com perspectivas de desenvolvimento e ascensão profissional.

Para isso é preciso conhecer os métodos necessários para qualificá-las, saber fazer a gestão das suas potencialidades e integrá-las nas equipes certas para que elas possam se desenvolver. Por sua vez, as pessoas com deficiência devem demonstrar seu potencial, buscar o próprio crescimento e desenvolvimento profissional e apresentar independência e autonomia. Devem, enfim, estar preparadas para alcançar metas e chegar aos resultados esperados pelas empresas que as contratam.

Portanto, é necessário fortalecer a função social da empresa, que, por óbvio, jamais poderá ser negada, principalmente pela evolução social e empresarial, do que decorrem as relações com os empregados, consumidores, com o próprio Poder Público e meio ambiente.

O empresário deverá se ater ao fato de que a sua atividade profissional não deverá ser voltada apenas para a satisfação de seus anseios individuais, mas também deverá ver, no horizonte, a necessidade de se adequar às condições atualmente dispostas na Constituição Federal, que cada vez exige mais a inclusão das pessoas com deficiência na sociedade (Azevedo, 2005).

Sobre a Lei de Cotas, alguns detalhes ainda são questionados. Um deles é se as cotas incidem por estabelecimento das empresas ou pelo número total de empregados; o entendimento majoritário é no sentido de que deva ser aplicada para o total de empregados. Também ainda pairam dúvidas se a empresa pode especificar em quais estabelecimentos e funções cumprirá a cota (Lopes, 2005). O mais sensato, ao nosso ver e seguindo entendimento majoritário (Lopes, 2005), é que, se não houver prática discriminatória configurada, a alocação dos empregados em funções e em estabelecimentos deve ser realizada da forma que o empregador entender mais adequada, sob pena de se estar criando um ônus muito grande para a empresa.

Outro ponto importante a ser destacado é que o acidentado, com algum tipo de deficiência, somente poderá ser incluído nas cotas das empresas privadas quando terminar o período de garantia de emprego, previsto no artigo 118 da Lei nº 8.213/91. Em relação ao empregado que é portador de LER/Dort reabilitado pelo INSS, pode ser considerado deficiente para fins da cota, apesar de ser equiparado a acidente de trabalho para todos os fins (Lopes, 2005).

No ano de 2015, houve algumas alterações na Lei; os parágrafos do artigo 93 da Lei nº 8.213/91 foram alterados pela Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015 – Estatuto da Pessoa com Deficiência (Brasil, 2015a). Atualmente, o § 1º traz que a dispensa de pessoa com deficiência ou de beneficiário reabilitado da Previdência Social ao final de contrato por prazo determinado de mais de 90 dias e a dispensa imotivada em contrato por prazo indeterminado somente poderão ocorrer após a contratação de outro trabalhador com deficiência ou beneficiário reabilitado da Previdência Social; o § 2º determina que incumbe ao Ministério do Trabalho e Emprego estabelecer a sistemática de fiscalização, bem como gerar dados e estatísticas sobre o total de empregados e as vagas preenchidas por pessoas com deficiência e por beneficiários reabilitados da Previdência Social, fornecendo-os, quando solicitados, a sindicatos, entidades representativas dos empregados ou cidadãos interessados.

Por fim, também houve alteração no § 3º, em que passou a constar que para a reserva de cargos será considerada somente a contratação direta de pessoa com deficiência, excluído o aprendiz com deficiência de que trata a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência trouxe progresso com relação à manutenção do emprego das pessoas com deficiência, na medida em que garantiu seu emprego até que outra, nas mesmas condições, seja colocada na vaga. Tal alteração é importante, já que, muitas vezes, a empresa dispensava o empregado deficiente e não colocava outro em seu lugar, o que diminuía muito as oportunidades de trabalho.

Dentro do panorama exposto, percebe-se que a Lei de Cotas das empresas privadas foi um grande avanço na tentativa de efetivar o direito ao trabalho das pessoas com deficiência. O ideal seria que não houvesse necessidade de sua existência. Nada obstante, como não há ainda, na população brasileira, a conscientização de que essas pessoas são capazes de produzir e contribuir para o desenvolvimento da empresa e da própria sociedade, há a necessidade da manutenção desse tipo de ação afirmativa até que se consiga garantir a efetivação dos direitos dos deficientes.

A Lei foi um grande passo na concretização da dignidade desses trabalhadores, muito embora ainda haja algumas dificuldades a serem superadas, como, por exemplo, a questão da acessibilidade. Uma das dificuldades é o acesso do trabalhador na empresa, que começa pela falta de transporte público adaptado; os logradouros públicos também, muitas vezes, não são acessíveis ao trabalhador. Esses e outros exemplos poderiam ser dados como fatores que dificultam o acesso do trabalhador à empresa.

Além disso, pode-se afirmar que a falta de acessibilidade humana, que seria o conjunto de comportamentos adequados para prover o acesso de todos a tudo de modo respeitoso, é outro fator que dificulta o acesso da pessoa com deficiência ao mercado de trabalho e o cumprimento da Lei de Cotas. O preconceito também acaba prejudicando a efetivação da lei, já que muitos empresários ainda a veem como um peso para a empresa, enfrentando a determinação legal como uma forma de caridade. Há necessidade de conscientização de toda a sociedade e, em especial, dos empregadores. O empregador deve ser um sujeito político, no sentido de almejar o fortalecimento de vínculos sociais e a efetivação de direitos, contribuindo para que

os valores e objetivos do Estado sejam concretizados, proporcionando o desapego das cargas axiológicas e contribuindo para a extinção dos estigmas.

Não há dúvida de que o processo será lento e complexo, mas é necessário que os primeiros passos sejam dados. As pessoas devem agir com solidariedade, constatando a diferença, a pluralidade da sociedade, sem negar o vínculo social. Somente assim a solidariedade será encarada como princípio jurídico. Não há como compreender uma sociedade solidária que não se reconheça como sociedade plural. Numa sociedade de extrema igualdade formal e material, não há necessidade de se falar em solidariedade.

A solidariedade é um fato social, visto que ninguém pode ser solidário sozinho (Perrenoud, 2003). Inclusive, a solidariedade constitui um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, sendo descrito em todos os incisos do artigo 3º da CF. A solidariedade compreende a responsabilidade recíproca entre as pessoas, a prontidão em ajudar os menos favorecidos, o reconhecimento das diversidades sociais e a aceitação da pluralidade social. Todos devem buscar a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. A ideia de ajudar a todos, promovendo uma coletividade sem preconceitos, sem qualquer tipo de discriminação, demonstra a existência do princípio da solidariedade previsto constitucionalmente.

Atualmente, muitas pessoas não veem o princípio da solidariedade como sendo um princípio constitucional, o que leva à necessidade de uma tomada de consciência que vai além do âmbito jurídico, para que tal princípio possa se efetivar (Casali, 2006). A solidariedade não pode ser encarada como o simples fato de fazer caridade, mas deve constituir-se em elemento integrador de uma nação e ser elemento facilitador da democracia; deve ser vista como um princípio constitucional que merece efetividade.

A solidariedade ostenta uma juridicidade manifesta, que não admite dúvidas e que a coloca como baluarte para a efetivação dos direitos. Há que se lutar pela efetivação de direitos e pelo verdadeiro Estado Democrático Social (Alarcón, 2017). Há necessidade de tomada de consciência e uma construção social, em que não sobrevivam situações de exclusão de vulneráveis, caso contrário, não haverá que se falar em democracia solidária e desenvolvimento do Estado Constitucional moderno (Cocurutto, 2008).

Deve-se lembrar que, além dos direitos fundamentais previstos na nossa Carta Magna, também existem os deveres fundamentais. A ausência de um rol expreso previsto na Constituição não significa que não existam. Há que se lembrar que os deveres fundamentais constituem uma exigência estrutural de qualquer Constituição. Na verdade, as chamadas situações jurídicas passivas do cidadão decorrem da própria supremacia do Estado, como ensina Nabais (2009, p. 16):

Os deveres, decorrendo diretamente do reconhecimento dos próprios poderes públicos, não careceriam de qualquer afirmação específica, havendo mesmo a convicção de que o seu conceito estaria destinado a dissolver-se no âmbito residual do conceito de supremacia do estado.

Desse modo, junto aos direitos fundamentais, existem os deveres fundamentais, revelando uma sociedade solidária e um Estado devedor de prestações a seus cidadãos.

Porto (2006) defende que, se for feita uma análise em direção à antiguidade, os deveres nasceram antes dos direitos, pois a regra sempre foi a imposição aos súditos, em contrapartida aos direitos dos soberanos. O autor ensina que, na Grécia e na Roma antigas, glorificavam-se os grandes legisladores pela constante imposição de deveres aos cidadãos, já que o direito

nasce para controlar esses últimos. Segundo o autor, tal situação persistiu até a Idade Média, sendo que a concepção de priorizar os deveres só começou a ser alterada a partir do Iluminismo, com a possibilidade de aspirações de justiça distributiva e exercício embrionário das liberdades públicas.

Jorge Miranda (2017) defende que, tal como os direitos, os deveres têm de ser compreendidos em razão dos bens jurídicos que lhes subjazem. Tal como os direitos, os deveres constitucionais fundam-se na dignidade da pessoa humana. “Pessoa” pressupõe liberdade e implica responsabilidade e, mais do que isso, espírito de fraternidade (Miranda, 2017).

Sobre o conceito de deveres fundamentais, Nabais (2009, p. 64) explica:

Podemos definir os deveres fundamentais como deveres jurídicos do homem e do cidadão que, por determinarem a posição fundamental do indivíduo, têm especial significado para a comunidade e podem por esta ser exigidos. Uma noção que, decomposta com base num certo paralelismo com o conceito de direitos fundamentais, nos apresenta os deveres fundamentais como posições jurídicas passivas, autónomas, subjectivas, individuais, universais e permanentes e essenciais.

Portanto, esses deveres constitucionais permitem e legitimam a intervenção dos poderes públicos na autonomia pessoal dos cidadãos. Essa intervenção estatal nos particulares decorre dos objetivos que são colocados ao Poder Público em um Estado Democrático de Direito, quais sejam, a realização da justiça social e a da dignidade da pessoa humana. Sem o mínimo de limitação à liberdade do cidadão, não há como o Estado agir, o que pode implicar em negação dos princípios da responsabilidade e da solidariedade inicialmente afirmados na Constituição do Estado Democrático de Direito. Precisa haver um sistema equilibrado de direitos e deveres fundamentais.

No mesmo sentido, Canotilho (2003, p. 532) defende que:

[...] a fórmula constitucional não significa a simetria de direitos e deveres, mas estabelece um fundamento constitucional claro, isto é, uma base de legitimação para os deveres fundamentais. O fundamento constitucional não é, em primeira linha, a necessidade de defender morais ou entes metafísicos (virtude, fraternidade, povo, estado, república), mas sim a de radicar posições de direitos fundamentais ancorados na liberdade, na dignidade da pessoa humana, na igualdade no direito e através do direito. É nesse sentido que se defende serem os deveres fundamentais um “capítulo próprio dos direitos fundamentais” (P. Bandura). A dimensão jurídico-constitucional dos deveres ultrapassa, porém, o círculo dos direitos.

O homem é livre, mas não pode estar alheio a sua responsabilidade, que é a busca dos objetivos do Estado e da sociedade: a efetivação da dignidade da pessoa humana. Esse sistema de liberdade com responsabilidade proporciona o equilíbrio nas relações entre o Estado e os cidadãos, em que os direitos fundamentais constituem a essência da liberdade, e os deveres fundamentais, o seu corretivo (Nabais, 2009). Assim, há deveres constitucionais entre os particulares, tal como existem os direitos. Aliás, sobre os deveres fundamentais a que os particulares estão submetidos, Mendonça (2002, p. 190), com base na obra de Nabais, ensina:

Os deveres fundamentais juntamente com os direitos fundamentais integram a subconstituição do indivíduo. [...] Pode-se afirmar que não há direitos fundamentais sem deveres fundamentais ne deveres fundamentais sem direitos fundamentais. Não se pode falar em direitos sem deveres fundamentais porque o cumprimento dos deveres fundamentais do home e do cidadão, sendo indispensável para a existência e o funcionamento da comunidade estatal, assegura a fruição dos direitos fundamentais só passíveis de acontecer dentro dessa comunidade organizada. O

cumprimento dos deveres fundamentais constitui garantia jurídica para o gozo dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais e os deveres fundamentais não são categorias jurídicas totalmente separadas nem sobrepostas, mas existem numa relação de conexão funcional.

Quem decide quais são os deveres fundamentais e sua intensidade é o legislador. Porém, essa intervenção não implica em concluir que os deveres constitucionais são normas meramente programáticas desprovidas de qualquer força ou eficácia jurídica; pelo contrário, são normas jurídico-constitucionais com uma específica eficácia jurídica.

Um regime constitucional forte, capaz de materializar a igualdade, a liberdade e, sobretudo, de efetivar a dignidade da pessoa humana não pode desprezar o reconhecimento dos deveres fundamentais, pois eles representam a repartição universal dos encargos assumidos pela comunidade social, sendo que a negligência em relação a eles age nocivamente na base estrutural do Estado.

Assim, não há dúvida de que o dever de solidariedade está entre os objetivos trazidos pela Constituição Federal, permeando todo o ordenamento jurídico constitucional e irradiando os seus efeitos sobre todo o sistema jurídico. Sobre o assunto, Martinez (1995, p. 279-280) explica muito bem a consideração que um cidadão deve ter pelo outro: *“El punto de partida de la solidaridad es el reconocimiento de la realidad del outro y la consideración de sus problemas como no ajenos, sino susceptibles de resolución com intervencióin de los poderes públicos y de los demás”*.

A solidariedade social deve ser efetiva atualmente. Logo, a Lei de Cotas nada mais é do que essa efetivação do princípio da solidariedade, em que há deveres fundamentais para as empresas, que têm não apenas direi-

tos, mas também deveres, a fim de que a dignidade da pessoa humana seja resguardada.

Portanto, é possível extrair do princípio da dignidade da pessoa humana um direito fundamental ao reconhecimento, que também tem fortes conexões com a igualdade e com a solidariedade.

Sobre o princípio da dignidade estar relacionado ao reconhecimento e ao respeito a identidades pessoais e à solidariedade, Sarmento (2016, p. 334) ensina:

Ele não apenas vedas as políticas públicas e práticas sociais que estigmatizam as pessoas por conta das suas identidades, como também impõe que o Estado interfira sobre as relações sociais, buscando eliminar as valorações negativas conferidas pela cultura hegemônica a certos grupos.

O respeito à diferença, demandado pelo direito ao reconhecimento, impõe que se busque, sempre que possível, uma adaptação razoável das medidas estatais e privadas que impactem de modo desproporcional os membros de grupos vulneráveis. Esse é o direito expressamente positivado na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e que justifica as ações afirmativas que objetivam a inclusão desse grupo de trabalhadores tão vulneráveis.

4.3 A aplicabilidade da Lei de Cotas no setor privado brasileiro

Apesar das diversas dificuldades existentes, não há dúvida de que a Lei de Cotas para as empresas privadas contribuiu muito para ampliar a participação de pessoas com deficiência no mercado de trabalho. Após a publicação da Lei, a inclusão tornou-se mais efetiva e em maior número. Muitos

postos de trabalhos foram abertos às pessoas com deficiência, aumentando o bem-estar geral, ao enraizar o respeito ao próximo como o respeito a si mesmo, tornando a sociedade mais justa.

Todavia, uma análise um pouco mais criteriosa é necessária e deve ser feita em relação à inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho. A efetivação do direito ao trabalho digno dessas pessoas poderia ser melhor caso as normas e os requisitos fossem diferentes.

4.3.1 A pequena quantidade de empresas com mais de cem empregados nos municípios brasileiros

Fazendo-se pesquisa mais criteriosa, percebe-se que, embora, em alguns raros municípios, sobrem vagas de trabalho para pessoas com deficiência, elas não são preenchidas por inúmeros fatores; na maioria dos casos, ainda não há oferta de vaga suficiente para efetivar a inclusão e aplicar a Lei de Cotas de maneira adequada.

O último Censo realizado no Brasil, em 2010 (IBGE, 2012), traz números que devem ser analisados com maior atenção. A população total do Brasil seria de 190 732 694 pessoas, sendo que, desse total, 45 606 048 pessoas possuem algum tipo de deficiência, ou seja, 23,9% da população. Entre os tipos de deficiência, a visual é a de maior ocorrência, afetando 18,6% da população. É importante esclarecer que os dados são resultado da soma de pessoas com deficiência severa (8,3% da população) e não severas, incluindo as pessoas que responderam enfrentar “alguma dificuldade” em enxergar, ouvir ou se locomover.

O IBGE (2012) definiu deficiência mental como o retardo no desenvolvimento intelectual, sendo caracterizada pela dificuldade permanente que a pessoa tem em se comunicar com outras, em cuidar de si mesma, em realizar atividades domésticas, aprender, trabalhar, brincar etc. As perturbações ou doenças mentais, como autismo, neurose, esquizofrenia e psicose, não foram consideradas como deficiência mental ou intelectual pelo IBGE. Os dois termos foram usados nos questionários (Oliveira, 2011). Os dados do Censo mostram que a deficiência atinge as pessoas em qualquer idade, sendo que algumas nascem com ela, outras adquirem-na ao longo da vida. Pode-se observar um grande contingente de pessoas com deficiência a partir dos 40 anos.

Entre as regiões do Brasil, o Nordeste é a que apresentou a maior taxa de prevalência de pessoas com pelo menos uma das deficiências, de 26,3%, tendência que foi mantida desde o Censo de 2000, quando a taxa foi de 26,8% e a maior entre as regiões brasileiras. As menores incidências ocorreram nas regiões Sul e Centro-Oeste, 22,5% e 22,51%, respectivamente. Esses dados corroboram a tese de que a deficiência tem forte ligação com a pobreza e que os programas de combate à pobreza também melhoram a vida das pessoas com deficiência (Oliveira, 2011).

Entre os estados brasileiros, a maior incidência da deficiência ocorreu nos estados do Rio Grande do Norte e da Paraíba, com taxas de 27,76% e 27,58%, respectivamente, bem acima da média nacional de 23,9%. As mais baixas ocorreram em Roraima e no estado do Paraná, com 21,2% e 21,8 %, nessa ordem.

Tabela 1 - Índice de pessoas com deficiência por estado

LOCALIDADE	PESSOAS COM DEFICIÊNCIA	%
Brasil	45 623 910	23,92%
Rondônia	345 411	22,11%
Acre	165 823	22,61%
Amazonas	791 162	22,71%
Roraima	95 774	21,26%
Pará	1 791 299	23,63%
Amapá	158 749	23,71%
Tocantins	307 350	22,22%
Maranhão	1 641 404	24,97%
Piauí	860 430	27,59%
Ceará	2 340 150	27,69%
Rio Grande do Norte	882 681	27,86%
Paraíba	1 045 631	27,76%
Pernambuco	2 426 106	27,58%
Alagoas	859 515	27,54%
Sergipe	518 901	25,09%
Bahia	3 558 895	25,39%
Minas Gerais	4 432 456	22,62%
Espírito Santo	824 095	23,45%
Rio de Janeiro	3 900 870	24,40%
São Paulo	9 349 553	22,66%
Paraná	2 283 022	21,86%
Santa Catarina	1 331 445	21,31%
Rio Grande do Sul	2 549 691	23,84%
Mato Grosso do Sul	562 672	21,51%
Mato Grosso	669 010	22,04%
Goiás	1 393 540	23,21%
Distrito Federal	574 275	22,34%

Fonte: IBGE (2012).

Dessas pessoas com deficiência, o Censo de 2010 apontou que 81,7% são alfabetizadas (o índice para a população total é de 90,6%), esclarecendo que a taxa de alfabetização de uma população mede o percentual de pessoas de 15 anos de idade ou mais que sabem ler e escrever ao menos um bilhete simples em seu idioma (Oliveira, 2011). Para ambos os grupos (população deficiente e não deficiente), as regiões Norte e Nordeste apresentaram as menores taxas de alfabetização. As regiões Sudeste, Sul e Centro-Oeste tiveram as maiores, 94,6%, 95% e 92,9% para as pessoas sem deficiência, e 88,2%, 88,1% e 84,6% para as pessoas com deficiência, respectivamente.

Já o nível de escolarização entre as pessoas com e sem deficiência foi relativamente uniforme tanto entre as regiões como entre os dois segmentos da população. Cabe esclarecer que a taxa de escolarização é a porcentagem dos estudantes de um grupo etário em relação ao total de pessoas desse mesmo grupo. O ensino obrigatório no Brasil começa com a matrícula da criança aos 4 anos de idade, sendo que a taxa de escolarização é calculada para o grupo etário total de 6 a 14 anos e para o segmento das crianças com pelo menos uma das deficiências (Oliveira, 2012).

As taxas mais baixas ocorreram na região Norte, 94% para o total e 93,3% para a população com deficiência, sendo a diferença entre eles a menor entre as regiões, de 0,7%. Os maiores valores foram verificados nas regiões Sudeste, Sul e Centro-Oeste, de 97,4% e 95,4%; 97,7% e 95,5%; 97% e 95,7%, respectivamente.

Por fim, em relação ao nível de instrução, de acordo com o último Censo, a proporção de pessoas de 15 anos de idade ou mais que atingiram determinados anos de estudo, na população com deficiência, 14,2% têm o

fundamental completo, 17,7%, o médio completo e 6,7% possuíam superior completo. A proporção denominada “não determinada” foi igual a 0,4%. Em 2010, havia, ainda, grande parte da população sem instrução e fundamental completo, um total de 61,1% das pessoas com deficiência, sendo que, entre as pessoas sem deficiência, esse número cai para 38,2% (Oliveira, 2011).

Tabela 2 - Distribuição percentual das pessoas de 15 anos de idade ou mais com pelo menos uma das deficiências, por nível de instrução e grandes regiões

GRANDES REGIÕES	TOTAL	SEM INSTRUÇÃO E FUNDAMENTAL INCOMPLETO	FUNDAMENTAL COMPLETO E MÉDIO INCOMPLETO	MÉDIO COMPLETO E SUPERIOR INCOMPLETO	SUPERIOR COMPLETO	NÃO DETERMINADO
Brasil	100	61,1	14,2	17,7	6,7	0,4
Norte	100	61,9	14,0	18,4	5,4	0,4
Nordeste	100	67,7	12,3	15,7	4,0	0,3
Sudeste	100	56,2	15,5	19,4	8,5	0,5
Sul	100	62,6	14,4	16,0	6,8	0,2
Centro-Oeste	100	58,4	14,3	18,7	8,2	0,4

Fonte: IBGE (2012).

No campo foco deste livro, o último Censo demonstrou que a participação das pessoas com deficiência no mercado de trabalho é muito baixa quando comparada à das pessoas sem deficiência. Do total de aproximadamente 86,4 milhões de pessoas que trabalhavam, de dez anos ou mais (embora a Constituição Federal, artigo 7º, XXXIII, só permita que maiores de 16 anos o façam, salvo a partir dos 14 anos, na condição de aprendiz), 20,4 milhões eram pessoas com deficiência.

Tabela 3 - Pessoas de dez anos de idade ou mais e situação de ocupação na semana de referência

	PELO MENOS UMA DAS DEFICIÊNCIAS			NENHUMA DAS DEFICIÊNCIAS		
	Total	Ocupadas	Não ocupadas	Total	Ocupadas	Não ocupadas
Total	44 073 377	20 365 963	23 707 414	117 847 272	65 967 714	51 879 557
10 a 14 anos	1 926 730	120 837	1 805 893	15 237 845	948 536	14 289 309
15 a 19 anos	2 017 529	569 790	1 447 738	14 966 031	4 820 432	10 145 599
20 a 24 anos	2 215 799	1 246 832	968 967	15 016 938	9 495 346	5 521 591
25 a 29 anos	2 376 938	1 535 697	841 241	14 715 518	10 668 165	4 047 353
30 a 34 anos	2 447 685	1 632 589	815 097	13 287 819	10 067 846	3 219 973
35 a 39 anos	2 590 841	1 727 132	863 709	11 290 507	8 709 828	2 508 679
40 a 44 anos	3 797 150	2 538 696	1 258 454	9 205 527	7 142 109	2 603 418
45 a 49 anos	4 763 491	3 157 968	1 605 523	7 066 676	5 351 862	1 714 814
50 a 54 anos	4 705 129	2 867 731	1 837 398	5 425 649	3 802 945	1 622 704
55 a 59 anos	4 170 185	2 144 362	2 025 823	4 111 740	2 480 580	1 631 160
60 a 64 anos	3 524 275	1 322 740	2 201 535	2 977 236	1 372 575	1 604 661
65 a 69 anos	2 894 694	727 646	2 167 049	1 957 073	631 034	1 326 039
70 a 74 anos	2 451 628	412 464	2 039 164	1 292 634	293 532	999 102
75 a 79 anos	1 839 631	210 940	1 628 691	730 605	121 491	609 114
80+	2 351 671	150 540	2 201 131	565 475	61 433	504 042

Fonte: IBGE (2012).

Percebe-se, portanto, que, de acordo com os dados, havia 32 609 022 pessoas economicamente ativas entre 15 e 65 anos com deficiência no Brasil. Todavia, desse total, apenas 18 743 537 estavam trabalhando, o que correspondia a 41,09% das pessoas com deficiência.

Inúmeros são os fatores que impedem essa inclusão. As justificativas mais comuns que os empregadores apresentam são a baixa escolaridade das pessoas com deficiência e a falta de capacitação. Contudo, não há como aceitar tal argumento, já que, pelo último Censo realizado no país, ficou

demonstrado que a maioria das pessoas não deficientes que estão incluídas no mercado de trabalho também não têm instrução ou têm apenas o ensino fundamental incompleto.

O Censo de 2010 demonstrou que, das pessoas com mais de dez anos de idade ocupadas no mercado de trabalho, 38,46% do total, ou seja, 33 204 553 trabalhadores, não possuíam instrução alguma ou tinham apenas ensino fundamental incompleto. Lembrando que, embora o Censo faça a pesquisa com trabalhadores acima de 10 anos, a Lei permite que apenas os maiores de 16 anos trabalhem, salvo como aprendiz a partir dos 14 anos.

No ano de 2010, apenas 10 940 303 pessoas que estavam trabalhando possuíam superior completo, o que corresponde a 12,66% das vagas ocupadas. Portanto, não se sustenta o argumento de que não há pessoas com deficiência no mercado de trabalho porque lhes falta qualificação. A maioria dos trabalhadores não deficientes também não têm qualificação e estão inseridos no mercado. Na realidade, não é a falta de escolaridade que impede a contratação, mas outras barreiras, como o preconceito por parte do empregador, a falta de acessibilidade urbana, a falta de conhecimento a respeito das deficiências, entre outras. Um dos maiores impedimentos é a falta de vagas de trabalho abertas para as pessoas com deficiência.

De acordo com o IBGE (2012), há, no Brasil, 5 570 municípios, sendo que, de acordo com o Ministério do Trabalho¹, 5 186 possuem empresas com mais de cem empregados, conforme dados dos anos de 2015 e 2016. Sendo assim, existem 384 municípios no Brasil que não possuem empresas com mais de cem empregados, o que significa que quase 7% (6,89%) dos municípios brasileiros não são abarcados pela Lei de Cotas. Se não bastasse,

¹ Dados retirados do site do Ministério do Trabalho e Emprego (acesso restrito aos dados contidos na base de estatísticas da Rais e do Caged).

dos 5 186 municípios que possuem empresa com mais de cem empregados, apenas 1 520 possuem mais de duas empresas com mais de cem empregados, o que corresponde a 29,4% do total.

Dessa forma, percebe-se que, em 70,6% dos municípios, há apenas uma ou duas empresas que se encaixam na Lei de Cotas, o que diminui sensivelmente a chance de a pessoa com deficiência conseguir uma vaga de emprego.

Nesse cenário, verifica-se que há pouca oferta de inserção para as pessoas com deficiência no mercado de trabalho. Em muitas cidades, não há sequer uma vaga disponibilizada de acordo com a Lei de Cotas para o setor privado, e, na maioria delas, mais de 70%, há no máximo duas empresas que oferecem vagas, dificultando sobremaneira a inclusão. A oportunidade de inclusão das pessoas com deficiência já é difícil por si só, visto que, como foi dito, trata-se de um processo de extinção de preconceitos e paradigmas. Além desse problema, ainda existe a falta de oportunidade que essas pessoas têm em encontrar emprego por intermédio da Lei de Cotas.

A título de exemplificação, os três estados que mais têm pessoas com deficiência no Brasil, de acordo com IBGE (2012), são, em primeiro lugar, Rio Grande do Norte, em segundo, Paraíba e, em terceiro, Ceará, respectivamente com 27,86%, 27,76% e 27,59% da população. No Rio Grande do Norte, em 88,62% dos municípios, não há mais de duas empresas que se encaixam na Lei de Cotas, ou seja, que oferecem mais de cem postos de trabalho. Esse porcentual fica em 90,1% no estado da Paraíba e em 73,9% no estado do Ceará.

Verifica-se, desse modo, que nos locais onde as pessoas com deficiência mais deveriam ter mais acesso ao emprego, para que efetivamente

pudessem ser incluídas na sociedade, a dificuldade é muito grande, já que faltam vagas por meio da Lei de Cotas. Como falar em inclusão, por exemplo, na Paraíba, quando quase 30% da população é deficiente, mas apenas 9,9% dos municípios oferecem vagas para pessoas com deficiência por meio da Lei de Cotas?

A Lei de Cotas, indubitavelmente, foi um grande avanço para tentar incluir as pessoas com deficiência no mercado de trabalho e, sem dúvida, tem uma inegável importância. Todavia, a referida Lei não consegue suprir todas as necessidades, dado que, em muitos municípios, a legislação não é aplicada de forma satisfatória. Não se pode olvidar que, embora a Lei de Cotas não abranja todos os municípios do país, há pessoas com deficiência em todos eles que necessitam ser incluídas no mercado de trabalho. Nesse cenário de falta de oportunidades e de inclusão precária é que se busca uma solução para se efetivar o direito ao trabalho dessas pessoas com tamanha vulnerabilidade.

Quem vive nas cidades pequenas convive mais intensamente com essa realidade discrepante. Há poucas grandes empresas, o que influencia diretamente no número de vagas de trabalho disponíveis para as pessoas com deficiência. Fechar os olhos para essa realidade é não se preocupar com a efetivação de direitos fundamentais desse grupo de trabalhadores, o que cumpre a todo custo evitar.

4.3.2 A influência da reforma trabalhista como fator de diminuição de vagas para pessoas com deficiência

No dia 13 de julho de 2017, foi aprovada a chamada “Reforma Trabalhista”, Lei nº 13.467, com o intuito de modernizar as leis laborais que, segundo a classe empresarial, estavam atrapalhando o desenvolvimento econômico do país, por estarem desatualizadas de acordo com a nova realidade do mercado empresarial.

A justificativa para a aprovação da reforma foi, como dito, a desatualização das normas frente a uma sociedade moderna e bem diferente daquela em que a CLT foi aprovada, em 1943. Segundo os apoiadores da medida, a reforma teve intuito de estimular investimentos, abrir novos postos de trabalho, criando um novo modelo de relação entre capital e trabalho, e, ainda, proporcionando maior segurança jurídica na relação entre patrão e empregado.

Inúmeras foram as modificações trazidas com a reforma, tanto em relação ao direito material do trabalho quanto ao direito processual. A palavra de ordem da reforma foi “flexibilidade”, dando mais poderes para o sindicato e para as empresas negociarem diretamente com os empregados, a fim de que alcancem um denominador comum, que seja bom para ambas as partes.

Entre as inúmeras alterações trazidas pela Lei nº 13.467/17, houve grande mudança em relação às regras da terceirização trabalhista, que haviam sido alteradas havia pouco tempo, com a Lei nº 13.429/17. Em relação à terceirização, pode-se dizer que tanto a crise mundial como a globalização tornaram o mercado interno mais frágil, passando a exigir que a produtivi-

dade fosse maior, embora com um menor custo. Nesse cenário, os empresários começaram a buscar soluções para amenizar seus gastos, visando ao aumento de seu lucro. Assim, entre outras posturas comerciais, surgiu esse instituto, que flexibilizou inúmeros direitos trabalhistas.

Há diversos conceitos a respeito de terceirização, sendo que um dos considerados como mais completos e aceitos doutrinariamente é aquele formulado por Delgado (2017, p. 429), a saber:

Terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica do trabalho da relação trabalhista que lhe seria correspondente. É o mecanismo jurídico que permite a um sujeito de direito tomar serviços no mercado de trabalho sem responder, diretamente, pela relação empregatícia estabelecida com o respectivo trabalhador.

Portanto, terceirização é uma relação trilateral formada entre trabalhador, intermediador de mão de obra e tomador de serviço, caracterizada com a não coincidência do empregador real com o formal (Cassar, 2016).

O termo “terceirização” é um neologismo que derivou da palavra “terceiro” (Delgado, 2017), no sentido de intermediário, interveniente, não se confundindo, todavia, com o “terceiro” na acepção jurídica, o que se refere àquele que é estranho a certa relação jurídica entre duas ou mais partes. Na verdade, o conceito de “terceiro” foi utilizado com objetivo de enfatizar a descentralização empresarial, sendo empregado “[...] para se referir à realização de uma atividade por outrem, contratado para esse fim pela empresa tomadora”, conforme aponta Giraudeau (2010, p. 15).

O fenômeno da terceirização existe em diversos países, como cita Carelli (2014, p. 57, grifo nosso):

Em Portugal [a denominação empregada] é subcontratação, nos Estados Unidos é entendido como “outsourcing”,

na França por “sous-traitance” ou “extériorisation”, na Itália “subcontrattazione”, e na Espanha “subcontratación”. **Todas essas denominações, exceto a brasileira, demonstram a existência de um contrato civil de entrega de atividades à outra empresa.**

A terceirização, nos moldes que foi adotada no Brasil, apresenta semelhança com o instituto francês, uma espécie de empreitada adotada pelo Direito daquele país, em que a empresa tomadora celebra com a outra pessoa jurídica ou física um contrato pelo qual esta última se encarrega da produção de um serviço, que a própria tomadora deveria executar para um cliente (Cassar, 2016).

A Segunda Guerra Mundial é apontada como a origem da terceirização, “com efetivas consequências econômicas e sociais” (Giraudeau, 2010, p. 21). A necessidade dos Estados Unidos da América e dos países europeus de suprir a crescente demanda por material bélico levou as empresas armamentistas a delegar suas atividades acessórias a outras empresas menores, para que conseguissem concentrar sua força de trabalho em sua atividade principal (Giraudeau, 2010).

Porém, Carelli (2014) afirma que a terceirização não é um fenômeno recente, defendendo que a Segunda Guerra Mundial apenas aumentou a sua utilização, pois suas origens remontam a períodos longínquos da história. Amorim, Delgado e Viana (2011) destacam que, apesar de já existir desde épocas mais remotas, a terceirização se tornou mais comum e abrangente na fase pré-industrial do capitalismo, às vésperas da Primeira Revolução Industrial, quando alguns capitalistas – que já não queriam ser apenas comerciantes, e não sabiam ou não podiam ser ainda industriais –

distribuíam matéria-prima entre as famílias camponesas, para, mais tarde, vender o produto acabado.

No Brasil a terceirização se difundiu apenas nas últimas três décadas do século anterior, tratando-se, portanto, de um instituto de tenra idade. Até pouco tempo atrás, a legislação brasileira não regulamentava a terceirização, contando apenas com a regulamentação da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, que não encontrou outra saída a não ser elaborá-la para tentar regulamentar o instituto.

Mesmo com a acentuada industrialização experimentada dos anos de 1930 até o início dos anos 70, a terceirização, nessa época, não apresentou maiores relevâncias para o ordenamento jurídico nacional. Prova disso é que a CLT, datada de 1943, fez menção apenas a empreitada e subempreitada (artigo 455/CLT), englobando, também, a figura da pequena empreitada (artigo 652, 'a', III, CLT), como figuras delimitadas de subcontratação de mão de obra, sendo que, nessa época, a empreitada e a prestação de serviço já eram regulamentadas pelo Código Civil de 1916 (Delgado, 2017). No mesmo sentido, Cassar (2016, p. 231) afirma que

A primeira terceirização prevista legalmente na área trabalhista foi a contida no art. 455 da CLT, que permite a subcontratação de operários pelo empreiteiro principal, dono do empreendimento. Nos casos de inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do intermediador (subempreiteiro) responderá o empreiteiro principal. Esta responsabilidade, para alguns, é solidária e para outros, subsidiária.

Contudo, em 31 de março de 2017, foi publicada a Lei nº 13.429/17, que alterou a Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que versava especificamente sobre a intermediação de mão de obra por meio de trabalho tempo-

rário, passando a regulamentar a terceirização de empregados no mercado de trabalho nacional de forma mais consistente, conceituando quem se enquadra como empresa prestadora de serviço ou como tomadora de serviço.

Todavia, com a publicação da nova Lei, ainda pairava uma dúvida entre os operadores do direito a respeito da possibilidade ou não de utilizar do instituto da terceirização nas atividades-fim da empresa. Entretanto, pouco tempo após a referida publicação, foi aprovada a reforma trabalhista, Lei nº 13.467/17, que alterou a Lei nº 6.019/74, que tinha sido modificada pela Lei nº 13.429/17, conceituando novamente quem seriam as empresas tomadoras e prestadoras de serviço, inclusive trazendo expressamente, no artigo 5-A da referida Lei, a possibilidade de existir terceirização na atividade-fim da empresa.

Pode-se dizer que foi lamentável a postura do Poder Legislativo ao permitir a terceirização de maneira tão ampla como atualmente está prevista, sobretudo na época em que se vive, em que o desemprego é alarmante, e as condições de subemprego crescem a cada dia. Uma atitude dessas só traz redução dos direitos trabalhistas, uma vez que sonega ao trabalhador o vínculo de emprego com quem é seu real empregador, negando-lhe um mínimo existencial. Ainda pior foi o Supremo Tribunal Federal confirmar a constitucionalidade da Lei, permitindo a terceirização nos moldes previstos pela Reforma Trabalhista nas ADIs 5685 e 5695 que foram julgadas em 2020.

É incorreto o entendimento tanto do legislador como do Supremo, pois, se for realizada uma interpretação sistemática e conforme a Constituição, a terceirização irrestrita esbarra nos limites constitucionais assecuratórios dos valores sociais do trabalho, a função social da propriedade, a valorização do trabalho e, principalmente, a garantia da dignidade da pessoa humana.

Embora a Constituição Federal também se assente na liberdade de contratar do empresário, corolário da livre-iniciativa (artigo 170, CF) e princípio da autonomia privada, tendo o Estado como garantidor da liberdade econômica (artigo 170, CF) e como agente normativo e regulador da atividade econômica (artigo 174, CF), que está articulado com o direito à propriedade dos meios de produção (artigo 59, XXII, CF), os princípios da valorização do trabalho e do emprego, da justiça social, da segurança, do bem-estar individual e social e da subordinação da propriedade à sua função socioambiental são superiores e devem ser respeitados (Delgado, Amorim, 2015).

Não há dúvidas de que o objetivo da classe empresarial na implantação da terceirização é a redução de custos (Carelli, 2014). No entanto, há de se pensar que não há mágica no mercado empresarial, uma vez que certamente a redução de custos traz redução de direitos ao trabalhador. Nesse sentido, também é o pensamento de Carelli (2014, p. 6):

Entre as vantagens apontadas pela Ciência da Administração, inerentes ao próprio conceito da terceirização, seriam a redução de custos, melhoria na qualidade dos produtos, melhor competitividade, aumento de produtividade e aumento de lucros. Ora, de todos esses, o único que não se pode aceitar como razoável seria a redução de custos. Ora, quando se contrata outra empresa para realização de um serviço que ela própria realizava, ou poderia realizar, deve-se levar em conta que se pagará, além dos custos daquela atividade, o lucro da empresa contratada. Assim, em condições normais e não havendo alguma extraordinariedade, como não dever a contratada recolher tributos, encargos ou observar direitos trabalhistas, não haveria solução mágica que pudesse fazer com que os custos diminuíssem para a realização da mesma atividade.

Quando a empresa só objetiva o lucro, reduzindo seus custos por meio de uma verdadeira fraude trabalhista, está a transformar força de trabalho em mercadoria (Viana, 2015), já que a viabilidade do negócio só será passível se empregar menos pessoas para realizar aquelas mesmas tarefas, acarretando desgastes físicos e mentais muito maiores nas pessoas; se pagar menos aos seus empregados, fomentando a precarização das relações de emprego; e deixar de recolher alguns (senão todos) os tributos e os encargos sociais inerentes à relação de emprego, violando a normatividade trabalhista e o interesse público.

Na verdade, a terceirização é usada para suprimir direitos trabalhistas de forma legal, conforme também entende Porto (2014, p. 157-158):

Esse é o conceito de terceirização, criado pelas ciências da economia e da administração e apropriado pelo direito do trabalho. Trata-se, portanto, de uma técnica de administração, e não de gestão de pessoal, razão pela qual a terceirização somente será lícita se for empregada dessa forma. A sua utilização para reduzir custos trabalhistas é, em verdade, um desvirtuamento do instituto, com o objetivo ilícito de impedir a aplicação da legislação laboral, o que gera a sua nulidade, nos termos do art. 9º da CLT.

Desse modo, condição imprescindível para que a terceirização seja lícita é que ela não seja utilizada para reduzir custos trabalhistas, isto é, que ela não ocasione a precarização das condições laborativas dos trabalhadores terceirizados.

Aliás, o risco do negócio acaba sendo transferido para o empregado (Viana, 2015), contrariando todos os princípios do direito laboral, que visa à proteção do trabalhador. Não há dúvida de que o instituto da terceirização é uma fraude e vai contra a tudo o que é proposto pelo direito do trabalho, segundo também defende Abe (2013, p. 112): “Essa técnica tem sido ampla-

mente utilizada pelas grandes empresas, transferindo os riscos a empresas menores, com menos visibilidade, extraindo a mais-valia por intermédio das menores, que, por sua vez, se obriga a tornar cada vez mais precário o trabalho de seus empregados”.

A verdade é que a terceirização não poderia ser permitida no Brasil, uma vez que a própria Constituição Federal limita a liberdade da empresa no seu artigo 1º, IV, afirmando que a República Federativa do Brasil tem como um de seus fundamentos os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Portanto, o livre empreendedorismo está condicionado e limitado à valorização do trabalho humano, que é elemento indispensável à promoção da dignidade da pessoa humana. A valorização do trabalho humano deve ser vista como um ponto de partida para o acesso ao mínimo existencial e condição de possibilidade para o exercício da autonomia do empregado.

A liberdade de iniciativa deve ser exercida com respeito à valorização do trabalho como condição de dignidade humana, assegurando harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção, permitindo a expansão das oportunidades de emprego produtivo. Por isso, a terceirização deve ser encarada como um impedimento à proteção social dos trabalhadores, como prelecionam Delgado e Amorim (2015, p. 118, grifo nosso):

Esse padrão protetivo da relação de emprego compõe a baliza constitucional a partir da qual se deve apreciar os limites constitucionais da terceirização, tomando-se como ponto de partida **o princípio da livre-iniciativa**, porque nele se assenta a liberdade de contratação, mas logo considerando que, conforme já estudado anteriormente [em nosso trabalho, ver seções 2.1 e 2.2], **o mecanismo de subcontratação de serviço institui** um modelo de relação triangulada de trabalho fortemente impactado pela lógica toyotista de mercado que rege o contrato inte-

empresarial, e que por isso desencadeia **um modelo de emprego rarefeito, de baixa densidade protetiva, que contraria objetivamente o *standard* constitucional de proteção social do trabalhador.**

Relembre-se, por oportuno, **que o modelo de emprego rarefeito, resultante da terceirização, se caracteriza pelo esvaziamento** daqueles elementos protetivos da integração e da continuidade, que caracterizam o *standard* constitucional **do emprego protegido, ensejando o aumento da rotatividade contratual, a redução do nível remuneratório, o aumento da jornada, a dificuldade no gozo de férias, a fragmentação das categorias profissionais com a redução correlata da eficácia das negociações coletivas e de todos os demais direitos trabalhistas, e a redução das medidas de saúde e segurança, entre outros efeitos que esvaziam em forte medida a efetividade do direito fundamental ao trabalho digno.**

Destarte, não se defende aqui a total proibição da terceirização, mas critica-se o modo em que ela foi estruturada após a reforma trabalhista. Possibilitar a total e irrestrita liberdade para terceirizar a mão de obra significa um esvaziamento do mandamento protetivo constitucional do regime de emprego.

Além disso, essa terceirização irrestrita, aprovada pela Reforma Trabalhista, trará consequências desastrosas para as pessoas com deficiência. Uma vez sendo permitida a terceirização para todos os trabalhadores da empresa, não há dúvidas de que, em busca da redução de custos, as empresas demitirão seus empregados e recontratá-los por meio das empresas prestadoras de serviço, o que, por óbvio, irá diminuir seu quadro de empregados.

Com menos empregados, inúmeras empresas deixarão de ser encaixar na Lei de Cotas, pois não terão mais em seu quadro de empregados, mais

de cem pessoas contratadas, diminuindo, portanto, as vagas para pessoas com deficiência.

Aliás, pouquíssimas empresas conseguirão se manter na Lei de Cotas, já que a Lei da Terceirização permite, expressamente, não só a terceirização de empregados, como também a quarteirização. Portanto, a tendência do mercado é que cada vez mais as empresas tenham menos empregados.

Portanto, não bastasse a realidade do mercado, em que quase 7% dos municípios brasileiros já não têm empresas com mais de cem empregados, e quase 70% dos municípios que têm apenas duas empresas ou menos se encaixam na Lei de Cotas, a Reforma Trabalhista veio para piorar o cenário da inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho, de modo que as pessoas com deficiência deverão ser inseridas no mercado de trabalho de outra forma que não apenas de acordo com o previsto na Lei nº 8.213/91, sob pena de se esvaziar os direitos fundamentais e sociais constitucionais.

4.3.3 O aumento das micro e pequenas empresas no Brasil

Até a década de 1980, as micro e pequenas empresas não tinham tanta importância no cenário nacional. O que predominava nos grandes centros eram as vultosas empresas, com inúmeros empregados. Todavia, após a década de 80, o cenário começou a ser alterado diante da atenção dos governos, que passaram a apoiar os pequenos negócios (Puga, 2000, 2002).

As micro e pequenas empresas, atualmente, desempenham papel muito relevante para a economia brasileira, e a tendência é de que sejam cada vez maiores. Além de serem agentes econômicos muito flexíveis, que

proporcionam dinamismo ao mercado e representam significativas vantagens socioeconômicas para o país, como já salientado anteriormente, a possibilidade de terceirização irrestrita só vai aumentar o número desse tipo de empresa.

As micro e pequenas empresas estão presentes em todos os setores de atividade e significam o sustentam de muitas famílias, além de serem a porta de entrada de jovens no mercado de trabalho, bem como uma boa alternativa de emprego para quem já passou dos 40 anos de idade. Enfim, a tendência no mercado brasileiro é de que cada vez mais micro e pequenas empresas se estabeleçam, principalmente em pequenos municípios, por serem mais fáceis de ser criadas, geridas e extintas.

Todavia, conceituar micro e pequena empresa não é uma tarefa fácil como pode parecer. A classificação dependerá do critério adotado, podendo estar relacionada à propriedade (pública ou privada), ao capital (aberto ou fechado), à idade (nova ou velha), ao controle (familiar ou profissionalizado), à governança (gestão transparente ou não), ao tamanho (pequena, média ou grande) etc. (Costa; Leandro, 2016). Entretanto, vale ressaltar que, no Brasil, os critérios mais utilizados são o faturamento bruto anual e o número de empregados (CNC, 2000).

A criação do Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, em 2006, que regulamentou o artigo 179 da Constituição Federal, trouxe um grande avanço para o pequeno negócio, posto que foi a primeira política pública de âmbito nacional voltada para os pequenos negócios. O Estatuto objetivou estimular o desenvolvimento e a competitividade dos pequenos negócios como forma de gerar emprego, distribuição de ren-

da, colaborar para a inclusão social e fortalecer a economia com a redução da informalidade (Tavares, 2007).

O Ministério do Trabalho e Emprego classifica o tamanho das empresas de acordo com o número de vínculo empregatício que possui. Pelo critério adotado pela RAIS, serão consideradas microempresas aquelas que têm até 19 empregados. Quando a empresa tem de 20 a 99 empregados, é considerada como pequena empresa; de 100 a 499, média empresa, e apenas aquelas que têm mais de 500 são consideradas grandes empresas (Brasil, 2007). Portanto, as micro e pequenas empresas não se encaixam na Lei de Cotas, que faz previsão de contratação obrigatória de pessoas com deficiência a partir de cem empregados.

O critério de classificação das micro e pequenas empresas de acordo com o número de vínculos empregatícios não leva em conta as diferenças entre as atividades com processos produtivos distintos, uso intensivo de tecnologia e/ou presença de mão de obra qualificada, podendo ocorrer, em algumas atividades, a realização de grande volume de negócio com poucos empregados (Silveira; Massula; Mota, 2012).

Num trabalho publicado há alguns anos, restou demonstrado que as micro e pequenas empresas já eram responsáveis por 88,27 % dos vínculos empregatícios nas grandes metrópoles (Silva *et al.*, 2012). Cabe lembrar que, nos municípios de pequeno porte, que não dispõem de grandes empresas industriais, comerciais ou de serviço, as micro e pequenas empresas são responsáveis por 100% dos empregos e ocupações existentes, com exceção dos servidores públicos, contribuindo sobremaneira na economia municipal (Silveira; Massula; Mota, 2012).

Logo, a tendência é de que as grandes empresas sejam cada vez mais em menores números, o que significa que o maior volume de vagas de trabalho será oferecido pelas micro e pequenas empresas. Se de um lado isso representa mais desenvolvimento para o país e um avanço na economia, do outro, para as pessoas com deficiência, esse quadro não é dos mais favoráveis. Quanto menos empresas de médio e grande porte, menores serão as chances de esse grupo de trabalhadores conseguir emprego. Como já demonstrado neste livro, as empresas só contratam as pessoas com deficiência porque são obrigadas, a fim de evitar as penalidades legais. Se não existisse a Lei de Cotas, pode-se afirmar facilmente que não haveria muitas pessoas com deficiência no mercado de trabalho.

Diante desse cenário econômico, deve-se buscar uma solução para a concretização da inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho, uma vez que, a cada dia, a Lei de Cotas perde um pouco de sua efetividade, que, aliás, nunca foi muito grande.

4.3.4. A alteração legislativa como solução para a falta de vagas no mercado de trabalho para as pessoas com deficiência

Diante desse cenário, não há dúvidas de que o problema da falta de vagas para inclusão de pessoas com deficiência no Brasil deve ser resolvido o mais rápido possível, não havendo, neste momento de fratura das instituições, permeadas por inúmeros escândalos de corrupção e malversação da coisa pública, como esperar que sejam as distorções corrigidas pelos normais veículos legislativos colocados à disposição da sociedade.

O melhor caminho seria a eliminação, de modo geral, do preconceito pelos empregadores, para que não oferecessem resistência em contratar pessoas com deficiência. Contudo, essa realidade em nosso país está longe de ser alcançada; a inclusão da pessoa com deficiência só está sendo efetivada, atualmente, por meio das ações afirmativas, sob o eco de inúmeras reclamações por parte dos empregadores, que enxergam a lei como um fardo para a empresa.

O ideal seria que a população se conscientizasse da necessidade premente de uma transformação paradigmática, afastando essa condição sócio-histórica de marginalização e ressaltando a importância das políticas públicas para garantir essa inclusão. A melhor solução para o problema seria investir na educação da população, uma vez que somente por meio dela haverá construção de conhecimento para que se alcancem novos desafios para a presente e futuras gerações, provocando uma consciência efetiva nos empregadores, com a consequente diminuição do preconceito em relação a esses trabalhadores, o que certamente resultaria no aumento de contratações de pessoas com deficiência.

A educação é o elo transformador entre as ações afirmativas do Estado e a mudança que se almeja na sociedade em relação à inclusão desses trabalhadores, fortalecendo os vínculos sociais para efetivação de direitos (Nogueira; Soares, 2015). Somente com a educação fortalecida é que se poderá consumir a solidariedade e a igualdade entre os trabalhadores com e sem deficiência, libertando os deficientes da exclusão social. Há a necessidade de uma transformação social e da aceitação do outro; há a necessidade do reconhecimento ético do outro como igual (Dussel, 2002).

As pessoas devem se colocar no lugar de qualquer um, agir com solidariedade, independentemente da minoria que se quer defender. Há a necessidade de a sociedade tratar o trabalhador com deficiência com solidariedade, mas não a solidariedade como conceito antigo, com uma raiz religiosa, mas como conceito moderno. Nesse sentido, há a lição de Lucas (2006, p. 159):

La solidaridad de los modernos parte de la constatación de la diferencia, de la pluralidad, que no niega el vínculo social, sino que lo reformula (pluralidad social en lugar de uniformidad, homogeneidad), pero también de la desigualdad que obliga a pasar de la igualdad formal como equiparación a la igualdad formal como diferenciación y exige tratar desigualmente a los desiguales, para abocar a la igualdad material. De ahí arrancaría el mandato de esta otra solidaridad como principio jurídico.

Nesses termos, a solidariedade moderna significa “assumir os interesses do outro como seus próprios interesses”, reconhecendo os interesses do grupo, atuando positivamente para a eficácia dos direitos, na medida em que se trata de uma responsabilidade de todos e de cada um (Lucas, 2006).

Esse seria o ideal; mas, na realidade, a transformação de uma sociedade pela educação, embora seja o melhor caminho, leva anos para ser alcançada, e os resultados somente serão percebidos pelas gerações futuras. E as pessoas com deficiência não podem esperar. Logo, outra solução deve ser encontrada até que as pessoas atinjam o nível desejado de conscientização, extinção de preconceitos e adoção de novas posturas.

Além do princípio da solidariedade, pode-se falar, ainda, no direito fraternal, que, apesar de ainda não estar consolidado como paradigma ou teoria, é uma forma de nova abordagem de análise do direito atual, a qual

propõe uma reestruturação de todas as políticas públicas que pretendam uma inclusão universal.

De acordo com Horita (2013, p. 20), solidariedade não é sinônimo de fraternidade:

[...] fraternidade é o mesmo que investigar uma “igualdade de dignidade entre as pessoas, independente do modelo de organização em que vivem”. Por outro lado, solidariedade implica em “uma comunhão de interesses, atitudes ou sentimentos por parte dos membros de um grupo, com o propósito de autodefesa ou resistir às investidas ou forças de agentes”. Assim, há que se mencionar que a solidariedade distingue da fraternidade no quesito da possibilidade de admitir o fator desigualdade, permitindo que alguns indivíduos possuam mais direitos que outros.

A fraternidade deve ser vista como uma nova possibilidade de integração, como a igualdade de dignidade entre os seres humanos (Resta, 2004). O direito fraterno vem consolidar a liberdade e a igualdade, direitos que, embora inscritos em nossa Constituição, são esquecidos muitas vezes, já que, em regra, o que ocorre é a exclusão, e não o acesso. Falar em direito fraterno é falar em dignidade da pessoa humana, pois o princípio da dignidade humana, como fundamento do Estado e garantidor da vida, é a garantia de um direito mais digno. Assim, a ordem jurídica, baseada no princípio da igualdade e da paz, voltada para a dignidade da pessoa humana, é o ordenamento da fraternidade (Pozzoli, 2001).

Assim, preocupar-se com a efetivação da dignidade humana nada mais é que falar de um direito fraterno. A fraternidade deve ser encarada como uma necessidade para uma melhor convivência em sociedade, e a Declaração Universal dos Direitos Humanos é a prova da concretização do princípio da fraternidade. Sobre isso, Pozzoli (2001, p. 110) ensina:

A referida declaração, objeto de um estudo mais específico no item seguinte, consigna no seu texto o reconhecimento da dignidade da pessoa humana inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis como constitutivos do fundamento da liberdade, da justiça e da paz. Foram elementos importantes que tornaram os direitos da pessoa humana protegidos, para que a pessoa não se veja levada ao supremo recurso da revolta contra a tirania e a opressão.

Portanto, com base nesse princípio é que se pode exigir uma alteração legislativa com o objetivo de se efetivar a igualdade entre trabalhadores com e sem deficiência. É a garantia da igualdade real entre todas as pessoas que compõem a sociedade. Assim, a fraternidade deve ser encarada como uma oportunidade social, em que se garantirá reciprocidade na humanidade, direcionando o Direito para algo mais justo e digno.

Outra maneira de garantir a inclusão é a criação de leis e ações afirmativas para aceleração do processo. Esse foi o modo escolhido pelo Brasil, quando foi publicada a Lei de Cotas para os setores público e privado, que fez, nesse último caso, a previsão da obrigatoriedade de contratação de pessoas com deficiência pelas empresas com mais de cem empregados. Porém, como discutido anteriormente, apenas a Lei de Cotas no setor privado não vem sendo suficiente para garantir a inclusão desses empregados. Nas grandes cidades, não é suficiente para cobrir a demanda; nas pequenas, também não abrange o número de pessoas com deficiência; sem mencionar que 7% dos municípios do Brasil não são abarcados por tal Lei, visto que não há, na localidade, empresas com mais de cem empregados, embora haja pessoas com deficiências em todos os municípios.

A situação é mais preocupante ainda quando se analisa o número de municípios com mais de duas empresas e que se encaixam na Lei de Cotas.

Apenas 29,4% possuem mais de duas empresas que oferecerem vagas para pessoas com deficiência (Brasil, 2007). No restante dos municípios, há poucas oportunidades de trabalho.

Diante desse quadro crítico, percebe-se que, apesar de a Lei de Cotas ter sido um avanço na efetivação da inclusão e da garantia de direitos fundamentais, ainda está longe de atingir o objetivo pretendido. Há a necessidade de mudanças sérias e urgentes para chegar aos resultados ideais.

Uma solução célere seria a alteração na legislação de cotas do Brasil, e determinar a obrigatoriedade da contratação de pessoas com deficiência para as empresas com, pelo menos, mais de 50 empregados, pois a abrangência seria bem maior e facilitaria a inclusão das pessoas com deficiência, como será demonstrado no último capítulo deste livro. Aliás, como já demonstrado, esse é o critério adotado em diversos países.

Em muitos países, a obrigatoriedade de contratação de pessoas com deficiência já é a partir de 15 empregados, como na Itália; de 20 empregados, como na França, na Alemanha e Honduras; em outros, a partir de 25 empregados, como, por exemplo, Dinamarca, El Salvador e Luxemburgo. Em muitos, a Lei de Cotas é aplicada em empresas com mais de 50 empregados, como Grécia, Nicarágua, Panamá, Japão, Venezuela e Turquia².

Nesse viés, no Brasil, já tramitam vários projetos de lei³ (PLs) que objetivam a alteração da Lei de Cotas, diminuindo a obrigatoriedade de contratação de pessoas com deficiência das empresas com mais de cem empregados para as com mais de 50. Um dos projetos em tramitação é o

² Os dados já foram citados e explicados na seção 3, subseção 3.3, “Inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho mundial: uma análise do direito comparado”.

³ Todos os projetos mencionados neste estudo encontram-se disponíveis no site da Câmara dos Deputados: <http://www.camara.gov.br>.

de nº 2.935/2000, proposto pelo deputado Edilson Andrino, que propõe a alteração do artigo 93 da Lei nº 8.213/1991, para que a contratação de empregados com deficiência seja obrigatória para as empresas com mais de 50 empregados.

O referido PL também faz previsão de contratação de deficientes para as entidades da administração e de prática desportiva, credenciada à União, que explore jogo de bingo com mais de 20 empregados, bem como as lojas credenciadas à Caixa Econômica Federal que vendem bilhetes de loterias e tenham mais de 20 empregados. A justificativa do projeto de lei foi baseada nas dificuldades flagrantes que as pessoas com deficiência sofrem quando buscam emprego.

Outro projeto em tramitação é o PL nº 5743/2001, do deputado Ricardo Izar, que busca alterar o artigo 93 da Lei nº 8.213/91, exigindo a contratação obrigatória de pessoas com deficiência para empresas com mais de 50 empregados. A justificativa do projeto baseia-se na maior inclusão das pessoas com deficiência, uma vez que a redução da obrigatoriedade de contratação para empresas com 50 empregados ampliaria substancialmente o número de vagas disponíveis para as pessoas com deficiência (à época da proposição do referido projeto, estimava-se um aumento em mais de 34 mil novas vagas).

Além desses, também existe o PL nº 2.967/2000, elaborado pela deputada Zelinda Novaes, que também propõe a modificação do artigo 93 da Lei nº 8.213/91, a fim de que a contratação de pessoas com deficiência passe a ser obrigatória para as empresas com mais de 50 empregados. A justificativa também foi a maior inclusão, já que esta deve ser vista como

aprimoramento da sociedade para torná-la capaz de acolher e atender às necessidades de todas as pessoas, dando-lhes igualdade de oportunidade.

Em 2011, o PL nº 1.240/2011 foi proposto pelo deputado Walter Tosta, fazendo previsão da obrigatoriedade da contratação de pessoas com deficiência e reabilitadas nas empresas com mais de 50 empregados. A justificativa do projeto baseia-se na necessidade de inclusão dessas pessoas e de sua qualificação, tanto que há previsão de que, caso a empresa não consiga atingir o preenchimento das cotas por não haver, no local, profissionais com deficiência qualificados para os postos de trabalho, deve investir os valores que seriam gastos com os funcionários em instituições ou entidades que promovam o ensino, a capacitação e a qualificação das pessoas com deficiência.

O deputado Aguinaldo Ribeiro também apresentou um projeto de lei (PL nº 2973/11) que prevê o aumento da cota obrigatória para contratação de pessoas com deficiência e reabilitadas por empresas privadas. A proposta institui essa obrigação para as empresas com mais de 30 empregados e amplia o percentual máximo para 8%, em vez dos 5% atuais. De acordo com o projeto, as cotas deverão ser preenchidas na seguinte proporção: as empresas que têm de 30 a 200 empregados devem reservar, obrigatoriamente, 2% de suas vagas para pessoas com deficiência; para as empresas que têm de 201 a 500 empregados, a cota seria de 4%; para as que têm de 501 a mil empregados, o percentual aumentaria para 6%; e, para as que têm de 1 001 empregados em diante, a cota seria de 8%.

O deputado justifica a aprovação do PL alegando que o direito ao trabalho é um direito de todos e precisa ser respeitado e incentivado, sendo que a diminuição do número de empregados na empresa para aplicar a Lei

de Cotas aumentaria a inclusão social dos deficientes nas empresas e, conseqüentemente, amenizaria a desigualdade e o preconceito ainda existentes na sociedade.

Além desses projetos, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei nº 13.146/15, inicialmente, fazia previsão, no artigo 101, de alteração do artigo 93 da Lei nº 8213/91, propondo que empresas com mais de 50 empregados fossem obrigadas a contratar pessoas com deficiência (Brasil, 2015a). Todavia, a ex-presidente Dilma Rousseff vetou o referido artigo, a pedido do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, alegando que,

[...] apesar do mérito da proposta, a medida poderia gerar impacto relevante no setor produtivo, especialmente para empresas de mão de obra intensiva de pequeno e médio porte, acarretando dificuldades no seu cumprimento e aplicação de multas que podem inviabilizar empreendimentos de ampla relevância social (ROUSSEFF, 2015).

Portanto, nota-se que há uma preocupação de longa data com a inclusão efetiva das pessoas com deficiência no mercado de trabalho. Há anos, vários PLs foram propostos com o objetivo de alterar a Lei de Cotas para obrigar empresas com mais de 50 empregados a contratar pessoas com deficiência, além da tentativa infrutífera do Estatuto da Pessoa com Deficiência, em 2015. A justificativa da maioria deles é que, se a Lei de Cotas for aplicada para as empresas com mais de 50 empregados, a abrangência das vagas será muito maior, tendo em vista que são poucas as empresas que têm mais de cem empregados.

Desse modo, o aumento da abrangência da Lei de Cotas parece ser necessário e premente, seguindo a tendência mundial de inúmeros países, onde a cota para pessoas com deficiência é prevista para as empresas com mais de 50 empregados. Aliás, é bom ressaltar que, em alguns países, como

Áustria, França, Itália, Luxemburgo, El Salvador e Honduras, a Lei de Cotas é aplicada para empresas com menos de 50 empregados, como, por exemplo, na Itália, que atinge as empresas com mais de 15 empregados.

Logo, a melhor alternativa, e a mais rápida, para a solução do problema seria uma alteração legislativa. Contudo, como os projetos supracitados estão em tramitação há anos, e como o artigo que fazia previsão da alteração da Lei de Cotas no Estatuto da Pessoa com Deficiência foi vetado em 2015, dificilmente a alteração legislativa será realizada de modo célere. Destarte, é preciso encontrar uma maneira de melhorar e aumentar a abrangência da Lei de Cotas para que mais cidades e empresas sejam contempladas e, conseqüentemente, ocorra um aumento no número de vagas no mercado de trabalho para as pessoas com deficiência até que essa alteração legislativa seja concretizada.

4.3.5 A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção como soluções para a falta de vagas para as pessoas com deficiência no mercado de trabalho

Uma alternativa para que mais empresas sejam obrigadas a oferecer vagas às pessoas com deficiência seria a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), sigla utilizada pelo STF para se referir à Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão no seu controle de classes processuais. Neste livro, a sigla também terá esse sentido.

Ao contrário do que se possa imaginar, não é somente uma ação comissiva que pode provocar a declaração de inconstitucionalidade. A necessidade de concretização de dispositivos constitucionais também pode gerar

um controle de constitucionalidade, mas por omissão. A inconstitucionalidade por omissão incide sobre uma inação por parte do Poder Público. Nesse caso, o que se pune é a inércia de um dos poderes na regulamentação de normas constitucionais, é o silêncio do Poder Estatal ou um “falar pela metade”.

Sobre a definição da ADO, o Ministro do STF Celso de Mello explica:

[...] Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, absten-do-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere ou non praestere*, **resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando nenhuma é a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público [...]** (Brasil, 2003, grifo nosso).

Pode-se dizer que a Constituição Federal deu grande relevância à falta de normas para a efetivação de direitos, trazendo dois remédios para combater a inércia estatal que provoca ineficácia constitucional, quais sejam, o Mandado de Injunção (artigo 5, LXXI) e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (artigo 103, § 2º).

Nesse cenário, a ADO é muito importante na concretização dos anseios constitucionais, tanto quando a omissão for total ou parcial. Será total quando o Poder Público não elabora a norma necessária, criando um vazio normativo, e parcial quando o legislador produz uma norma invocada, mas o faz de modo imperfeito, ou seja, insuficiente para garantir o direito assegurado pela Carta Magna (Leal, 2014).

Sobre o tema, Anselmo (2017, p. 334) aduz:

Esse tipo de ação visa expurgar do ordenamento jurídico não uma lei ou ato normativo inconstitucional, mas sim o comportamento omissivo inconstitucional daquele que deveria praticar certo ato e não o fez. A omissão do legislador que deixa de criar lei necessária à eficácia e aplicabilidade de normas constitucionais é o comportamento que deve ser considerado inconstitucional.

Haverá omissão inconstitucional sempre que o legislador permaneceu inativo, isto é, quando não agiu quando existia um dever de proteção constitucional ou quando o legislador, mesmo tendo atuado, tenha permanecido, de modo inequívoco, aquém (proibição de insuficiência) ou além (proibição de excesso) dos limites impostos, constitucionalmente, à sua competência legislativa de conformação (Cambi, 2016).

No caso do presente estudo, a ADO poderia ser interposta frente à Lei de Cotas como sendo uma omissão inconstitucional parcial, tendo em vista que a Lei de Cotas está sendo insuficiente para garantir o direito ao trabalho das pessoas com deficiência. Se a Lei de Cotas abrangesse mais empresas, como previsto em vários projetos de Lei que objetivam a obrigatoriedade de contratação para empresas com mais de 50 empregados, o direito fundamental ao trabalho e o direito à inclusão social das pessoas com deficiência seriam garantidos com maior efetividade. Nesse caminho, a interposição de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão seria uma das alternativas possíveis para melhorar a efetivação do direito ao trabalho desse grupo de vulneráveis. A legitimidade ativa para propor a ADO é a mesma para propor a Ação Direta de Inconstitucionalidade, que é prevista no artigo 103 da Constituição Federal.

É importante lembrar que a pertinência temática para propor a Ação é dispensada para os chamados legitimados universais: Presidente da Repú-

blica, mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, Procurador Geral da República, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e partidos políticos com representação no Congresso Nacional. Contudo, precisam comprovar pertinência temática: Mesas das Assembleias Legislativas dos Estados e do Distrito Federal, Governadores dos Estados e do Distrito Federal e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito Nacional.

Quanto à legitimidade passiva, será do Poder Público e de órgão, entidade ou autoridade competente para regulamentar dispositivos constitucionais. Já o objeto será a ausência de leis federais ou estaduais capazes de efetivar direitos constitucionais. Sempre haverá necessidade de se comprovar a mora na elaboração da lei ou na sua alteração como medida mais eficaz de efetivação de direitos.

A competência para julgar a ADO é do Supremo Tribunal Federal, de acordo com o artigo 102, I, “a” da CF, lembrando que não há necessidade da atuação do Advogado-Geral da União, como na ADI, por falta de previsão legal (Leal, 2014). O problema é a efetivação da sentença procedente proferida na ADO. Declarada a inconstitucionalidade por omissão, será dada ciência ao Poder competente para adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em 30 dias (artigo 103, § 2º da CF).

Em relação aos efeitos da decisão, é possível a eficácia vinculante e contra todos. Assim, a ADO seria uma alternativa possível para a concretização dos direitos dos trabalhadores com deficiência, pois, por meio dela, seria possível alterar a Lei de Cotas com o objetivo de aumentar a sua abrangência, o que abarcaria um maior número de empregados, em especial nos pequenos municípios onde não há grandes empresas.

Outra alternativa para resolver o problema de falta de vaga de trabalho para pessoas com deficiência nos municípios onde não há empresas com mais de cem empregados seria o Mandado de Injunção. O Mandado de Injunção foi criado pelo constituinte de 1988 em atendimento ao reclamo generalizado pela busca de maior efetividade das normas constitucionais. A Constituição Federal, em seu artigo 5º, LXXI, dispõe que “[...] conceder-se-á Mandado de Injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

O Mandado de Injunção foi concebido como remédio para uma dramática patologia nacional: o descrédito da Constituição causado pela inércia do legislador (Barroso, 2009). Araujo e Nunes Junior (2016) defendem, inclusive, que o Mandado de Injunção é um instrumento de controle difuso de inconstitucionalidade por omissão, pois, por meio dele, num caso concreto, qualquer um pode despertar a atuação do Poder Judiciário para suprir inércia do legislador infraconstitucional.

São pressupostos, requisitos ou condições específicas para o pedido de injunção: a) a indicação de um direito ou liberdade constitucional, ou de uma prerrogativa inerente à nacionalidade, à soberania ou à cidadania cujo exercício esteja inviabilizado; e b) a ausência de norma regulamentadora do direito, liberdade ou prerrogativa demandada, criando a indesejável inviabilização.

Portanto, o objetivo dessa via processual é conferir atuação à norma processual. Sobre o tema, Bedaque (2011, p. 126) ensina:

[...] o objetivo dessa via processual é conferir atuação à norma constitucional programática, ante a omissão do poder regulamentador. A finalidade é, pois, tornar viável

o exercício de direito estabelecido na Constituição, possibilitando ao indivíduo o pleno gozo de seus direitos e conferindo eficácia à regra constitucional. Nessa medida, ao conceder a ordem, deve o órgão jurisdicional competente, além de formular a regra jurídica, suprindo a lacuna do ordenamento, aplicá-la à situação da vida descrita pelo impetrante. Tal conclusão visa a conferir efetividade ao mandado de injunção, previsto em sede constitucional exatamente para tornar viável o exercício de direitos ou garantias, exercício, esse, obstado pela injustificável inércia daqueles que deveriam criar a norma regulamentadora.

A legitimidade ativa para interpor o Mandado de Injunção pertence àquele a quem a Constituição Federal tenha outorgado abstratamente um direito, cujo exercício esteja obstado por omissão com mora na regulamentação daquele.

É importante destacar que o STF já reconheceu a possibilidade de aplicar, analogicamente, o artigo 5º, LXX, da CF, que trata do mandado de segurança coletivo, permitindo a impetração do Mandado de Injunção por entidade sindical de pequenas e médias empresas (MI 361/RJ, em 08 de abril de 1994, Plenário do STF e MI Coletivo 833/DF, em 02 de agosto de 2010, impetrado pelo Sindicato dos Servidores das Justiças Federais do Estado do Rio de Janeiro).

A jurisprudência do STF firmou-se no sentido de admitir a utilização do Mandado de Injunção coletivo por organismos sindicais, com a finalidade de viabilizar, em favor dos membros ou associados dessas instituições, o exercício de direitos assegurados pela Constituição, o que é absolutamente compatível com a situação dos trabalhadores com deficiência abarcados neste estudo.

A ilegitimidade passiva será daquelas autoridades ou órgãos públicos que foram omissos quanto à regulamentação que viabilize o exercício dos direitos e liberdades constantes na Constituição. Uma vez impetrado o Mandado de Injunção, e a ação sendo julgada procedente, haveria três alternativas, as quais são traduzidas pelas teorias discutidas a seguir, com base em Leal (2014).

A primeira seria a teoria não concretista, a qual defende que o Poder Judiciário recomendaria a elaboração da lei para o poder competente, sendo que jamais o Judiciário faria a lei.

A segunda seria a teoria concretista que se divide em concretista geral e concretista individual. A concretista geral defende que a procedência do Mandado de Injunção implica em eficácia *erga omnes*; assim, a decisão do Judiciário se reveste de normatividade a partir do momento em que assegura o direito a todos, até que a omissão seja suprida por quem de direito. A concretista individual defende que, uma vez julgado o Mandado de Injunção procedente, os efeitos por ele irradiados alcançam somente o seu autor (*inter partes*), sendo entregue somente a ele, e a mais ninguém, a concretização do direito constitucional sobre o qual ainda não incidirá a devida regulamentação.

Cabe dizer que, em relação à corrente concretista individual, ainda se subdivide em individual direta e individual intermediária: a direta defende que, quando o Mandado de Injunção é julgado procedente, o Judiciário assegura direta e imediatamente o direito não regulamentado, mas o faz valer somente para a parte autora; a individual intermediária alega que, com a procedência do Mandado de Injunção, o Judiciário deve, primeiramente, intimar o órgão legislativo competente, fixando um prazo para a elaboração

da lei, e, somente caso o direito não fosse regulamentado, o Judiciário garantiria o pleno exercício do direito ao autor (*inter partes*).

A princípio, o Supremo Tribunal Federal adotava a teoria não concretista, mas passou a adotar a teoria concretista frente à inaceitável mora demasiadamente costumeira do Poder Legislativo. A primeira vez que o STF adotou essa orientação foi no julgamento do MI 721/DF, de 30 de novembro de 2007, quando julgou procedente pedido formulado para, de forma mandamental, assentar o direito do impetrante à contagem diferenciada do tempo de serviço em decorrência de atividade em trabalho insalubre prevista no § 4º do artigo 40 da CF, adotando como parâmetro o sistema do RGPS, que dispõe sobre a aposentadoria especial na iniciativa privada (Leal, 2014). Aliás esse é o entendimento de Streck (2004, p. 536):

O conteúdo da decisão deve(ria), em nosso sistema jurídico, consistir na outorga direta do direito pleiteado pelo cidadão. Ou seja, na falta de regulamentação de um dispositivo constitucional que contenha a gama de direitos alcançados pelo mandado de injunção, deveria o Poder Judiciário, como se legislador fosse, conceder o direito para aquele caso concreto [...] Não é temerário afirmar, neste ponto, que se está diante de um paradoxo, representado pelo fato de o instrumento jurídico forjado pelo constituinte para dar eficácia às normas constitucionais ter sido tornado ineficaz pelo Poder Judiciário. Em outras palavras, o mandado de injunção, instituto que representa bem a tese do deslocamento da esfera da tensão dos Poderes Executivo e Legislativo para a justiça constitucional – típica do Estado Democrático de Direito –, acabou sendo transformado em mais uma das (tantas) normas sem eficácia no texto constitucional.

Diante do exposto, nota-se que o Mandado de Injunção seria uma alternativa possível para garantir a efetivação do direito ao trabalho das pes-

soas com deficiência, com o objetivo de alterar a Lei de Cotas para que a sua abrangência seja maior. Se o Mandado de Injunção puder ajudar na arrogante discricionariedade dos órgãos normativos – que ficam calados quando deveriam agir –, conseguindo garantir a efetivação de direitos constitucionais, já logrará seus objetivos (Canotilho, 2003).

No entanto, considerando tudo o que foi discutido, se fosse proposta uma ADO ou Mandado de Injunção para modificar a Lei de Cotas, no sentido que a mesma, da forma que está elaborada, não está garantindo a efetivação de direito ao trabalho das pessoas com deficiência, e fosse julgada/o procedente pelo STF, a pergunta que fica é: quanto tempo o Poder Legislativo demoraria para elaborar uma nova lei, adequada à realidade social?

Sabe-se que, atualmente, o Poder Legislativo em nosso país é moroso e só funciona quando há interesses pessoais ou político envolvidos. Exemplo disso são, *mutatis mutandis*, os inúmeros mandados de injunção propostos para regulamentar o direito de greve dos servidores públicos. Até o dia 25 de outubro de 2007, vários mandados de injunção haviam sido julgados pelo STF, com decisões que declaravam a omissão e a mora legislativa, com a respectiva notificação ao órgão competente para elaborar a lei com a finalidade de viabilizar o direito de greve, constitucionalmente garantido, aos servidores públicos. Todavia, a lei nunca foi elaborada, até que, a partir dessa data, com o julgamento dos Mandados de Injunção nº 670/ES e nº 712/PA, o STF abandonou a pacífica opinião de que a medida servia apenas para declarar a mora do legislador e reconheceu o direito de greve do servidor público, sob argumento de que a omissão legislativa já durava mais de 19 anos (Cassar, 2016).

Percebe-se, com esse exemplo, que, no Brasil, a efetividade das decisões proferidas em Mandado de Injunção ou Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão é bem pequena, tendo em vista que as autoridades legislativas não têm grande preocupação em seguir as determinações do STF, talvez por má vontade, ou por falta de previsão legal para uma punição no caso de não cumprimento da decisão do Judiciário, ou, ainda, por interesses paralelos de certos grupos dominantes que não têm nenhuma intenção na efetivação de direitos de grupos vulneráveis.

Portanto, embora se saiba que a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção são alternativas para a melhoria da Lei de Cotas, a realidade nos mostra que, se as referidas ações fossem propostas, poderiam levar anos para serem efetivadas. Além da demora no julgamento das Ações, ainda teríamos que esperar pela boa vontade do Poder Legislativo em acatar a decisão do Judiciário, e, ao que parece, não seria rápido, o que é comprovado pelos inúmeros projetos de lei sobre o assunto que já estão em tramitação no Congresso há anos, e nada foi resolvido.

Sobre a lentidão do Poder Judiciário em resolver as demandas, D'Agostini (2001, p. 124) leciona:

[...] depois de quinhentos anos de opressão e desleixo, vive-se ainda a impregnação geral da grave marca cultural das ações seculares equivocadas, solidificadas e enraizadas profundamente na sociedade mundial e brasileira. Isto posto, o maior desafio hoje é apagar quinhentos anos de injustiças perpetradas contra crianças e adolescentes, construir e alavancar a nova consciência cidadã.

Nesse contexto é que o presente livro objetiva apontar uma solução para o problema da inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho, até que algum projeto de lei que esteja tramitando no Congresso

seja aprovado ou alguma ADO ou Mandado de Injunção sejam propostos e cumpridos pelo Legislativo. Não se pode cruzar os braços e esperar por anos até que alguma solução seja encontrada para o problema.

5.

A AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO MERCADO DE TRABALHO

5.1 O processo como ferramenta de efetividade do direito material

É cediço que a prestação jurisdicional pertence primordialmente ao Estado, que deve gerir os meios necessários e suficientes para conter toda conduta contrária à ordem legal, a fim de que seja restituída a ordem jurídica. Ao exercer sua função jurisdicional, por meio do processo, o Estado-juiz decide imperativamente os conflitos de interesse para que seja atingida a paz social, garantindo condições harmônicas de convivência. Logo, cabe ao Estado a efetivação dos direitos fundamentais, ainda que por meio do Judiciário. Sobre o assunto, Zollinger (2006, p. 47) ensina:

A doutrina atualmente compartilha o entendimento de que os direitos fundamentais apresentam duas dimensões – subjetiva e objetiva – sendo esta última especificamente importante para o desenvolvimento da categoria ‘deveres de

proteção' a partir da qual intentar-se-á compreender a proteção preventiva de direitos fundamentais [...] A teoria do dever de proteção, ensejada pela perspectiva objetiva, vem impor ao Estado o dever de proteção dos direitos fundamentais contra agressões e ameaças provindas de terceiros, ou seja, extrapola-se a concepção tradicional de abstenção do Estado para concebê-lo também como obrigado a proteger e a promover efetivamente e positivamente os direitos fundamentais [...] Esse dever de proteção dirige-se às atividades legislativa, administrativa e jurisdicional do Estado. O legislador deve editar normas, inclusive penais e processuais, que dispensem tutela especificamente preventiva aos direitos fundamentais. À administração, por sua vez, incumbe agir materialmente prevenindo e reparando lesões perpetradas por particulares contra os direitos fundamentais. Por fim, o Poder Judiciário tem o dever de, na prestação da tutela jurisdicional, adotar exegese normativa mais consentânea com a Constituição e que confira maior efetividade às disposições de direitos fundamentais, bem como exercer o dever de correção e aperfeiçoamento da legislação quando se trata de proteger os direitos fundamentais. Assim, o Estado deve assegurar em toda a sua atuação uma proteção ampla e efetiva aos direitos fundamentais.

Portanto, o processo tem se mostrado como componente imprescindível para consecução desses objetivos do Estado, uma vez que a tutela jurisdicional obtida por meio do manejo desse instrumento de atuação estatal tende a assegurar a reparação dos direitos lesados ou ameaçados.

A tutela jurisdicional é o amparo que, por obra dos juízes, o Estado ministra a quem tem razão num litígio deduzido em processo. Receber tutela jurisdicional significa obter sensações felizes e favoráveis propiciadas pelo Estado mediante o exercício da jurisdição (Dinamarco, 2009). É necessário, pois, que o Estado-juiz, por meio do processo, prestando a tutela jurisdicional pertinente, tenha condições de decidir e impor suas decisões coerciti-

vamente, para, como afirma Chiovenda (2009, p. 67), “[...] entregar aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir”, o que, posteriormente, convencionou-se denominar de instrumentalidade do processo.

Anteriormente, no período oitocentista, não se reconhecia sequer autonomia científica ao processo, o qual era tratado como mero adjetivo do direito material violado. Essa fase foi reconhecida como imanentista, o que muito se confunde com a postura do Estado face ao indivíduo à época, estando aquele marcado pelo início do movimento constitucional de formação de um Estado liberal-burguês.

Na França Revolucionária, quando o Estado passou a ter uma postura abstencionista, nascendo a primeira dimensão dos direitos fundamentais e a formação de um Estado mínimo, o processo era apenas um adendo do direito material. Todavia, essa abstenção estatal consagrada como direito fundamental de primeira dimensão, com o passar dos tempos, não obstante os avanços percebidos, gerou graves problemas sociais, especialmente em relação à concentração das riquezas. Esse mal-estar social é destacado por Sarlet (2004, p. 55), que assim o reconhece:

O impacto da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos que acompanharam, as doutrinas socialistas e a constatação de que a consagração formal de liberdade e igualdade não gerava garantia de seu efetivo gozo acabaram, já no decorrer do século XIX, gerando amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos, atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social.

Desse modo, quando o abstencionismo estatal não se mostrava mais suficiente para assegurar a liberdade das pessoas, as desigualdades sociais começaram a surgir, visto que o acúmulo de riquezas passou a pertenc

cer a uma minoria. Nesse cenário, a sociedade passou a exigir alteração no comportamento do Estado, a fim de que os direitos sociais, econômicos e culturais do indivíduo fossem efetivados.

Passou-se, então, do antigo Estado mínimo, do liberalismo clássico, ao início da formação do Estado do bem-estar (*Welfare State*) ou Estado social, que tem como principal característica o alto intervencionismo estatal, momento em que surgiram os direitos fundamentais de segunda dimensão, que são verdadeiras obrigações de fazer do Estado, de cunho positivo e prescricional.

Versando acerca dos direitos fundamentais de segunda dimensão, pode-se trazer à colação Martínez de Pisón (2001, p. 214), que assim abordou o tema:

Por derechos sociales hay que entender principalmente los derechos de prestación, como el derecho a la salud, a la educación, a la Seguridad Social, a la protección social, económica y jurídica de la familia, vivienda digna, derechos de los trabajadores y, en general, todos aquellos que promueven un igual bienestar económico y social de los individuos, y, por ello, son derechos que encarnan un ideal de libertad desde la igualdad y son un eficaz instrumento de cohesión social, de solidaridad [...] de la cual se deriva el compromiso moral de su satisfacción, tanto en el ámbito local, regional, nacional como internacional, al objeto de evitar pobreza y miseria, privaciones y daños físicos y psíquicos a las personas [...] Los derechos sociales implican obligaciones de hacer por parte de las autoridades estatales. Obliga a que los poderes públicos creen y organicen sistemas de prestaciones sociales y planifiquen políticas de bienestar para todos los individuos.

Com o processo, não foi diferente: os estudos acerca da relação jurídica processual ganharam fôlego, passando a ser vistos como algo apar-

tado do direito material, autônomo. Essa fase evolutiva é doutrinariamente denominada como autonomista, científica ou conceitual, uma vez que nela foram criados os principais institutos científicos do direito processual, forma pela qual se procurava melhorar as formas de o Estado-juiz atuar em relação aos novos conflitos ocorridos na sociedade, quais sejam, as graves diferenças sociais decorrentes do modelo abstencionista.

Apenas nessa segunda fase metodológica é que se entendeu que o objeto do processo não eram somente os bens da vida disputados em juízo, os quais são objetos de estudo do direito material, mas os próprios fenômenos que ocorrem na vida do processo. A propósito, foi esse modelo que inspirou a redação do Código de Processo Civil de 1973, no Brasil, marcado pelas formas do processo e pelo rigor técnico do direito processual como meio de garantir igualdade formal entre as partes do processo (Nogueira; Soares, 2015).

Apesar do largo avanço na matéria processual, o referido modelo de processo ainda encontrava dificuldade em garantir a efetividade da tutela jurisdicional, restando evidente que o Estado apresentava sérias dificuldades em cumprir com seu mister de garantir pacificação social, sobretudo após a promulgação da CF/88.

Com o advento da Constituição, o processo passou a ser analisado em perspectiva distinta, a partir de uma hermenêutica pautada pelos pilares estabelecidos na construção constitucional, com grande aspiração social e com vistas a assegurar um Estado mais justo e igualitário. O processo passou a ser instrumento apto a assegurar a tutela material; passou-se, portanto, à fase instrumentalista ou teleológica do processo.

A prestação da tutela jurisdicional pelo Estado deixou de ser mero adendo que decorre do monopólio do Estado-juiz, passando a ser encarado como verdadeiro direito fundamental de segunda dimensão, cujo titular, o jurisdicionado, passou a ter o direito de receber do Estado uma prestação jurisdicional efetiva, eficaz e tempestiva. Como sintetiza Lopes (2009, p. 20),

As exigências da vida moderna tornaram patente a necessidade de conferir ao processo, a par da certeza e da segurança jurídica, função social mais ambiciosa, qual seja a pacificação com justiça. Expressões como “acesso à ordem jurídica justa”, “instrumentalidade substancial”, “efetividade do processo”, etc., resumem os escopos dessa moderna corrente processual que repele a ideia de processo como mero instrumento técnico.

Com a evolução do Estado, que passou a proteger novos direitos fundamentais, o processo deixou de ser um modelo puramente individualista, passando a ser considerado instrumento de efetivação de direitos, o que culminou em diversas reformas em nosso sistema processual, também denominadas ondas renovatórias. A prestação jurisdicional passou a ser efetiva e substancial, e não meramente formal, garantindo “máximo de proveito, utilidade, quanto à obtenção de seus resultados” (Teixeira; Pinto, 2008, p. 34).

Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988), na célebre obra *Acesso à justiça*, dividiram em três ondas os principais movimentos renovatórios do acesso à justiça. A primeira diz respeito à assistência judiciária aos pobres e está relacionada ao obstáculo econômico do acesso à justiça. A segunda refere-se à representação dos interesses difusos em juízo e visa contornar o obstáculo organizacional do acesso à justiça. Por fim, a terceira onda, chamada de “o enfoque do acesso à justiça”, detém a concepção mais ampla de

acesso à justiça e tem como escopo instituir técnicas processuais adequadas e melhor preparar estudantes e aplicadores do direito.

Posteriormente, uma quarta onda do movimento do acesso à justiça foi identificada por Economides (1999), caracterizada pelo acesso dos operadores do Direito à justiça. O foco central se divide em duas questões: a primeira sobre o acesso dos cidadãos ao ensino do direito e ao ingresso nas profissões jurídicas; e a segunda sobre como esses operadores, uma vez investidos nas carreiras, teriam acesso à justiça, como estariam preparados para fazer justiça.

Assim, no Estado social, o indivíduo, além de ser titular de uma série de direitos fundamentais sociais, os direitos fundamentais de segunda dimensão, como saúde, educação, previdência social, direitos trabalhistas, deve ser considerado como detentor do direito fundamental de acesso substancial à justiça, situação essa que relembra a célebre frase de Hannah Arendt (1994) no sentido de que a cidadania, no fundo, é o direito de ter direitos.

O acesso substancial à Justiça não se traduz apenas em acesso ao Poder Judiciário, mas deve compreender o acesso à ordem jurídica justa, na qual prevalecem os fins sociais e o bem comum. O acesso a uma ordem jurídica justa é garantir o acesso a uma justiça imparcial, que ponha à disposição das partes todos os instrumentos e os meios necessários que lhes possibilitem, concretamente, sustentar suas razões, produzir provas, influir sobre a formação do convencimento do juiz, que respeitem princípios e direitos fundamentais constitucionais.

Nesse paralelo, Moralles (2006, p. 4-5) afirma:

Não é surpreendente, portanto, que o direito ao acesso efetivo à justiça tenha ganhado particular atenção na medida em que as reformas do *welfare state* têm procurado armar os indivíduos de novos direitos substantivos em sua qualidade de consumidores, locatários, empregados e, mesmo, cidadãos. De fato, o direito de acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário, que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos... O “acesso” não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estado pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica.

Desse modo, a tutela jurisdicional prestada de maneira efetiva, não puramente formal, em uma leitura simplista do artigo 5º, XXXV, da CF/88, passou a ser encarada como dever do Estado, com o afã de gerar resultados fora do processo, como ventila Dinamarco (2009, p. 111):

[...] ideia do processo civil de resultados, consiste esse postulado na consciência de que o valor de todo sistema processual reside na capacidade, que tenha, de propiciar ao sujeito que tiver razão uma situação melhor do que aquela em que se encontrava antes do processo. Não basta o belo enunciado de uma sentença em estruturada e portadora de afirmações inteiramente favoráveis ao sujeito, quando o que ela dispõe não se projetar utilmente na vida deste.

Nesse diapasão, compreendida a tutela jurisdicional como direito fundamental de segunda dimensão, assim como reconhecida a crise de efe-

tividade e legitimidade social do processo de entregar tal tutela de forma tempestiva, deu-se início à denominada Reforma do Judiciário, para que a ideia do Poder Judiciário moroso e inepto fosse afastada. É sob esse viés que a tutela jurisdicional deve ser encarada, como instrumento para efetivar direitos fundamentais consagrados e garantidos pela CF/88.

Na verdade, após a Constituição de 1988, o processo passou a ter sua função social, já que deve alcançar dois objetivos primordiais: a promoção da igualdade e a otimização do sistema jurídico. A questão da igualdade é a razão da função social do processo civil, uma vez que o processo não pode servir para beneficiar o litigante mais hábil, mais forte ou mais culto, mas para dar razão à parte cujo direito seja superior (Didier Jr.; Mouta, 2009).

O Direito Processual deve acompanhar a evolução da sociedade, modernizando-se com ela e, nesse sentido, tem-se o direito processual civil brasileiro, que vem evoluindo para assumir a postura de decidir imperativamente os conflitos de interesses, sendo dotado de poderes aptos a assegurar que tais decisões substituam a vontade das partes beligerantes, com vistas a entregar tutela àquele detentor de direito subjetivo e, por via de consequência, pacificar o meio social e garantir condições mínimas de convivência harmônica (Soares, 2016).

A proximidade dos direitos fundamentais com as normas processuais civis demonstra o fim da era que apregoava a completa autonomia entre as normas processuais e materiais, passando o processo, em modelo constitucionalizado, a ser considerado como instrumento ligado à realização efetiva dos direitos fundamentais. A constitucionalização do processo não é um fenômeno tão novo como parece, visto que começou na segunda

metade do século XX, conforme bem observou Passos (2012), como decorrência da evolução e da maturação da cidadania e da ampliação da cláusula do devido processo legal.

O processo civil da atualidade está voltado para uma tutela de uma ordem superior de princípios e de valores assegurados ao indivíduo e à coletividade, que se sobrepõe aos interesses controvertidos das partes para a solução do litígio, como, aliás, se verifica da própria redação do artigo 1º do atual CPC. O modelo constitucional de processo deixa de ser um mecanismo de emprego meramente individual para tornar-se um meio disponibilizado ao Estado para a realização da justiça.

Sendo assim, não é difícil defender a existência de um direito constitucional-processual principiológico, que se materializa no devido processo, de que partem as diretrizes necessárias para interpretar as regras dos sistemas processuais especializados, bem como os princípios infraconstitucionais próprios dos microssistemas processuais (Porto, 2009).

O processo atual deve assegurar a preservação da dignidade da pessoa humana como garantia absoluta, confirmando-a como uma cláusula geral de proteção e promoção, já que protege o indivíduo das agressões do Estado ou da sociedade em geral, e também orienta a promoção da autonomia patrimonial e existencial de cada ser humano.

Ademais, o processo moderno precisa se desligar da redutora ferramenta estatal de validação de fórmulas concebidas em laboratório, transformando-se em uma técnica a serviço de uma ética de direito material; deve ser instrumento de efetivação de uma tutela justa, orientada em última instância aos fins da pessoa humana, tudo isso porque o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva impõe ao Estado-legislador o dever de editar

normas processuais instituidoras de técnicas processuais capazes de propiciar proteção efetiva aos direitos das partes (Caldas, 2015).

O processo deve ser um meio para atingir um fim, consubstanciado na entrega de um processo justo (aquele que atende aos princípios constitucionais processuais) e, por conseguinte, pautado pelos princípios, garantias e valores constitucionais. A compreensão de que a entrega da tutela jurisdicional a quem tiver razão deve ser vista tanto como um princípio-síntese quanto como um objetivo final (Franzé, 2008).

Portanto, é necessário que o processo seja encarado como instrumento adequado à proteção do direito material, empregando técnicas adequadas à proteção do direito, sob pena de não atingir o fim a que se destina. Nessa trilha, os mecanismos processuais devem ser manejados de tal forma que a ausência de um comando legislativo específico não seja impedimento para efetivação do direito, em especial quando se tratar de direitos fundamentais, assim como o juiz esteja investido de poderes para tal missão, desde que tal empoderamento do juiz esteja em conformidade com o texto constitucional e, por consequência, com o Estado de Direito (Coelho, 2013).

A propósito, o Código de Processo Civil de 2015, em sua exposição de motivos, deixa isso bem claro, pois, quando se lê o texto, percebe-se que há uma grande preocupação com a efetividade de direitos. O objetivo maior do Código é se adaptar às grandes mudanças da sociedade, como vinha ocorrendo com o antigo código desde o final dos anos 90. Desse modo, buscou manter os institutos que deram resultado positivo e, por outro lado, inovar com outros novos que garantiam maior efetividade de direitos.

A exposição do Código de Processo Civil de 2015 deixa de ver o processo como teoria descomprometida de sua natureza fundamental de

método de resolução de conflitos, por meio do qual se realizam valores constitucionais. O objetivo maior é criar um processo mais célere, mais justo, mais rente às necessidades sociais e menos complexo. Vários institutos foram revistos ou criados, por exemplo, o sistema recursal e as ações cautelares foram simplificados e muitos procedimentos especiais foram extintos.

O Código de Processo Civil de 2015 também revelou outras preocupações, como a segurança jurídica, a uniformidade e a estabilidade da jurisprudência. Além disso, restou demonstrada a preocupação de dar às partes a possibilidade de colocar fim ao conflito pela via da mediação ou da conciliação, uma vez compreendido que a satisfação efetiva das partes pode ocorrer de modo mais intenso se a solução é por elas criada e não imposta pelo juiz.

Em suma, para a elaboração do novo Código de Processo Civil, identificaram-se os avanços incorporados ao código anterior, que eram bons e deveriam ser conservados, e foram dados outros passos à frente para adequar o processo às normas constitucionais, com um sistema mais coeso, ágil e capaz de gerar um processo civil mais célere e justo. Contudo, deve-se atentar para o fato de que a grande reforma não está na simples mudança legislativa, por mais profícua que esta possa ser, mas na mudança de pensamento, no modo de compreender o processo civil moderno. E a maneira mais legítima de compreendê-lo, no Estado Democrático de Direito, é decidí-lo sob a regência da Constituição (Porto, 2016).

Pode-se afirmar que o marco estabelecido para o estudo do processo é justamente o novo modo de pensar constitucional. Trata-se do direito a ser examinado pelo seu viés constitucional na perspectiva dos direitos

fundamentais, única forma adequada de análise à luz do atual estágio do Direito Processual Civil (Botelho, 2011).

O Direito Processual Civil deve ser visto sob a ótica do Estado Constitucional. O modelo constitucional do processo civil possui seus valores permanentes: trata-se dos direitos fundamentais processuais civis. Enquanto vigente a ordem constitucional, tais valores devem ser promovidos servindo de norte à interpretação de todo o sistema processual. Como dito, o direito ao processo como princípio-síntese do ordenamento jurídico processual desencadeia a atuação de todos os demais direitos processuais, de forma a proteger, a cabo, a atuação do direito material.

Esse direito processual devido pelo Estado Constitucional também é chamado de “processo qualificado”, o qual deve ser, em seus meios e resultados, tempestivo, justo e adequado ao direito material em litígio. É fazer uso não só dos meios e técnicas pré-ordenadas, qualificados pelos direitos informativos do processo civil, umbilicalmente ligados ao Estado Constitucional, bem como aos resultados transformadores proporcionados pelo processo no mundo sensível. Direito ao processo, assim, necessariamente presume o poder de formação de resultados qualificados, e não apenas de técnicas para a sua promoção (Botelho, 2011).

Portanto, a adequada tutela jurisdicional deve concretizar a eficácia do direito invocado, e isso deve ser obtido com segurança, com prazo razoável e com respeito ao devido processo legal. Não se pode tolerar a falta de pacificação social diante da ineficiência da máquina estatal voltada à solução dos pleitos (Rubin, 2013).

5.2 Ações coletivas: conceito, histórico e princípios

O objetivo do presente estudo é demonstrar que a Ação Civil Pública é instrumento de efetivação dos direitos das pessoas com deficiência para sua inserção no mercado de trabalho fora da Lei de Cotas. Antes disso, porém, é necessário um breve esboço sobre ações coletivas, que são gênero da Ação Civil Pública.

De acordo com Marinoni e Arenhart (2008, p. 748), as ações coletivas podem ser conceituadas da seguinte maneira:

A ação coletiva para a tutela de direitos difusos e coletivos é basicamente regida pelo conjunto formado pela Lei da Ação Civil Pública e pelo Código de Defesa do Consumidor. Em verdade, não se trata de uma única ação, mas sim de um conjunto aberto de ações, de que se pode lançar mão sempre que se apresentem adequadas para a tutela desses direitos. Nesse sentido, claramente estabelece o art. 83 do CDC que, para a defesa dos direitos difusos e coletivos, são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela. Portanto, não se pode dizer, realmente, que exista *uma* ação coletiva. Existe, isto sim, uma categoria de ações, que recebem o rótulo de “ação coletiva”, mas que se mostram distintas entre si com as peculiaridades de cada direito carente de tutela.

Para que se possa entender melhor tal definição, é necessário entender como surgiram as ações coletivas no mundo e no Brasil. O início das tutelas coletivas no mundo deu-se a partir do momento em que o direito criou as regras de vida exigidas pelas famílias, já que a tutela coletiva foi adotada como instrumento adequado para submeter à apreciação do Estado o interesse de inúmeras pessoas por meio de um único mecanismo proces-

sual mediante iniciativa de órgãos da sociedade legitimados para tanto (Piva, 2016).

Nesse cenário, pode-se afirmar que a ação popular do direito romano é a fonte do surgimento das ações coletivas, pois nela o cidadão foi legitimado para a defesa dos bens públicos. No período medieval, mais especificamente no direito anglo-saxão, registraram-se as primeiras ações coletivas passivas de que se tem notícia. Nessa época, a concepção de indivíduo confundia-se com a ideia de comunidade, na qual estava inserido, razão pela qual não havia conflitos acerca da legitimidade processual para demandar (Leal, 1998).

Por não haver uma consciência de classe ou ideia de indivíduo bem desenvolvida, e por carecer de estudos processuais a respeito da representatividade destes entes: as ações coletivas eram propostas e julgadas nos moldes das demandas individuais, sem maiores indagações. Desta forma, as ações coletivas passivas medievais apareciam sem restrição, com a mesma importância e efeitos da ação coletiva dita ativa (Maia, 2009, p. 13-14).

O primeiro registro de ação coletiva passiva data do ano de 1199, quando, na Inglaterra, na Corte Eclesiástica da Cantuária, o pároco Martin de Barkway ajuizou uma ação coletiva em face dos paroquianos de Nuthampstead. A ação objetivava colocar um pastor para celebrar as missas na capela de Nuthampstead, recém-adjudicada à paróquia de Barkway (Maia, 2009).

Na passagem do feudalismo para o capitalismo, a Revolução Francesa e os pensamentos iluministas influenciaram o processo civil, que passou a ter uma tendência mais individualista. O individualismo liberal acabou por refrear o movimento de desenvolvimento das ações coletivas, de modo que se passou a exigir uma justificação que permitisse ao indivíduo representar

em juízo os interesses de toda uma determinada comunidade, ausente na relação processual (Martins, 2015).

No final do século XVII, ainda na Inglaterra, surgiu o *Bill of Peace*, um procedimento coletivo que cuidava do interesse comum dos interessados, que não participavam diretamente do procedimento, sendo representados por membros da comunidade. Como se vê, não bastava mais a existência de um grupo, como na época anterior, passou-se a exigir a comprovação do interesse comum (Piva, 2016).

O *Bill of Peace* nada mais era do que uma autorização para processamento coletivo de uma demanda individual, concedida quando o autor da demanda formulava requerimento expresso de um provimento jurisdicional que incluísse os direitos de todos aqueles que, de alguma forma, estivessem envolvidos no litígio, tratando a questão de maneira uniforme e, assim, evitando a multiplicidade de processos idênticos (Cavalcanti, 2014, p. 5).

Esse período individualista perdurou até meados do século XX, quando do surgimento das *class actions* nos Estados Unidos e do retorno das ações coletivas no Reino Unido (Mendes, 2014). Outros países da Europa também fizeram parte desse movimento processual coletivo. Na Itália, Mauro Capeletti foi o grande precursor do movimento coletivo, demonstrando ao Congresso, em 1974, a importância das demandas coletivas, o que resultou na elaboração de um artigo chamado “*Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o difusi*” (Mendes, 2014). Mas, na verdade, já em 1970, a Lei nº 300 havia legitimado os sindicatos para as tutelas coletivas.

Foi na Itália, porém, na década iniciada em 1970, que se desenvolveu e ganhou destaque o estudo dos interesses difusos, identificados pela indeterminação de seus titulares e indivisibilidade de seu objeto. Foi uma

resposta dos pensadores do direito em face das modificações das relações sociais, políticas e econômicas na sociedade e do surgimento de intensos conflitos de massa, nos quais os interesses manifestados não mais se identificavam com interesses públicos e privados, até então, os únicos reconhecidos pela doutrina jurídica.

Sobre esse movimento, Piva e Oliveira (2015, p. 22) explicam que

A intensidade com que se manifestavam esses interesses difusos proporcionou o surgimento, ainda que forçado, de um modo diferente de administrar o Estado. A defesa da soberania do povo não era reconhecida como tarefa exclusiva do Poder Público, na medida em que grupos representativos da sociedade assumiam o comando de uma espécie de soberania social em face das demandas em massa. A intensa ingerência do pensamento desses grupos sociais na forma de administrar o Estado exigiu que se criasse, no sistema jurídico, meios de tutelar essas manifestações. Havia necessidade de renovação das ideias, e isso ocorreu por meio da utilização de um processo no qual essas ideias foram incorporadas.

Na Espanha, não há previsão a respeito de ações coletivas na Constituição; todavia, na Lei nº 20/1984, que se refere às associações ou grupos com representatividade de seus membros, denominada *Ley General de la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDU)*, há previsão. O Código de Processo Civil espanhol, de 7 de janeiro de 2000, também dispõe sobre a capacidade de as associações serem partes em ações coletivas (Leal, 1998).

Há quem defenda que o *Bill of Peace* foi o embrião das *class actions* americanas, uma vez que seu maior objetivo era impedir a multiplicidade das demandas de massa. Assim, as *class actions* modernas representam a evolução do *Bill of Peace* do século XVII para litígios referentes aos direitos individuais homogêneos (Leal, 1998). As *class actions* foram regulamenta-

das inicialmente em 1842 e alteradas em 1938 e 1966, e tinham como objetivo permitir que fosse levada ao tribunal demanda proposta em favor de um grande número de indivíduos que, por possuírem algum interesse comum, teriam mais facilidade no manuseio do processo e na responsabilização coletiva da parte passiva (Mancuso, 2007).

Em 1842, foi editado um conjunto de regras processuais de equidade, a *Federal Equity Rule 48*, que era aplicado apenas aos procedimentos por equidade. É importante destacar que a *Equity Rule 48* foi substituída pela *Equity Rule 38*, sendo que uma das mais relevantes alterações foi a eliminação da restrição que impedia a extensão subjetiva da coisa julgada aos interessados ausentes do processo judicial (Cavalcanti, 2014). Essas regras estabeleceram que um litígio envolvendo uma grande quantidade de pessoas pode ser processado por meio de representação sem a necessidade da presença individual de todos os interessados, lembrando que a decisão proferida na esfera do processo coletivo não podia prejudicar o direito daqueles que não compareceram a ele (Cavalcanti, 2014).

A principal regra sobre as *class actions* está prevista na *Federal Rule of Civil Procedure 23*, sendo que todos os Estados, com exceção de dois, possuem regras próprias sobre as ações coletivas. A versão original sobre a *Federal Rule of Civil Procedure 23* foi editada pelo Congresso em 1938, sendo que, em 1966, sofreu uma grande reavaliação e revisão, dando formato às *class actions* de hoje (Cavalcanti, 2014).

A respeito das *class actions*, Cavalcanti (2014, p. 11-12) ensina que

Uma das principais características das *class actions* norte-americanas é que elas são processos por representação, ou seja, as demandas coletivas do direito estadunidense nada mais são do que um procedimento em que uma úni-

ca pessoa ou um pequeno grupo de pessoas representam em juízo um grupo maior ou uma classe de pessoas, desde que tenham entre si interesses comuns de fato ou de direito. O cabimento das *class actions*, portanto, é restrito às hipóteses de potencial litisconsórcio multitudinário, em que a reunião de um enorme grupo de pessoas em um único processo causaria dificuldades insuperáveis no que diz respeito a jurisdição e competência. Em outros termos: o cabimento das *class actions* no direito norte-americano só é admissível nas situações em que a reunião de todos os indivíduos lesados em um único processo, formando um litisconsórcio multitudinário, não é recomendável por acarretar obstáculos invencíveis com relação ao trâmite processual.

As *class actions* até hoje desempenham um papel importante, tendo sido ajustadas em 1938 pela regra 23 das *Federal Rules of civil Procedure*. Inclusive, nessa época, foram disciplinadas 3 espécies de *class actions* (*true, hybrid e spurious*) para dirimir conflitos coletivos de pessoas representadas por um único integrante da classe (Piva, 2016). Somente no período moderno e contemporâneo, com o surgimento da democracia no Estado liberal, é que se tem notícia de que as ações populares voltaram a ser usadas pelos cidadãos como mecanismo de proteção dos interesses da coletividade.

As ações coletivas se desenvolveram na Inglaterra, no século XII, no pleito dos interesses metaindividuais. Porém, foi nos séculos XIV e XV que as ações coletivas começaram a ser mais utilizadas, em virtude da organização social e política da época, na qual a família e a igreja destacavam-se.

Na Argentina, somente a partir da década de 1990 é que foi introduzida a defesa dos interesses coletivos no âmbito judicial, com previsões legais estabelecidas nas províncias e na esfera federal. Em 1994, foi introduzido, no artigo 43 da Constituição, o “amparo coletivo”, considerado pela

doutrina como instrumento relevante de defesa de direitos coletivos (Leal, 1998).

No Brasil, os primeiros estudos científicos sobre o tema foram publicados pelos professores José Carlos Barbosa Moreira, Waldemar Mariz de Oliveira Jr. E Ada Pellegrini Grinover, influenciados pela doutrina italiana (Cavalcanti, 2014). Nesse cenário, surgiu, em 1965, a Lei nº 4.717, de 29 de junho, a Lei da Ação Popular, instrumento pioneiro para tutela dos referidos interesses no Brasil, embora, na CLT (1943), já houvesse previsibilidade de instauração do dissídio coletivo perante a Justiça do Trabalho, pelos sindicatos, pela Presidência do Tribunal do Trabalho e pela Procuradoria da Justiça do Trabalho (Ministério Público do Trabalho), o que, indubitavelmente, já constituía, na primeira metade do século XX, uma forma de defesa de interesses transindividuais em juízo.

Entretanto, foi a partir da década de 1970 que aumentou, no Brasil, a preocupação e a consciência a respeito da defesa judicial dos interesses de grupos. Nessa busca alargada da tutela de direitos metaindividuais é que surgiu, em nosso país, a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que tinha por objetivo disciplinar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Em seguida, em 1985, foi publicada a Lei nº 7.347, de 24 de julho, a Lei da Ação Civil Pública, que abarcava as ações que cuidavam da responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor e a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, sendo um grande avanço na tutela coletiva. Porém, foi com a CF/88 que se consagrou a tutela coletiva no Brasil. Em 1990, houve novo avanço, quando publicado o Código de Defesa do

Consumidor, cujo diploma normativo ampliou o objeto da lei de Ação Civil Pública, incluindo qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

Em pouco tempo, o Brasil consagrou a tutela de Ações Coletivas no Mercado Imobiliário (Lei nº 7.913, de 7 de dezembro de 1989), a Lei da Defesa da Ordem Econômica e da Livre Concorrência (Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994), a Lei da Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992), o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741, 1º de outubro de 2003), o Estatuto de Defesa do Torcedor (Lei nº 10.671, de 15 de maio de 2003), o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001), a Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005), entre outras.

Assim, de 2001 a 2014, a proteção a bens difusos e coletivos só foi ampliada, incluindo a ordem econômica, urbanística, honra, dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos, patrimônio público e social. A Lei da Ação Civil Pública, Lei nº 7.347/85, foi um marco das demandas coletivas, importando em uma redefinição das funções jurisdicionais, tendo repercussão sobre o processo que, a partir de então, ficou concebido como instrumento de efetivação de interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos (Piva; Oliveira, 2016).

Nesses termos, a história das ações coletivas desenvolveu-se com a necessidade de institucionalização de conflitos envolvendo comunidades e grupos intermediários, sem a adequada representatividade política e jurídica (Leal, 1998), embora seja possível afirmar que, no Brasil, o nascimento dessas ações deu-se de modo bem diferente, já que foi fruto de uma “revolução” de professores e operadores do direito que, estudando autores estrangeiros, em especial os italianos, passaram a reivindicar um tratamento processual no Brasil de conflitos metaindividuais, apesar de não ter havido

manifestações e pressões visíveis para tal, por falta de consciência político-jurídica dos grupos, justificada tanto pela fragilidade organizacional da sociedade civil brasileira quanto pela repressão política vivida no país durante, pelo menos, duas décadas (Leal, 1998).

Assim sendo, e com base nos ensinamentos de Didier Júnior e Zanetti Júnior (2016), que se inspiraram no anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo do Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário (IBDP) e no Projeto de Lei nº 5.139/09, pode-se afirmar que os princípios que norteiam o processo coletivo são, dentro dos de maior destaque, os seguintes: princípio do devido processo legal coletivo, primazia do conhecimento do mérito do processo coletivo, princípio da indisponibilidade da demanda coletiva, máxima prioridade da tutela jurisdicional coletiva, máxima amplitude ou apiticidade da tutela jurisdicional coletiva.

O devido processo legal coletivo é uma adaptação do princípio do devido processo legal pelo qual se busca assegurar mais eficácia e legitimidade social aos processos coletivos e às decisões judiciais nessa matéria. A respeito dessa releitura do princípio do devido processo legal, Venturi (2007, p. 151) disserta:

Sob tais perspectivas, é possível determinar-se, assim, uma releitura do princípio do devido processo legal, que passa a assumir uma vocação coletiva, daí mensurando-se os contornos do devido processo legal dependente muito mais que da ampliação e desburocratização do aparelhamento judiciário ou de alterações legislativas, do abandono da dogmática em prol da efetividade da prestação da justiça, da compreensão do papel que o Poder Judiciário deve desempenhar na construção do Estado Democrático mediante a afirmação dos direitos individuais e sociais fundamentais não constitui, em absoluto, qualquer subversão. Trata-se apenas de emprestar efetiva vigência a um princí-

pio geral de hermenêutica acentuado por expressa disposição normativa, implementada no ordenamento jurídico brasileiro em 1942, segundo o qual “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

Outro princípio é o da primazia do conhecimento do mérito do processo coletivo. Uma decorrência particular do princípio da instrumentalidade das formas é a valorização do conhecimento no mérito nos processos coletivos, sendo que o processo não é fim em si mesmo, estando voltado para a obtenção da justiça material e de pacificação social.

O Poder Judiciário não pode mais ficar preso a questões formais, muitas delas colhidas em uma filosofia liberal individualista já superada e incompatível com o Estado Democrático de Direito, deixando de enfrentar o mérito (Didier Jr.; Zaneti Jr., 2016). Aliás, o novo Código de Processo Civil acabou consagrando esse princípio em diversos artigos, priorizando o julgamento do mérito nas demandas submetidas ao Judiciário.

O princípio da indisponibilidade da demanda coletiva é outro princípio que norteia o processo civil. Diferentemente do processo individual, no qual está presente a *facultas agendi*, característica do direito subjetivo individual, o processo coletivo é norteado pela ideia da indisponibilidade do interesse público. Essa indisponibilidade não é, contudo, integral, já que há uma *obligatoriedade temperada com a conveniência e oportunidade* para ajuizamento da ação coletiva.

Muitos outros são os princípios que norteiam as ações coletivas, como, por exemplo, a reparação integral do dano. O princípio da não taxatividade e de atipicidade (máxima amplitude) da ação e do processo coletivo também é aplicado ao processo coletivo. Tal princípio tem uma faceta dupla:

ao mesmo tempo que não pode negar acesso à justiça aos direitos coletivos novos (o rol do artigo 1º da LACP é aberto), quaisquer formas de tutela serão admitidas para a efetividade desses direitos, os termos do que prevê o artigo 83 do CDC (“Para a defesa dos direitos e interesses protegidos pelo CDC são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”).

Desse modo, todo e qualquer direito difuso e coletivo pode e deve ser abarcado pelas demandas coletivas. Didier Júnior e Zaneti Júnior (2016) também citam que o princípio do ativismo judicial norteia o processo coletivo, sendo resultante do forte interesse público primário nessas causas, externando-se, entre outros, na presença da *defining function* do juiz, presente nas *class actions* do direito norte-americano. A *defining function* representa as atividades de controle do litígio, por exemplo, desmembrando o processo coletivo, certificando ação coletiva, “flexibilizando” a técnica processual na interpretação do pedido etc.

Não há mais espaço no processo moderno para o “juiz neutro” (expressão com que frequentemente se mascarava a figura do juiz não comprometido com as instâncias sociais), motivo pelo qual todas as leis processuais têm investido o julgador de maiores poderes de impulso (Zaneti Jr.; Garcia, 2011).

Esses são os princípios informativos das ações coletivas, embora não excluam a aplicabilidade de outros princípios constitucionais processuais gerais, como o contraditório, a ampla defesa, o duplo grau de jurisdição, a publicidade, a economia processual, entre outros.

5.3 A Ação Civil Pública e suas características

Em 24 de julho de 1985, foi publicada a Lei nº 7.347, Lei da Ação Civil Pública, uma das espécies de ação coletiva, incorporando de vez, em nosso ordenamento jurídico, um instrumento de defesa de alguns interesses transindividuais. Não há consenso acerca do conceito de Ação Civil Pública; entre inúmeras definições, Leite (2017) a conceitua como sendo o meio constitucionalmente assegurado ao Ministério Público, ao Estado ou a outros entes coletivos autorizados por lei a promover a defesa judicial dos interesses ou dos direitos metaindividuais.

Antes de falar especificamente sobre a Lei, cabe mencionar que, quando foi publicada, houve uma crítica quanto ao nome escolhido. Todavia, a denominação escolhida pela lei teve em mente tornar nítidos o objeto da demanda e seus propósitos. O qualificativo “civil” foi utilizado para deixar claro que, por exclusão, a demanda não compreende a busca por tutela do tipo penal. A seu turno, “pública” foi utilizado em virtude de, inicialmente, se ter tido em mira o objetivo de indicar que a ação seria proposta por uma parte pública, em vista da natureza dos interesses tutelados (Puoli, 2006).

O legislador, ao criar a Ação Civil Pública, teve a preocupação de asseverar expressamente se ocorreu sem prejuízo à existência da Ação Popular, de forma que o sistema brasileiro processual passou, desde então, a conviver com as duas espécies de ação.

No artigo 1º dessa lei, havia a previsão de tutela da responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico e “outros interesses difusos”. Porém, o então Presidente da República, José Sarney, vetou o inci-

so IV, que falava em “outros interesses difusos”, alegando que a expressão era muito ampla e imprecisa. Nesse momento, o dispositivo tornou-se um rol taxativo. Talvez o presidente tenha agido dessa forma porque os direitos difusos ainda não tinham contornos muito definidos, o que trazia insegurança jurídica.

Todavia, em 1990, pela Lei nº 8.078 (Código de Defesa do Consumidor), o inciso IV foi incluído novamente na lei, acrescentando que a LACP também abarcaria qualquer outro interesse difuso ou coletivo. Não há dúvida de que a LACP foi um inegável passo ao progresso, abrindo novos horizontes para que inalienáveis valores socioculturais passassem a ser tutelados perante a Justiça, alargando as lides jurídicas. Mais tarde, outros incisos foram incluídos no rol do que pode ser objeto da Ação Civil Pública no artigo primeiro.

Inúmeros são os direitos difusos e coletivos protegidos. Nessa percepção, não há dúvidas de que a ACP pode tutelar os direitos das pessoas com deficiência no mercado de trabalho. A CF/88 faz referência, no artigo 129, inciso III, aos interesses difusos e coletivos, sem defini-los. Quem tratou de apresentar os parâmetros definidores foi o artigo 81 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor). Contudo, antes de abordar a questão do conceito de direito difuso, é preciso salientar que a CF/88, no artigo 192, III, usa a expressão “interesse”. Já o Código de Defesa do Consumidor fala em “interesses e direitos” no *caput* do artigo 81, e em “interesses ou direitos” nos três incisos do parágrafo único do mesmo artigo. É preciso ter ambos os termos como sinônimos, na medida em que “interesse”, semanticamente, em todos os casos, tem o sentido de prerrogativa, e esta é exercício de direito subjetivo. Logo, direito e interesse têm o

mesmo valor semântico: direito subjetivo ou prerrogativa, protegidos pelo sistema jurídico (Nunes, 2005).

Nesses termos, no presente estudo, serão usados os termos “interesses difusos” e “direitos difusos” como sinônimos. Há, de um lado, os interesses privados, individuais, e, de outro, os interesses metaindividuais, os quais excedem a órbita de atuação individual, para se projetarem na ordem coletiva. Dentro desses interesses encontram-se os coletivos e difusos. Parte da doutrina entende que os termos “coletivo” e “difuso” são sinônimos, ou então, se for levado em conta que há diferença, ela é tão pequena que não justificaria uma distinção. Outra parte defende que são termos opostos, com sentido e amplitude diferentes (Mancuso, 2013). No entanto, em que pese a divergência doutrinária, o direito positivo consagrou a distinção: tanto na CF/88 como na Lei de Ação Civil Pública, há a distinção entre os conceitos. No mesmo caminho, segue o Código de Defesa do Consumidor, a Lei dos Juizados Especiais da Fazenda Pública e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Mancuso (2013) ensina que os interesses são agrupados em planos diversos de titularização, sendo organizados pelo critério de sua atribuição a um número maior ou menor de sujeitos concernentes. Nessa linha de pensamento, o autor trata da evolução dos referidos interesses, desde os individuais, que são suscetíveis de captação e fruição pelo indivíduo, passando pelos interesses sociais, chegando aos coletivos, que excedem as esferas anteriores, mas se restringem a valores concernentes a grupos sociais ou categorias bem definidas. O próximo grau, conforme faz referência o autor, seriam os difusos (Mancuso, 2013).

Na escala crescente da coletivização, Piva (2000, p. 37), seguindo as orientações de Mancuso, define:

- 1) Interesses individuais - são os interesses do indivíduo considerado isoladamente;
- 2) Interesses “sociais” - são interesses das pessoas jurídicas;
- 3) Interesses “coletivos” - são os interesses referidos a valores de categorias e grupos sociais bem definidos;
- 4) Interesses públicos ou gerais - são os interesses da coletividade representada pelo Estado. Tais interesses são indicados através de expressões como *bem comum*, *saúde pública*, *segurança pública* etc.
- 5) Interesses difusos - são interesses que “excedem” os públicos por conta de seu alto índice de desagregação. Eles se referem a valores cujos contornos não estão acabados, como, por exemplo, a “qualidade de vida”. São interesses de conteúdo fluido, que ainda não se aglutinaram em torno de grupos institucionalizados.

De acordo com o artigo 81, I, do Código de Defesa do Consumidor, os interesses difusos são os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. Doutrinariamente, Nery Júnior e Nery (2014, p. 1112) conceituam interesses difusos como:

Em linhas gerais, podemos dizer que os interesses difusos são aqueles que não se personalizam, vale dizer, que não têm um titular determinado, mas sim dizem respeito a toda uma coletividade ou sociedade, tendo como centro a qualidade de vida. Assim, seriam difusos o direito à informação, à saúde pública, ao meio ambiente, os direitos do consumidor, etc.

Sendo assim, pode-se afirmar que os direitos difusos são aqueles que não encontram apoio em uma relação de base bem delimitada, reduzindo-se o vínculo entre as pessoas a fatores genéricos, a dados de fato aci-

dentais ou mutáveis, como consumir o mesmo produto, morar na mesma região, ser atingido pela poluição do ar de um determinado local etc.

A proteção dos interesses difusos não ocorre em função de vínculos jurídicos; a indivisibilidade não decorre de relações jurídicas, mas da própria natureza dos interesses, de forma que não é possível haver satisfação de apenas alguns interessados, mas de sua totalidade.

Os interesses difusos são, então, uma categoria diferenciada das demais que têm tratamento normativo diverso e de acordo com sua essência, que é a qualidade de vida das pessoas. A notável extensão do objeto e a indeterminação dos sujeitos não permitem que se exija um grau elevado de coesão nos interesses difusos. Pode ser que exista um conflito de interesses considerável, e, por isso, a responsabilidade do juiz é tão grande.

O juiz pode esbarrar, em determinado caso, em um conflito de interesses públicos de difícil solução, a exemplo da construção de uma rodovia local em que a flora e a fauna poderão ser prejudicadas. Caberá a ele sopesar, ponderadamente, os valores sob exame e proceder a uma opção, sem dúvida, imbuído de certa discricionariedade. Deverá tomar a decisão que possa atingir o fim público da melhor forma, à luz dos preceitos constitucionais insculpidos no artigo 225 e parágrafos da CF, em conjunto com os demais incidentes na matéria (Jukovsky, 2000). Desse modo, é possível afirmar que os interesses difusos são metaindividuais e que, não tendo atingido o grau de organização necessário a sua afetação institucional em uma determinada coletividade, estão dispersos pela sociedade civil como um todo.

O nascimento dos direitos difusos confunde-se com o nascimento da vida do homem em sociedade. Os interesses difusos emergiram, naturalmente, do plano da mera “existência-utilidade”. Já no direito romano, é pos-

sível encontrar traços de proteção aos direitos difusos e coletivos por meio das *actiones populares*, que eram ações de natureza privada, para tutelar direito do povo, e estavam previstas no Digesto, 47, 23, 1: “*Eam popularem actionem dicimus, quae suum ius Populi tuetur*”. Qualquer cidadão de Roma podia propor ação em seu nome para pleitear direito alheio. Aliás, o termo “difuso” significava para os romanos os direitos públicos que tinham como titular não o povo considerado como entidade, mas cada um dos participantes da comunidade (Smanio, 2000).

Todavia, em relação aos processos coletivos, nos moldes atuais, são provenientes de muito tempo depois, da Inglaterra do século XII, que tratavam dos conflitos envolvendo uma comunidade (aldeões) de um vilarejo contra os senhores (*Lords*) por problemas relativos à administração e à utilização das terras nos feudos; fiéis (*parishers*) disputando o pagamento de dízimos com os párocos; corporações (*guilds*) questionando o pagamento de tributos ou arrendamentos impostos pela autoridade local ou pelo senhor (*Lord*) (Leal, 1998).

Entretanto, a maior parte da doutrina prefere localizar os antecedentes da moderna ação coletiva no século XVII, como uma variante do *Bill of Peace*. O *Bill* era uma autorização para processamento coletivo de uma ação individual e era concedida quando o autor requeria que o provimento englobasse os direitos de todos que estivessem envolvidos no litígio, tratando a questão de maneira uniforme, evitando a multiplicação de processos (Leal, 1998).

Pode-se afirmar que foi na Revolução Industrial que os direitos difusos desabrocharam de fato, pois foi nessa época que se percebeu que os

valores tradicionalmente individualistas não sobreviveriam frente ao clamor da sociedade de “massa”.

Sabe-se que, em uma sociedade globalizada, não há lugar para o homem enquanto indivíduo isolado, já que ele é tragado, de um lado, pelo Estado, incansável fábrica de normas, e, de outro, pelos grandes grupos e incorporações que dominam a sociedade. Não há grandes preocupações com as situações jurídicas individuais, e as pessoas passam a ser encaradas como grandes grupos, são padronizadas.

Além da Revolução Industrial, quando ocorreu a massificação da sociedade, pode-se dizer que o sindicalismo também contribuiu para o surgimento dessa “ordem coletiva”, já que os conflitos deixaram de ser entre empregado e empregador e passaram a ser da categoria profissional como um todo (Mancuso, 2013).

A passagem dos interesses coletivos em sentido estrito aos interesses propriamente difusos ocorreu nas últimas cinco décadas, com uma ampliação dos direitos humanos de modo a abranger não apenas o direito de apenas uma pessoa determinada, mas para atingir os interesses de grupos integrados por uma pluralidade de pessoas indeterminadas, ainda que vinculadas por um mesmo interesse comum. Passou-se a entender que os bens coletivos, sem dono específico, constituem matéria-prima de uma vida comunitária estável e sadia, a serem juridicamente protegidos. A tais valores sociais que são, a um mesmo tempo, peculiares a todo um grupo social e a cada qual de seus membros, consagrou-se o qualificativo de direitos difusos, que passam a merecer a proteção da lei (Souza, 2013).

A sociedade passou por uma intensa transformação, fazendo com que os interesses individuais perdessem muito espaço para os coletivos e,

mais tarde, para os difusos, que cuidam dos direitos baseados na indeterminação do sujeito. Apesar de não serem em maior número, representam uma parte significativa das demandas judiciais atuais.

Feita essa breve introdução histórica a respeito dos direitos difusos, e combinando-a com os conceitos dados anteriormente, pode-se reconhecer como características dos interesses difusos, de acordo com a doutrina de Mancuso (2013), a indeterminação do sujeito, a indivisibilidade do objeto, a intensa conflituosidade, e a duração efêmera, contingencial.

Destarte, não há dúvidas de que o direito das pessoas com deficiência à inserção no mercado de trabalho é difuso. A indeterminação dos sujeitos fica caracterizada porque as pessoas com deficiência que poderiam estar trabalhando pertencem a um conjunto indeterminado ou dificilmente determinável, não se referindo a pessoas específicas, pertencentes a determinados grupos.

As pessoas com deficiência que podem ser inseridas no mercado de trabalho estão ligadas por uma circunstância de fato (possuir algum tipo de deficiência e ser brasileiro ou estrangeiro residente no país), e não por alguma relação jurídica ou contratual. A indivisibilidade do direito difuso significa que ele é insuscetível de partição em quotas atribuíveis a pessoas ou a grupos preestabelecidos; é uma espécie de comunhão, tipificada pelo fato de que a satisfação de um só implica, por força, a satisfação de todos, assim como a lesão de um só constitui, *ipso facto*, lesão da coletividade inteira.

Desse modo, as pessoas com deficiência têm o direito fundamental à inclusão no mercado de trabalho, uma vez que a ocupação laboral, indubitavelmente, contribui para a melhora e para o desenvolvimento da autoestima e da confiança. Seu papel é o de proporcionar aprendizagem,

crescimento, transformação de conceitos e atitudes, aprimoramento e remuneração, garantindo às pessoas com deficiência a dignidade humana.

A conflituosidade marcante deriva basicamente da circunstância de que as pretensões metaindividuais, como a inserção da pessoa com deficiência no mercado de trabalho, não têm por base um vínculo jurídico definido, mas têm origem em situações de fato contingentes. Portanto, o direito de inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho é um direito difuso, que está sendo desrespeitado pela discriminação excessiva das pessoas/empresas, pela ausência de vontade dos setores privado e público, de investimento na educação como fator libertador de determinados paradigmas, entre outras razões.

Nesse sentido é o entendimento de Maranhão (2005, p. 124), que afirma a proteção desses direitos ocorrer

[...] quando o que se busca é que o empregador pare com a prática constante de discriminar todo e qualquer portador, o que ocorre quando não se cumpre a quota de admissão obrigatória sem um motivo justo. Nesse caso, os sujeitos beneficiários são indeterminados, porque serão admitidos quaisquer portadores de deficiência (desde habilitados, ou reabilitados), de acordo com o artigo 93 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, não há vínculo jurídico entre eles, a lesão não é fixa no tempo (cada vez que o empregador descumpra a quota a lesão se perpetua) e os direitos são não só transindividuais, mas também indivisíveis.

Dessarte, o direito de inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho é um direito difuso e merece tutela em todas as ocasiões em que não for respeitado. Toda prática contrária à efetivação desse objetivo deve ser combatida com veemência. Inúmeras são as formas de discrimina-

ção que as pessoas com deficiência sofrem na vida cotidiana, em especial as relacionadas à inclusão no mercado de trabalho.

Estamos integrados em uma sociedade que pretende ver observado o postulado de trabalho com dignidade e qualidade de vida, mas que não coloca em prática as ações para concretização desse objetivo. A inserção no mercado de trabalho, nos dias atuais, não é fácil para ninguém; o alto nível de desemprego, somado aos altos encargos sociais, as altas taxas de juros, a globalização da economia, entre outros fatores, faz com que as exigências sejam cada vez maiores, que o trabalhador seja cada vez mais qualificado, que tenha formação básica sólida, que seja mais criativo, mais versátil e mais disponível para a empresa. Por esse prisma, a dificuldade de inserção das pessoas com deficiência torna-se cada vez maior, porque, além de todos os fatores citados, ainda há o fato de essas pessoas carregarem nos ombros séculos de preconceito de uma sociedade que não se esforça para efetivação dos direitos que lhes correspondem.

Essa cultura excludente vem de longe e até hoje ainda subsiste na sociedade. Em 1991, há 26 anos portanto, quando foi publicada a Lei de Cotas, já se tentava resolver o problema da inclusão das pessoas com deficiência. Após dez anos da publicação da Lei, Pastore (2000), ao pesquisar sobre o número total de pessoas com deficiência no Brasil trabalhando, percebeu que nada tinha mudado, demonstrando, em pesquisa realizada, que apenas 2% do total de pessoas com deficiência trabalhava com carteira assinada ou de forma autônoma com as devidas proteções da seguridade social (Pastore, 2000).

Em 2013, Miranda e Dias (2013), médicos e auditores do trabalho, também publicaram um estudo apresentando dados importantes sobre o

assunto: dos 16 milhões de pessoas com algum tipo de deficiência no Brasil, 9 milhões estão com idade para o trabalho, mas apenas 2% estão inseridas no mercado. Os autores demonstraram, também, que esse percentual em países mais avançados atinge ente 30% e 45%.

No Brasil, o espaço de trabalho legal é muito limitado. Não deveria ser assim, pois, afinal, apenas 2 milhões de portadores de deficiência em idade de trabalhar possuem limitações mais severas e de difícil solução através de acomodações de baixo custo. Cerca de 7 milhões possuem limitações que, com acomodações razoáveis do ambiente do trabalho, da arquitetura e do transporte, teriam condições de trabalhar de forma produtiva. No entanto, a maior parte desse universo, nas pesquisas domiciliares, se considera como fora do mercado de trabalho (Pastore, 2000, p. 75-76).

O problema é concreto. As poucas pessoas com deficiência que trabalham estão empregadas em cargos de menor importância, sendo segregadas no próprio ambiente laboral, o que gera grandes distúrbios psicológicos. Assim, ainda que a pessoa com deficiência trabalhe, ela continua não inserida adequadamente no mercado de trabalho, pois é ignorada pelo empregador e por seus pares. Essa subutilização do trabalho atenta contra a dignidade do empregado deficiente, dado que produz discriminação ainda maior no âmbito das relações trabalhistas.

Sobre a segregação encontrada dentro do próprio ambiente de trabalho, Vasconcelos (2015), que trabalha em uma organização voltada à preparação de equipes de empresas que desejam incluir pessoas com deficiência, divulgou um estudo em que mostra a marginalização e a segregação que esses empregados sofrem dentro da própria empresa.

Entramos na empresa e não vemos uma pessoa com deficiência trabalhado nos departamentos. Aí, abrimos uma

porta no fundo do corredor e vemos 20 pessoas com deficiência trabalhando. “Aqui, estamos cumprindo os 2%”, eles dizem. Mas o dia a dia dessas pessoas é de segregação. Tratada como coisa, essa pessoa não se sente parte da empresa (Vasconcelos, 2015).

A realidade é complicada. A maioria das pessoas com deficiência não consegue arrumar um posto de trabalho, e as que conseguem não se sentem incluídas porque são segregadas pela própria empresa, que realiza a contratação somente para evitar as penalidades legais do não cumprimento da Lei de Cotas.

Marcelo Neves (2007) discute o assunto com propriedade quando explica sobre legislação simbólica. A legislação simbólica terá lugar quando a vigência social da norma legal, ou seja, a sua função de congruente generalização de expectativas normativas, é prejudicada, quando deixa de fortalecer determinadas expectativas. Nessa situação, para o autor, quando o texto legal não é capaz de orientar ou assegurar as expectativas normativas, faltar-lhe-á normatividade, faltar-lhe-á eficácia normativa e vigência social.

Diante da grande taxa de desemprego que assola o país e desse tratamento de segregação, não é raro encontrar pessoas com deficiência que optam pelo benefício da prestação continuada (BPC), instituído pela LOAS, em vez de buscar um emprego, haja vista que o benefício é certo para toda a vida, e o emprego está sujeito às variações do mercado.

Porém, o que as pessoas com deficiência não percebem, até por conta da cultura de discriminação sob a qual sempre viveram, bem como os empregadores, é que a pessoa com deficiência de fato incluída no mercado de trabalho viverá com muito mais dignidade. Como já mencionado, a pessoa com deficiência que trabalha tem sentimentos de alegria, felicidade e

bem-estar, seja no aspecto social, seja no profissional, já que o bem-estar no trabalho se relaciona ao sentimento da valorização humana depositada na relação jurídico-laboral que reduz o estigma social de incapacidade de tais pessoas, transformando sua vida e de sua família.

Além disso, falta o mercado de trabalho brasileiro abraçar o ideal da responsabilidade social das empresas, pois tanto o governo como as empresas não conseguem desenvolver centros de treinamento suficientemente adequados para preparar as pessoas com deficiência para o mercado de trabalho; não estão preparando nem as pessoas, nem as empresas.

Vários são os argumentos usados para justificar a falta de inclusão das pessoas com deficiência no mercado: falta de ajustamento da estrutura física da organização; grau de risco de acidentes elevado no ambiente de trabalho; falta de preparação do nível de gestão para lidar com as diferenças; alto custo com manutenção de profissionais especializados em desenvolver os profissionais com deficiência; falta de habilidade dos colegas de trabalho para receber as pessoas com deficiência; dificuldade na mobilidade urbana para chegar ao local de trabalho; entre outros.

Não obstante, muitos desses argumentos são inconsistentes; por exemplo, a alegação de que as pessoas com deficiência não têm capacitação, devido ao baixo nível de escolarização. Tal informação não é verdadeira, pois, cruzando os dados fornecidos pelo último Censo, de 2010 (IBGE, 2012), considerando os indicadores de alfabetização e escolarização até o nível superior completo, a situação dos trabalhadores com deficiência não é muito diferente da dos não deficientes (Tabelas 4 e 5).

Tabela 4 - Nível de instrução das pessoas com pelo menos uma deficiência no Brasil

SEM INSTRUÇÃO OU COM FUNDAMENTAL INCOMPLETO	FUNDAMENTAL COMPLETO E MÉDIO INCOMPLETO	MÉDIO COMPLETO E SUPERIOR INCOMPLETO	SUPERIOR COMPLETO	NÃO DETERMINADO
61,1%	14,2%	17,7%	6,7%	0,4%

Fonte: IBGE (2012).

Tabela 5 - Nível de instrução das pessoas sem deficiência no Brasil

SEM INSTRUÇÃO OU COM FUNDAMENTAL INCOMPLETO	FUNDAMENTAL COMPLETO E MÉDIO INCOMPLETO	MÉDIO COMPLETO E SUPERIOR INCOMPLETO	SUPERIOR COMPLETO	NÃO DETERMINADO
50,2%	17,3%	23,4%	8,31%	0,5%

Fonte: IBGE (2012).

Analisando os dados, verifica-se que o argumento de que falta qualificação às pessoas com deficiência para justificar a não contratação é falho, visto que a diferença de grau de qualificação em relação aos não deficientes é muito pequena. Por que as pessoas não deficientes conseguem trabalhar mesmo sem qualificação, e aquelas com deficiência, não?

Deve ser lembrado sempre que cabe às empresas entender seu papel social na qualificação das pessoas com deficiência. Esse papel não é só do Estado. Oliveira (2011, p. 27) defende o papel de responsabilidade da empresa no processo inclusivo do trabalhador com deficiência:

Considerando os dados apresentados, não se pode afirmar que o não cumprimento da lei de cotas é resultado da ausência de mão de obra qualificada para todas as atividades. Existem pessoas com deficiência disponíveis no mercado

de trabalho, com qualificações muito distintas daquelas das pessoas sem deficiência. Cabe às empresas, então, a responsabilidade de encontrar essas pessoas e, uma vez contratadas, promover a capacitação e o treinamento de seus trabalhadores em suas áreas específicas de atividade. O custo do treinamento de um trabalhador por atividade específica da empresa é de sua responsabilidade, dado que esse valor é internalizado em sua estrutura de custos e repassado para os preços dos bens e serviços que produz. Por isso interessa à empresa treinar e capacitar seus empregados, a fim de aumentar a produtividade dos trabalhadores.

Outro argumento com que as empresas justificam a não contratação das pessoas com deficiência é o de que não há pessoas interessadas nas vagas destinadas às cotas das empresas. Tal justificativa deve ser analisada sob várias ópticas. Realmente, às vezes, não aparecem pessoas com deficiência interessadas na ocupação da vaga. Todavia, isso ocorre, como visto, porque essas pessoas não estão acostumadas a ser incluídas no mercado de trabalho. Além disso, quando as vagas são ofertadas, são em subempregos, e a empresa não faz nenhuma questão de realizar a efetiva inclusão, estando preocupada apenas em cumprir a cota para evitar a aplicação de penalidade. Nessa situação, as pessoas com deficiência acabam preferindo o BPC da LOAS a arriscar-se em um mercado de trabalho discriminatório.

Se a inclusão fosse efetiva, é certo que as pessoas com deficiência prefeririam trabalhar e ganhar seu próprio sustento, ganhando junto dignidade, como todo trabalhador. Contudo, da maneira como vem sendo realizada, o trabalhador deficiente, que é contratado pela empresa apenas porque ela quer afastar a multa prevista na Lei de Cotas, sente-se como um fardo para a empresa, e, por isso, muitas vezes, faz a opção pelo BPC.

A empresa que descumpre a Lei de Cotas sempre embasa sua ilegalidade no fato de não encontrar pessoas com deficiência qualificadas. Essa falácia não pode ser aceita. Grandes empresas têm vários postos de trabalho, dos serviços altamente técnicos e especializados, aos mais simples e que requerem pouca qualificação; logo, não é crível que elas não encontrem o mínimo exigido pela lei de pessoas com deficiência para ocupar os postos de emprego.

Como já demonstrado, pelas estatísticas do IBGE (2012), é muito pequena a diferença de grau de qualificação entre as pessoas sem deficiência e aquelas com no mínimo uma. Como as empresas encontram pessoas sem deficiência para as vagas disponíveis? Talvez falem pessoas com alto grau de especialidade técnica, como ocorre também para as pessoas que não têm deficiência, mas tal fato não justifica a falta de inclusão dessas pessoas no mercado de trabalho.

A respeito do assunto, o Ministério do Trabalho e Emprego, ao analisar as razões da criação da Lei de Cotas no Brasil, entende que as empresas têm responsabilidade na capacitação e na preparação das pessoas com deficiência para o mercado de trabalho:

As empresas devem, assim, cumprir a lei em questão, esforçando-se para implantar programas de formação profissional, flexibilizando as exigências genéricas para a composição de seus quadros, de modo a, objetivamente, abrir suas portas a esse grupo social em evidente estado de vulnerabilidade (Brasil, 2007. p. 12).

Para que as empresas consigam atingir esse objetivo, o Ministério do Trabalho e Emprego propõe que as empresas privadas façam um trabalho conjunto com as organizações não governamentais, como o Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (Senai) e o Serviço Nacional de Aprendizagem

gem Comercial (Senac), por exemplo, que detêm conhecimentos suficientes para desenvolver as potencialidades das pessoas com deficiência, em prol de sua profissionalização, mencionando leis que favorecem ações nessa direção, como a Lei nº 11.180, de 23 de dezembro de 2005, que possibilita a formalização de contratos de aprendizagem para pessoas com deficiência, sem limite máximo de idade, além de outras possibilidades (Castro, 2016).

Desse modo, as simples justificativas das empresas para o não cumprimento das cotas, como a falta de profissionais com deficiência qualificados, não excluem a responsabilidade social que lhes cabe. Não é só o Estado que deve ser responsável pela criação e pelo desenvolvimento de meios e facilitadores das pessoas com deficiência para o mercado de trabalho, mas também as empresas.

No entanto, o que se percebe é que o Poder Judiciário vem flexibilizando demais a aplicação e a efetividade da Lei de Cotas, o que contribui para a continuidade da exclusão e discriminação das pessoas com deficiência. Em muitas ações, o TST decidiu por excluir a multa aplicada à empresa pelo não cumprimento da Lei de Cotas, aceitando o argumento de que não apareceu nenhum interessado para a vaga (Processo: AIRR – 220600-66.2007.5.02.0023; Processo TST-RR-505-7.2012.5.19.0007; Processo nº TST-E-ED-RR-658200-89-2009.5.09.0670. SDI-1. Brasília, DF, maio 2009).

Essa lógica perversa das grandes empresas que está adentrando o Judiciário evidencia somente que o direito de inclusão no Brasil está longe de ser efetivado, pois envolve valores e ideias arraigados no desenvolvimento de internalização dos direitos humanos que ainda não foram efetivamente incorporados pela sociedade brasileira, principalmente pelos detentores do poder econômico e da iniciativa privada. Não é possível continuar aceitando

tal postura; a sociedade deve mudar, e, enquanto não ocorrer tal mudança, não se poderá falar em inclusão efetiva e respeito à dignidade humana das pessoas com deficiência. “[...] os destinatários da norma somente estarão motivados suficientemente para a obediência quando tiverem internalizado os valores incorporados nas normas” (Habermas, 2010, p. 31).

Não há dúvida de que a inclusão das pessoas com deficiência é difícil; porém, não se pode parar de lutar por sua efetividade sob a justificativa da dificuldade. As pessoas com deficiência desejam ser incluídas no mundo do trabalho e nele permanecer e progredir. Diante desse quadro, o Poder Público tem a obrigação de desenvolver com efetividade um processo de formação e de qualificação profissional para essas pessoas, a fim de romper as barreiras e facilitar a inclusão no mercado formal de trabalho.

O Poder Judiciário também tem a obrigação de efetivar essa inclusão, não decidindo de modo contrário aos fins propostos na CF/88, enfraquecendo a Lei de Cotas que, por si só, já é cheia de falhas e não atende à realidade brasileira. Quando a inclusão efetiva ocorrer, os ganhos serão concretos para toda a sociedade, em especial para as pessoas com deficiência, que ganharão autonomia, desenvolvimento humano, qualidade de vida e igualdade de oportunidades, desenvolvimento dos ideais da inclusão e dos valores das normas de proteção, e passarão a ser incluídas voluntariamente nas empresas, invertendo, inclusive, a lógica perversa do mercado (Castro, 2016).

Diante dessas colocações, percebe-se que a pessoa com deficiência sofre muito com a discriminação dos agentes contratantes: ou as empresas não contratam, ou, se contratam, não fazem a devida inclusão, isolando a pessoa com deficiência na empresa, excluindo-a no ambiente laboral e não

a qualificando. Entretanto, há um problema ainda pior que esse: a situação fica mais complicada quando se verifica que a maioria dos municípios brasileiros não oferece vagas suficientes de trabalho para as pessoas com deficiência, mesmo dentro das cotas.

Muitas cidades têm poucas empresas com mais de cem empregados, o que limita sobremaneira a inclusão do trabalhador com deficiência no mercado. Sabe-se que a falta de educação e de conscientização inclusiva da sociedade faz com que haja muita discriminação em relação às pessoas com deficiência. Portanto, não há contratação por parte das empresas se as cotas já estiverem preenchidas ou se elas não se enquadrarem na obrigatoriedade legal de contratação.

A propósito, foi desenvolvido um projeto de pesquisa na Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS), registrado sob o nº 1352/2015, na Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação (PROPP), sobre inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho no município de Naviraí/MS. Nesse projeto, verificou-se que há poucas empresas que se encaixam na Lei de Cotas na cidade e que nem todas cumprem a legislação ofertando vagas para pessoas com deficiência. Além disso, também foi verificado que há um número bem maior de empresas que possuem entre 50 e cem empregados, mas nenhuma delas oferece vaga de trabalho para pessoas com deficiência.

Portanto, com o projeto, percebeu-se que a abrangência da Lei de Cotas no município é muito pequena, e que, se a lei fosse aplicada para empresas com menos de cem empregados, teria mais eficácia. Além disso, também restou comprovado que as empresas só contratam pessoas com

deficiência porque são legalmente obrigadas, comprovando a existência do preconceito e da falta de inclusão.

Assim, como a pessoa com deficiência faz para ser contratada se as vagas das cotas estão preenchidas? Como é possível a inclusão no mercado de trabalho, se, no município, existem poucas empresas com mais de cem empregados?

Na seção quatro deste livro, demonstrou-se que quase 7% dos municípios brasileiros não são abarcados pela Lei de Cotas, pois não possuem empresa com mais de cem empregados, embora haja, na população, pessoas com deficiência. Além disso, também ficou comprovado que, dos municípios que possuem empresas com mais de cem empregados, apenas 29,4% possuem mais de duas empresas, ou seja, em mais de 70% dos municípios brasileiros, ou não existem vagas para pessoas com deficiência, ou existem até 5 vagas.

A situação piora se a análise for feita por região, como também já foi demonstrado na seção anterior do trabalho. Por exemplo, os três estados que mais têm pessoas com deficiência no Brasil (Rio Grande do Norte, Paraíba e Ceará) são aqueles onde menos há postos de trabalho dentro das cotas. Por exemplo, na Paraíba, 90,1% dos municípios não possuem mais de duas empresas com mais de cem empregados. Como se dará a inclusão das pessoas com deficiência nesse estado, se a Lei de Cotas não tem efetividade alguma?

Portanto, verifica-se que, nos locais onde as pessoas com deficiência deveriam ter mais acesso ao emprego, porque são em maior número, a dificuldade é ainda maior.

Tal cenário revela que os fundamentos da República, quais sejam, a dignidade humana e o valor social do trabalho, não estão sendo obedecidos. Não se pode aceitar uma situação como essa; os operadores do direito, por meio do Poder Judiciário, têm o dever de mudar essa situação fática, ajudando na efetivação de direitos. O Poder Judiciário tem o dever constitucional de garantir o cumprimento dos direitos fundamentais sem importar desrespeito ao princípio da separação dos poderes, dado que é sua função típica a realização e a defesa do ordenamento jurídico. O Estado Democrático de Direito não comporta mais uma postura omissa e passiva do Poder Judiciário, que passou de um poder distante da realidade social para um efetivo coautor na construção do futuro da sociedade.

Não há dúvidas de que uma solução deve ser encontrada para o problema da inclusão efetiva das pessoas com deficiência no mercado de trabalho, cobrando dos operadores do direito e do Poder Judiciário uma postura mais politizada, garantidora da eficácia dos direitos fundamentais sociais. Se assim não for feito, não poderá se falar em concretização de direitos constitucionais fundamentais às pessoas com deficiência e, nesse caso, seguindo a teoria de Neves (2007), estar-se-á frente não só de uma legislação simbólica, mas também de uma constitucionalização simbólica.

O termo “constitucionalização simbólica” refere-se à discrepância entre a função hipertroficamente simbólica, excesso de disposições carentes de aplicabilidade, e a insuficiente concretização jurídica de diplomas constitucionais. Um dos elementos que se destacam dentro dessa teoria é a lei simbólica, ou legislação-álibi, sendo necessário para sua compreensão o próprio entendimento de símbolo que, para Neves (2007), é aquilo que

representa tudo e nada ao mesmo tempo, devido a tamanha ambiguidade e acepção da palavra.

“Constitucionalização simbólica” descreve a constituição como uma estrutura híbrida do direito e da política. Nesse panorama, surge uma via de prestações recíprocas entre esses dois sistemas sociais autônomos, Política e Direito, pois eles possibilitam uma solução jurídica do problema de autorreferência do sistema político e, inerentemente, uma solução política do problema de autorreferência do sistema jurídico.

Definida, portanto, a legislação simbólica como aquela em que, em razão da prevalência da dimensão política-ideológica, há um déficit de concreção normativa, Neves (2007) propõe uma tipologia tricotômica que, em seu entendimento, seria expressiva de seu conteúdo. Nessa senda, a legislação simbólica serviria para confirmação de valores sociais, demonstração da capacidade de ação do Estado (legislação-álibi, na qual se cria uma imagem favorável do Estado no que concerne à resolução de problemas sociais), e como fórmula de compromisso dilatório, caracterizado pelo adiamento de solução de conflitos (Neves, 2007).

Os políticos, no anseio de serem reeleitos e se manterem no cargo, buscam a elaboração de leis que vão ao encontro dos anseios de seus eleitores, mas que, por falta de técnica e conhecimento, acabam não sendo adequadas. Depois, com o argumento de que o período do mandato não corresponde ao tempo hábil para que a lei surta seus efeitos teleológicos na sociedade, o político induz o eleitorado a colocar em segundo plano a importância da concretização das leis por ele criadas. Em razão da insatisfação da população por não ver sair do papel aquilo que poderia resolver muitos de seus problemas, a atuação afirmativa do legislador é utilizada como álibi

para abrandar o descontentamento do povo diante do Estado, que se torna figura idônea e legitimada não pelo desenvolvimento social em todas as suas concepções, mas pelas “boas intenções”, inserindo leis falaciosas no ordenamento jurídico, abarrotando-o de forma reprovável e despienda.

Assim, a legislação simbólica se caracteriza por ser normativamente ineficaz, podendo trazer efeitos de difícil previsão. Permitir que a Lei de Cotas seja aplicada somente nos moldes previstos inicialmente pelo legislador é permitir que alguns comandos constitucionais passem a não ter possibilidade de concretização, figurando como letra morta no sentido normativo-jurídico, resultando, por consequência, em mera retórica, em um alibi, sendo um fator de promoção de desconfiança e de descrédito do próprio Estado.

A insuficiente concretização normativa do texto constitucional, no qual todas as instituições referidas são proclamadas, é um sintoma de incapacidade do sistema jurídico de responder às exigências de seu ambiente. Nesse caso, segundo Neves (2007, p. 161),

[...] o texto constitucional atuará basicamente como figura de retórica política, já que não se desenvolverá como instância de reflexividade que possibilite a autonomia do Código “lícito/ilícito” diante de outros códigos-diferença, especialmente o político (“poder/não poder”) e o econômico (“ter/não ter”), ou seja, uma vez que não se realiza como Constituição no sentido moderno do Estado de direito.

Desse modo, a constitucionalização simbólica diz respeito a um contexto de impossibilidade socialmente condicionada de concretização normativa do texto constitucional; exatamente o que acontece com as pessoas com deficiência, que não conseguem efetivar direitos constitucionais fundamentais por não existir uma Lei de Cotas adequada à realidade brasileira.

Diante de tudo isso, não há dúvida de que alguma solução deve ser encontrada. O ideal, como já foi dito, seria a alteração legislativa, de modo que a obrigatoriedade de contratação de pessoas com deficiência para as empresas com mais de cem empregados fosse alterada para empresas com mais de 50 empregados, por exemplo, como já previsto em muitos projetos de lei em andamento. Não há como manter a Lei de Cotas do modo como está, uma vez que, em muitos municípios, não há empresas com a quantidade mínima de empregados exigida, o que tem tendência de piorar com a recente Lei nº 13.467/17.

Outra solução possível para o problema seria a propositura de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, já que o legislador não agiu adequadamente quando tinha o dever de fazê-lo. A ADO poderia ser interposta frente à Lei de Cotas como sendo uma omissão inconstitucional parcial, ou seja, a Lei de Cotas está sendo insuficiente para garantir o direito ao trabalho das pessoas com deficiência.

Ainda, há alternativa da interposição de Mandado de Injunção, requerendo a supressão da omissão constante na Lei de Cotas, exigindo que seja aplicada às empresas menores, levando em consideração que, nos municípios em que não há grandes empresas, as pessoas com deficiência não estão conseguindo efetivar, entre outros, o direito fundamental ao trabalho.

Todavia, ao que parece, nenhuma dessas alternativas têm, em pouco espaço de tempo, chance de se efetivar. Como já mencionado, o artigo de lei que fazia previsão da obrigatoriedade de contratação de pessoas com deficiência para empresas com mais de 50 empregados foi vetado pela ex-presidente Dilma Rousseff, quando o Estatuto da Pessoa com Deficiência

foi aprovado. Os demais projetos de lei estão parados no Congresso, sem qualquer previsão de concretização.

Quanto à Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e ao Mandado de Injunção, aparentemente, também têm poucas chances de resolver o problema de maneira célere, já que, mesmo sendo julgados procedentes, ainda haveria a espera do Poder Legislativo em tomar providência e elaborar uma nova Lei de Cotas. Como sabemos, o histórico brasileiro do Poder Legislativo em cumprir as determinações do Judiciário não é dos melhores.

Portanto, alguma outra solução deve ser encontrada até que a Lei de Cotas seja alterada e abranja empresas com menos de cem empregados. É nesse sentido que o presente estudo vem apresentar a Ação Civil Pública como solução para garantir a efetivação do direito fundamental ao trabalho das pessoas com deficiência que residem em municípios que não possuem grandes empresas. A Ação Civil Pública, nesse caso, se mostra o instrumento processual idôneo e adequado a exigir do intérprete a efetivação dos direitos fundamentais desse grupo de vulneráveis que são os trabalhadores com deficiência, por contemplar todas as exigências legais.

A Ação Civil Pública foi guindada à categoria de garantia fundamental dos direitos ou interesses metaindividuais. Esse novo perfil leva em consideração não apenas a “reparação” do dano, mas, sobretudo, a “proteção” daqueles importantes interesses (CF/88, artigo 129, III) (Leite, 2017). Nesses termos, na seara trabalhista, a Ação Civil Pública é perfeitamente aplicada nesses moldes, sendo que ela pode ter caráter preventivo ou reparatório, condenatório, constitutivo, declaratório ou mandamental, de modo que seu objeto será sempre a proteção de direitos metaindividuais trabalhistas.

Com essa lei, o Ministério Público deixou de ser o único legitimado à tutela jurisdicional do interesse público, ampliando sobremaneira as hipóteses previstas na Lei nº 4.317/65. Somente na CF/88 é que a Ação Civil Pública recebeu *status* constitucional, quando foi arrolada no artigo 129 como sendo uma das funções institucionais do Ministério Público. A partir da previsão constitucional expressa, a Ação Civil Pública ganhou mais destaque, como se vê nas seguintes leis: a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, que dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência; a Lei nº 7.913, de 7 de dezembro de 1989, que dispõe sobre a Ação Civil Pública de responsabilidade por danos causados aos investigadores no mercado de valores mobiliários; a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente; entre outras.

Os artigos 1º e 3º da Lei nº 7.347/85 aduzem que a Ação Civil Pública terá como objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, quando houver dano ao meio ambiente, ao consumidor, ao patrimônio cultural, à ordem econômica e à economia popular, à ordem urbanística e a qualquer outro interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo. A esse rol, pode ser acrescentada a defesa coletiva das pessoas portadoras de deficiência (Lei nº 7.853/89), dos investidores do mercado de valores mobiliários (Lei nº 7.913/89), das crianças e adolescentes (ECA, artigo 210, V), dos idosos (Lei nº 10.741/03), entre outros.

Sendo assim, a proteção do direito dos trabalhadores com deficiência pode ser inegavelmente garantida por meio da Ação Civil Pública, que poderá ser interposta por qualquer um dos legitimados previstos no artigo 5º da Lei. A legitimação é extraordinária, autônoma, exclusiva, concorrente

e disjuntiva. Sobre essas características, resumidamente, Malinowski e Malinowski (2014, p. 33) explicam:

Extraordinária porque sempre haverá substituição da coletividade; autônoma porque a presença do legitimado ordinário, quando identificado, é dispensada; é exclusiva em relação à coletividade substituída, já que o contraditório se forma suficientemente com a presença do legitimado ativo; concorrente porque todos os representantes adequados podem concorrer em igualdade para a propositura da ação; e, por fim, disjuntiva, porque qualquer entidade pode propor a ação sozinha, sem a autorização dos demais, vez que se trata de litisconsórcio facultativo.

De acordo com o artigo 5º da Lei nº 7.347/85, para propositura da Ação Civil Pública, são legitimados o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista e associação que, concomitantemente, esteja constituída há, pelo menos, um ano nos termos da lei civil e inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Em consonância com o texto do artigo 127 da Carta Magna, o Ministério Público é uma instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. O Ministério Público, na maioria das vezes, inicia sua atividade no âmbito dos interesses transindividuais com a instauração de inquérito civil, que é um procedimento administrativo de natureza pré-judicial, destinado à colheita de elementos que corroborem a propositura de Ação Civil Pública.

Porém, quando o Ministério Público não for o titular da Ação Civil Pública, deve atuar obrigatoriamente como fiscal da lei, como determina a Lei nº 7.347/85, em seu artigo 5º, § 1º. O artigo 5º, § 3º, da mesma lei determina que, em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa. Contudo, o Ministério Público só deverá agir quando houver abandono injustificado da ação, lembrando que a assunção pela instituição, em caso de abandono ou desistência da Ação Civil Pública, somente ocorrerá se estes forem infundados.

A Defensoria Pública também tem legitimidade para a propositura de Ação Civil Pública com vistas a promover a tutela judicial de direitos difusos e coletivos de que sejam titulares, em tese, pessoas necessitadas. Por unanimidade, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 07 de maio de 2015, julgou improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade 3943 e considerou constitucional a atribuição da Defensoria Pública em propor Ação Civil Pública. Essa atribuição foi questionada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público sob a alegação de que, tendo sido criada para atender, gratuitamente, cidadãos sem condições de se defender judicialmente, seria impossível para a Defensoria Pública atuar na defesa de interesses coletivos, por meio de Ação Civil Pública.

Todavia, seguindo o voto da relatora, ministra Cármen Lúcia, os ministros entenderam que o aumento de atribuições da instituição amplia o acesso à Justiça e é perfeitamente compatível com a Lei Complementar nº 132/2009 e com as alterações à Constituição Federal promovidas pela Emenda Constitucional nº 80/2014, que estenderam as atribuições da Defensoria Pública e incluíram a de propor Ação Civil Pública.

A referida ministra salientou que, além de constitucional, a inclusão taxativa da defesa dos direitos coletivos no rol de atribuições da Defensoria Pública é coerente com as novas tendências e crescentes demandas sociais de se garantir e ampliar os instrumentos de acesso à Justiça. Em seu entendimento, não é interesse da sociedade limitar a tutela dos hipossuficientes. Ela lembrou, ainda, que o STF tem atuado para garantir à Defensoria papel de relevância como instituição permanente essencial à função jurisdicional do Estado (Brasil, 2015).

A administração direta, por meio da União, dos estados e dos municípios, também é legitimada para propor Ação Civil Pública. A União é entidade federativa autônoma em relação aos Estados-membros e municípios, constituindo Pessoa Jurídica de Direito Público Interno, cabendo-lhe exercer as atribuições da soberania do Estado brasileiro. De outra banda, os estados são as organizações jurídicas das coletividades regionais para o exercício, em caráter autônomo, da parcela de soberania que lhes é deferida pela CF/88. Por fim, os municípios integram a Federação, sendo entidades político-administrativas com autonomia política, administrativa e financeira.

É pertinente destacar que, não obstante a ausência do Distrito Federal entre o rol de legitimados constante do artigo 5º da Lei nº 7.347/85, ele também é legitimado para a propositura da Ação Civil Pública, já que a lei determina, em seu artigo 21, que

[...] aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor. Este *codex*, em seu art. 82, inciso II, incluiu entre os legitimados concorrentes para a propositura da ação coletiva, o Distrito Federal (Brasil, 1985).

Em virtude do que foi mencionado, como no artigo 82 do CDC não há controvérsia quanto à legitimação do Distrito Federal para a propositura da Ação Civil Pública, assim deve ser entendido.

A administração indireta também é legitimada para propor Ação Civil Pública nos moldes do artigo 5º da Lei nº 7.347/85, que arrola a legitimidade das autarquias, empresas públicas, fundações ou sociedades de economia mista. As autarquias, de acordo com o artigo 5º do Decreto-Lei nº 200/67, são pessoas jurídicas de direito público, criadas por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita própria, para executar atividades típicas da administração pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada. Assim, é pessoa jurídica de direito público, criada por lei, com capacidade de autoadministração para o desempenho de serviço público descentralizado, mediante controle administrativo exercido nos limites da lei (Di Pietro, 2010).

Já a empresa pública pode ser definida como sendo entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União. É criada por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa e pode revestir-se de qualquer das formas admitidas no direito.

As fundações, por sua vez, são pessoas jurídicas instituídas, por liberdade privada ou pelo Estado, para um fim de utilidade pública e são dedicadas à consecução de certos fins e, para esse efeito, dotadas de personalidade.

Quanto à sociedade de economia mista, trata-se de pessoa jurídica de direito privado, integrante da administração indireta do Estado, criada

por autorização legal, sob a forma de sociedade anônima, cujo controle acionário pertença ao Poder Público, tendo por objetivo, como regra, a exploração de atividades gerais de caráter econômico e, em algumas ocasiões, a prestação de serviços públicos.

Como último legitimado constante no rol do artigo 5º da Lei nº 7.347/85, encontram-se as associações. Para que elas possam ser legitimadas, devem estar constituídas há, no mínimo, um ano e é preciso que incluam, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, ou ao patrimônio artístico, estético, turístico e paisagístico, ou ainda qualquer outro interesse difuso e coletivo.

O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz quando, em face da relevância do direito defendido, apresentar-se uma associação constituída há menos de um ano, ou mesmo após a ocorrência do fato. Porém, faz-se necessário o cumprimento do requisito da pertinência temática de que exsurge o nexo causal entre a associação autora e o direito defendido. De acordo com o artigo 53 do Código Civil, constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizam para fins não econômicos.

Cabe destacar que os sindicatos também são legitimados para propor Ação Civil Pública, pois eles têm a mesma natureza das associações civis. A legitimidade sindical fundamenta-se na previsão constitucional do artigo 8º, III, da CF/88 e na autorização concedida de forma genérica às associações na Lei de Ação Civil Pública e no Código de Defesa do Consumidor, no artigo 82, IV. A legitimidade também pode ser baseada na teoria dos direitos fundamentais e no princípio democrático.

Quanto à legitimação passiva, qualquer um, pessoa jurídica ou pessoa física, pode ser legitimado para integrar o polo passivo da Ação Civil Pública, bastando, para tanto, que pratique ou deixe de praticar um ato, que resulte em um evento danoso com efeitos para a sociedade ou uma coletividade determinada ou determinável.

Em relação ao interesse de agir, há divergência doutrinária. A primeira corrente defende que o interesse de agir deve ser analisado sob o prisma da necessidade e da utilidade do provimento jurisdicional. Defendem tal corrente Nelson Nery Junior, Barbosa Moreira, Luiz Fux, Luiz Rodrigues Wambier (Leite, 2016). Para a segunda corrente, o interesse deve ser identificado sob o ângulo da necessidade e da adequação. São adeptos dessa corrente Alexandre Câmara, Cândido R. Dinamarco e Luiz Guilherme Marinoni (Leite, 2016).

Existe, ainda, a terceira corrente, que defende o entendimento segundo o qual o interesse de agir deve ser visto pelas três perspectivas anteriormente citadas, ou seja, para essa corrente, o interesse deveria ser analisado com base na necessidade, na utilidade e na adequação. Defendem esse pensamento Leonardo José Carneiro da Cunha e Humberto Theodoro Júnior (Leite, 2016).

É preciso dimensionar o significado de cada expressão. O interesse-necessidade corresponde àquela parcela do interesse caracterizado exatamente pela necessidade do provimento jurisdicional, ou seja, quando não há outro meio para obter a proteção do suposto direito senão através da atividade jurisdicional.

O interesse-adequação é aquele caracterizado pela necessidade de pleitear a atividade jurisdicional utilizando a forma adequada. Do contrário haveria a falta de interesse de agir. Exemplificando: o autor Alberto quer cobrar uma quantia

em dinheiro do réu Bento. Assim utiliza a ação e cobrança e não o mandado de segurança, visto que esse último é um meio inadequado para tal fim. Neste caso, o resultado final da demanda será a extinção sem julgamento do mérito por falta de interesse-adequação.

Por fim, o interesse-utilidade que pode ser aferido pela possibilidade de se obter através da prestação jurisdicional um resultado mais favorável e adequado do que aquele originariamente obtido (Leite, 2016, p. 2).

Todavia, embora exista tamanha divergência doutrinária, é possível afirmar que o interesse de agir objetiva oferecer uma necessária vinculação ou agregação do processo a uma realidade material, evitando que a ação se torne uma entidade em si mesma, sem qualquer finalidade prática.

Na França, a doutrina contemporânea desloca o âmago da questão do interesse processual para a situação de vantagem, ou do benefício perseguido em juízo. Dessa maneira, a doutrina entende que são três os identificadores, ou elementos essenciais, do interesse processual: o primeiro é a certeza, no sentido de que o interesse processual deve ser atual e concreto; o segundo é a individualização, apontando que ele deve ser determinado e ligado a um titular; e o terceiro estabelece que esse interesse não seja simplesmente qualquer interesse, mas um interesse legítimo (Reis, 2013). No entanto, em relação aos direitos difusos e coletivos, há necessidade de se levar em consideração o fato de que o interesse não virá mais da afetação a um titular, mas sim do fato de que ele vem de uma pluralidade de sujeitos.

Portanto, o interesse de agir quando se está frente aos direitos difusos e coletivos deixa de ser analisado de forma individual e passa a ser visto com uma abordagem coletiva. Destarte, a ideia da personificação de um interesse, que o torna afetado a um titular, vai, aos poucos, cedendo espaço para um novo tipo de interesse processual, o chamado interesse legítimo.

A ação passa a ser um meio de fazer valer, em juízo, aquilo que é legítimo pela sua relevância social, passando a ser desprezado o fato de ser ou não o interesse passível de ser agregado a um sujeito determinado. Nesse contexto, na Ação Civil Pública, o interesse processual desloca-se para a questão da relevância social do interesse, pouco importando quem são seus titulares determinados, pois não há que se falar em aspecto patrimonial-individual do interesse.

Quando se fala em tutela coletiva, o interesse processual deve ser buscado na relevância da pretensão que se objetiva em juízo, independentemente de ela se tratar de um direito subjetivo material. A ação continuará a ser um direito subjetivo, mas o interesse que a fundará não terá como elemento a personificação do interesse. No entanto, é importante ressaltar que o fato de se desconsiderar se o titular é determinado ou não não quer dizer que o interesse não deva se apresentar à jurisdição sem um portador adequado. Nas ações coletivas, como nas ações individuais, o interesse de agir deve estar presente durante toda a demanda, desde a propositura da ação até o seu desfecho. Se, embora presente, o interesse quando da propositura da ação vier a desaparecer posteriormente, deverá o processo ser extinto sem resolução de mérito por carência de ação consubstanciada na falta de interesse de agir.

Insta dizer que o desaparecimento pode ser parcial, como no caso de uma Ação Civil Pública que objetiva, de forma cumulativa, a paralisação de obras feitas sem licença ambiental e indenização pelos danos causados. Se sobrevier a licença ambiental, ocorre apenas a perda parcial do objeto da demanda, já que ela permanecerá em relação à indenização pelos danos causados.

Também em relação ao interesse de agir nas ações coletivas, não se pode confundir interesse de agir com o interesse substancial, pois a questão parece estar resolvida quando o artigo 104 do CDC afirma que tais ações não induzem litispendência com as ações individuais. Os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou ultra partes não beneficiarão os autores nas ações individuais, se não for requerida a sua suspensão no prazo de 30 dias, a contar da ciência do ajuizamento da ação coletiva.

Pode haver um questionamento sobre a possibilidade ou não de existir interesse de agir em ação individual caso seja proposta a ação para defesa de interesses individuais homogêneos. E, nesse sentido, o Tribunal Federal da Terceira Região já decidiu aplicando o artigo 104 do CDC ao declarar que:

[...] a existência de ação civil pública versando sobre os direitos individuais homogêneos não inibe o titular de direito de propor ação, individualmente, e assim pleitear o que é de seu interesse, pois permanece intacto, nesses casos o interesse de agir, que decorre da liberdade concedida à parte de preferir deduzir a pretensão isoladamente (Brasil, 1996).

Logo, o interesse de agir comprova, uma vez delimitado nos autos, a necessidade e a adequação do processo para o atingimento da tutela pretendida, seja individual, seja coletiva.

Em relação à competência da Ação Civil Pública, a regra é a do local do dano. A competência é absoluta, portanto, inderrogável e improrrogável, uma vez que a finalidade é de facilitar a defesa dos interesses transindividuais. Todavia, quando se tratar de dano regional ou nacional, a definição do foro competente torna-se um pouco mais complicado. Se o dano for regional ou nacional, abrangendo mais de um estado, terá a mesma regra de

competência do artigo 93, II, CDC, a qual indica como foros competentes, de forma concorrente, o foro da capital do estado ou do Distrito Federal, sendo da mesma forma quando atinge várias cidades num determinado estado ou Distrito Federal. Entretanto, tal entendimento deve ser repensado pelo STJ, permitindo que a Ação Civil Pública seja proposta em qualquer cidade atingida pelo dano, sobretudo para facilitar o acesso à justiça.

O que deve ser lembrado é que a Ação Civil Pública será deslocada para a Justiça Federal se o dano desbordar além de um estado ou quando, efetivamente, restar caracterizado o interesse da União, de suas autarquias ou de empresas públicas, de acordo com entendimento do Superior Tribunal de Justiça, mesmo que não haja Justiça Federal no local do dano. Já em relação às Ações Cíveis Públicas que versam sobre a responsabilidade do fornecedor de produtos ou serviços, aplica-se a regra prevista no artigo 101, I do Código de Defesa do Consumidor, que é a do domicílio do autor.

O procedimento, por sua vez, obedece às normas do Código de Processo Civil naquilo em que não contrarie as disposições previstas na Lei nº 7.347/85 (artigo 19) e o sistema brasileiro de defesa dos direitos e interesses difusos e coletivos, na forma do Título III da Lei nº 8.078/90 (artigo 21 daquele diploma).

De acordo com o artigo 12 da Lei nº 7.347/85, o juiz pode conceder liminar com ou sem justificação prévia, sendo que tal decisão sujeita-se ao recurso de agravo. Em razão da evolução doutrinária e jurisprudencial das tutelas de urgência, os provimentos antecipatórios satisfativos foram assimilados pela Ação Civil Pública, independentemente da rigidez do conteúdo do artigo 4º da LACP, que deve ser compreendido em harmonia com o artigo

12 do mesmo *codex* e no contexto jurídico das tutelas de urgência, que tanto podem ser de natureza cautelar como satisfativa.

O atual Código de Processo Civil não faz mais previsão da ação cautelar, embora o poder geral de cautela continue em vigor. Assim, cumpre ao intérprete promover o diálogo entre esse diploma e a Lei da Ação Civil Pública, de maneira que, em sede de ACP, poderá o autor, devidamente legitimado a promovê-la, requerer, de forma incidental, ou a antecipação de tutela de efeitos da sentença (natureza satisfativa) ou, ainda conforme a pretensão deduzida, cumular tutela cautelar liminar, considerando os requisitos previstos no artigo 300 do Código de Processo Civil, sujeitando-se às exigências ali expostas.

Outrossim, o Presidente do Tribunal ao qual competir o conhecimento do respectivo recurso poderá suspender a execução da liminar, em decisão fundamentada, da qual caberá agravo para uma das turmas julgadoras no prazo de cinco dias a partir da publicação do ato. A suspensão dar-se-á por requerimento da Pessoa Jurídica de Direito Público interessada e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública. Além disso, o juiz pode conferir efeito suspensivo ao agravo para evitar um dano irreparável ou de difícil reparação à parte, nos termos do artigo 14 da Lei nº 7.347/85.

Outra peculiaridade da Ação Civil Pública é que sua sentença tem efeito *erga omnes*, impedindo a propositura de outra ação, exceto se esta for julgada improcedente por deficiência de prova. Nesse caso, outra Ação Civil Pública poderá ser intentada com idêntico fundamento, valendo-se da nova prova (artigo 16).

Com a finalidade de estimular os legitimados a propor a Ação Civil Pública, na lei, não há previsão de pagamento prévio por parte dos autores de custas ou de quaisquer despesas processuais (artigo 18), a não ser na hipótese de comprovada má-fé. Após o trânsito em julgado da sentença, poderá haver execução coletiva; para tanto, todos os lesados que não tenham intervindo no processo na fase de conhecimento poderão habilitar-se para a execução. Cada um, individualmente, deverá informar o valor de seu prejuízo, pois, na primeira fase do processo, o juiz afirma a existência de uma relação jurídica e estabelece ao réu o dever de ressarcir os prejuízos a que deu causa; na segunda fase, na liquidação de sentença, cada um dos prejudicados deve demonstrar a extensão de seu prejuízo.

Outro aspecto importante em relação à Ação Civil Pública é a possibilidade de se questionar a constitucionalidade de uma determinada lei, ou seja, a possibilidade de se utilizar da referida ação como instrumento de controle de constitucionalidade. Muitos foram os debates na doutrina, mas pacificou-se que essa possibilidade não é admitida, sob pena de subtração da competência do STF ou mesmo dos Tribunais de Justiça. Frequentemente, essa prática ocorre quando a parte busca a proteção de direitos coletivos, por meio de uma sentença *erga omnes* de direitos coletivos, de modo a beneficiar todos os destinatários da lei aos quais estava endereçada, autorizando o descumprimento da lei ou do contrato sobre o qual se funda uma obrigação jurídica (Appio, 2007).

O julgamento desse tipo de questão pelos juízos de primeiro grau não é compatível com o sistema jurídico brasileiro, uma vez que a decisão proferida pelo juiz de primeiro grau haveria de ser dotada de eficácia geral e abstrata, o que não tem possibilidade. Além disso, tem-se que os legitimados

para a proposição da Ação Civil Pública são diferentes dos legitimados para a proposição da Ação Direta de Inconstitucionalidade. O procedimento também é diferente, o que também inviabiliza o controle de constitucionalidade concentrado por meio da Ação Civil Pública.

O pedido também não é o mesmo, pois, enquanto o pedido formulado em sede de controle de constitucionalidade objetiva a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, na Ação Civil Pública, o pedido cinge-se a condenação, constituição ou declaração que seja suficiente para reparar o dano ou evitar que a ameaça de dano a direito coletivo se consuma.

Nesse sentido, é o entendimento de Mazilli (2015a, p. 130):

[...] não se tem admitido, porém, é que se use da ação civil pública ou coletiva para atacar, em caráter abstrato, os efeitos erga omnes, atuais e futuros, de uma norma supostamente inconstitucional, pois, com isso, em última análise, estaria o juiz da ação civil pública ou coletiva invadindo atribuição constitucional dos tribunais, aos quais compete, com exclusividade, declarar a inconstitucionalidade em tese de lei ou ato normativo, para, a seguir, ser provocada a suspensão de sua eficácia erga omnes.

Portanto, o controle de constitucionalidade em abstrato no direito brasileiro é de competência originária exclusiva do STF (artigo 102, I, “a”, da CF), não sendo possível realizá-lo por meio da Ação Civil Pública.

Em relação ao controle incidental de inconstitucionalidade, a antiga jurisprudência, baseada nos mesmos argumentos, também negava a ocorrência do controle incidental em Ação Civil Pública:

CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE EM SEDE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DEFESA DE INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS - EFEITOS ERGA OMNES - SUCE-DÂNEO DE ADIN - INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA - IN-

TERESSE DE AGIR – AUSÊNCIA. Revela-se a ausência de interesse de agir do Ministério Público do Trabalho, por inadequação da via eleita, quando mediante a interposição de Ação Civil Pública para a tutela de direitos difusos e coletivos, objetivar a declaração de inconstitucionalidade incidental com efeitos *erga omnes*, retirando do Supremo Tribunal o controle concentrado da constitucionalidade das leis e atos normativos federais e estaduais em face da Constituição Federal (Sergipe, 2006).

Esse entendimento destacava que a declaração de inconstitucionalidade não poderia ocorrer pela via difusa quando almejasse que os efeitos da decisão tivessem alcance *erga omnes*. No entanto, a Ação Civil Pública possui natureza ampla como uma característica intrínseca da sua existência, e afastá-la resultaria na perda do seu objetivo principal, que é a defesa de interesses de determinada coletividade. Assim, o posicionamento foi alterado após o STF entender que, verificados todos os requisitos do controle difuso, é possível que a questão constitucional seja discutida em sede de Ação Civil Pública, sem que ocorra qualquer prejuízo ou usurpação de competência das Cortes Supremas.

É evidente, então, que, apesar da declaração de inconstitucionalidade dentro da Ação Civil Pública produzir efeitos *erga omnes*, estes continuam vinculados ao caso concreto, sem se confundir com a declaração proferida em ação direta de inconstitucionalidade:

Em virtude de a decisão proferida na ação civil pública produzir efeitos *erga omnes*, chega-se a imaginar que a arguição de inconstitucionalidade, incidentalmente, a qualquer uma dessas ações, teria o mesmo efeito da ação direta de inconstitucionalidade. Porém, essa suposição deflui de uma supervalorização dos efeitos *erga omnes* da decisão judicial. A circunstância de uma decisão tutelar a coletividade e, assim produzir efeitos *erga omnes* é autônoma em

relação a ter o juiz considerado, para proferir esta decisão, incidentalmente uma norma inconstitucional. A definição da inconstitucionalidade, incidentalmente na ação civil pública além de não produzir coisa julgada material, é limitada ao litígio (Moreira, 2006, p. 263).

Aliás, esse entendimento foi confirmado no seguinte julgado do STJ:

3. É firme o entendimento do STJ no sentido de que a inconstitucionalidade de determinada lei pode ser alegada em ação civil pública, desde que a título de causa de pedir – e não de pedido-, como no caso em análise, pois, nessa hipótese, o controle de constitucionalidade terá caráter incidental. Precedentes: REsp 1.326.437/MG, Rel. Min. Castro Meira, segunda Turma, DJe 05/08/2013; Resp 1.207.799/DF, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 03/05/2011. (Brasil, 2015b).

Por conseguinte, a utilização da Ação Civil Pública no controle difuso de constitucionalidade, desde que a controvérsia constitucional consista em pedido incidental, sem se confundir com a pretensão principal, é perfeitamente possível.

Sobre o tema, Schäfer (2002, p. 117) ensina:

O controle difuso é feito em um processo no qual se discute um determinado bem da vida. Permite-se que qualquer pessoa discuta a inconstitucionalidade de uma lei que lhe atinja. O juiz de primeiro grau resolve a questão como se fosse uma questão de direito qualquer, embora o faça de forma prejudicial. Nos Tribunais, é formado o incidente de constitucionalidade, que vincula o órgão fracionário. Ao entregar a prestação jurisdicional, nos instrumentos de tutela coletiva como a Ação Civil Pública ou ação coletiva para a defesa do consumidor, pode o Estado-julgador, declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade de normas. O controle difuso é anterior, cronologicamente, ao próprio controle abstrato, e fazê-lo não significa usurpar a competência do Supremo ou do Tribunal de

Justiça. Não se pode negar a realização desse controle em qualquer ação, sob pena de deixar de realizar o princípio constitucional de realizar o controle difuso.

A sua inaplicabilidade resultaria em gigante retrocesso na proteção dos direitos metaindividuais, que, por meio da Ação Civil Pública, encontram um instrumento capaz de defender interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, sendo que, muitas vezes, para garantir a efetiva tutela desses direitos, será imprescindível a declaração de inconstitucionalidade incidental de lei ou ato normativo.

Enfim, em relação aos efeitos da sentença, no caso de procedência do pedido, a Ação Civil Pública pode ter eficácia contra todos ou, no caso de improcedência, somente em relação a quem propôs a ação. Sobre o tema, o autor Cruz e Tucci (2007, p. 320) explica:

[...] extraem-se, desse regramento, as seguintes hipóteses: a) sentença de procedência do pedido: eficácia da sentença e extensão da coisa julgada a todos os titulares de direitos homogêneos; b) sentença de improcedência do pedido: b.1) limitação da coisa julgada apenas entre as partes, obstando o ajuizamento de novas demandas coletivas, por qualquer outro legitimado; b.2) todos os membros do grupo, titulares de direitos subjetivos divisíveis, não são atingidos pelo julgamento desfavorável e, por esse motivo, podem, na posição de terceiros, propor ações individuais.

Em linhas gerais, são esses os aspectos mais importantes da Ação Civil Pública, instrumento criado para adequar o sistema jurídico pátrio ao prisma extraindividualista que passou a vigorar na sociedade, seguido por legislações mais elaboradas no tocante aos direitos metaindividuais, compreendendo-se aqui os difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Há quem critique a Ação, alegando sua pouca efetividade, já que não tem fácil tramitação no cotidiano forense, de forma que seus julgamen-

tos levam muito tempo, o que acaba por prejudicar o direito material por ela protegido. Realmente, não se pode negar que é mais fácil para um juiz julgar as ações individuais que as coletivas, já que estas, não raro, envolvem áreas do conhecimento estranhas à ciência jurídica, seja frente à marcante característica da transdisciplinaridade que as envolve, seja porque colocam em xeque, muitas vezes, a clássica divisão dos poderes quando se questiona, por exemplo, a respeito de políticas públicas.

Todavia, somente com a propositura constante de Ações Coletivas é que se modificará a mentalidade individualista construída ao longo da nossa história, pois o que não se pode é permitir que esses fatores afastem o Poder Judiciário dessa importante missão, qual seja, a de efetivador de direitos, quer individuais, quer coletivos.

5.4 A Ação Civil Pública e o acesso à justiça

As transformações na sociedade estão cada vez mais rápidas, e o Direito não pode ficar inerte diante delas; tem que estar aberto aos hodiernos anseios da coletividade, sob pena de perder a sua legitimidade. O Direito deve estar a serviço da humanidade, e não o contrário, até porque o motivo de sua criação e aceitabilidade traduz-se no compromisso de garantir a convivência social e sua interação com o ambiente de uma maneira sadia.

Desse modo, uma visão aberta se impõe, com o objetivo de que o Direito esteja preparado à tutela de todos os interesses que possam surgir na sociedade, de tal maneira que esteja aberto às interpretações e reformas que forem necessárias, sob pena de não cumprir seu compromisso de garantidor da convivência social e não suportar as reações inesperadas e im-

previsíveis de uma sociedade que tenha por apanágio a litigiosidade contida (Loureiro, 2004).

É nesse cenário que se coloca a jurisdição, tirando das mãos dos jurisdicionados a resolução dos conflitos, passando-a para o Estado, que deve assegurar a todos o acesso à justiça, não só como acesso ao órgão responsável pela prestação da tutela, mas também como acesso à tutela jurisdicional adequada.

A acessibilidade significa a existência de sujeitos de direito capazes de estar em juízo, sem obstáculos de qualquer natureza, utilizando adequadamente o instrumental jurídico e possibilitando a efetivação de direitos individuais e coletivos. Pode-se dizer que isso se dá por meio do direito à informação, da garantia de uma legitimidade adequada e da gratuidade da justiça para os necessitados.

A operosidade, por sua vez, significa que todos os envolvidos na atividade judicial devem atuar de forma a obter o máximo de sua produção, para que se alcance o efetivo acesso à justiça. Esse princípio se aplica no campo subjetivo a partir de uma atuação ética de todos os sujeitos do processo, os quais devem sempre zelar pela efetividade da atividade processual. No campo objetivo, pode ser instrumentalizado mediante a utilização correta dos meios processuais, priorizando sempre a busca da verdade real e a índole conciliatória.

Por utilidade entende-se que o processo deve assegurar ao vencedor tudo aquilo a que ele tem direito de receber, da forma mais rápida e proveitosa, garantindo-se o menor sacrifício para o vencido.

Por fim, o princípio da proporcionalidade, utilizado com aplicação de seus subprincípios, quais sejam, exigibilidade, adequação e proporcio-

nalidade em sentido estrito, que se traduzem pela escolha a ser feita pelo julgador quando existem dois interesses em conflito, deve se orientar a privilegiar aquele mais valioso, ou seja, o que satisfaz um maior número de pessoas.

A aplicação desses princípios tem como escopo atender o direito processual coletivo, garantindo adequadamente o acesso à justiça na jurisdição coletiva (Brollo, 2005). Sobre o verdadeiro sentido do acesso à justiça, deve-se entender que não pode ser estudado nos limites de simples peticionamento aos órgãos judiciais. Na verdade, o Acesso à Justiça deve viabilizar o acesso à ordem jurídica justa (Cappelletti; Garth, 1988). Para tanto, é necessária uma nova postura, devendo significar o direito de acesso à justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa, direito à preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a efetiva tutela de direitos.

O jurisdicionado só terá efetivo acesso à justiça quando receber um provimento jurisdicional adequado aos valores da sociedade, pois o processo justo é aquele composto pela efetividade de um mínimo de garantias e de resultados. Pariz (2009) defende que o direito fundamental de acesso à justiça está no campo jurídico-constitucional, enfatizando que é triste ainda perceber que, infelizmente, nem todos conseguem o acesso substancial à justiça, frente a tantas desigualdades, tanto materiais como formais dos litigantes. Sobre o tema, o autor enfatiza que “O princípio da igualdade da Justiça só será respeitado, no sentido atual, se o juiz perquirir a ideia de igualdade real, que busca realizar a igualização das condições dos desiguais em consonância com o postulado da justiça concreta, não simplesmente da justiça formal” (Pariz, 2009, p. 187).

Como já dito, os interesses coletivos *lato sensu* com características diferenciadas, como a indeterminação de seus titulares, foram evidenciados em meio a uma profunda mudança da sociedade, quando passou-se a conviver com os conflitos de massa. E nesse cenário é que se mostrou necessária a operacionalização do Direito por meio do processo, a sua adequação a essa nova sociedade, que passou a tutelar não mais somente os direitos individuais, já que a Ciência processual deve ser elaborada sempre à luz do direito material e em função dele. Assim, os direitos materiais coletivos, por gozarem de características próprias, exigem tratamento diferenciado do processo, como advertiram Cappelletti e Garth (1988, p. 49-50):

A concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a proteção dos direitos difusos. O processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais. Direitos que pertencessem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadravam bem nesse esquema. As regras determinantes da legitimidade, as normas de procedimento e a atuação dos juízes não eram destinadas a facilitar as demandas por interesses difusos intentadas por particulares.

Dessarte, não há dúvida quanto à necessidade de tratamento processual diferenciado em relação às tutelas que protegem direitos difusos.

Antes da entrada em vigor do Código de Processo Civil de 1973, já existia a Ação Popular, regulada pela Lei nº 4717/65. Contudo, a referida Lei não se mostrou eficiente à proteção dos direitos difusos, em toda a ampla gama de conflituosidade, visto que só pode ser utilizada nos limites do controle dos atos do Poder Público, com exclusão da solução de conflitos me-

ta individuais que frequentemente redundam em prejuízo econômico para uma categoria inteira (Loureiro, 2004).

Nesse contexto, foi publicada a Lei nº 7347/85, da Ação Civil Pública, quando obstáculos, não só de ordem processual, mas também econômicos e socioculturais, precisavam ser superados para a efetiva prestação da tutela aos interesses coletivos *lato sensu*. O fator legitimidade, não mais ligado à titularidade do direito subjetivo, concedeu uma grande abertura para o ingresso ao Judiciário, não havendo mais como excluir de seu conhecimento interesses com as características de metaindividualidade, com titulares indeterminados.

Também em relação à sentença, a Ação Civil Pública foi um grande avanço no que tange ao acesso à justiça. Se qualquer espécie de providência jurisdicional pode ser veiculada na Ação Civil Pública, para a proteção de quaisquer direito coletivo *lato sensu*; se a sentença é ato jurisdicional magno, representando o ato pelo qual a função jurisdicional realiza a tarefa mais nobre e significativa decidindo o litígio; e considerando que deverá proceder pelo adequado, não vinculado radicalmente ao pedido, não há como não representar a Ação Civil Pública como verdadeiro instrumento de implementação do acesso à justiça adequada (Loureiro, 2004).

Como o juiz pode decidir pelo útil e necessário, e não obrigatoriamente pelo requerido na inicial, não resta dúvida da importância da Ação Civil Pública como instrumento de efetivação de direitos. Ademais, a forma diferenciada no tratamento da coisa julgada também demonstra a importância desse instrumento processual na esfera coletiva, já que a deficiência de prova não induz a coisa julgada, que pode ser: *erga omnes e ultra partes; in utilibus*, podendo os lesionados individualmente, após fixado o dever

de indenizar na sentença, liquidá-la e executá-la de forma individual e independente; e a improcedência da ação não impede que outros interessados ingressem com nova ação individual.

Portanto, a Ação Civil Pública é o instrumento adequado quando se fala em efetivação de direitos metaindividuais, permitindo o substancial acesso à justiça aos interessados, uma vez que cumpre integralmente toda a sua função sociopolítico-jurídica. A Ação Civil Pública é um instrumento ético e político de garantia de liberdades, por isso, essa efetividade deve ser encarada como meio de acesso à ordem jurídica justa.

Não há dúvidas de que, quando a Ação Civil Pública é utilizada para buscar a efetivação de direitos metaindividuais, o acesso à ordem jurídica justa está sendo efetivado. O acesso da coletividade à justiça, na sua dimensão constitucional, não pode desconsiderar certa dimensão comunitária que caracteriza a Constituição Federal, que se expressa cotidianamente na ampliação dos espaços de participação popular e de acessibilidade à justiça, pois, na verdade, tal acesso, na perspectiva difusa e coletiva, é uma forma de participação popular no mecanismo de formação das decisões judiciais (Rocha, 2005).

Quando o titular coletivo participa de forma direta da tutela ao bem lesado, promove a racionalização do poder, porque o seu agir irá necessariamente na contramão da tendência de internalizar lucros e externalizar prejuízos à sociedade, tratando-se, na realidade, de um agir político, na acepção mais fundamental e cívica do termo. Levando esse cenário em consideração, não há dúvidas de que a Ação Civil Pública oferece formas para o exercício ativo da cidadania, contribuindo, ao menos, para que a sociedade e o Estado brasileiros se tornem mais bem ordenados e mais equânimes.

5.5 A Ação Civil Pública como instrumento de efetivação dos direitos das pessoas com deficiência nas empresas brasileiras

Diante de todo o exposto no presente estudo, restou demonstrado que a propositura da Ação Civil Pública cabe para garantir a efetivação do direito ao trabalho das pessoas com deficiência, visto que se trata de direito difuso. O Ministério Público do Trabalho (MPT) é o que mais vem se utilizando desse meio processual na efetivação dos direitos das pessoas com deficiência, muito embora a lei faça previsão de outros legitimados.

O MPT tem realizado, no Brasil, inúmeras reuniões e campanhas de conscientização para que o ingresso das pessoas com deficiência no mercado de trabalho seja efetivo. Empresas estão sendo convocadas a comparecer perante o MPT com o fito de comprovar o cumprimento dos percentuais previstos na Lei de Cotas (Melo, 2004), e, àquelas que não estão cumprindo a lei, o MPT, via de regra, propõe que seja firmado termo de ajuste de conduta (TAC) para que, em tempo razoável, se adequem às exigências da Lei. Caso a empresa se negue a assinar o TAC ou não cumpra o acordo, o MPT ajuíza a Ação Civil Pública para a proteção dos direitos difusos das pessoas com deficiência e a execução da multa prevista no TAC. Por exemplo, o MPT da 3ª Região firmou um TAC com a empresa Segurança Tratex, de Belo Horizonte, obrigando-a a contratar pessoas com deficiência ou comprovar a impossibilidade:

1. A empresa se compromete, no momento em que houver necessidade de novas contratações de empregados, a oficiar o SINE ou serviços de reabilitação do INSS ou CAAD (Coordenadora de Apoio ao Deficiente Físico), mediante protocolo, indicando a disponibilidade de vagas e exigências necessárias para ocupá-las, visando buscar candidatos

que se enquadrem nos termos do art. 93 da Lei 8.213/91, cabendo a tal órgão indicar por escrito os eventuais candidatos, no prazo de 20 (vinte) dias;

2. No caso de resposta negativa do SINE ou do Serviço de Reabilitação do INSS ou do CAAD, através de certidão negativa, esta terá validade de 60 (sessenta) dias, período no qual a empresa fica dispensada de novas consultas para o mesmo cargo;

3. Em caso de existência de candidato a emprego, beneficiário habilitado/reabilitado portador de deficiência, a empresa se compromete a contratá-lo preferencialmente, desde que atendidos os requisitos do cargo e avaliações, quando existentes testes seletivos. No caso da existência de teste seletivo, tal informação deverá constar no ofício remetido ao SINE ou Serviço de Reabilitação do INSS ou CAAD, na forma do item 1;

4. A empresa fica isenta da obrigação do item 1, pelo prazo de 60 (sessenta) dias, a contar da data do encaminhamento de candidato pelos órgãos acima em caso de contratação ou recusa dos candidatos;

5. Caso preenchido o percentual legal, inscrito no art. 93 da Lei nº 8.213/91, no prazo de 30 (trinta) dias de sua assinatura, no caso de já existirem vagas disponíveis, ou no momento da abertura de vagas por dissolução dos antigos contratos de emprego;

7. O presente termo de compromisso tem validade por dois anos.

8. MULTA - O requerido sujeitar-se-á de multa no valor de 1000 (mil) UFIRs, confessado e possível de ser inscrita na Dívida Ativa da União – Lei nº 6.830/80, por ato praticado em relação a cada empregado em descumprimento ao ora avençado;

9. Tal multa, caso incida, será reversível ao FAT - Fundo de Amparo ao Trabalhador nos moldes dos arts. 5º, 6º e 13 da Lei nº 7.347/85, nos moldes da Lei nº 6.830/80 tida confessada, nos moldes da dívida ativa da união, tendo inquirido o prazo de dez dias para comprovar perante o MPT o pagamento da mesma, ou a força maior (ou motivo relevante justificador); após tal prazo, sem justificativa do não

pagamento será inscrita na Dívida Ativa da União, como confessada;

10. O presente termo de compromisso é passível de fiscalização pela Delegacia Regional do Trabalho e/ou por esse Ministério Público do Trabalho (Melo, 2004, p.167-168).

Desse modo, o Ministério Público vem alcançando bons resultados em relação ao cumprimento da Lei de Cotas em todo o Brasil, já que a Ação Civil Pública vem se tornando, cada dia mais, o meio processual mais importante para a juridicização de demandas coletivas mediante a realização de direitos assegurados pela ordem social constitucional.

Uma pesquisa recente em parceria do Sindicato dos Metalúrgicos de Osasco e Região (Sindimetal) com a Gerência Regional do Trabalho e Emprego de Osasco, do então Ministério do Trabalho e Emprego, demonstrou o crescimento no cumprimento da Lei de Cotas nas empresas metalúrgicas na região abrangidas pelo sindicato. Segundo a pesquisa, houve um aumento no número de pessoas com deficiência contratadas nas metalúrgicas da região de Osasco em 2014: 98,9% das vagas previstas na Lei de Cotas estavam preenchidas em dezembro de 2014. Um avanço de mais de 10% em relação a 2013, com um preenchimento de 87,6%. De acordo com José Nazareno Rodrigues, presidente do Sindicato: 'A pesquisa indica que houve aumento de empresas que estão eliminando as barreiras do preconceito e da discriminação nas relações de trabalho. Houve maior vigilância da fiscalização da GRTE no cumprimento da Lei de Cotas e maior sinergia entre as diversas entidades que agiram para que a lei se transformasse em oportunidade real para o ingresso de trabalhadores com deficiência no trabalho formal, com garantias trabalhistas e previdenciárias'. Alguns casos específicos, que acabaram movimentando o Judiciário do país, demonstram a importância desses mecanismos de fiscalização do cumprimento da Lei de Cotas. O Ministério Público do Trabalho, em diversas regiões do país, tem movido ações civis públicas contra diversas

empresas pelo não cumprimento da Lei de Cotas (Castro, 2016, p. 145).

O Ministério Público do Trabalho é o legitimado que mais vem propondo Ações Cíveis Públicas para exigir que as empresas com mais de cem empregados contratem pessoas com deficiência pela Lei de Cotas. No Anexo A deste texto, pode ser observada uma petição inicial interposta pela Procuradoria Regional do Trabalho da 24^a Região. As Ações Cíveis Públicas vêm sendo interpostas na Justiça do Trabalho do local da empresa que se encaixa na Lei de Cotas, mas que não está contratando pessoas com deficiência.

Sobre sua competência, insta dizer que a Justiça do Trabalho é competente para julgar todas as demandas que estão relacionadas com o contrato de trabalho subordinado, sejam elas individuais ou coletivas, de modo que abrange, sem dúvida alguma, as demandas relacionadas aos empregados deficientes.

A Emenda Constitucional nº 45, de 2004, alterou consideravelmente a competência da Justiça do Trabalho. Tradicionalmente, essa Justiça Especializada julgava os conflitos oriundos da relação entre empregados e empregadores e, excepcionalmente, as controvérsias decorrentes da relação de trabalho. O critério de competência da Justiça do Trabalho, que era eminentemente pessoal, ou seja, em razão das pessoas de trabalhadores e empregadores, passou a ser em razão de uma relação jurídica, que é a de trabalho (Pamplona Filho, 2007).

Mauro Schiavi (2016) defende que a competência em razão da pessoa é uma subdivisão da competência em razão da matéria, pois, quando o legislador constitucional a ela se refere, pretende enfatizar o *status* que determinada pessoa ostenta diante de uma relação jurídica de direito material.

Apesar da EC nº 45/04 priorizar o critério material da competência, a competência em razão da pessoa ainda foi mantida em alguns incisos (I, III e VII) e no §3º do artigo 114. Não obstante, mesmo nas hipóteses em que a Constituição Federal continua mencionando competência em razão das pessoas, primeiramente, o conflito deve ser oriundo ou decorrente de uma relação jurídica básica, que é a relação de trabalho. Desse modo, o critério de competência em razão das pessoas passou a ser secundário.

Assim, a partir de 2004, houve uma alteração no eixo central da competência da Justiça do Trabalho, pois o que, antes, era uma exceção – apreciar as controvérsias que envolvessem relação de trabalho) – passou a ser a regra geral. Em suma, a Justiça do Trabalho passou a ser o ramo do Judiciário encarregado de apreciar praticamente todas as controvérsias que envolvem e circundam o trabalho humano, o que é salutar, pois favorece a efetividade e a aplicabilidade da legislação social e facilita o acesso daqueles que vivem do próprio trabalho ao Judiciário Trabalhista.

Voltando à questão da interposição das Ações Cíveis Públicas para garantir vaga às pessoas com deficiência, muitas empresas vêm recebendo multas por não estarem cumprindo a Lei. Todavia, algumas delas estão recorrendo dos autos de infrações que aplicam essas multas pela não contratação de pessoas com deficiência alegando que não existem trabalhadores interessados nas vagas. Entretanto, apesar do recurso, o Tribunal Superior do Trabalho, na maioria dos casos, vem mantendo as multas, argumentando que a empresa só pode ser dispensada da contratação caso tenham se esgotado todas as vias para a contratação do trabalhador deficiente.

Foi nesse sentido o recente julgado do TST julgando improcedente o recurso de revista proposto pela empresa que requeria a anulação da mul-

ta recebida pela não contratação de pessoas com deficiência por não ter encontrado candidatos para a vaga. O Tribunal Superior do Trabalho entendeu que a multa pela não contratação de deficientes deveria ser mantida porque a empresa não tinha adotado medidas para ocupar as vagas destinadas às pessoas com deficiências.

Assim, o Ministério Público do Trabalho e algumas associações que têm como objetivo a defesa das pessoas com deficiência têm conseguido fazer com que as cotas sejam respeitadas. Além disso, o Ministério Público do Trabalho tem buscado trabalhar em conjunto com os Ministérios Público Estaduais visando à garantia de acessibilidade na educação, na saúde, no transporte, em logradouros e prédios públicos. Também o Ministério Público Federal atua de forma importante, em âmbito federal, garantindo a educação inclusiva, a saúde e a assistência social da pessoa com deficiência. Todas essas ações têm como objetivo garantir a inclusão desse grupo de pessoas tão vulnerável.

É muito importante a interposição de Ações Civas Públicas para garantir a aplicação da Lei de Cotas, como vem sendo utilizada, pois a ação individual poderia ser um obstáculo para muitas pessoas com deficiência, que, muitas vezes, não têm conhecimento do seu direito, ou não têm condição de procurar um advogado, ou não consegue vaga para ser atendido nas Defensorias Públicas etc.

A pessoa com deficiência se sente desprotegida e fraca diante da empresa e, por isso, evita entrar num combate desgastante, sobretudo porque pode sofrer reprimendas por ter ingressado com a ação. É direito fundamental de todos o acesso à justiça e a interposição de ação judiciais para

pleitear os seus direitos, porém, sabe-se que muitos que se utilizam desse direito acabam por sofrer sérias e desgastantes consequências.

Cappelletti (*apud* Lenza, 2008, p. 96) descreve, *mutatis mutandis*, a importância da utilização da Ação Civil Pública na efetivação de direitos metaindividuais:

[...] o consumidor isolado, sozinho, não age; se o faz, é um herói; no entanto, se é legitimado a agir não meramente para si, mas pelo grupo inteiro do qual é membro, tal herói será submetido ao ridículo destino de Dom Quixote, em vã e patética luta contra os moinhos de vento. Os heróis de hoje não são mais, pois sim, os cavaleiros errantes da Idade Média, prontos a lutar sozinhos contra o prepotente em favor do fraco e inocente; mas são, mais ainda, os Ralph Nader, são os Martin Luther King, são aqueles, isto sim, que sabem organizar seus planos de luta em grupo em defesa dos interesses difusos, coletivos metaindividuais, tornando a submeter as tradicionais estruturas individualistas de tutela – entre as quais aquelas judiciais – às necessidades novas, típicas da moderna sociedade de massa (CAPPELLETTI *apud* LENZA, 2008, p. 96).

Sendo assim, a Ação Civil Pública evita a atomização dos conflitos. É o instrumento adequado para a proteção de interesses de grupos de pessoas que estão na mesma situação, objetivando a efetivação de direitos. Portanto, a importância da otimização dos resultados concretos da Ação Civil Pública mais se revela quando se atenta para a relevância não apenas jurídica, mas social e política da tutela jurisdicional coletiva, que tem nessa modalidade de ação seu principal veículo, e que está atrelada à relevância da gama crescente e diversificada de bens e valores difusos, coletivos e individuais, passíveis de ser tutelados por essa via, e prestigiados pela ordem constitucional brasileira.

A Ação Civil Pública alcança os novos conflitos de massa, notadamente na área social, que reivindicam não apenas melhorias de condições, mas, para os excluídos, o próprio acesso aos direitos sociais básicos, entre os quais, o direito ao trabalho. Por isso, na área trabalhista, vem sendo bastante utilizada, sendo que, para garantir a efetividade da Lei de Cotas, é a ação ideal. Tanto a Ação Civil Pública como o TAC são os instrumentos que estão sendo adotados pelo Ministério Público do Trabalho na busca da inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho. Desse modo, não há dúvida quanto a sua aplicabilidade nessa seara, já que é pacífica a sua utilização para exigir o cumprimento da Lei de Cotas.

Contudo, neste trabalho, quer se defender a aplicabilidade da Ação também nos casos em que a vaga de emprego para pessoas com deficiência seria exigida de empresas que não se encaixam na Lei de Cotas, pelas inúmeras razões já expostas. Como o acesso à justiça é assegurado a todos (artigo 5º, XXXV, da CF/88), a interposição dessas ações é necessária para que as pessoas com deficiência possam buscar a efetivação de seus direitos. O ideal é que não fosse necessária a interposição de nenhum tipo de ação judicial para garantir o acesso ao trabalho digno às pessoas com deficiência, porém, como, no Brasil, parte da classe empresarial é excludente e ainda não contrata pessoas com deficiência por liberalidade, o emprego desses mecanismos processuais é imprescindível.

As empresas que contratam as pessoas com deficiência, lamentavelmente, em regra, buscam apenas evitar a sanção legal. Não há sentido em contratar pessoas com deficiência apenas porque a legislação obriga e porque a fiscalização pune quem não a cumpre. A pessoa com deficiência deve ser contratada para que tenha oportunidade de se desenvolver no trabalho

e de ser inserida de maneira plena na sociedade; do contrário, qualquer forma de assistencialismo, benemerência ou paternalismo faz com que a Lei de Cotas perca o sentido.

As empresas deveriam abranger ações de inclusão e permanência mais efetiva desses profissionais no mundo do trabalho, com perspectivas de desenvolvimento e ascensão profissional, demonstrando comprometimento social, a fim de se garantir a inclusão. A obrigação que as empresas têm para com outros grupos constituídos na sociedade, além dos acionistas, é a chamada responsabilidade social, que deveria ser um comportamento voluntário, e não apenas em razão da coercibilidade da lei ou de acordos realizados de forma não voluntária.

O compromisso que uma organização deve ter para com a sociedade é expresso por meio de atos e atitudes que a afetem positivamente de modo amplo e a alguma comunidade de modo específico, atingindo pró-ativa e coerentemente no que tange a seu papel específico na sociedade e a sua prestação de contas com ela (Karkotli, 2008, p. 15).

Por conseguinte, a responsabilidade social da empresa deve garantir benefícios a toda a sociedade, e não apenas a seus acionistas, dado que ela deve buscar a humanização de seus empregados e de seus clientes, alcançar qualidade de vida e segurança aos cidadãos. A empresa deve preocupar-se com o desenvolvimento sustentável e com a preservação do meio ambiente; há a necessidade e a urgência da participação no desenvolvimento com sustentabilidade, obrigando-se ao desenvolvimento nas dimensões econômica, social ambiental. Nessa conjuntura, as empresas devem assegurar a inclusão das pessoas com deficiência não apenas porque a lei o obriga, mas porque elas têm uma preocupação com a sociedade e com o outro, têm responsabilidade social.

O problema da falta de vagas para pessoas com deficiência se agrava ainda mais quando, conforme já mencionado, há poucas empresas no município com mais de cem empregados; a situação é ainda mais complicada quando não existem empresas que se encaixem na Lei de Cotas, inviabilizando a contratação de pessoas com deficiência.

Conforme os dados levantados pelo Ministério do Trabalho já expostos, a maioria dos municípios brasileiros tem apenas duas ou três empresas com mais de cem empregados, o que significa que, nesses municípios, haverá disponibilidade de, aproximadamente, dez vagas para as pessoas com deficiência, o que é muito pouco frente à demanda. Diante desses dados, é fácil constatar que muitas pessoas com deficiência nunca conseguirão uma vaga de emprego, já que, de acordo com o último Censo realizado no Brasil (IBGE, 2012), quase 24% da população é deficiente. Assim, nota-se que são muitas as pessoas com deficiência para poucas vagas ofertadas, além dos tantos municípios que não possuem empresas que se encaixam na Lei de Cotas, ou seja, com mais de cem empregados. Nesses casos, a população deficiente local fica totalmente desamparada.

Essa realidade está presente em todas as regiões do Brasil, mas é nas regiões Nordeste e Norte que a situação se apresenta de forma mais precária, pois é, também, onde vive o maior número de pessoas com deficiência e onde há o menor número de empresas que se encaixam na Lei de Cotas.

Uma solução deve ser necessariamente encontrada a fim de que a dignidade desses trabalhadores seja respeitada e seus direitos fundamentais sociais sejam efetivados. Não se pode continuar acreditando que a cidade de São Paulo e algumas outras onde sobram vagas para pessoas com deficiência sejam o retrato do Brasil. Se nos grandes centros, eventualmente, não

se encontram tantas pessoas com deficiência para trabalhar, nos pequenos municípios, a realidade é bem diferente. O ideal seria que a maior parte da classe empresária não fosse preconceituosa e que contratasse pessoas com deficiência para as vagas de trabalho, independentemente da existência da Lei de Cotas. Porém, ainda não alcançamos esse patamar civilizatório, e determinadas ações afirmativas são necessárias.

Diante do que se vive atualmente, a melhor solução seria a alteração da Lei de Cotas para tentar aumentar a inclusão desse grupo de trabalhadores. Há vários projetos em andamento, como PL nº 2.935/2000; PL nº 5.743/2001; PL nº 2.967/2000; PL nº 1.240/11; PL nº 2.973/11, como já citado, solicitando a alteração dessa legislação, que passaria a prever a obrigação de contratação de pessoas com deficiência para as empresas com mais de 50 empregados, como, aliás, já vem sendo feito em inúmeros países, como discutido na seção 3, subseção 3.3.

Todavia, ao que parece, esses projetos estão longe de ser aprovados, uma vez que o Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei nº 13.146/15, no artigo 101, também fazia previsão da obrigação de empresas com mais de 50 empregados contratarem pessoas com deficiência, mas foi vetado pela ex-presidente Dilma Rousseff. Como esse veto foi há menos de dois anos, acredita-se que a questão não voltará a ser discutida tão cedo (Brasil, 2015a).

O problema é que as pessoas com deficiência continuam com dificuldade de inserção no mercado de trabalho frente às poucas vagas ofertadas na maioria dos municípios brasileiros. Lembrando que, como também já demonstrado, a recente reforma trabalhista e o aumento de micro e pequenas empresas no país também estão contribuindo para a falta de vagas para pessoas com deficiência no mercado de trabalho, uma vez que, a cada dia, o

número de empresas com mais de cem empregados diminui. Assim, alguma solução deve ser encontrada, já que é inaceitável que essa situação perdure.

Desse modo, propõe-se como solução adequada, ainda que desafiadora, entender-se a utilização da Ação Civil Pública sob um novo escopo, visando garantir a inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho, mesmo nas empresas com menos de cem empregados, até que a Lei de Cotas seja modificada ou outra venha ser publicada, pois a ausência de uma lei específica jamais poderá justificar o descumprimento de direitos fundamentais.

Não se pode olvidar, nesse contexto, a reflexão de Norberto Bobbio (1992) de que, enquanto os direitos individuais exigem de alguém uma abstenção, obrigações puramente negativas, os direitos sociais só podem ser realizados se for imposto um fazer. Além disso, é importante dizer que, para sua exequibilidade, os direitos sociais dependem de condições externas à lei. Por isso, pode-se afirmar, sem medo de errar, que o problema atual dos direitos fundamentais não é justificá-los, mas protegê-los e efetivá-los.

Assim, a Ação Civil Pública é tão importante para a efetivação desses direitos sociais, em especial, no presente estudo, para efetivar a inclusão do direito ao trabalho das pessoas com deficiência. A maior finalidade da Ação Civil Pública é garantir o acesso à Justiça dos direitos metaindividuais, viabilizando a tutela coletiva em sua plenitude, efetivando direitos fundamentais. Prova disso é que, atualmente, todas as ações que visam ao cumprimento da Lei de Cotas já são propostas por meio da Ação Civil Pública.

Se a Ação Civil Pública já é utilizada para exigir o cumprimento da Lei de Cotas, e, em relação a isso, não há a menor dúvida quanto ao seu cabimento, ela deve ser utilizada também para garantir as vagas de emprego

fora da Lei de Cotas, visto que finalidade, partes e objeto são os mesmos. Aliás, sobre o assunto, Mancuso, desde 1994, já falava sobre essa função efetivadora de direitos da Ação Civil Pública: “A Ação Civil Pública apresenta um largo espectro social de atuação, permitindo o Acesso à Justiça de certos interesses metaindividuais que, de outra forma, permaneceriam num certo ‘limbo jurídico’” (Mancuso, 2016). Como defendido por Mancuso (2016), incontáveis interesses transindividuais estariam sem proteção caso a Ação Civil Pública não existisse. No mesmo sentido é o entendimento de Alonso Jr. (2005, p. 213): “Outros tantos (direitos transindividuais) estariam fadados a não serem concedidos, caso a Constituição Federal e o Código de Defesa do Consumidor não tivessem possibilitado a tutela de todos os interesses metaindividuais, independentemente de previsão legal”.

Nessa trilha, não há dúvida de que a Ação Civil Pública é instrumento perfeitamente adequado para garantir aos trabalhadores com deficiência uma vaga de trabalho nas empresas que não são abarcadas pela Lei de Cotas, posto que pode garantir a efetivação de direitos fundamentais a um indeterminado número de pessoas que se encontra na mesma situação. O objeto da ação seria a condenação da empresa em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer quando não contratasse pessoas com deficiência nas localidades que não têm empresas com mais de cem empregados ou quando existem poucas empresas que são incapazes de suprir a demanda.

A interposição desse tipo de ação não ofende o princípio da legalidade, consubstanciado no artigo 5º, II, da Constituição Federal, porque a exigência de contratação das pessoas com deficiência não vai contra as determinações legais. O princípio da legalidade não pode mais ser encarado como à época do positivismo clássico, em que o direito era reduzido à lei,

cuja legitimidade dependia apenas da autoridade que a emanava. Atualmente, há que se entender que a produção das leis deve levar em consideração os princípios da justiça. Toda lei deve ser fruto de uma interpretação conforme os princípios da justiça e os direitos fundamentais. Não se pode esquecer que, ao longo da história, muitas leis que eram formalmente perfeitas se mostraram arbitrárias e discriminatórias. O texto da lei, muitas vezes, não é perfeito, e, por isso, seu aplicador deve buscar sua substância. Sobre isso, Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2016, p. 57, grifo nosso) explicam:

[...] jamais poderia e concluir que o texto da lei é perfeito, e assim deve ser simplesmente proclamado pelo juiz, apenas por ser o resultado de um procedimento legislativo regular. **De modo que se tornou necessário resgatar a substância da lei e, mais do que isso, encontrar os instrumentos capazes de permitir a sua limitação e conformação aos princípios da justiça.**

Desse modo, pode-se concluir que a lei não vale mais por si, mas depende de sua adequação aos direitos fundamentais. Se antes era possível dizer que os direitos fundamentais eram circunscritos à lei, torna-se exato afirmar que as leis devem estar em conformidade com os direitos fundamentais. Frente a essa nova realidade, o princípio da legalidade deve ter conteúdo substancial, e não mais apenas uma dimensão formal, como outrora, pois agora a lei deve estar em conformação com a Constituição e, especialmente, com os direitos fundamentais (Marinoni; Arenhart; Mitidiero, 2016).

Nesse sentido, aplicar a Lei de Cotas para empresas com menos de cem empregados é garantir direitos fundamentais, é dar à lei um conteúdo substancial. Aquela velha ideia que concede legitimidade apenas à jurisdição voltada à atuação fria da lei não tem mais lugar diante dessa nova sociedade.

O Judiciário deve compreender e aplicar a lei a partir dos princípios constitucionais de justiça e dos direitos fundamentais.

Sobre o tema, Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2016, p. 58, grifo dos autores) ensinam:

A transformação do princípio da legalidade levou Ferrajoli a aludir a uma segunda revolução, contraposta exatamente àquela que foi criada com a aparição do antigo princípio da legalidade – que já havia provocado, com a afirmação da onipotência do legislador, uma alteração de paradigma em relação ao direito anterior ao Estado legislativo. *Essa segunda revolução também implicou uma nova quebra de paradigma, substituindo o velho princípio da legalidade formal pelo princípio da estrita legalidade ou da legalidade substancial.*

Essa nova visão do princípio da legalidade significa uma transformação que afeta as próprias concepções de direito e de jurisdição, tudo na busca da efetividade dos princípios constitucionais.

Atualmente, aos operadores do direito cabe não apenas revelar as palavras da lei, mas projetar uma imagem, corrigindo-a e adequando-a aos princípios de justiça e dos direitos fundamentais. Somente quando não for possível essa adequação é que se deve declarar a inconstitucionalidade da norma. Tais princípios e direitos conferem uma dinâmica de unidade e harmonia ao sistema, não dando alternativa ao juiz senão colocar a lei na sua perspectiva. Vale dizer que as normas constitucionais são vinculantes da interpretação das leis.

Cambi (2016) defende a ideia de que o princípio da supremacia da lei não mais prevalece, pois a lei não é mais vista como produto perfeito e acabado, submetendo-se à Constituição e devendo ser conformada pelos princípios constitucionais de justiça e pelos direitos fundamentais. Ademais,

a Lei de Cotas deve ser encarada como sendo um direito fundamental constitucional, já que a Convenção de Nova York ingressou no ordenamento jurídico com *status* de emenda constitucional, devendo também ser interpretada e aplicada de acordo com os princípios da justiça, dos direitos fundamentais e, sobretudo, com base na nova realidade das pequenas empresas, levando em consideração que, em nosso ordenamento, não há lei que proíba a interposição de ação para garantir vagas para pessoas com deficiência para as empresas com menos de cem empregados.

Nesses termos, foi tomada a decisão do Supremo Tribunal Federal, seguida pelo Superior Tribunal de Justiça, quando permitiu o casamento de pessoas do mesmo sexo. Embora não haja lei específica determinando a obrigatoriedade de contratação de pessoas com deficiência para as empresas com menos de cem empregados, também não há enunciado normativo expresso algum proibindo a procedência desse pedido, o que não o torna “juridicamente impossível”.

Mutatis mutandis, o Superior Tribunal de Justiça já se posicionou dessa maneira quando julgou o REsp. nº 1.183. 378/2011 (Brasil, 2015c), do Rio Grande do Sul, permitindo o casamento entre pessoas do mesmo sexo, sob a justificativa, por exemplo, de que a falta de uma legislação específica não pode impedir a concretização de direitos fundamentais individuais, sobretudo quando esses direitos estão previstos na Constituição Federal e garantem a dignidade da pessoa humana.

Em hipótese alguma um direito fundamental pode deixar de ser concretizado pela ausência de lei. Se determinado direito fundamental está deixando de ser efetivado por ausência de regulamentação infraconstitucional, cabe ao Judiciário tomar as medidas cabíveis para que o direito não fique sem efetividade. Em outras palavras: o juiz, no

atendimento concreto das providências que se revelem indispensáveis para concretizar dado direito fundamental, pode (e deve) atuar independentemente e mesmo contra a vontade da lei infraconstitucional, pois, para efetivar preceitos constitucionais, não é preciso pedir autorização a ninguém, muito menos ao legislador (Marmelstein, 2013, p. 123).

Se o Superior Tribunal de Justiça reconheceu o casamento entre homossexuais, sem a existência de uma lei expressa, justificando que direitos fundamentais devem ser efetivados, não há como negar a possibilidade da contratação de pessoas com deficiência nas empresas com menos de cem empregados, tendo em vista que estamos falando, também nesse caso, de efetivação de direitos fundamentais.

Cabe esclarecer que, em nosso entendimento, embora não haja lei específica sobre o caso, há lei que garanta essa inclusão diferenciada prevista na Lei de Cotas, qual seja, a CF/88, posto que, expressamente, consagra como direito fundamental o direito ao trabalho, o direito de igualdade entre as pessoas, a dignidade humana e o direito a não ser discriminado.

A lei deve ser interpretada de acordo com a Constituição. Isso significa que o juiz deve encontrar uma solução ao caso concreto que outorgue maior efetividade à Constituição. Como os direitos fundamentais devem ser protegidos ou tutelados pelo Estado e, assim, não apenas pelo legislador, é possível verificar, no caso concreto, se a omissão normativa implicou negação de tutela ao direito fundamental para, em hipótese positiva, admitir que o juiz supra a omissão de proteção devida pelo legislador.

Pode-se falar da interpretação orientada para a Constituição, conforme defendido por Medeiros (1999), que se aplica aos casos em que nenhuma das possíveis interpretações da lei conduz à sua inconstitucionalidade,

razão pela qual o apelo à Constituição visa determinar a interpretação que melhor corresponde à vontade constitucional. No caso concreto desse trabalho, ao ser proposta uma Ação Civil Pública com a finalidade de aplicar a Lei de Cotas para empresas que não têm cem empregados, estar-se-á falando de decisões aditivas de regras.

Segundo Vechiatti (2017), as decisões aditivas de regras são aquelas nas quais a Corte declara a inconstitucionalidade da omissão de um texto normativo em regulamentar determinado tema e, por isso, amplia seu conteúdo, mediante a integração daquilo que o texto diz com o que ele deveria dizer. O autor afirma que

Tal modalidade é utilizada, principalmente, quando há uma única hipótese constitucionalmente obrigatória, a ser seguida pelo legislador, porém, entende-se, nesta tese, que (ela) pode ser utilizada também para regulamentar provisoriamente temas em que haja efetiva necessidade social (de maiorias ou minorias) que justifiquem uma atuação proativa da Corte para salvaguardar direitos fundamentais dos envolvidos (Vechiatti, 2017, p. 45).

Nesse caso, haverá essa interpretação porque a inconstitucionalidade não está no que a Lei diz, mas naquilo que não disse, embora tenha o dever de dizer, quando deve se adequar a uma situação excepcional. A norma passa a ser interpretada como inconstitucional porque não contém tudo aquilo que deveria conter para responder aos imperativos da Constituição (Cruz, 2014). As decisões aditivas são aquelas que invocam os valores e interesses constitucionais e restabelecem a igualdade mediante acréscimo de alguma situação que o texto normativo não contém, mas deveria conter (Miranda *apud* Vechiatti, 2017).

É exatamente o que deve ser feito com a Lei de Cotas. Como a Lei não está tendo efetividade social em alguns municípios, o Judiciário deve interpretá-la de modo que a aplique em empresas com menos de cem empregados, invocando valores constitucionais, em especial o da dignidade da pessoa humana, restabelecendo a igualdade entre trabalhadores com ou sem deficiência.

Sobre o assunto, Meyer (2008) explica que as decisões aditivas, em regra, são as que ampliam a incidência da lei com a finalidade de alcançar situações que foram postas de lado pelo legislador quando criou a lei, para obter o máximo de resultado possível para efetivação de princípios constitucionais, sem haver necessidade de expurgar a norma do ordenamento.

A respeito da função da interpretação aditiva, Vechiatti (2017, p. 49) disserta:

Fundamentam-se as decisões aditivas no princípio da igualdade, nos casos em que o legislador estabelece direitos para certa categoria de pessoa ou situações, deixando de abarcar outras, desigualando situações que a Constituição iguala (ou demanda tratamento igualitário), donde as decisões aditivas visam solucionar a omissão inconstitucional criada pelo legislador.

Portanto, amplia-se a incidência do texto normativo infraconstitucional, visto que ele é inconstitucional na parte em que não prevê o que deveria. No caso do presente estudo, supre-se a lacuna legislativa, em exercício de função legislativa pelo judiciário, no exercício do controle das omissões legislativas parciais tidas como inconstitucionais, o que se faz com fulcro no princípio da igualdade, para proteger aqueles empregados com deficiência que residem em município que não têm grandes empresas (Dias, 2012).

É imperioso que o direito ao trabalho das pessoas com deficiência não seja apenas reconhecido, mas efetivado. Todos os trabalhadores devem ser tratados de maneira igual. A implantação do direito à igualdade impõe tanto o desafio de eliminar toda e qualquer forma de discriminação como o de promover a igualdade em todas as suas vertentes. A adoção do sistema de cotas como atualmente previsto não vem garantindo a igualdade efetiva. Há, pois, a necessidade de implantação de algumas medidas para diminuir a discriminação e aumentar a inclusão.

Como já conceituado anteriormente, a Ação Civil Pública serve para promover a defesa judicial de interesses ou direitos metaindividuais. Sendo o direito ao trabalho das pessoas com deficiência um direito difuso, como também já demonstrado na seção 5 do presente estudo, entendemos que não há dúvida quanto à possibilidade de adotar a Ação Civil Pública como instrumento efetivador do direito fundamental ao trabalho desse grupo de pessoas. A utilização da Ação para pleitear vagas de emprego em empresas não abarcadas pela Lei de Cotas é totalmente factível.

Após todas essas colocações, é importante registrar que não se trata de direitos humanos diferenciados às pessoas com deficiência, mas de realização dos direitos tradicionalmente assegurados ao restante da população e já positivados, cuja materialização depende de um processo histórico de luta e de conquistas sociais (Ferraz; Leite, 2015).

Com a interposição da Ação Civil Pública para garantir vagas em empresas com menos de cem empregados, as pessoas com deficiências não estão reivindicando mais direitos que os outros indivíduos, mas direitos iguais, a partir da noção de que não é possível a promoção da dignidade humana sem a concretização da igualdade material. A realização dos direitos

humanos das pessoas com deficiência deve ser observada não só em relação ao Estado, mas também quanto aos particulares. Sobre o tema, Ferraz e Leite (2015, p. 106, grifo nosso) ensinam:

[...] é notório observar que muitas das principais violações a direitos humanos são implementadas por particulares, e não pelo Estado, especialmente nas relações marcadas por desigualdade entre seus partícipes, em vista da vulnerabilidade de alguns deles, sendo este um fator que se revela propício a práticas abusivas. **Nesse caso, em relações tipicamente privadas, a intervenção do Estado será indispensável para assegurar o respeito à dignidade humana e a promoção das garantias fundamentais, especialmente em benefício daqueles que forem hipossuficientes.**

Com isso, o acesso das pessoas com deficiência a tais direitos deve ser materializado de forma ampla e universal, por não ser coerente a promoção dessas garantias pela metade, apenas em determinadas relações.

Portanto, cabe não só ao Estado, mas também aos particulares garantir os direitos fundamentais dessas pessoas. É nessa esteira que a interposição de Ação Civil Pública para garantir emprego nas empresas que não se enquadram na Lei de Cotas é medida completamente viável e que se impõe para garantir a inclusão efetiva desse grupo de trabalhadores.

Ademais, mais que qualquer efetivação de direitos fundamentais, a Ação Civil Pública requerendo vagas para pessoas com deficiências para empresas com menos de cem empregados se justifica, principalmente, na busca efetiva da dignidade da pessoa humana desse grupo de trabalhadores, uma vez que a ideia de dignidade humana constitui fundamento da República e do Estado Democrático de Direito por ela instituído, devendo ser corretamente observada como um valor historicamente construído.

Não há dúvida de que a Constituição Federal constitui a concreta tradução dos valores de uma sociedade em determinado período histórico. A objetividade dos valores constitucionais, segundo Vásquez (1996, p. 127), é

Especial-humana, social, que não se pode reduzir a um ato psíquico de um sujeito individual nem tampouco às propriedades naturais de um objeto real. Trata-se de uma objetividade que transcende o limite de um indivíduo ou de um grupo sócia determinado, mas que não ultrapassa o âmbito do homem como ser histórico-social.

Dessarte, os valores constitucionais são algo que o homem realiza em sua própria experiência e vai assumindo diversas expressões ao longo do tempo. Pode-se afirmar que os valores constitucionais são a mais completa tradução dos fins que a comunidade pretende ver realizados no plano concreto (Martins, 2012).

Dentro dessa perspectiva, não há dúvida de que a dignidade da pessoa humana, além de ser norma e princípio a ser seguido no nosso ordenamento jurídico, visto que expressamente previsto no título I da Constituição Federal vigente, artigo 1º, III, que prescreve que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos a dignidade da pessoa humana, também é valor.

O fato de a dignidade da pessoa humana ter sido reconhecida como princípio fundamental não afasta o fato de que seja também reconhecida como valor fundamental para toda a ordem jurídica, outorgando uma maior pretensão de eficácia e efetividade (Martins, 2012). Sobre o assunto, Martins (2012, p. 57) complementa:

De antemão ressaltamos que os princípios constituem expressão de valores fundamentais que por “suas mãos”

adentram o ordenamento jurídico. São, portanto, tradução dos valores elementares que informam o sistema jurídico, conferindo harmonia e unidade às normas que o compõem. Exatamente por isso se afirma que não se pode extrair o sentido de um princípio somente do texto constitucional, havendo necessidade de se buscar seu significado também com o auxílio dos valores, sentimentos e emoções que lhe são subjacentes.

Nesse sentido, é correto dizer que a concretização dos princípios é a concretização dos valores. Assim, os valores constitucionais constituem o contexto fundamentador para a interpretação de todo o ordenamento jurídico, são as ideias diretivas gerais que fundamentam e orientam a aplicação das demais normas aos casos concretos. Os valores são metanormas em relação aos princípios. Todavia, entre os valores presentes na Constituição, pode-se afirmar que sempre haverá uma hierarquia, uma vez que a recusa a essa hierarquização constitui recusa ao próprio conceito de valor (Martins, 2012). “A ideia de valor fonte nos conduz, portanto, não a um valor do qual se extrai todos os demais valores, mas sim, de um valor dotado de proeminência axiológica sobre os demais valores acolhidos pela Constituição” (MARTINS, 2012, p. 60-61).

Nesse viés, pode-se afirmar que o valor fonte do nosso sistema constitucional se radica na dignidade da pessoa humana, não só por ser reconhecida como princípio fundamental, mas principalmente porque a Constituição lhe faz seguir um rol amplo de direitos fundamentais visando sua esmerada concretização. Logo, a Constituição Federal só pode ser apreendida a partir de uma bidimensionalidade que relacione o formal e o axiológico, visto que repousa sobre princípios que exprimem valores essenciais. Desse modo, o intérprete deve harmonizar todos os dispositivos legais

com a dignidade da pessoa humana que, embora não seja o único princípio ou valor expresso pela Constituição Federal, é o principal. A dignidade da pessoa humana, segundo Martins (2012), fornece ao intérprete uma pauta valorativa essencial à correta aplicação da norma e à justa solução do caso concreto.

Todos aqueles que se debruçam sobre o Direito não podem mais nortear seus pensamentos e caminhos sem analisar se estão de acordo com o postulado da dignidade da pessoa humana, o qual, segundo Bahia e Marta (2008, p. 12), “[...] transformou-se na pedra de toque de todo o sistema jurídico-constitucional brasileiro, não podendo ser desrespeitado por quem quer que seja, mormente pelo Poder Público, que tem a obrigação precípua de zelar e fazer cumprir os ditames da Constituição Federal.”

A dignidade humana deve ser parâmetro para todos os interesses constitucionais conflitantes, atribuindo um peso maior para aqueles que lhe sejam mais próximos. Sobre isso, Sarmiento (2016, p. 326) afirma que

O princípio da dignidade da pessoa humana desempenha múltiplas funções na ordem jurídica brasileira. Trata-se, em primeiro lugar, de fundamento da legitimidade do Estado e do ordenamento jurídico. Tal princípio é, ainda, critério para interpretação e integração das normas jurídicas constitucionais e infraconstitucionais em todos os ramos do Direito. A dignidade funciona também como parâmetro para a ponderação entre interesses constitucionais conflitantes, atribuindo um peso *prima facie* superior aos direitos e interesses que lhe sejam mais próximos. E o princípio opera, ainda, como limite para direitos fundamentais, justificando restrições a direitos voltadas à inibição de atos atentórios à dignidade de terceiros.

A dignidade da pessoa humana se presta, indiscutivelmente, ao reconhecimento de direitos fundamentais, devendo incidir diretamente so-

bre as relações sociais, independentemente da mediação de outras normas constitucionais ou infraconstitucionais (Sarmiento, 2016). Por isso, é correto fundamentar o pedido da Ação Civil Pública para garantir empregos para pessoas com deficiência em empresas com menos de cem empregados com a dignidade da pessoa humana, já que esse princípio deve ser encarado como parâmetro objetivo de interpretação de todo o sistema constitucional.

A dignidade da pessoa humana acaba sendo uma “cláusula aberta” que respalda “novos direitos”, sem a necessidade de reforma ou alteração do texto, à evolução da sociedade e aos novos direitos que devam ser gerados em seu seio (Farias, 2000). A dignidade da pessoa humana está na base de todos os direitos constitucionalmente consagrados. Portanto, fundamenta a ideia de que é possível a Ação Civil Pública para garantir vagas para pessoas com deficiência em empresas que não se encaixam na Lei de Cotas diante da transformação da sociedade e da necessidade premente de se efetivar direitos fundamentais.

Sobre o tema, Martins (2012) adverte que diante do caso concreto, entre duas ou mais soluções, a escolha sempre deve recair sobre aquela que efetive a dignidade da pessoa humana.

E, na verdade reconhecer que a dignidade da pessoa humana constitui critério ou parâmetro interpretativo aplicável a todo o sistema jurídico, implica vincular o intérprete, sob pena de flagrante inconstitucionalidade, a seu conteúdo valorativo. Significa que a solução a ser adotada deverá ser sempre aquela que mais normatividade atribua ao valor encarnado como princípio. Entre duas ou mais soluções possíveis, recairá a escolha sobre aquela que mais efetividade assegure ao princípio (Martins, 2012, p. 71).

Assim, diante de um conflito entre o princípio da dignidade humana e o princípio da legalidade, não há dúvidas de que aplicador do direito

deve optar pela efetivação da dignidade humana, por ser o valor fonte do nosso sistema constitucional, funcionando também como parâmetro para a ponderação entre interesses constitucionais conflitantes, atribuindo um peso *prima facie* superior aos direitos e interesses que lhe sejam mais próximos. O princípio da dignidade humana deve operar, como defendido por Sarmiento (2016), como limite para direitos fundamentais, justificando restrições a direitos voltadas à inibição de atos atentatórios à dignidade de terceiros.

Não proporcionar o acesso ao trabalho às pessoas com deficiência, em todos os municípios, é esfacelar os direitos sociais, o que simboliza uma flagrante violação à ordem constitucional, que inclui, entre as suas cláusulas pétreas, os direitos e garantias individuais. O Direito é dinâmico e deve ser adaptado, sob pena de se violar o Estado Constitucional.

Não se pode esquecer que o direito é vivo, dinâmico e na solução de situações concretas da sociedade, quer pelo conflito individual de interesses, quer coletivos, e até mesmo conflitos com o Estado. No entanto, o Estado Constitucional confirma e ratifica a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental, exigindo, assim, observar-se o homem como o centro do universo jurídico, sendo certo que esse reconhecimento abrange a todos, coletivamente, e cada um, individualmente (Bahia; Marta, 2008, p. 66).

Na qualidade de direitos constitucionais fundamentais, os direitos sociais são intangíveis e irredutíveis, sendo providos da garantia da suprema rigidez, o que torna inconstitucional qualquer ato que tenda a restringi-los ou aboli-los. Os direitos fundamentais sociais encontram-se voltados para a substancialização da liberdade e da igualdade dos cidadãos, objetivando, em última análise, a tutela da pessoa humana em face das necessidades de ordem material, com vistas à garantia de uma existência digna (Soares, 2010).

Härbele (2003) fala sobre a função social dos direitos fundamentais, ensinando que estão relacionados com o conjunto social, que vai além do sistema individual, revelando-se como normas que se referem ao substrato social.

Além de tudo isso, deve-se que lembrar que o direito ao trabalho faz parte do mínimo existencial que deve ser garantido a todos os indivíduos do território brasileiro. Mas o que seria o mínimo existencial? São as necessidades básicas, a saúde e a autonomia. O direito ao mínimo existencial é, então, o direito à satisfação das necessidades básicas, ou seja, direito a objetos, atividades e relações que garantem a saúde e a autonomia humana e, com isso, impedem a ocorrência de dano grave ou sofrimento em razão da deficiência de saúde ou impossibilidade de exercício de autonomia (Leivas, 2006).

A teoria do mínimo existencial surgiu na Europa e tem como fundamento o fator de que apenas o conteúdo essencial dos direitos sociais teria um grau de fundamentalidade capaz de gerar, por si só, direitos subjetivos aos respectivos titulares (Marmelstein, 2013). O mínimo existencial é o elemento essencial pelo qual se busca garantir um conjunto de necessidades básicas do indivíduo para que ele viva condignamente. Assim, a violação do mínimo existencial significará sempre uma violação da dignidade da pessoa humana. Logo, é um componente básico da dignidade da pessoa humana, que visa assegurar a todos as condições materiais básicas para a vida digna. O não atendimento das necessidades materiais básicas das pessoas é, em si mesmo, uma grave injustiça, independentemente de outros efeitos negativos que provoque (Sarmiento, 2016).

Deve-se esclarecer que o mínimo existencial sempre será judicialmente exigível, sendo que, quando está em jogo o atendimento de neces-

cidade material básica, a proteção à dignidade humana sobrepuja qualquer outro princípio. É dever do Estado sempre garanti-lo, o que está de acordo com os ensinamentos de Bahia (2007, p. 250):

Não se nega que a adoção de políticas públicas não se apresenta como algo de fácil implantação e que tenha o condão de produzir todos os seus efeitos de uma hora para outra, mas, não se pode deslembrar que tais se constituem em dever do Estado, na exata medida em que se convertem em valioso e indispensável instrumento de mitigação das desigualdades materiais apresentadas em nossa sociedade, emergindo, daí, que tem ele a inafastável e fundamental obrigação de prover o mínimo existencial do cidadão, não podendo para se eximir de tal mister, invocar a doutrina da reserva do possível, cabendo, repita-se, ao Judiciário a total liberdade de corrigir referida distorção.

Além disso, a Constituição Federal também traz, no artigo 1º, IV, que os valores sociais do trabalho também são um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Assim, permitir o acesso de pessoas com deficiência a vagas de emprego em empresas com menos de cem empregados é garantir a efetivação de dois fundamentos da República: dignidade da pessoa humana e valores sociais do trabalho.

Historicamente, o trabalho só passou a ser efetivamente valorizado a partir das Revoluções Industriais e, pela ética católica, a partir da *Rerum Novarum*, do Papa Leão XXIII, datada de 1891, confirmando os ideais da doutrina social da igreja, que reconhecia os “defeitos” do capitalismo. Porém, como objeto de estudo do direito, o trabalho somente surgiu após a consolidação do modo de produção capitalista, já que, antes disso, as relações de trabalho caracterizavam-se, em apertada síntese, ou pelo regime de escravidão, ou pelo regime da servidão, ou por uma autonomia do trabalhador (Oliveira; Dorneles, 2011).

Constitucionalmente, o direito do trabalho só foi ganhar espaço em 1917, na Constituição Mexicana. No Brasil, embora a Constituição de 1824 tenha trazido disposições relacionadas ao livre exercício de profissão, e a Constituição de 1891 tenha reconhecido o direito de associação, somente na Constituição de 1934 é que o trabalho foi reconhecido como obrigação social e que a valorização do trabalho foi encarada como fundamento da ordem econômica e da ordem social (Leite, 2017).

A Constituição de 1988 trouxe o valor social como um dos fundamentos da República, no artigo 1º, IV, e no *caput* do artigo 170, dispõe que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano. Assim, consagrou a dimensão humana do trabalho. No artigo 193, também preleciona que a ordem social tem como base o primado do trabalho. Portanto, o constituinte vinculou ao trabalho toda a ordem social, confirmando os fins sociais que a ela foram adjudicados com a busca de tal valor fundamental. Inclusive, no próprio preâmbulo, já fala em assegurar o exercício de direitos sociais, que é o objetivo principal de todo o trabalho do Estado Democrático de Direito (Stuchi, 2010).

Nesses termos, a Carta Magna buscou na dignidade da pessoa humana e nos valores sociais do trabalho a sua pedra fundamental, estando ambos os fundamentos ligados intimamente. Não é por acaso que o fundamento da dignidade da pessoa humana é imediatamente precedente ao referente aos valores sociais, expresso no artigo 1º da CF, o que demonstra a intenção do Constituinte de primar pela dignidade do trabalhador em face da livre iniciativa, a qual também ganha carga semântica de valorização social (Stuchi, 2010).

Atender aos valores sociais é buscar a redução das desigualdades sociais, enxergando o trabalhador como principal agente de transformação da economia e meio de inserção social. Se não for pensado dessa maneira, não se estará valorizando o direito ao trabalho. Assim, a comunidade deve buscar efetivar não só a dignidade da pessoa humana, como também o valor social do trabalho. É a partir desses dois fundamentos que se justifica e compreende a aplicabilidade do princípio da proteção no Direito do Trabalho e que se interpretam as demais normas trabalhistas.

Sobre o trabalho, Balera (1994, p. 1167 *apud* SCHMITZ, 2016) pondera:

[...] deveras, só se pode cogitar de uma sociedade livre quando mediante políticas sociais e econômicas, as forças vivas do País, perseguem, a todo custo o ideal do pleno emprego. [...]o trabalho, sobre ser um valor social fundamental da República possui uma categoria superior aos demais valores que a Ordem Social salvaguarda (art. 193). Essa primazia não significa outra coisa, em nosso entender, que aquela mesma ideia tão bem, expressa pelo magistério social cristão [...] pelo Romano Pontífice. De feito, na Carta Encíclica *Laborem Exercens*, o Papa João Paulo II sublinha: “o trabalho humano é uma chave, provavelmente a chave essencial de toda a questão social normal”.

Desse modo, não se pode priorizar o capital em detrimento do humano. O trabalhador, seja ele deficiente ou não, deve ser o principal agente de transformação da economia e meio de inserção social; por isso, a livre iniciativa deve observar o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, fazendo valer a dignidade da pessoa humana.

Espada (2008, p. 97) destaca o seguinte sobre o valor social do trabalho, da dignidade da pessoa humana e da inclusão social:

[...] pode-se afirmar que a incidência do princípio da dignidade da pessoa humana no âmbito do trabalho implica a necessidade de se proteger o trabalhador contra qualquer ato atentório à sua dignidade, de lhe garantir condições de labor saudáveis e dignas, e também de propiciar e promover a inclusão social [...] Independentemente de qualquer política pública, há necessidade de tutelar e, mais do que isto, dar efetividade ao direito de dignidade do trabalhador por meio da teoria dos princípios, como iniciativa do Poder Judiciário e dos juristas em geral. Com este objetivo, a postura crítica do intérprete e a utilização do princípio da proporcionalidade, com suas três parciais (adequação, necessidade, ponderação) são de suma importância.

Cabe dizer, após tudo isso, que o protecionismo próprio do Direito do Trabalho advém justamente do fato de estar intimamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana. Ademais, vale destacar que os princípios do Direito do Trabalho, que protegem e dão respaldo ao trabalhador com deficiência para ser incluído no mercado de trabalho, também têm *status* de princípios constitucionais. De acordo com Delgado (2017, p. 36-37), “Os princípios e regras de proteção à pessoa humana e ao trabalho constituem parte estrutural da Constituição da República Federativa do Brasil”.

Pela classificação apresentada pelo autor, tais princípios agrupam-se em dois grandes blocos: os que dizem respeito aos efetivos princípios constitucionais do trabalho e os que têm vínculo direto com as diretrizes explicitadas na Constituição da República, com respeito a temas essenciais do Direito Coletivo do Trabalho e do Direito Individual do Trabalho.

Segundo Barros (2016, p. 119), sucintamente, princípios constitucionais são “súmulas que permitem melhor caracterizar a Constituição e compreendê-la”. No âmbito do Direito Trabalhista, Delgado (2017) proclama um rol do que consigna como 12 notáveis diretrizes, todas afirmativas

da pessoa humana e de seu labor nas esferas social, econômica, cultural e jurídica brasileiras, como integrantes do primeiro dos dois grandes blocos de princípios constitucionais. Assim, compõem esse primeiro grupo constitucional os princípios:

[...] da dignidade da pessoa humana; o da centralidade da pessoa humana na vida socioeconômica e na ordem jurídica; o da valorização do trabalho e emprego; o da inviolabilidade do direito à vida; o do bem-estar individual e social; o da justiça social; o da submissão da propriedade à sua função socioambiental; o da não discriminação; o da igualdade em sentido material; o da segurança; o da proporcionalidade e razoabilidade; e o princípio da vedação do retrocesso social (Delgado, 2017, p. 36).

Esse primeiro grupo, portanto, constitui-se por princípios que decorrem da valorização da pessoa humana em seus mais diversos aspectos, os quais, invariavelmente, apresentam influência no mundo do trabalho. Já os princípios enquadrados no segundo grupo, de modo menos abrangente, contemplam essencialmente temas intrínsecos ao Direito do Trabalho, tanto em seu segmento Individual quanto em seu segmento Coletivo, mas que foram igualmente incorporados pela Lei Fundamental Republicana a partir de 1988.

No tocante ao Direito Coletivo do Trabalho, destacam-se os seguintes princípios: o da liberdade associativa e sindical; o da autonomia sindical; o da interveniência sindical na negociação coletiva; e o princípio da equivalência entre os contratantes coletivos. Já em relação ao Direito Individual do Trabalho, distinguem-se os seguintes princípios especiais: o da norma mais favorável; o da continuidade da relação de emprego; e o da irredutibilidade salarial (Delgado, 2017)

Desse modo, em conformidade com a doutrina de Delgado (2017), chega-se ao entendimento de que a Constituição da República instituiu, no ordenamento jurídico, uma série de diversos princípios que orientam a estrutura do Direito do Trabalho. Tais princípios são verdadeiras diretrizes do fundamento republicano de valorização social do trabalho, insculpido no inciso IV do artigo 1º, reconhecendo ser “[...] por meio do trabalho e especialmente do emprego que a grande maioria das pessoas humanas se afirma na sociedade e na economia contemporâneas” (Delgado, 2017, p. 37).

Assim, o Direito Constitucional está em consonância com o Direito do Trabalho e o Direito Civil, objetivando a efetivação dos fundamentos da República e, por via de consequência, dando todo o fundamento jurídico para que o juiz, ao julgar a Ação Civil Pública requerendo vagas para deficientes em empresas com menos de cem empregados, julgue o pedido totalmente procedente.

Tudo isso é baseado no entendimento de que a valorização do trabalhador, não só no aspecto individual, mas também em relação ao ambiente social em que vive, se dá num sistema normativo que prioriza a dignidade humana em detrimento do capital. Se assim não for entendido, o Direito do Trabalho perderá a função de incluir o outro na esfera comunitária e de proteger o ser humano em toda a sua magnitude.

Em razão da dignidade da pessoa humana, pode-se falar em princípio da proteção do direito do trabalho. Apesar de não escrito, na própria Constituição, encontramos a base jurídica para a consideração do Princípio Protetor como Direito Constitucional dos trabalhadores. A sociedade pode exigir um nível mínimo de cidadania para todos, inclusive ao trabalhador,

baseado nos fundamentos da República, quais sejam, a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho.

O princípio da proteção do direito do trabalho é a expressão da orientação fundamental que direciona o Direito do Trabalho em seu propósito de nivelar as desigualdades fáticas que são inerentes à relação entre o capital e os indivíduos que trabalham. Do princípio da proteção, pois, desdobra-se todo o emaranhado principiológico fundamental que norteia, orienta e preside a aplicação, a interpretação e a construção do Direito do Trabalho e de suas normas jurídicas. Assim, a aplicação da Lei de Cotas para as empresas com menos de cem empregados também se justifica com fulcro no princípio da proteção do direito do trabalho, o qual sustenta todas as relações de emprego, protegendo o trabalhador, quer seja ele deficiente, quer não, por ser a parte mais vulnerável da relação de emprego.

Além disso, como já defendido, há a questão da função social da empresa. O conceito de função social da empresa é derivado do conceito de função social da propriedade, conforme o artigo 5º, XXIII, da CF/88. Sempre que houver direito à propriedade, recai sobre ele a obrigatoriedade da função social. Com relação ao direito de propriedade da empresa, não há de ser diferente; logo, existe a função social da empresa.

A CF/88 preocupa-se com valores e princípios fundamentais da sociedade, voltando-se à valorização da pessoa humana, tanto no aspecto individual quanto no coletivo, bem como aos princípios do Estado democrático de Direito, a sociedade livre, justa e solidária, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Desse modo, diante de um Estado de Direito prevê-se a busca da proteção do ser humano pautada no princípio fundamental da dignidade humana para atingir o fim social. A garantia da dignidade humana

deverás e refletir até mesmo em relação aos anseios e aspectos econômicos constantes da ordem econômica e na análise da função social da empresa. (Zanzanelli, 2009).

É certo que a livre iniciativa é um dos princípios fundamentais da CF/88, incentivo à proteção do próprio capitalismo pautado no liberalismo de mercado. Todavia, admite-se a intervenção do Estado para promover a competição e o alto grau de qualidade do serviço a ser posto no mercado, bem como a observância dos princípios da ordem econômica (Cretella Jr., 2001).

A livre iniciativa só pode ser considerada como saudável para o desenvolvimento do Estado se observados os demais princípios da ordem econômica, como, por exemplo, a valorização do trabalho humano, entre outros previstos no artigo 170 da CF/88. Por isso, o papel da empresa é importante no desenvolvimento da ordem econômica, com a valorização do trabalho humano. A empresa não pode ser concebida em termos exclusivos do direito privado, mas deve cumprir sua função social. A propriedade é condição social, deixando de ser um direito subjetivo do indivíduo. Desse modo, a indisponibilidade e a vontade do proprietário da empresa poderão ser desconsideradas se não atenderem ao fim social.

A princípio, pode parecer que o sistema capitalista, que objetiva lucro e acúmulo de riquezas, seja incompatível com a busca da dignidade humana e da justiça social, porém não o é. Para equalizar o sistema econômico com objetivo de lucro com a proteção da dignidade humana, o Estado deve editar normas e torná-las eficazes e efetivas, até mesmo aprimorando os instrumentos necessários para atuar com poder de polícia.

A iniciativa econômica privada é amplamente condicionada pelo sistema da Constituição Econômica Brasileira, e, se ela deve implementar sua atuação empresarial se subordinando à função social, é preciso que assegure a existência digna a todos, bem como a dignidade humana, já que essas obrigações foram delegadas a ela pelo Estado (Zanzanelli, 2009, p. 173).

Nessa trilha, o cumprimento da Lei de Cotas ou, mais ainda, o oferecimento de vagas de emprego às pessoas com deficiência fora de sua principal incidência é uma função social claramente determinada pelos mandamentos constitucionais, de acordo com a aplicação sistemática e teleológica de todo o ordenamento jurídico nacional, que tem como eixo central a dignidade da pessoa humana. Atualmente, o direito civil/empresarial deve ser aplicado à luz do direito constitucional, deixando de lado o direito civil/empresarial napoleônico, patrimonialista e patriarcal.

A obediência a essa nova visão, voltada à valorização do ser humano, preocupada com a inclusão de todos os grupos minoritários e excluídos, não fere a existência da própria empresa e não sacrifica sua função lucrativa, já que a contratação de pessoas com deficiência pode ser tão necessária, produtiva e eficaz quanto a de pessoas sem deficiência (Cezar, 2012).

A empresa precisa entender, como já defendido no presente estudo, que a contratação de pessoas com deficiência não é sinônimo de assistencialismo, caridade ou filantropia, mas de efetiva inclusão e garantia dos direitos fundamentais desses trabalhadores. Além disso, não se pode continuar admitindo pseudocontratações apenas em razão da obrigatoriedade do cumprimento das cotas e da ameaça por parte dos órgãos responsáveis, situação em que os empregados são contratados, mas não efetivamente incluídos na vida cotidiana da empresa.

É imperioso novamente destacar, como citado anteriormente, que o princípio da solidariedade deve ser aplicado não só ao Estado, mas também aos particulares. A solidariedade social deve ser efetiva atualmente. Assim, estabelecer vagas às pessoas com deficiência para as empresas que não se encaixam na Lei de Cotas nada mais é que essa efetivação do princípio da solidariedade, em que há deveres fundamentais para as empresas que têm não apenas direitos, mas também deveres, a fim de que a dignidade da pessoa humana seja resguardada.

Desse modo, é possível extrair do princípio da dignidade da pessoa humana um direito fundamental ao reconhecimento, que também tem fortes conexões com a igualdade e com a solidariedade. Assim, em nosso entendimento, não há dúvida quanto à aplicabilidade da Lei de Cotas às empresas com menos de cem empregados, pois a CF/88 expressamente consagra como direito fundamental o direito ao trabalho, o direito de igualdade entre as pessoas, a dignidade humana e o direito a não ser discriminado.

É imperioso que o direito ao trabalho das pessoas com deficiência não seja apenas reconhecido, mas efetivado. Todos os trabalhadores devem ser tratados de maneira igual. A implantação do direito à igualdade impõe tanto o desafio de eliminar toda e qualquer forma de discriminação como o de promover a igualdade em todas as suas vertentes. Contudo, a adoção do sistema de cotas, como atualmente previsto, não vem garantindo a igualdade efetiva. Há, portanto, a necessidade de implantação de algumas medidas para diminuir a discriminação e aumentar a inclusão.

Como já discutido, a Ação Civil Pública serve para promover a defesa judicial de interesses ou direitos metaindividuais. Sendo o direito ao trabalho das pessoas com deficiência um direito difuso, como também já de-

monstrado na seção 5 do presente estudo, entendemos que não há dúvida quanto à possibilidade de adotá-la como instrumento efetivador do direito fundamental ao trabalho desse grupo de pessoas. A utilização da Ação Civil Pública para pleitear vagas de emprego em empresas não abarcadas pela Lei de Cotas é totalmente factível. O legitimado para propor a Ação Civil Pública poderá, já tendo sido preenchidas as vagas das cotas, ou não existindo vagas pela Lei de Cotas no município, ingressar com a referida ação para garantir que o direito fundamental dessas pessoas seja efetivado nas empresas com menos de cem empregados. As pessoas com deficiência têm o direito de ingressar em juízo pleiteando a efetivação de seus fundamentais; se as Ações Cíveis Públicas propostas cobrando a obediência à Lei de Cotas não estão sendo suficientes para garantir a inclusão dessas pessoas, é necessário buscar alternativas. É com a efetivação das normas que devemos nos preocupar, pois “Há uma imensa distância entre os direitos formalmente consagrados na Constituição e a realidade de fato a que se reportam, de modo que é preciso agir para que essas normas tornem-se efetivas” (Assis; Pozzoli, 2005, p. 258).

Não temos dúvida de que já foram muitos os avanços conquistados nessa área; todavia, ainda há muito a ser feito. Esse grupo de pessoas excluídas tem o direito de ter seus direitos fundamentais efetivados. A Ação Civil Pública, nesse caso, seria o instrumento hábil para isso. Não é aceitável que as pessoas com deficiência que residem em pequenos municípios ou em regiões que não possuem tantas grandes empresas esperem anos para ter seu direito ao trabalho efetivado; isso quando conseguem emprego. Não se pode permitir que essas pessoas permaneçam à margem da sociedade esperando algum projeto de lei ser aprovado, ou que outro deficiente saia

da vaga de emprego para que consigam um posto de trabalho; o direito tem que ser efetivado hoje.

O fundamento jurídico da Ação Civil Pública a ser proposta seria a efetivação da dignidade da pessoa humana das pessoas com deficiência, o direito fundamental ao trabalho que lhes cabe e o princípio da igualdade entre os empregados. Tudo isso já é garantido pela nossa Carta Magna. Portanto, a lei já existe. Esses princípios constitucionais garantem a inclusão, já que são dotados de múltiplas possibilidades de eficácia jurídica, destacando-se a utilização como vetor hermenêutico-interpretativo (Barcellos, 2011), e, por isso, devem ser respeitados.

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma, A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra (Mello, 1992, p. 110).

Diante de todo o exposto, propõe-se a possibilidade de propositura da Ação Civil Pública para exigir que empresas com menos de cem empregados contratem pessoas com deficiência, até que uma lei específica seja criada nesse sentido, para que a inclusão passe a ser mais efetiva. Nesse cenário, o Poder Judiciário deve estar atento, julgando procedentes os pedidos contidos nas Ações Cíveis Públicas que pleiteiam vagas fora da Lei de Cotas, para que a tutela jurisdicional vá ao encontro da CF/88. O juiz deve ter coragem de proferir decisões diferenciadas, com o fim de criar soluções que tendam ao alcance pleno dos preceitos ditados pelo direito material e, com isso, conscientizar a sociedade (Rostelato, 2009).

Há que se garantir a efetivação do rol de direitos que contempla a inclusão social das pessoas com deficiência, visando sacramentar o direito constitucional à dignidade, por assegurar condições equânimes de participação na vida cotidiana. Assim, a jurisdição no Estado Contemporâneo não pode se limitar a pura exegese formal dos textos jurídicos. O Poder Judiciário deve justificar e fundamentar o significado da norma jurídica, colocando-a em harmonia com a nova realidade social. É função judicial promover a paz social, pela mediação entre grupos e interesses, entre o direito e a justiça (Cambi, 2016).

Diante das mazelas que vivem esses grupos excluídos, não se pode apenas estarrecer-se, mas há de se encontrar caminhos para garantir a inclusão. A utilização da Ação Civil Pública para garantir vagas de emprego às pessoas com deficiência, em especial nos municípios em que não há vagas por meio da Lei de Cotas, é garantir não só a efetivação do direito ao emprego a essas pessoas, mas a própria dignidade humana.

Não é porque a Lei de Cotas faz previsão de vagas reservadas somente para as empresas com mais de cem empregados, que não se pode exigir que outras também ofereçam vagas nos locais onde não existam empresas que se encaixem na diretriz normativa original ou, quando existem, não se mostram suficientes para a absorção adequada de trabalhadores com deficiência. O Poder Judiciário não pode entregar ao jurisdicionado um direito desatualizado e sem lastro na Lei Maior.

Cabe ao Estado efetivar o Direito em todos os lugares. Pode-se falar, no caso, em efetivação de direitos fundamentais por meio da justiça da proximidade, que remete a uma abordagem de territorialização, no sentido pleno do termo, a uma adaptação da resposta judicial aos lugares e às pes-

soas. A aposta consiste em “fazer diferente”, tudo porque o espaço da humanidade estreitou-se; os avanços dos textos jurídicos asseguraram direitos aos homens, mas não foram suficientemente asseguradores da efetivação desses mesmos direitos. Esse contraste, cuja separação passa, necessariamente, pela compreensão adequada do sentido da dignidade da pessoa humana, permitirá aparelhar a ordem jurídica com critérios materiais para que essa dignidade possa ser legítima e eficazmente protegida (Silva, 2009).

Quando a Lei de Cotas foi idealizada, havia, no país, grandes empresas e a esperança de que a quantidade delas só aumentasse. Todavia, a atualidade demonstra um cenário muito diferente. Atualmente, as micro e pequenas empresas são responsáveis por 84% da geração de empregos, enquanto as médias e grandes empresas ocupam 16% (Moreno, 2015). Tais números só demonstram que a realidade atual é muito diferente da que imperava em 1991, quando a Lei de Cotas foi publicada. A sociedade mudou, e o Direito precisa adequar-se.

Ao não exigir que empresas com menos de cem empregados contratem pessoas com deficiência, estar-se-á conferindo à Lei de Cotas uma interpretação que não é constitucionalmente aceita. O Poder Judiciário deve ser compromissado com a lei e com a Constituição, sempre com vistas à proteção dos direitos humanos fundamentais, sejam eles das minorias ou das majorias. Agindo assim, estar-se-á falando do real reconhecimento do direito de minorias, de direitos fundamentais básicos. Trata-se de cumprimento da própria essência da jurisdição constitucional, que complementa o sentido do Estado Democrático de Direito Constitucional. Uma supremacia constitucional sem um órgão fiscalizador seria meramente simbólica, por isso, está

a jurisdição constitucional em consonância com o princípio democrático (Falcone, 2008).

O ministro Gilmar Mendes, no voto proferido na Ação de Inconstitucionalidade (Adin) nº 4.277/DF, que tratou do reconhecimento de união estável para casais homoafetivos, citou Zagrebelsky (1999 *apud* STF, 2011), que, em sua obra *O Direito Dúctil - il diritto mite*, fala sobre a sociedade pluralista atual e o papel da Constituição:

As sociedades pluralistas atuais – isto é, as sociedades marcadas pela presença de uma diversidade de grupos sociais com interesses, ideologias e projetos diferentes, mas sem que nenhuma tenha força suficiente para fazer-se exclusivo ou dominante e, portanto, estabelecer a base material da soberania estatal no sentido passado – isto é, as sociedades dotadas em seu conjunto de um certo grau de relativismo, conferem à Constituição não a tarefa de estabelecer diretamente um projeto predeterminado de vida em comum, senão a de realizar as condições de possibilidade da mesma.

Portanto, cabe ao Judiciário seguir esse entendimento em relação à contratação de pessoas com deficiência nos casos de empresas que não se encaixam na Lei de Cotas, já que a CF/88 permite essa inclusão, pois oferece condições para tanto. Como defendeu o senhor Ministro Gilmar Mendes em seu voto na Adin nº 4277, é a adoção do “pensamento do possível”.

O pensamento do possível é o pensamento em alternativas. Deve estar aberto para terceiras ou quartas possibilidades, assim como para compromissos. Pensamento do possível é pensamento indagativo (*fregendes Denken*). Na **res publica** existe um **ethos** jurídico específico do pensamento em alternativa, que contempla a realidade e a necessidade, sem se deixar dominar por elas. O pensamento do possível ou o pensamento pluralista de alternativas abre suas perspectivas para “novas” realidades, para o fato de que a realidade de hoje pode corrigir a de ontem, especial-

mente a adaptação às necessidades do tempo de uma visão normativa, sem que se considere o novo como o melhor (Häberle, 1980, p. 9 *apud* Brasil, 2011, grifo do autor).

Seguindo a ideia de Häberle (1980), citado pelo ministro Gilmar Mendes, não existem apenas alternativas em relação à realidade, mas também alternativas em relação a essas alternativas. Assim, aproveitar o instituto da Ação Civil Pública para garantir a referida inclusão é comprovar que o processo pode ser efetivo na concretização de direitos. Sobre a eficácia do sistema processual, Bedaque (2001, p. 16) ensina: “A eficácia do sistema processual será medida em função de sua utilidade para o ordenamento jurídico material e para a pacificação social. Não interessa, portanto, uma ciência processual conceitualmente perfeita, mas que não consegue atingir resultados a que se propõe”.

O processo jurisdicional deve ser, por excelência, o *locus* da proteção dos direitos fundamentais. A jurisdição deve estar dirigida à consagração dos direitos fundamentais, senão perde-se a própria razão de ser do Estado. O juiz, ao julgar procedente a Ação Civil Pública com o pedido de incluir pessoas com deficiência nas empresas com mais de 50 empregados, passa a ser uma figura ativa, mostrando-se preocupado com os fins sociais do processo, revelando ter uma visão constitucional.

Canetas de magistrados não são capazes de extinguir o preconceito, mas, num Estado Democrático de Direito, detêm o poder de determinar ao aparato estatal a atuação positiva na garantia da igualdade material entre os indivíduos e no combate ostensivo às discriminações odiosas (Brasil, 2011).

Essas alternativas devem ser encaradas como sendo fruto da constante alteração da realidade social, visto que a realidade da sociedade e sua

rápida transformação exigem alterações em todos os ramos da ciência jurídica, de modo a não ser mais possível sua previsão legal de forma absoluta, apartada de uma interpretação principiológica do caso concreto. Sobre a atuação, nesses casos, do Poder Judiciário:

Enquanto o Congresso Nacional, no caso brasileiro, não assume, explicitamente, sua coparticipação nesse processo constitucional de defesa e proteção dos socialmente vulneráveis, não pode o Poder Judiciário demitir-se desse mister, sob pena de aceitação tácita de um Estado que somente é “democrático” formalmente, sem que tal predicativo resista a uma mínima investigação acerca da universalização dos direitos civis (Brasil, 2011).

Como dito anteriormente, não há mais espaço, no processo moderno, para o “juiz neutro” — expressão com que frequentemente se mascarava a figura do juiz não comprometido com as instancias sociais —, motivo pelo qual todas as leis processuais têm investido o julgador de maiores poderes de impulso (Zaneti Jr.; Garcia, 2011). É certo que o mundo do direito tem suas fronteiras demarcadas pela Constituição, e seus caminhos são determinados pela Lei, logo, juízes não inventam o direito do nada; seu papel é o de aplicar normas que foram positivadas pelo constituinte ou pelo legislador. Ainda, quando desempenham uma função criativa do direito para o caso concreto, deverão fazê-lo à luz dos valores compartilhados pela comunidade a cada tempo. Portanto, seu trabalho não inclui escolhas completa e exclusivamente livres, arbitrárias e caprichosas (Barroso, 2012). Evidentemente, o magistrado não pode fazer a escolha do resultado com base em suas intuições, personalidade, preferências e preconceitos. O limite ao Judiciário não deve ser no sentido de enfraquecê-lo, mas de impedir qualquer espécie de

mandonismo judicial exercido por um pretense poder discricionário (Lima, 2015).

Streck (2011) alega que conceder aos juízes o poder de livre atribuição sobre o Direito deve ser considerado como uma postura autoritária, capaz de acarretar graves prejuízos ao regime democrático. Por isso, a necessidade de respostas adequadas à Constituição, sustentada por Streck, é uma maneira de evitar que as decisões judiciais se transformem num apanhado de preferências pessoais, morais ou políticas dos juízes que compõem os Tribunais, sem que, ao mesmo tempo, a autonomia funcional do judiciário seja afetada por algum outro órgão do Estado.

Todavia, tem-se que admitir que, na atualidade, o Poder Judiciário tende a assumir um papel mais relevante, pois a tarefa institucional de proteger os novos direitos cabe precipuamente à sua esfera de atuação, mormente pelos novos ventos trazidos pelo movimento hodiernamente denominado neoconstitucionalismo.

Os anteparos de contenção às decisões judiciais não podem impedir que o Judiciário seja um órgão transformador da realidade estabelecida, no sentido de efetivar as conquistas constitucionais por meio dos instrumentos jurídicos previstos pelo sistema jurídico.

A crítica à discricionariedade judicial não é uma proibição de interpretar. O que deve ser entendido é que a realização/concretização desses textos não depende de uma subjetividade assujeitadora, como se os sentidos atribuídos fossem frutos da vontade do intérprete (Streck, 2010). Interpretar é preciso, tendo em vista que, historicamente, os juízes sempre foram criticados por ser a boca da lei. Essa crítica decorria da cisão entre questão de fato e questão de direito, isto é, a separação entre a facticidade e validade.

Não é toda “interpretação” que é condenada por Streck (2010). Sobre o assunto, o autor enfatiza:

Assim, quando questiono os limites da interpretação – a ponto de alçar a necessidade desse controle à categoria de princípio basilar da hermenêutica jurídica – está obviamente implícita a rejeição da negligência do positivismo “legalista” para com o papel do juiz, assim como também a “descoberta” das diversas correntes realistas e pragmáticas que se coloca(ram) como antítese ao exegetismo das primeiras (Streck, 2010, p. 88).

Assim, interpretar é necessário, porém, deve-se observar os limites dessa atividade. Não se admite mais atualmente, como já discutido, aquele legalismo formalista que reconhecia ao magistrado o papel absolutamente subalterno e desprezível de simples boca da lei. A cada dia, o Judiciário vem ganhando mais relevância política, demonstrando seu protagonismo social.

O papel da jurisdição constitucional não é realizar uma comparação simplista entre o texto da Constituição e o texto da lei infraconstitucional. Para isso, não seriam necessários juízes. Ao contrário, o juiz constitucional deve agir consciente da sua responsabilidade. A Constituição deseja que o juiz atue como um garantidor de direitos fundamentais e não como um “burocrata mecânico”. A autocontenção é necessária, mas ela não deve ocorrer quando o ativismo judicial pode ser defendido com argumentos que apelem para a concretização do próprio regime democrático (Moro, 2004).

Nos últimos anos, o Supremo Tribunal Federal tem exercido papel ativo na vida do brasileiro, papel que decorre, como mencionado linhas atrás, do neoconstitucionalismo. Trazendo-se a Constituição para o centro do ordenamento jurídico, ela passa a ser instrumento de transformação social, contando necessariamente com a atuação do Judiciário, atribuindo ca-

racterísticas bastante peculiares ao cenário constitucional, quando se constatam, por exemplo, constituições mais analíticas, justiça constitucional por meio dos tribunais e, como já dito, ascensão do Judiciário (Camargo; Paula, 2015).

O neoconstitucionalismo é a teoria que abrange e explica o modo de pensar o direito contemporâneo. É um novo paradigma do direito, já que enxerga o direito como ele pode ser: transformador. O neoconstitucionalismo muda a forma de pensar, já que torna a Constituição o centro de tudo, conseguindo alcançar as transformações práticas dentro do sistema jurídico e da sociedade (Moreira, 2008).

Nesse contexto, segundo Barroso (2008), surgiu uma nova interpretação, que não foi criada por prazer dos juristas, mas porque a vida foi se tornando progressivamente mais complexa e plural, e juízes passaram a ter que discutir sobre *hard cases* (aqueles para os quais não existe uma solução pronta).

Sobre o tema, complementa Paula (2014, p. 40):

A atividade jurisdicional não se resume uma operação técnica de declaração da lei ao caso concreto, como tradicionalmente proclamava um segmento doutrinário montesquiano. Os tempos mudaram e a atividade jurisdicional também se permitiu criar o direito, não apenas nos casos de complementação de lacunas da lei, mas, num primeiro momento em criar conceitos e estendê-los aos princípios jurídicos, e num segundo momento em definir fatos, exprimir valores sociais e estabelecer a verdade sociológica dentro de um processo para aplicar tecnicamente a norma jurídica e imputar sanções jurídicas.

Assim, pode-se afirmar que essa participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais é o chamado ativismo judicial.

De acordo com Barroso (2008), a postura ativista do Judiciário se manifesta por meio de diferentes condutas, como a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do constituinte originário e declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição. O ativismo pode ser a solução para a concretização de direitos, sendo necessário apenas se atentar para um eventual conflito entre constitucionalismo (limitação de poder) e democracia. Nesse sentido, Streck elucida (2011, p. 17):

Com efeito, a Constituição nasce como um paradoxo porque, do mesmo modo que surge como exigência para conter o poder absoluto do rei, transforma-se em um indispensável mecanismo de contenção do poder das maiorias. É pois, no encontro de caminhos contraditórios entre si que se desenha o paradoxo do constitucionalismo. E é na construção de uma fórmula abarcadora desses mecanismos contramajoritários que se engendra a própria noção de jurisdição constitucional, percorrendo diversas etapas até o advento do Estado Democrático de Direito.

Outra crítica é a questão do pamprinciologismo, que seria o fato de o Judiciário criar princípios novos quando não concorda com a lei ou com a Constituição. Todavia, pelo que se nota, o ativismo vem garantindo a efetivação de direitos fundamentais, cuja garantia cabe ao juiz, seja pela ausência de leis que regulem esses direitos ao jurisdicionado, seja pela proteção contra lei, ato normativo ou ato de governo que contrariem a Cons-

tuição. Assim, cabe ao Judiciário a preservação e a efetivação do mínimo existencial.

Aliás, a atividade jurisdicional deve realizar os fins sociais que o Estado de Direito estabeleceu para o povo nos termos do artigo 3º da Constituição. Portanto, a própria Constituição autoriza o Judiciário a concretizar os objetivos do Estado e a efetivar direitos. O ativismo como atividade decorrente da judicialização das relações sociais representa, na verdade, a própria garantia dos direitos fundamentais e a proteção contra omissões ou excessos oriundos dos demais poderes.

Cabe ao Judiciário garantir a concretização da Constituição Federal e, por consequência, a execução de todas as políticas públicas. A propósito, é o que vem acontecendo em nossos Tribunais. Observando esse fenômeno, o ex-presidente da OAB, Cezar Britto (2010a, p. 1), foi muito esclarecedor ao dizer:

Escrevendo em outras palavras, o Judiciário, com as suas contradições e acertos que não cabem aqui aprofundar, se tornou o último responsável pela ratificação executória de toda política pública, federal, estadual ou municipal. Basta que se observe que fora o Judiciário quem definiu a secular questão indígena, a autorização para as pesquisas com as células-tronco embrionárias, a quebra do monopólio da PETROBRÁS sobre a exploração e refino do petróleo, a amplitude da liberdade de imprensa, a proibição do nepotismo, a transformação do refúgio político em simples ato administrativo, o asilo em ato judicialmente controlável a tortura em crime banal, a fidelidade partidária como impositivo constitucional, os limites legais e éticos das campanhas eleitorais, o papel dos correios e das agências reguladoras, as restrições ao constitucional direito de greve, os tetos e pisos remuneratórios dos servidores públicos, as isenções fiscais ou legalidade dos tributos, o uso de algemas nas atividades policiais, a importância de defesa

e milhares de outras. Não custa lembrar que já consta da pauta do Judiciário a ratificação ou rejeição da política de inclusão social (quotas sociais ou raciais), os contornos e alcance da saúde pública, a política fiscal.

Desse modo, é dever do Judiciário estabelecer as regras do jogo democrático e proteger valores e direitos fundamentais. O intérprete final da Constituição, o STF, deve garantir esses papéis (Barroso, 2008). Cabe, ainda, ao Judiciário atuar com a finalidade de garantir que a Constituição Federal seja de fato um instrumento de transformação social. E é exatamente nesse sentido que a decisão que garantirá vagas para pessoas com deficiência nas empresas que não são abarcadas pela Lei de Cotas será instrumento de transformação social.

Assim, resta claro o papel central que exerce o Poder Judiciário em sua atuação para a realização dos Direitos Fundamentais Sociais, por meio de um intervencionismo substancialista, agindo de maneira ativa na busca de sua concretização (Conto, 2008).

A jurisdição constitucional assume papel extremamente relevante no Brasil, passando a ser condição de possibilidade do Estado Democrático de Direito, uma vez que os paradoxos resultantes do abismo entre as promessas da modernidade e a realidade social acabam por desaguar no Judiciário. Tal postura não afeta sequer de longe a tripartição de poderes e o princípio democrático, pois é apenas uma nova forma de se perceber a jurisdição exercida no novo cenário do Estado Constitucional. O Judiciário não deve se esquivar dessa missão concretizadora de valores constitucionais; é mais uma garantia de que direitos individuais não serão violados (Moro, 2004).

Há quem defenda a autocontenção em desfavor do ativismo, alegando que aquela consiste na redução da interferência do Judiciário sobre

os demais Poderes e limita a área de aplicação da Constituição em favor das esferas eminentemente políticas. A autocontenção evita as intromissões intensas e frequentes dos juízes na esfera de liberdade do legislador, pois o juiz que afasta ou até reformula as leis com base em seus entendimentos pessoais, em casos controvertidos, ultrapassa o limite de suas competências e fere a separação de poderes.

Entretanto, deve-se destacar que o fato de o juiz garantir vagas às pessoas com deficiência nas empresas que não se encaixem na Lei de Cotas não significa que ele está legislando, configurando uma “ditadura judicial”.

Logo, a garantia de vagas de trabalho às pessoas com deficiência nas empresas com menos de cem empregados, nos municípios em que não há grandes empresas, é assegurar a aplicabilidade dos direitos fundamentais protegidos constitucionalmente. Trata-se de uma nova interpretação constitucional. Calamandrei (2017, p. 40) há tempos já sustentava que “[...] o juiz não pode se limitar a ler no Código a solução já preparada em hipótese em um artigo de lei; mas deve buscar, no seu íntimo senso de justiça, a solução do ‘caso a caso’, fabricada, por assim dizer, não em série, mas sob medida”.

É preciso lembrar que a interpretação constitucional deve obedecer a alguns princípios específicos, como pressupostos metodológicos do intérprete: supremacia da Constituição, presunção de constitucionalidade, interpretação conforme a Constituição, razoabilidade-proporcionalidade e efetividade. A nova interpretação, como visto, surgiu para atender às demandas de uma sociedade que se tornou bem mais complexa e plural. Ela não derrota a interpretação tradicional, mas vem suprir as necessidades deficientemente supridas pelas fórmulas clássicas. Nesse sentido, Barroso ensina (2013, p. 12) como se dá essa nova interpretação das leis:

A nova interpretação incorpora um conjunto de novas categorias, destinadas a lidar com as situações mais complexas e plurais referidas anteriormente. Dentre elas, a normatividade dos princípios (como dignidade da pessoa humana, solidariedade e segurança jurídica), as colisões de normas constitucionais, a ponderação e a argumentação jurídica. Nesse novo ambiente, mudam o pale da norma, dos fatos e do intérprete. A norma, muitas vezes, traz apenas um início de solução, inscrito em um conceito indeterminado ou em um princípio. Os fatos, por sua vez, passam a fazer parte da normatividade, na medida e que só é possível construir a solução constitucionalmente adequada a partir dos elementos do caso concreto. E o intérprete, que se encontra na contingência de construir adequadamente a solução, torna-se co-participante do processo de criação do Direito.

Portanto, a garantia de vagas às pessoas com deficiência em todos os municípios não se trata do exercício de voluntarismo judicial, mas, sim, de extrair do sistema constitucional e legal a melhor solução. A vida tornou-se mais complicada e complexa, restando impossível ao legislador prever soluções abstratas para todas as situações, motivo pelo qual cabe ao judiciário efetivar direitos fundamentais mesmo naquelas situações não previstas na lei.

O Direito Processual moderno deve ser o resultado da prática do mundo cotidiano. Ele não pode estar em uma “estratosfera” distante do mundo da vida (Silva, 2005). De nada adianta o processo se ele não for capaz de resolver os impasses do mundo cotidiano. Só haverá real pacificação de social se tivermos um processo civil adequado à realidade moderna. Sendo assim, o processo deve ser o resultado de uma razão comunicativa, extraída da *práxis* cotidiana, tanto no aspecto legislado quanto no referente ao direito interpretado pelos Tribunais (Silva, 2005).

Há que se destacar o fato de que, atualmente, estamos frente ao processo civil humanista, que é a denominação dada ao modelo interpretativo com o intuito de empreender análise ao direito processual sob a incidência multidimensional dos direitos humanos, buscando um resgate atualizador das tradições humanistas. O Processo Civil Humanista, enquanto modelo interpretativo, guarda a incumbência de refletir a plataforma jurídica capaz de possibilitar a aplicação das normas processuais de maneira democrática, instrumental e efetiva, preenchendo as lacunas do processo civil apegado ao formalismo (Vidigal, 2013).

Os direitos humanos não são interpretáveis, mas concretizáveis em sua universalidade, ou seja, executam-se diante das realidades, com o fim específico de consecução objetiva e tangível do direito da dignidade da pessoa humana. Portanto, a atividade jurisdicional e a busca da justiça devem ter sempre referência no ser humano, já que é a ele que se pretende satisfazer. Essa é a razão pela qual Rizzato Nunes (2008, p. 421) enfatiza ser “[...] fundamental que se compreenda o pressuposto de toda decisão e o fim que ela deve almejar: a dignidade da pessoa humana”.

Nesses termos, garantir o acesso à vaga de trabalho às pessoas com deficiência nas hipóteses não abarcadas pela Lei de Cotas, por meio da Ação Civil Pública, nada mais é que efetivar a dignidade da pessoa humana por intermédio do processo.

Não há dúvidas de que o Poder Judiciário se revela como instância especificamente garantidora da efetividade dos comandos constitucionais, sendo a esfera de poder que não pode jamais deixar de sentenciar e que, na interpretação da Carta Magna, demarca as fronteiras da válida atuação dos outros dois poderes e da própria (Britto, 2010b).

Grupos sociais que sempre foram e continuam sendo discriminados pelo positivismo da lei têm o direito constitucionalmente assegurado de terem seus direitos concretizados. Desse modo, não há dúvida de que a utilização da Ação Civil Pública para garantir emprego às pessoas com deficiência, além das cotas previstas em lei, é medida imprescindível para efetivação de seus direitos fundamentais. A Ação Civil Pública insere-se no quadro da democratização do processo e atinge, no direito brasileiro, características peculiares e inovadoras (Leite, 2017).

A solução apresentada não se trata de ativismo tosco, pelo qual o juiz estaria livre para julgar conforme o seu senso de justiça. Pregar que o juiz pode ignorar a Constituição ou as leis abriria um grande espaço para a tirania. Deve-se entender que a intervenção jurisdicional não é incondicionada, mas depende da prévia verificação da violação dos direitos fundamentais, pois, em tal hipótese, o Judiciário não pode se eximir de tutelar esses direitos.

Dentro dos parâmetros estabelecidos pela argumentação jurídico-constitucional, sempre mediante decisões motivadas e voltadas à legitimação do exercício do poder jurisdicional, o protagonismo judiciário, assim compreendido, justifica-se (Cambi, 2016).

Portanto, o Judiciário, quando procede a interpretação de valores, princípio e regras jurídicas, concretiza o direito, isto é, opera a sua inserção na realidade. A transformação do texto em norma, ou o afastamento da regra por não estar em conformidade com a Constituição ou com os princípios gerais, não se dá de modo arbitrário. A atividade judicial é controlada pelos direitos e garantias fundamentais que compõe o direito ao justo processo (Cambi, 2016, p. 249-250).

Compete ao Judiciário velar pela integridade dos direitos fundamentais, fazer cumprir normas que protegem os grupos mais vulneráveis e, especialmente, conferir prevalência à dignidade da pessoa humana. Novamente, é importante frisar: a prática da jurisdição, para a efetivação da Constituição, não é a interferência indevida do Judiciário na esfera orgânica dos demais poderes da República.

A missão da Ação Civil Pública é essa: efetivar direitos, garantir o processo civil de massa, socializando o acesso à justiça. É com essas ações concretas que se poderá, firme e gradativamente, expandir o acesso ao trabalho para as pessoas com deficiência, atingindo um país mais humano, justo e compromissado com o bem-estar e com seu próprio futuro.

A atuação do Estado nesse caso, por meio da Ação Civil Pública proposta, tem respaldo nos princípios da proibição da proteção deficiente e da proibição do retrocesso social (Conto, 2008). O princípio da proibição da proteção deficiente implica um fazer e um não fazer por parte do Estado, um fazer que se consubstancia em realizar direitos fundamentais sociais, buscando sua máxima efetividade, E um não fazer que se evidencia na abstenção em atentar contra os Direitos Fundamentais implementados, seja por meio de ato administrativo ou de legislação que venha a atingir o núcleo de tais direitos.

Já o princípio da proibição do retrocesso social significa que a Constituição não tem somente a tarefa de apontar para o futuro, mas tem, igualmente, a função relevante de proteger os direitos já conquistados. Assim, mediante a utilização da principiologia constitucional, é possível combater leis ou alterações em leis que retiram conquistas da sociedade.

A concordância na utilização da Ação Civil Pública para garantir vagas às pessoas com deficiência além das hipóteses expressas em Lei está de acordo com o princípio da proibição da proteção deficiente, já que o Estado deve visar a máxima efetividade na busca da concretização de direitos, procurando combater leis que retiram da sociedade essas determinadas conquistas.

Destarte, a Lei de Cotas não pode restringir ou impedir o direito ao trabalho das pessoas com deficiência que residem em locais onde não há grandes empresas, sob pena de restar caracterizado um retrocesso social. Esse é o entendimento de Canotilho (2003), que defende que o princípio da proibição do retrocesso social impõe que o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado deve ser considerado como constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, o anulem ou o aniquilem. Sendo assim, continuar aceitando aplicação da Lei de Cotas apenas nos moldes previstos pelo legislador ordinário é a caracterização do mais puro retrocesso social, retirando da sociedade a própria aplicação da Constituição.

É certo que o legislador ordinário possui autonomia para editar atos que considere convenientes para a sociedade, mas essa liberdade de conformação tem como limite o núcleo essencial do direito já realizado. Além disso, a Ação Civil Pública proposta com o objetivo de garantir vagas às pessoas com deficiência analisará a questão da constitucionalidade da Lei de Cotas, por meio do controle difuso, o qual se caracteriza por ser realizado por qualquer juízo ou tribunal do Poder Judiciário, verificando-se o caso

concreto, sendo que a declaração de inconstitucionalidade dá-se de forma incidental (Rizzardo, 2014).

Como já dito anteriormente, é perfeitamente possível que a Ação Civil Pública faça esse tipo de controle. Nesse sentido,

[...] nada impede que, por meio de ação civil pública da Lei n. 7.347/85, se faça, não o controle concentrado e abstrato de constitucionalidade das leis, mas sim, seu controle difuso ou incidental. [...] assim como ocorre nas ações populares e mandados de segurança, nada impede que a inconstitucionalidade de um ato normativo seja objetada em ações individuais ou coletivas (não em ações diretas de inconstitucionalidade, apenas), como causa de pedir (não o próprio pedido) dessas ações individuais ou dessas ações civis públicas ou coletivas (Mazzili, 2015b, p. 135).

Todavia, vale destacar que somente será possível o controle difuso de constitucionalidade em sede de Ação Civil Pública quando, no processo coletivo, a controvérsia constitucional, longe de identificar-se como objeto único da demanda, qualifica-se como simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal, o que está de acordo com a lição de Didier Jr. e Zaneti Jr. (2016), que elencam os seguintes requisitos para que a Ação Civil Pública possa versar sobre controle difuso de constitucionalidade: a) que não se identifique na controvérsia constitucional o objeto único da demanda; b) que a questão de constitucionalidade verse e atue como simples questão prejudicial; c) a existência nos autos de pedido referente à relação jurídica concreta e específica; e d) apresente-se como causa de pedir e não como pedido a matéria constitucional.

Portanto, de acordo com a doutrina majoritária e o atual posicionamento do STF, resta perfeitamente cabível o controle de constitucionalidade difuso, em abstrato, mediante o instrumento da ACP, porém desde que o

pedido de declaração de inconstitucionalidade incidental se constitua verdadeira causa de pedir, e não propriamente o pedido. Nesse sentido, há vários julgados nos Tribunais Superiores, a saber, entre outros: REsp 621378/GO, Rel.^a Min.^a Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 03/10/05, p. 179; REsp 728406/DF, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, DJ 02/05/05, p. 249.

Conforme preleciona Meirelles (2016, p. 215), as mesmas regras do mandado de segurança coletivo aplicam-se à Ação Civil Pública:

Por leis e decretos de efeitos concretos entendem-se aqueles que trazem em si mesmos o resultado específico pretendido, tais como as leis que aprovam planos de urbanização, as que fixam limites territoriais, as que criam municípios ou desmembram distritos, as que concedem isenções fiscais; as que proíbem as atividades ou condutas individuais; os decretos que desapropriam bens, os que fixam tarifas, os que fazem nomeações e outros dessa espécie. [...] Não contém mandamentos genéricos, nem apresentam qualquer regra abstrata de conduta; atuam concreta e imediatamente, tal qual ocorre com o diploma legislativo ora em exame, em ação civil pública.

Assim, não há dúvida quanto à possibilidade de se questionar a constitucionalidade de uma lei por meio da Ação Civil Pública, já que ela se diferencia da Ação Direta de Inconstitucionalidade em vários aspectos. Na Ação Civil Pública, o objeto principal é o interesse público, ao passo que, na ADIN, é único e exclusivamente a declaração de inconstitucionalidade com força de coisa julgada e com eficácia *erga omnes*.

Na Ação Civil Pública, diferentemente da ADIN, a inconstitucionalidade é invocada como fundamento, como causa de pedir, constituindo questão prejudicial ao julgamento do mérito; a constitucionalidade é questão prévia (decidida antes do mérito da ação principal) que influi (prejudica) na decisão sobre o pedido referente à tutela do interesse público. É

decidida *incidenter tantum*, como premissa necessária à conclusão da parte dispositiva da sentença.

Ademais, como a coisa julgada material recai apenas sobre o pedido, e não sobre os motivos, sobre a fundamentação da sentença, nada obsta que a questão constitucional volte a ser discutida em outras ações com pedidos e/ou partes diversos. A ADIN é instrumento do controle concentrado da constitucionalidade, enquanto a Ação Civil Pública é instrumento de controle difuso, como todas as ações individuais ou coletivas, mesmo sendo um instrumento de processo objetivo para a defesa do interesse público.

Outrossim, na Ação Civil Pública, a eficácia *erga omnes* da coisa julgada material não alcança a questão prejudicial da inconstitucionalidade; é de âmbito nacional, regional ou local, conforme a extensão e a indivisibilidade do dano ou ameaça de dano, ao passo que, na ADIN a declaração de inconstitucionalidade faz coisa julgada material *erga omnes* no âmbito de vigência espacial da lei ou do ato normativo impugnado (nacional ou estadual).

Outra diferença é em relação aos recursos. A Ação Civil Pública está sujeita a uma cadeia recursal prevista nas leis processuais, em que se inclui o recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, enquanto as ADINs são julgadas em grau único de jurisdição.

Assim, como a Ação Civil Pública se diferencia da ADIN por suas características, é perfeitamente possível arguir a inconstitucionalidade da Lei de Cotas por meio dela.

No que se refere à proposta defendida neste estudo, é perfeita a adequação da Ação Civil Pública que questiona a necessidade de uma interpretação constitucional e atual da Lei de Cotas para requerer vagas às pes-

soas com deficiência nos municípios em que não há empresas com mais de cem empregados, haja vista que ela é adequada ao pedido e à causa de pedir. Ademais, a Ação Civil Pública pode ser proposta em todos os municípios que não possuem grandes empresas ou, se possuem, não estão sendo suficientes para a demanda, por ter restado comprovado que a Lei de Cotas não está de acordo com os parâmetros Constitucionais.

O controle difuso de constitucionalidade retira do órgão de cúpula do Poder Judiciário o monopólio do controle de constitucionalidade, servindo de importante mecanismo de acesso à justiça e, conseqüentemente, à jurisdição constitucional. A relevância desse mecanismo mostra-se absolutamente grande, uma vez que permite que os juizes de primeiro grau realizem a filtragem constitucional, que vai da simples retirada de um texto inconstitucional até a correção de textos por meio dos institutos da interpretação conforme a Constituição e da inconstitucionalidade parcial sem redução de texto (Streck, 2004).

É importante esclarecer que o juiz de primeiro grau não declara a inconstitucionalidade da lei, apenas deixa de aplicá-la; o conteúdo de sua decisão recai sempre sobre a relação jurídica. Esse controle difuso tem uma importância muito grande e deve ser realizado sempre que necessário. Ainda há um excessivo apego à legislação infraconstitucional, que não é devidamente confrontada com a Constituição. Na prática, grande parcela da comunidade jurídica continua separando a legalidade da constitucionalidade, como se fosse possível separar a jurisdição ordinária da jurisdição constitucional. Como resultado, tem-se pouco controle de constitucionalidade difuso sendo realizado (Streck, 2004).

Como a Lei de Cotas não é totalmente inconstitucional e pode ser aplicada a diversos municípios onde existem grandes empresas, é possível realizar uma interpretação conforme a Constituição no controle de constitucionalidade realizado por meio da Ação Civil Pública, posto que a Constituição Federal permite e justifica a aplicabilidade da referida Lei, inclusive nas situações que ela não prevê expressamente, ou seja, aquelas empresas em que não há mais de cem empregados.

O princípio da presunção de constitucionalidade das leis vigora no exercício do controle brasileiro há muito tempo. Toda a presunção deve ser em favor da constitucionalidade da norma, já que o mesmo Poder Legislativo, em controle prévio, dispõe de uma “boa vontade” para fazer valer e cumprir a Constituição.

Há algum tempo, uma importante decisão a respeito da interpretação conforme a Constituição no controle jurisdicional brasileiro foi proferida pelo STF na Representação de Inconstitucionalidade 1.417-7/DF, em 1987. Tratava-se de uma representação alternativa de inconstitucionalidade ou de interpretação sobre o disposto no §3º do artigo 65 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional. A discussão girava em torno da possibilidade ou não de os Tribunais concederem ajudas de custo para moradia e transporte, delimitadas em suas porcentagens do § 3º, aos seus membros e aos magistrados sujeitos à sua jurisdição (Meyer, 2008).

Embora não tenha sido concedida a interpretação conforme a Constituição, na decisão em apreço, as ilações do Ministro Relator Moreira Alves e do Procurador-Geral da República, no parecer apresentado, discutiam os limites e possibilidades dessa técnica. Ambos defenderam que o juiz pode fixar o conteúdo e o alcance do texto inquinado. A grande questão do voto,

porém, do Ministro foi referente à equiparação entre duas técnicas que, a princípio, seriam autônomas: a interpretação conforme a Constituição e a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto. Isso ocorre porque a interpretação conforme importaria na fixação de um único sentido em conformidade com Constituição e a conseqüente exclusão de demais sentidos, algo que, além de impossível, é deveras prejudicial para uma interpretação plural da Constituição.

Assim, na interpretação conforme a Constituição, o órgão judicial deixa de pronunciar a inconstitucionalidade da norma no momento em que lhe atribui uma interpretação consentânea com o conteúdo da Constituição Federal, salvando-lhe da expulsão do ordenamento. Nesse paradigma, à interpretação conforme, no caso de controle difuso de constitucionalidade, articulam-se duas funções: de garantia da supremacia e perenidade de valores constitucionais agregada à técnica de solução de litígios, tendo a natureza jurídica de garantia constitucional implícita.

Sobre a interpretação conforme, Appio (2006, p. 32) ensina:

Não resta qualquer dúvida de que a “interpretação conforme” pode ser considerada como um princípio “imane” da Constituição, sendo que a maior virtude desta concepção consiste em demarcar ao intérprete um objetivo a ser alcançado, qual seja, a concretização do Estado Democrático de Direito através da aplicação da Constituição Federal.

Ela se coaduna com a própria atividade de um tribunal que constrói interpretativamente o sistema de direitos estabelecido pela norma constitucional.

Esse controle de constitucionalidade deve ser sempre feito, de modo concentrado ou difuso. Não existe um dever incondicional de se manter uma lei no ordenamento jurídico a qualquer custo. Uma lei que,

inequivocamente, aponte para a contrariedade à Constituição demanda a declaração imediata da inconstitucionalidade.

Portanto, a cada caso concreto devem ser analisadas as circunstâncias, sinais característicos daquele juízo, a fim de que a norma possa continuar sendo aplicada, ao mesmo tempo que está de acordo com a Constituição, objetivando efetivação de direitos.

Além disso, ainda em sede de Ação Civil Pública e nas hipóteses estudadas nesta obra, é possível discutir em controle difuso a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto. Não é necessário retirar a expressão “a empresa com 100(cem) ou mais empregados” do artigo 93 da Lei nº 8.213/91, pois, na verdade, essa hipótese de inclusão legal deve continuar sendo vigente, uma vez que o fato de aplicar a Lei também para empresas menores não impede que ela continue sendo aplicada também às maiores, como previsto inicialmente pelo legislador. Nesse tipo de controle de constitucionalidade, o órgão judicial provê o pedido de declaração de inconstitucionalidade, ou seja, reconhece que há inconstitucionalidade, ainda que parcial, da norma impugnada, porque aplicada a certas situações. Trata-se de uma declaração “qualitativa” de inconstitucionalidade, apenas no que diz respeito a determinadas pessoas ou situações.

Como uma *sentença interpretativa*, ela também não lesa, a princípio, o código do direito: pode ser usada, desde que fundada em argumentos jurídicos, para desenvolver o sistema de direitos no sentido de reconhecer que só há inconstitucionalidade da lei ou ato normativo *desde que (soweit)* aplicada a certas situações jurídicas ou grupos de pessoas. Nesse sentido, a técnica pode, realmente, ser um eficiente instrumento de realização do princípio da igualdade (Meyer, 2008, p. 403, grifo do autor).

Desse modo, o sentido da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto será sempre de uma correção normativa, nos termos de uma Constituição de princípios, de uma Constituição de conceitos que admitem várias concepções.

Um dos questionamentos que se faz é até onde o Judiciário pode “interpretar” uma lei à luz da Constituição sem que esteja criando algo novo, não dedutível do texto normativo. O que precisa ser esclarecido é que o fato de o Judiciário “mexer” na lei, na “vontade inequívoca do legislador”, não significa que está extrapolando suas funções, sem legitimidade para tanto. Em determinadas situações, o Judiciário não tem motivos para se autoconter, pois foi o legislador que, primeiro, traiu a confiança a ele conferida ao manifestar uma lei que fere a Constituição. Portanto, sempre que inexistirem dúvidas quanto a esse aspecto, deve-se fazer o controle de constitucionalidade adequado ao caso concreto.

Por óbvio, essa solução deve ser acatada quando a solução permite a aplicabilidade da lei questionada, de modo que fique adequada à Constituição. Assim, a Ação Civil Pública, dada a sua destinação constitucional e legal, tem se revelado como um dos mais importantes e mais completos instrumentos de controle incidental de constitucionalidade na proteção dos direitos subjetivos. Cabe à Ação Civil Pública a efetivação de direitos que o legislativo não conseguiu proporcionar, em especial os direitos fundamentais sociais (Cunha Jr., 2012).

Portanto, é perfeitamente possível ao Judiciário, por meio da Ação Civil Pública, garantir vagas às pessoas com deficiência além das hipóteses previstas na Lei de Cotas, por ser esse comando legislativo incompleto e insatisfatório para efetivar o direito fundamental ao trabalho desse grupo de

trabalhadores. E não se pode dizer que essa postura é uma indébita intromissão do Judiciário na competência de outro poder, uma vez que o juízo de conveniência e oportunidade dos poderes públicos, tão invocado para afastar a tese da judicialização das políticas públicas, não autoriza a omissão de tais poderes no cumprimento de seus deveres constitucionais.

Nesse contexto da omissão dos outros poderes, como é o caso da Lei de Cotas (ausência total de adequação a todos os municípios brasileiros), o controle judicial da constitucionalidade dos atos ou das omissões relacionadas às políticas públicas é inegável. O princípio da separação de poderes deve ser articulado com outros princípios constitucionais de igual magnitude, a fim de que sejam compatibilizados entre si e possam conviver harmoniosamente no sistema jurídico-positivo que integram, sem que um esgote o conteúdo ou debilite a eficácia e a importância do outro. É exatamente com esse espírito conciliador que devemos necessariamente compreender os princípios da separação de poderes e o do controle judicial (Cunha Jr, 2012).

Nos casos de ausência de legislação ou na presença de uma legislação inadequada, impende que os órgãos do Judiciário e os aplicadores do Direito, de uma maneira geral, se voltem para a vontade da Constituição e para a construção do Estado Democrático de Direito, fundado na dignidade humana, assumindo, pois, a responsabilidade pela deficiente prestação jurisdicional (Appio, 2006).

Salienta-se, ainda, que a melhoria na prestação jurisdicional não parte de um único objetivo numérico e estatístico, mas, sim, de uma nova realidade na qual os direitos sociais estão sendo tutelados na forma de ações

coletivas (*lato sensu*) em que os legitimados substituem processualmente milhões de pessoas.

Se não bastassem todas as justificativas apresentadas, ainda é possível garantir a aplicação da Lei de Cotas para as empresas com menos de cem empregados por meio da teoria da derrotabilidade das normas, que, embora não seja a tese central do presente estudo, justifica a ideia central. Essa tese é sustentada por Herbert Hart, o qual publicou um artigo sobre o assunto, em 1948, defendendo a possibilidade do afastamento de uma norma ou de ter a sua aplicabilidade negada, no caso concreto, sempre que uma exceção relevante se apresente, ainda que a norma tenha preenchido seus requisitos necessários e suficientes para que seja válida e aplicável (Hart, 2011).

As normas podem estar sujeitas a exceções que não são previstas de forma exaustiva, podendo, em face da incidência da exceção, ser superada ou derrotada no caso concreto. O importante da teoria é que, embora a norma possa ser afastada em algumas situações concretas, ela continuará sendo aplicada normalmente em outros casos, aos quais ela continua se adequando. Como o texto jurídico e abstrato, de modo geral, não consegue prever todas as situações futuras possíveis, surgem situações em que há necessidade de derrotar a norma. Todavia, ela se mantém perfeitamente válida nos casos em que se encaixa nos moldes previstos pelo legislador (Vasconcellos, 2010).

Atienza (2006) defende que a teoria da derrotabilidade da lei pode ser aplicada em quatro espécies de problemas jurídicos, definidores dos “casos difíceis”, que são tomados como parâmetros para a caracterização da derrotabilidade. O primeiro seria nos casos de problemas de pertinência, que são aqueles que ocorrem quando pairam dúvidas sobre qual seja a nor-

ma aplicável ao caso concreto. Quando as técnicas comuns não resolverem (critério cronológico, especialidade e hierárquico), há que se falar em derrotabilidade das normas, quando a consequência da norma geral é afastada. Tal situação se inclui no chamado paradoxo da exceção principiológica implícita, pelo qual todas as normas jurídicas podem ser derrotadas, ao menos em tese, em razão da força normativa dos princípios.

O segundo caso seria quando surgirem problemas de interpretação, quando existirem dúvidas sobre como se deve entender a previsão textual aplicáveis ao caso. Esses problemas de interpretação podem ser considerados aqueles que Bulygin (2003) chamou de lacunas de reconhecimento, que são os casos individuais nos quais, por falta de determinação semântica dos conceitos que caracterizam um caso genérico, não se sabe se o caso individual lhe pertence ou não.

Os problemas de prova seriam o terceiro caso, que ocorre quando há dúvida sobre se um determinado fato aconteceu e se ele for importante para a aplicação do direito. esse caso existe quando existem dúvidas sobre a materialização do fato jurídico previsto no antecedente da norma jurídica, ou, ainda, quando se questionam eventuais defeitos ou vícios na caracterização do fato que enseja a aplicação da norma.

Essa ideia admite uma “versão epistêmica”, uma vez que a variação de soluções jurídicas se torna possível não somente quando se modifica o contexto normativo, mas também quando se varia o conhecimento acerca das normas em jogo (Rodriguez, 2006).

Por fim, há os problemas de qualificação, que ocorrem quando restam dúvidas sobre se determinado fato, que não é discutido, recai ou não sobre o campo de aplicação de determinado conceito. Bulygin (2003)

nomeia esse fenômeno de lacunas de conhecimento, para aludir aos casos individuais que, por falta de conhecimento das propriedades de fato, não se sabe se pertencem ou não a uma classe determinada de casos genéricos.

Sobre a derrotabilidade da norma, Ávila (2008) defende que as regras devem ser obedecidas em situações normais, pois a sua obediência promove a solução previsível e, geralmente, equânime de conflitos sociais. No entanto, não são absolutas, tampouco superáveis com facilidade. A partir disso, o autor desenvolve um modelo bidimensional, na medida em que exige requisitos de conteúdo (material) e exige conteúdos de forma (procedimental).

Em relação ao conteúdo, Ávila (2008) defende que a resistência à superação da norma será maior quando esta comprometer a realização do valor da segurança jurídica, e menor quando não comprometer. Assim, a decisão de derrotar uma norma deve considerar sua repercussão dos termos excepcionados nela consignados. O julgamento há de ser pautado pela coerência em relação aos entendimentos pretéritos.

No que tange ao procedimento, a derrotabilidade da norma deve ter uma justificativa condizente, com a demonstração de incompatibilidade entre a hipótese da regra e sua finalidade subjacente, além de demonstrar que o afastamento não provocará insegurança jurídica. Além disso, há necessidade de se exteriorizar a fundamentação pela qual a norma está sendo afastada, além de a derrotabilidade ter uma comprovação condizente.

Portanto, ao analisar esses pressupostos de aplicabilidade da teoria da derrotabilidade da norma, percebe-se que ela se encaixa perfeitamente na hipótese defendida neste trabalho, qual seja, a afastabilidade do enten-

dimento de que a Lei de Cotas pode ser aplicada somente às empresas com mais de cem empregados.

A respeito do argumento da ofensa ao princípio da legalidade, a teoria da derrotabilidade também se aplica. Não existem direitos fundamentais absolutos, sejam eles tutelados por meio de regras ou princípios. Assim, esse caráter não absoluto dos direitos fundamentais traz a compreensão de que as normas que os protegem são norteadas pela ideia de derrotabilidade.

Diante de um caso concreto e em face da argumentação desenvolvida nesta obra, nota-se que uma norma tutelada de determinado direito fundamental pode ser derrotada em razão da aplicação de outra. Evidentemente, essa afastabilidade só será efetivada mediante argumentação racional baseada em rigorosa justificação, após análise profunda e criteriosa do caso concreto (Roque, 2017).

No caso do presente estudo, por todos os argumentos expostos, há uma robusta argumentação e justificação demonstrando que é perfeitamente possível a aplicação da teoria da derrotabilidade da norma, afastando o fato de que a referida Lei seja aplicada somente nas empresas com mais de cem empregados.

Isto posto, após ser demonstrada a possibilidade de aplicação da Lei nº 8.213/91 em outras empresas que não as determinadas expressamente, resta-nos esclarecer quem seria o sujeito passivo dessas Ações Cíveis Públicas que objetivam vagas para pessoas com deficiência nas empresas não abrangidas pela Lei de Cotas.

Deve-se entender que, quando a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD), aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 13 de dezembro de 2006, assinada em Nova York,

em 30 de março de 2007, passou a fazer parte do ordenamento jurídico brasileiro em idêntico ritual de emenda constitucional a teor do vaticinado no § 3º, artigo 5º da Constituição, a proteção às pessoas com deficiência passou a ser matéria constitucional, devendo, por conseguinte, ser efetivada como tal.

Tendo isso em vista, criar instrumentos de materialização desses direitos é respeitar e aplicar a própria Constituição, como foi demonstrado. Como ensina Neves (2007) e já abordado anteriormente no trabalho, a Constituição não pode ser simbólica, caracterizada pela falta de eficácia das normas e/ou valores constitucionais. Logo, a utilização da Ação Civil Pública para concretização do direito fundamental ao trabalho de todas as pessoas com deficiência, seja em qual município residir, é atingir a própria concretização da Constituição, que, por meio do § 3º, do artigo 5º, passou a tratar a proteção dos direitos das pessoas com deficiência como matéria constitucional.

Conforme mencionado neste trabalho, atualmente, no Brasil, há 5 570 municípios, sendo que, de acordo com o Ministério do Trabalho⁴, 5 186 possuem empresas com mais de cem empregados, segundo dados dos anos de 2015 e 2016. Portanto, existem 384 municípios no Brasil que não possuem empresas com mais de cem empregados, o que significa que quase 7% (6,89%) dos municípios brasileiros não são abarcados pela Lei de Cotas. Além disso, dos 5 186 municípios que possuem empresa com mais de cem empregados, apenas 1 520 possuem mais de duas empresas com essa característica, o que corresponde a 29,4% do total.

4 Dados retirados do site do Ministério do Trabalho e Emprego, por meio de acesso restrito aos dados contidos na base de estatísticas da Rais e do Caged.

Em alguns estados, como destacamos, a situação é ainda mais preocupante. Por exemplo, os três estados onde mais há pessoas com deficiência no Brasil, de acordo com IBGE (2012), são, em primeiro lugar, Rio Grande do Norte, em segundo, Paraíba e, em terceiro, Ceará, com 27,86%, 27,76% e 27,59% da população, respectivamente. No estado do Ceará, 73,9% dos municípios não possuem mais de duas empresas que se encaixam na Lei de Cotas, ou seja, que oferecem mais de cem postos de trabalho. Esse porcentual é ainda maior nos estados da Paraíba e do Rio Grande do Norte, que fica em torno de 90,1% e 88,62%, nessa ordem.

Verifica-se, desse modo, que, nos locais onde as pessoas com deficiência mais deveriam ter mais acesso ao emprego, para que efetivamente pudessem ser incluídas na sociedade, a dificuldade é ainda maior, já que faltam vagas por meio da Lei de Cotas. Repetimos: como falar em inclusão, por exemplo, na Paraíba, quando quase 30% da população é deficiente e apenas 9,9% dos municípios oferecem mais de duas empresas com vagas para pessoas com deficiência por meio da Lei de Cotas?

E tudo isso sem mencionar a nova Lei de Terceirização e o aumento do número de micro e pequenas empresas no país, que agravam, a cada dia, o problema da falta de vagas para pessoas com deficiência dentro da Lei de Cotas.

Destarte, não temos dúvida de que alguma solução deve ser encontrada até que a Lei de Cotas seja alterada para abranger empresas com menos de cem empregados. Nesse interregno de prazo, não se pode permitir que as pessoas com deficiência permaneçam excluídas da sociedade.

Diante desse cenário, em busca de efetivação de direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana desse grupo tão vulnerável, o presen-

te trabalho defende a propositura da Ação Civil Pública para garantir vagas de emprego nas empresas que não se encaixam na Lei de Cotas. Já se demonstrou a possibilidade da proposição da Ação. Neste tópico, objetiva-se demonstrar onde e em face de quem ela deverá ser proposta.

Atualmente, a competência para processar e julgar a Ação Civil Pública proposta para exigir que empresas com mais de cem empregados cumpram a Lei de Cotas é da Vara Trabalhista da cidade onde há a empresa que não está cumprindo a Lei, uma vez que, de acordo com o artigo 114 da Constituição Federal, cabe à Justiça do Trabalho processar e julgar as controvérsias decorrentes das relações de trabalho. Assim, quando uma Ação Civil Pública versar sobre a defesa do meio ambiente do trabalho ou sobre qualquer outro direito difuso e coletivo que envolva as relações de emprego, a competência será da Justiça do Trabalho, o que, há muito tempo, já está pacificado (RE nº 206.220/MG).

Seguindo a mesma trilha, a Ação Civil Pública que deverá ser proposta para exigir que empresas com menos de cem empregados cumpram as cotas também será proposta na Justiça do Trabalho.

Em relação à competência local, ou seja, em qual vara do trabalho a ação deverá ser proposta, há que seguir o comando previsto no artigo 2º da Lei nº 7.347/85. Em outras palavras, definida a Justiça do Trabalho como competente, a vara que deverá processar e julgar a causa é a do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano. Verifica-se, com isso, que a lei se utilizou

[...] da somatória de dois critérios para a fixação da competência: de início, da regra territorial (juiz do local do dano) e, em arremate, disse que ela será funcional, e, sendo funcional, é absoluta, sem prejuízo de anotar que o vocábulo funcional foi utilizado sem rigor técnico, mas, em verdade, com a nítida intenção de enfatizar a natureza absoluta da

regra de competência territorial (Souza, M., 2005, p. 36-37).

Portanto, analisando o artigo 2º da Lei, pode-se afirmar que a competência é absoluta, inderrogável e improrrogável para as Ações Cíveis Públicas, já que a finalidade é a de facilitar a defesa dos interesses transindividuais, e, por isso, essas ações devem ser ajuizadas no foro do local do dano. Corrobora essa tese o fato de que, em atenção ao critério funcional, haverá facilitação para a coleção de provas e a realização de julgamento por juiz que tenha tido ou possa vir a ter maior contato com a ameaça ou o dano (Mazzilli, 2015a).

Posto isso, a Ação Civil Pública que será proposta para exigir vagas para pessoas com deficiência nas empresas com menos de cem empregados seguirá os mesmos critérios, isto é, será proposta no local onde não há oferta de vaga de trabalho para efetivar a inclusão das pessoas com deficiência ou, ainda que haja, não é suficiente para a demanda. Portanto, não há dúvida quanto à regra da competência, já que a Ação será proposta às empresas que estão estabelecidas nos locais onde não há estabelecimentos com mais de cem empregados.

Por fim, resta-nos saber em face de quais empresas será proposta a Ação Civil Pública requerendo a contratação de pessoas com deficiência na hipótese em que nenhum estabelecimento possui mais de cem empregados em seu quadro laboral.

As Ações Cíveis Públicas que são propostas atualmente o são diante daquelas empresas que têm em seu quadro mais de cem empregados e não estão oferecendo a quantidade de vaga determinada por Lei às pessoas com deficiência. Assim, por exemplo, se a empresa A, com sede na cidade de

São José do Rio Preto/SP, tem 135 empregados e não há nenhum deficiente contratado, a Ação Civil Pública será proposta em alguma das varas do trabalho do município de São José do Rio Preto em face da referida empresa, requerendo a contratação de, pelo menos, 2 (duas) pessoas com deficiência, de acordo com o que estabelece o artigo 93, I, da Lei nº 8.213/91.

Mas e nos municípios em que não existem empresas com mais de cem empregados? E naquelas situações em que há muitas pessoas com deficiência no local, mas há apenas uma ou duas empresas que se encaixam na Lei de Cotas? De quais empresas pode-se exigir vagas para deficientes? Analisando o Projeto de Lei nº 825/91, que deu origem à Lei nº 8.213/91, verifica-se que, a princípio, o artigo 78, que tratava a respeito da contratação por cotas de pessoas com deficiência, previa que seria obrigatória a contratação de pessoas com deficiência para as empresas com 20 ou mais empregados (Brasil, 1991c). Entretanto, o projeto foi passando por algumas modificações no decorrer de sua tramitação e, ao final, acabou sendo aprovado que apenas as empresas com mais de cem empregados estariam obrigadas a contratar pessoas com deficiência (artigo 93 da Lei nº 8.213/91).

A justificativa do projeto não traz nenhuma fundamentação para a razão de, a princípio, decidir-se que, a partir de 20 empregados, a empresa seria obrigada a contratar deficientes, tampouco, há explicação por que, ao final, ficou estabelecido o número de cem empregados.

Em uma conversa informal com o proponente do projeto, Sr. Antônio Magri, ministro do trabalho e da previdência à época, ele também não soube informar o motivo exato, mas declarou que a quantidade de cem empregados teria sido aprovada, no texto final, porque o congresso achou que era um número mais razoável.

Entre os projetos que tramitam atualmente no Congresso Nacional, todos já citados nesta obra, a maioria faz previsão de que a contratação de pessoas com deficiência seria obrigatória a partir de 50 empregados. A justificativa para esse número que, nesse caso, o número de contratações em razão do aumento de estabelecimentos seria bem maior que atualmente.

Alguns projetos aduzem que tal modificação abarcaria mais de 25 000 estabelecimentos, o que corresponderia a cerca de 34 000 novas vagas para pessoas com deficiência. Por outro lado, também não foi explicado por que a contratação não seria a partir de 20 ou 30 empregados, como adotado é praticado em outros países, já que haveria uma abrangência maior ainda da Lei.

Portanto, em todos os projetos de lei que objetivam a diminuição do número de empregados do artigo 93 da Lei nº 8.213/91, para obrigar maior contratação de pessoas com deficiência, bem como no Estatuto da Pessoa com Deficiência, que também fazia previsão da alteração da Lei de Cotas, não há uma explanação exata da razão pela qual a contratação de deficientes seria obrigatória a partir de 30, 20 ou 50 empregados.

Analisando os projetos, verifica-se que todos se pautaram pela quantidade que entenderam ser mais razoável, sendo que, independentemente da quantidade determinada, percebe-se que, em qualquer uma das opções, o número de vagas para os deficientes aumentaria sensivelmente.

Seguindo a tendência da maioria dos projetos propostos, assim como de muitos outros países que adotam a lei de cotas para deficientes, a Ação Civil Pública, nos municípios em que não há empresas que se encaixam na Lei nº 8.213/91, poderia ser proposta às empresas com mais de 50 empre-

gados, a fim de que a Lei realmente tivesse efetividade, consubstanciada nas inúmeras justificativas já demonstradas anteriormente.

Esse era o número que estava previsto no artigo 101 do Estatuto das Pessoas com Deficiência e que foi vetado pela ex-presidente Dilma Roussef. Portanto, esse critério parece-nos adequado, principalmente frente aos dados que foram apresentados no item 4.3.3 deste trabalho, os quais demonstram a diminuição das grandes empresas e o crescimento das micro e pequenas empresas em nosso país. Assim, qualquer um dos legitimados previstos no artigo 5º da Lei nº 7.347/85 poderia propor a Ação Civil Pública em face das empresas com mais de 50 empregados, com o objetivo de empregar pessoas com deficiência.

Porém, outro critério também pode ser adotado. A Lei de Cotas no setor público, Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999, dispõe, em seu artigo 37, § 1º, que é assegurado à pessoa com deficiência o direito de inscrever-se em concurso público, em igualdade de condições com os demais candidatos, para provimento de cargo e emprego cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que é portador, sendo reservado, no mínimo, o percentual de 5% em face da classificação obtida, concorrendo em todas as vagas.

Seguindo os mesmos passos, podemos utilizar o critério dos 5% para a interposição da Ação Civil Pública para obrigar empresas com menos de cem empregados a contratar pessoas com deficiência. Os legitimados para propor a Ação Civil Pública poderão fazê-lo a 5% das maiores empresas do município que não possuir empresas com mais de cem empregados. Lembrando que o critério a ser adotado é o número de empregados da empresa, e não o faturamento ou qualquer outro tipo de critério, tal qual

o adotado na Lei de Cotas. Caso existam poucas empresas que se encaixem na Lei de Cotas do setor privado, que não estão sendo suficientes para a demanda, também é possível aplicar a mesma regra, e a Ação poderá ser proposta a 5% das maiores empresas do município que não sejam abarcadas pela Lei de Cotas.

Assim, a Ação Civil Pública seria proposta em face das maiores empresas do município, com base no número de empregados contratados, com a finalidade de garantir a efetivação do direito ao trabalho das pessoas com deficiência.

Utilizando-se desses critérios, a Ação Civil Pública, que visará à inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho por meio de empresas com menos de cem empregados, será totalmente factível e obedecerá a todos os requisitos processuais determinados em lei. Com isso, demonstrou-se a perfeita plausibilidade da ideia defendida nesta obra, a qual tem como objetivo mostrar a urgência da efetivação do direito ao trabalho e à inclusão das pessoas com deficiência, sobretudo nos municípios que não são abarcados pela Lei de Cotas, até que ocorra uma alteração da Lei, pela aprovação de algum projeto de lei em tramitação, ou até que outra lei seja criada, por exemplo, por meio de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

As pessoas com deficiência não podem permanecer nessa situação, sem ter seus direitos fundamentais efetivados. Até quando esse cenário perdurará? O Direito não pode esperar, e utilizar o instituto da Ação Civil Pública para garantir a referida inclusão é comprovar que o processo pode ser efetivo na concretização de direitos. E assim deve ser: a jurisdição deve estar

sempre dirigida à consagração dos direitos fundamentais, do contrário, perde-se a própria razão de ser do Estado.

A norma constitucional tem que ser efetivada. Princípios fundamentais como o de igualdade, fraternidade, trabalho, bem-estar e, sobretudo, dignidade da pessoa humana devem ser efetivos, sob pena de o país falhar nos seus propósitos e fundamentos preestabelecidos constitucionalmente.

Para finalizar, vale citar as sábias palavras da Ministra do STF Cármen Lúcia Antunes Rocha (*apud* AKAOUI, 2009, p. 121):

Não imagino que a norma constitucional tenha feito algum milagre de transformação no Brasil. Sei bem que o direito não se ganha, conquista-se, como antes observado, a cada manhã. Sei ainda que na interpretação das normas muitos Direitos se perdem por agilidade do intérprete, por conveniência do momento e, principalmente, pelo seu desconhecimento pelo povo. Aprendi que a igualdade do conhecimento e no saber é um direito fundamental para que qualquer outro possa ser eficaz. E que se esta igualdade não foi materialmente assegurada é que ela nunca foi muito convincente para aqueles que, eventualmente, detêm o Poder e o exercem segundo seus próprios e peculiares interesses. Mas sei, principalmente, que a igualdade jurídica constitucionalmente assegurada é possível desde que haja liberdade em cujo espaço possa ela crescer e tornar-se madura em seu produto social mais justo. Acho que o Brasil Justo que a sociedade brasileira, em sua grande maioria, deseja e necessita. É aplicando a Constituição da República e apenas aplicando-a – com honestidade e seriedade que este Brasil acontecerá com certeza.

Dessarte, por meio da aplicação da Constituição, há de se efetivar o respeito a essa parcela da população que, a duras penas, vem tentando um espaço no mercado de trabalho. Enquanto não houver uma sociedade mais conscientizada e menos excludente, continuarão a ser imprescindíveis as

normas e outros mecanismos de viabilização da participação plena de todas as pessoas na sociedade.

Assim, por diversos motivos e justificativas, defende-se o uso da Ação Civil Pública como instrumento catalizador na efetivação de vagas às pessoas com deficiência no mercado de trabalho, seja em qual município for, que tenha empresas com mais ou menos de cem empregados. O direito não pode mais ficar simplesmente atrelado à imagem de uma máquina burocrática estatal obsoleta, refletindo um Poder de Estado rançoso, fruto de uma razão iluminista ultrapassada. A Ação Civil Pública insere-se no quadro da democratização do processo, e é com essas práticas concretas que se poderá expandir, firme e gradativamente, o acesso das pessoas com deficiência ao trabalho, atingindo um país mais humano, justo e comprometido com o bem-estar e com seu próprio futuro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, pode-se afirmar que o Estado tem o objetivo de garantir direitos e preservar a dignidade da pessoa humana de seus cidadãos, e o processo deve ser instrumento para realização desse objetivo. A prestação da tutela jurisdicional pelo Estado deve ser encarada como verdadeiro direito fundamental de segunda dimensão, cujo titular, o jurisdicionado, tem o direito de receber do Estado uma prestação jurisdicional efetiva, eficaz e tempestiva.

Tendo isso em vista, o atual processo deve assegurar a preservação da dignidade da pessoa humana como garantia absoluta, confirmando que esta é uma cláusula geral de proteção e promoção da pessoa humana, já que protege o indivíduo das agressões do Estado ou da sociedade em geral e orienta a promoção da autonomia patrimonial e existencial de cada ser humano.

Nesse afã de concretização de direitos, propõe-se a utilização da Ação Civil Pública para garantir vagas de emprego para as pessoas com deficiência, em empresas que não se enquadram na Lei de Cotas, pois a ausência da lei específica jamais poderá justificar o descumprimento de direitos fundamentais.

Os fundamentos jurídicos da Ação Civil Pública seriam a efetivação da dignidade da pessoa humana das pessoas com deficiência, o valor social do trabalho, o direito fundamental ao trabalho dessas pessoas, o princípio da igualdade, da não discriminação e da função social da propriedade: todos os comandos ditados pela Constituição Federal. Em outras palavras, a lei já existe; basta aplicá-la e efetivá-la pela via da prestação jurisdicional adequada.

A Ação Civil Pública, proposta nos moldes apresentados, não fere o princípio da legalidade, haja vista que a lei deve ser aplicada conforme os princípios da justiça e dos direitos fundamentais, a fim de se tornar efetiva. Há necessidade de resgatar a substância da lei, de encontrar os instrumentos capazes de permitir sua limitação e conformação aos princípios da justiça. A lei não vale mais por si, mas depende de sua adequação aos direitos fundamentais. Se antes era possível dizer que os direitos fundamentais eram circunscritos à lei, agora, torna-se exato afirmar que as leis devem estar em conformidade com os direitos fundamentais.

Frente a essa nova realidade, o princípio da legalidade deve ter conteúdo substancial, e não mais apenas uma dimensão formal, como outrora, pois, hoje, a lei deve estar em conformação com a Constituição e, especialmente, com os direitos fundamentais. Essa nova visão do princípio da legalidade significa uma transformação que afeta as próprias concepções de

direito e de jurisdição, tudo na busca da efetividade dos princípios constitucionais.

Portanto, aos operadores do Direito cabe não apenas revelar as palavras da lei, mas projetar uma imagem, corrigindo-a e adequando-a aos princípios de justiça e dos direitos fundamentais. Desse modo, a Lei de Cotas pode ser aplicada às empresas com menos de cem empregados.

Não é censurável defender o protagonismo judiciário quando, diante da inércia e da omissão estatais, a sociedade exige posicionamento jurisprudencial criativo e positivo, para que se faça prevalecer a primazia da Constituição. Aproveitar o instituto da Ação Civil Pública para garantir a referida inclusão é comprovar que o processo pode ser efetivo na concretização de direitos. Essas alternativas devem ser encaradas como frutos da constante alteração da realidade social, uma vez que a realidade da sociedade e sua rápida transformação exigem modificação em todos os ramos da Ciência Jurídica, de modo a não ser mais possível sua previsão legal de forma absoluta, apartada de uma interpretação principiológica do caso concreto.

Aplicar a Lei de Cotas para empresas que, a princípio, não estariam abrangidas por ela não é ativismo tosco, realizado sem parâmetro e de maneira arbitrária, mas uma técnica de interpretação da Constituição. Cabe ao Judiciário estabelecer as regras do jogo democrático e proteger valores e direitos fundamentais, atuando de modo a garantir que a Constituição Federal seja, de fato, um instrumento de transformação social.

Ademais, é perfeitamente possível e pacífico, nas Cortes Superiores, que haja a possibilidade do questionamento da constitucionalidade de uma lei, por meio difuso, na Ação Civil Pública. Assim, cabe ao juiz reconhecer a

inconstitucionalidade da Lei de Cotas, aplicando-a em situações diversas das quais foi publicada.

Considerando que a Lei de Cotas não é totalmente inconstitucional e pode ser aplicada a diversos municípios onde existem grandes empresas, é possível realizar uma interpretação conforme a Constituição, no controle de constitucionalidade efetuado por meio da Ação Civil Pública, posto que a Constituição Federal permite e justifica a aplicabilidade da referida Lei, inclusive, nas situações em que ela não prevê expressamente, ou seja, àquelas empresas que não têm mais de cem empregados.

A interpretação conforme a Constituição garantirá a supremacia e a perenidade dos valores constitucionais que protegem e efetivam a inclusão das pessoas com deficiência, como o direito ao trabalho, à igualdade, à inclusão social e, sobretudo, à dignidade humana.

Também é possível falar em declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto. O Judiciário reconhecerá a inconstitucionalidade parcial da Lei, aplicando-a também às empresas com menos de cem empregados. O sentido da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto será sempre de uma correção normativa, nos termos de uma Constituição de princípios, de uma Constituição de conceitos, que admite várias concepções.

Além de todas essas possibilidades, ainda restou comprovado que a Lei de Cotas pode ser aplicada às empresas menores por meio da teoria da derrotabilidade das normas jurídicas. A exceção da regra que justificaria o afastamento da norma é o fato de, no município, não haver empresas com mais de cem empregados, o que torna a Lei completamente sem eficácia, ou, existindo, não são suficientes para atender à demanda das pessoas com defi-

ciência. A aplicação da teoria é completamente factível porque a Lei, quando foi criada, não conseguiu prever todas as situações futuras possíveis, o que a tornou, na atualidade, inadequada para a nova realidade social.

Logo, por diversos motivos e justificativas, defende-se o uso da Ação Civil Pública como instrumento catalizador na efetivação de vagas às pessoas com deficiência no mercado de trabalho, independentemente do município, possuindo ou não empresas com mais de cem empregados.

Em suma, o direito não pode mais ficar simplesmente atrelado à imagem de uma máquina burocrática estatal obsoleta, refletindo um Poder de Estado rançoso, fruto de uma razão iluminista ultrapassada. A Ação Civil Pública insere-se no quadro da democratização do processo, e é com essas práticas concretas que se poderá expandir, firme e gradativamente, o acesso das pessoas com deficiência ao trabalho, resultando em um país mais humano, justo e comprometido com o bem-estar e com seu próprio futuro.

REFERÊNCIAS

ABE, M. I. M. **Franchising, terceirização e grupo econômico: a responsabilidade solidária como instrumento de combate à precarização das relações trabalhistas**. Ribeirão Preto: IELD, 2013.

AKAOUI, F. R. V. **Jurisdição constitucional e a tutela dos direitos metaindividuais**. São Paulo: Verbatim, 2009.

ALARCÓN, P. J. L. **Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Método, 2004.

ALARCÓN, P. J. L. **Ciência política, Estado e direito público: uma introdução ao direito público da contemporaneidade**. 3. ed. São Paulo: Verbatim, 2017.

ALEMANHA. **Lei Fundamental da República Alemã**. Tradução de Assis Mendonça. Aachen: [s. n.], 2011. Disponível em: <https://www.btg-bestell-service.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 23 set. 2016.

ALEXY, R. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzon Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALMEIDA, M. C. A função social da empresa na sociedade contemporânea: perspectivas e prospectivas. **Revista de Direito Argumentum**, Marília, v. 3, 2003.

ALONSO JR., H. A ampliação do objeto das Ações Cíveis Públicas na implementação dos direitos fundamentais. *In*: MILARÉ, É. (coord.). **A Ação Cível Pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ÁLVARES, A. L. G.; CAPELOZZA FILHO, L. Conceitos vigentes na etiologia das fissuras labiopalatinas. **Revista Brasileira de Cirurgia**, São Paulo, v. LXXXVIII, n. 4, p. 215-255, 1998.

ALVES, R. V. **Deficiente físico**: novas dimensões da proteção ao trabalhador. São Paulo: LTr, 1992.

AMORIM, H. S.; DELGADO, G. N.; VIANA, M. T. Terceirização: aspectos gerais: a última decisão do STF e a Súmula n. 331 do TST: novos enfoques. **Revista Ltr: legislação do trabalho**, São Paulo, v. 75, n. 3, p. 282-295, mar. 2011.

ANDRADE, P.; BONAVIDES, P. **História constitucional do Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e terra, 1991.

ANDREWS, N. **O moderno processo civil**: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra. Tradução Teresa Arruda Alvim Wambier. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ANSELMO, J. R. **Direito Constitucional**. Bauru, SP: Spessotto, 2017.

APPIO, E. F. **A Ação Civil Pública no Estado Democrático de Direito**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

APPIO, E. F. **Interpretação conforme a Constituição**: Instrumentos de Tutela Jurisdicional dos Direitos Fundamentais. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

ARAÚJO, L. A. D. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. 2. ed. Brasília: Corde, 1997.

ARAÚJO, L. A. D. **A proteção constitucional das pessoas com deficiência**. 4. ed. Brasília: Corde, 2011.

ARAUJO, L. A. D.; MAIA, M. Avanços Legislativos na área da inclusão social: a Lei nº 13.146/2015. In: ROSA, A. M.; TRINDADE, A. K. (org.). **Hermenêutica, Constituição, decisão judicial**: estudos em homenagem ao professor Lenio Luiz Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

ARAUJO, L. A. D.; NUNES JR., V. S. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Verbatim, 2016.

ARENDT, H. **Sobre a violência**. Tradução André Duarte. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1994.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômacos**. 2. ed. Tradução De Mário da Gama Kury. Brasília, DF: Ednub, 1992.

ASSIS, O. Q.; POZZOLI, L. **Pessoa portadora de deficiência**: direitos e garantias. São Paulo: Damásio de Jesus, 2005.

ATIENZA, M. **As razões do Direito**: teorias da argumentação jurídica. 3. ed. São Paulo: Landy, 2006.

ÁVILA, H. **Teoria dos princípios**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

AZEVEDO, C. S. P. A inclusão dos Portadores de Necessidades Especiais. In: NEME, E. F. (coord.). **Ações afirmativas e inclusão social**. Bauru, SP: EDITE, 2005.

AZEVEDO, J. G.; LEONE, R. J. As práticas de gestão financeira em micro e pequenas empresas: um estudo descritivo em indústrias de castanha de caju do estado do Rio Grande do Norte. **Revista Ciências Administrativas**, Fortaleza, v. 9, n. 1, p. 55-83, jan./abr. 2011. Disponível em: <http://periodicos.unifor.br/rca/article/view/3221/pdf>. Acesso em: 02 set. 2017.

BADENI, G. **Nuevos derechos y garantías constitucionales**. Buenos Aires: Ad Hoc, 1995.

BAHIA, C. J. A. **A responsabilidade do Estado na tarefa de garantir o direito de convivência familiar de crianças e adolescentes**. 2007. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

BAHIA, C. J. A.; MARTA, T. N. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, ano XXIV, n. 26, jan./jun. 2008.

BAHIA, S. R. *et al.* **Município & acessibilidade**. Rio de Janeiro: Ibam/Duma, 1998.

BARBOSA, R. **Obras completas de Rui Barbosa**. Brasília, DF: Ministério da Cultura, 1997.

BARCELLOS, A. P. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARREIRO NETO, J. O pleno exercício dos direitos políticos, o sigilo do voto e a Lei nº. 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência): breves considerações. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, [s. l.], n. 58, 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/jaime-barreiros-neto/o-pleno-exercicio-dos-direitos-politicos-o-sigilo-do-voto-e-a-lei-n-13-146-2015-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-breves-consideracoes->. Acesso em: 25 set. 2017.

BARROSO, L. R. Ano do STF: judicialização, ativismo e legitimidade democrática. **Revista Consultor jurídico**, [s. l.], 2008. Disponível em: <http://>

www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica. Acesso em: 01 out. 2017.

BARROSO, L. R. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BARROSO, L. R. A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Versão provisória para debate público. **Migalhas**. [S. l.], dez. 2010. Disponível em: www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20101215-01.doc. Acesso em: 17 set 2017.

BARROSO, L. R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARROSO, L. R. O Constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto. **Luis Roberto Barroso**. [S. l.], 2013. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2013/05/O-constitucionalismo-democratico-no-Brasil.pdf>. Acesso em: 02 out. 2017.

BARZOTTO, L.C. **Direitos humanos e trabalhadores**: Atividade Normativa da OIT e os limites do Direito Internacional do Trabalho. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BAUMAN, Z. **Vidas desperdiçadas**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

BEDAQUE, J. R. S. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BEDAQUE, J. R. S. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BÍBLIA. Tradução de Centro Bíblico Católico. São Paulo: Ave Maria, 1995.

BRASIL. [Constituição (1824)]. **Constituição Política do Império do Brasil**. Rio de Janeiro: Câmara de Deputados, 1886. Disponível em: http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/18340/collecao_leis_1824_parte1.pdf?sequence=1. Acesso em: 30 maio 2017.

BRASIL. [Constituição (1891)]. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial [da] República dos Estados Unidos do Brasil**: Rio de Janeiro, DF, 24 fev. 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 30 maio 2017.

BRASIL. [Constituição (1934)]. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial [da] República dos Estados Unidos do Brasil**, Rio de Janeiro, DF, 16 jul. 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 30 maio 2017.

BRASIL. [Constituição (1937)]. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial [da] República dos Estados Unidos do Brasil**, Rio de Janeiro, DF, 10 nov. 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 30 maio 2017.

BRASIL. **Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960**. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Previdência Social. Brasília, DF: Casa Civil, 1960. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L3807.htm. Acesso em: 30 maio 2017.

BRASIL. **Decreto nº 62.150, de 19 de janeiro de 1968**. Promulga a Convenção nº 111 da OIT sobre discriminação em matéria de emprego e profissão. Brasília, DF: Casa Civil, 1968. Disponível em: http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/DEC%2062.150-1968?OpenDocument. Acesso em: 30 maio 2017.

BRASIL. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. Brasília, DF: Casa Civil, 1985. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm. Acesso em: 30 maio 2017.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, n. 191-A, seção 1, p. 1-32, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 maio 2017.

BRASIL. **Decreto Legislativo nº 51, de 25 de agosto de 1989**. Aprova os textos das Convenções da Organização Internacional do Trabalho - OIT que especifica. Brasília, DF: Casa Civil, 1989a. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1989/decretolegislativo-51-25-agosto-1989-360126-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 30 maio 2017.

BRASIL. **Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989**. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. Brasília, DF: Casa Civil, 1989b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7853.htm. Acesso em: 30 maio 2017.

BRASIL. Decreto nº 129, de 22 de maio de 1991. Promulga a Convenção nº 159, da Organização Internacional do Trabalho - OIT, sobre Reabilitação Profissional e Emprego de Pessoas Deficientes. Brasília, DF: Casa Civil, 1991a. Disponível em: http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/DEC%20129-1991?OpenDocument. Acesso em: 30 maio 2017.

BRASIL. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília, DF: Casa Civil, 1991b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm. Acesso em: 30 maio 2017.

BRASIL. Projeto de Lei nº 825, de 1991. Dispõe sobre Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1991c. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD09MAI1991.pdf#page=146>. Acesso em: 20 ago. 2017.

BRASIL. Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993. Lei Orgânica da Assistência Social (Loas). Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Brasília, DF: Casa Civil, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8742.htm. Acesso em: 30 maio 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação Cível nº 145272, de 25 de junho de 1996. Sobre aplicação de interesses individuais homogêneos. Relatora: Juíza Suzana Camargo. São Paulo: TRF 3, 1996. Disponível em www.trf3.jus.br. Acesso em: 7 fev. 2024.

BRASIL. Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999. Regulamenta a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências. Brasília, DF: Casa Civil, 1999. Dispo-

nível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm. Acesso em: 30 maio 2017.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Casa Civil, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 30 maio 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão sobre Inação do Poder Público nº 1.439, de 25 de maio de 2003**. Brasília, DF: STF, 2003.

BRASIL. **A inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho**. 2. ed. Brasília, DF: MTE/SIT, 2007. Disponível em: http://www.acessibilidade.org.br/cartilha_trabalho.pdf. Acesso em: 13 abr. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo nº 508**. Brasília, DF: STF, 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo508.htm>. Acesso em: 15 set. 2017.

BRASIL. **Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009**. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Brasília, DF: Casa Civil, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 30 maio 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIN nº 4277**. Brasília, DF: STF, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo nº 661**. Brasília, DF: STF, 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo508.htm>. Acesso em: 15 set. 2017.

BRASIL. **Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília, DF: Casa Civil, 2015a. Disponível em: http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%2013.146-2015?OpenDocument. Acesso em: 30 maio 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial sobre Inconstitucionalidade nº 1.487.032-SP, de 9 de março de 2015**. Relator: Min. Humberto Martins. Brasília, DF: STJ, 2015b. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 7 fev. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial sobre Interpretação Princioplógica nº1.183.278/2015**. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, DF: STJ, 2015c. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 7 fev. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Plenário julga constitucional legitimidade da Defensoria Pública para propor ação civil pública. **Portal STJ**. Brasília, 2015d. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=291085&ori=1>. Acesso em: 19 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de descumprimento de preceito fundamental sobre direitos fundamentais dos presos nº 347, de 3 de outubro de 2023**. Brasília, DF: STF, 2023. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 08 fev. 2024.

BOBBIO, N. Sobre os fundamentos dos direitos do homem. *In*: BOBBIO, N. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier 1992.

BOTELHO, G. **Direito ao processo qualificado**: o processo civil na perspectiva do Estado Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

BRITTO, C. A. **O humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2010a.

BRITTO, C. A. A judicialização da política e a politização do Judiciário. **Notícias OAB**. [S. l.], 2010b. Disponível em: <http://www.oab.org.br/noticia/19981/artigo-a-judicializacao-da-politica-e-a-politizacao-do-judiciario>. Acesso em: 30 set. 2017.

BRITO FILHO, J. C. M. Direitos humanos e discriminação no Brasil. *In*: MAUÉS, A. G. M. (org). **Direitos fundamentais & relações sociais no mundo contemporâneo**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

BROLLO, L. A. Garantia de acesso à justiça na jurisdição coletiva. *In*: BROLLO, L. A. **Tutelas coletivas e efetividade do processo**. Bauru, SP: Edite, 2005.

BULYGIN, E. Los jueces ¿crean derecho?. **Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho**, Alicante, n. 18, 2003.

BUNCHAFT, M. E. A equal protection e a discriminação por orientação sexual na jurisprudência da suprema Corte Norte Americana. **Revista Faculdade de Direito UFG**, Goiânia, v. 35, n. 01, p. 41-59, jan./jun. 2011. Disponível em: <https://www.revistas.ufg.br/revfd/article/view/12652/9536>. Acesso em: 17 set. 2017.

CALAMANDREI, P. **Processo e democracia**: conferências realizadas na Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autônoma do México. Tradução de Mauro Fonseca Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

CALDAS, A. R. Processo Civil e Estado Constitucional: o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e as fases metodológicas do processo. **Revista Faculdade Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 66, p. 23-51, jan./jun. 2015.

CAMARGO, G. Z.; PAULA, J. L. M. Ativismo judicial versus autocontenção judicial: qual postura concretiza direitos fundamentais e promove a manutenção da democracia? **Revista Eletrônica de Ciências Aplicadas**, v. 4, n. 2, p. 25-55 jul./dez. 2015. Disponível em: <https://revista.fisul.edu.br/index.php/revista/article/download/47/44>. Acesso em: 01 out. 2017.

CAMBI, E. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 3. ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2016.

CAMPANHOLE, A.; CAMPANHOLE, H. L. **Constituições do Brasil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

CANARIS, C. W. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito**. 2 ed. Tradução de Antonio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARELLI, R. D. L. **Terceirização como intermediação de mão de obra**. [S. l.: s. n.], 2014. ISBN 85-7147-320-X. Disponível em: <https://indicadores-deemprego.files.wordpress.com/2013/12/terceirizac3a7c3a3o-como-intermediac3a7c3a3o-de-mc3a3o-de-obra.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2017.

CARVALHO, K. M. Os desafios da inclusão da pessoa com deficiência no ambiente de trabalho. *In*: GUGEL, M. A.; COSTA FILHO, W. M.; RIBEIRO, L. L. G. (org.). **Deficiência no Brasil: uma abordagem integral dos direitos das pessoas com deficiência**. Florianópolis: Obra Jurídica, 2007.

CASALI, G. M. O princípio da solidariedade e o artigo 3º da Constituição da República Federativa do Brasil. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v. 1, n. 1, 3º quadrimestre de 2006. Disponível em: <http://www.univali.br/direitoepolitica>. Acesso em: 23 jul. 2016.

CASSAR, V. B. **Direito do trabalho**. 10. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2016.

CASTRO, M. C. **A inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho brasileiro**: um estudo das normas e ações afirmativas à luz do direito internacional. 2016. 189 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, SP, 2016.

CAVALCANTI, M. A. O desenvolvimento das ações coletivas estrangeiras e a influência exercida no direito processual coletivo brasileiro. **Revista dos Tribunais**, [s. l.], v. 940. P. 89, fev. 2014. Disponível em: <http://www.bvr.com.br/abdpro/wp-content/uploads/2016/03/O-DESENVOLVIMENTO-DAS-ACOES-COLETIVAS-ESTRANGEIRAS-E-A-INFLUENCIA-EXERCIDA-NO-DIREITO-PROCESSUAL-COLETIVO-BRASILEIRO.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2017.

CEZAR, K. R. **Pessoa com deficiência intelectual, inclusão trabalhista**: Lei de Cotas. São Paulo: LTr, 2012.

CHIOVENDA, G. **Instituições de Direito Processual Civil**. 4. ed. Campinas, SP: Bookseller, 2009.

CISZEWSKI, A. C. V. O. **O trabalho da pessoa portadora de deficiência**. São Paulo: LTr, 2005.

COCURUTTO, A. **Os princípios da dignidade da pessoa humana e da inclusão social**. São Paulo: Malheiros, 2008.

COELHO, F. A. **Tutela interdital e concretização de direitos**. Bauru, SP: Canal 6, 2013.

COELHO, F. A. **Estatuto da pessoa com deficiência**. Bauru, SP: Spessotto, 2017.

COLNAGO, C. O. S. **Interpretação conforme a Constituição**: decisões interpretativas do STF em sede de controle de constitucionalidade. São Paulo: Método, 2007.

COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS DA USP. **Declaração de direitos do deficiente mental**. São Paulo: Biblioteca Virtual de Direitos Humanos, 2016. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-dos-Portadores-de-Defici%C3%Aancia/declaracao-de-direitos-do-deficiente-mental.html>. Acesso em: 24 nov. 2016.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO COMÉRCIO. **As micro e pequenas empresas no Brasil**. Rio de Janeiro: CNC, 2000.

CONTO, M. **O princípio da proibição de retrocesso social**: uma análise a partir de pressupostos da hermenêutica filosófica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

COSTA, A. P. N.; LEANDRO, L. A. L. O atual cenário das micro e pequenas empresas no Brasil. *In*: SIMPÓSIO DE EXCELÊNCIA EM GESTÃO E TECNOLOGIA, 13. 2016. **Aedb**. [S. l.]: 2016. Disponível em: <http://www.aedb.br/seget/arquivos/artigos16/14924134.pdf>. Acesso em: 13 ago. 2017.

COSTA, S. M. B. **Dignidade humana e pessoa com deficiência**. São Paulo: LTr, 2008.

COUTO, M. **E se Obama fosse africano?** São Paulo: Cia das Letras, 2011.

CRETELLA JR., J. **Elementos de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CRUZ, A. R. S. **Jurisdição Constitucional Democrática**. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes, 2014.

CRUZ E TUCCI, J. R. **Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CUNHA, P. F. **Constituição, crise e cidadania**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

CUNHA JR., D. **Controle difuso de constitucionalidade: teoria e prática**. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

D'AGOSTINI, S. M. C. **Adolescente em conflito com a lei & a realidade**. São Paulo: Jurídica, 2001.

DECLARAÇÃO DE MADRID. **A não discriminação e a ação afirmativa resultam em inclusão social**. Tradução de Romeu Kazume Sasaki. Espanha, 2002. Disponível em: <http://www.pgt.mpt.gov.br/publicacoes/pub65.html>. Acesso em: 25 jul. 2016.

DELGADO, G. N.; AMORIM, H. S. A terceirização trabalhista e o histórico de formação da súmula n. 331 do TST. *In*: DELGADO, G. N.; AMORIM, H. S. **Os limites constitucionais da terceirização**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 31-66.

DELGADO, M. G. **Curso de Direito do Trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017.

DEL PINO, P. T. **La contratación de trabajadores minusválidos**. Pamplona: Arazandi, 2000.

DIAS, C. F. **Decisões intermédias e mutação na Justiça Constitucional**. Belo Horizonte, Arraes, 2012.

DIDIER JR., F.; MOUTA, J. H. **Tutela Jurisdicional Coletiva**. Salvador: Jus Podvim, 2009.

DIDIER JR., F.; ZANETI JR., H. Processo Coletivo Passivo. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 165, p. 132-145, 2008.

DIDIER JR., F.; ZANETI JR., H. **Curso de Direito Processual Civil**. 10. ed. São Paulo: Juspodvim, 2016. v. 4.

DINAMARCO, C. R. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros, 2009. v. I.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DUSSEL, E. Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão. Tradução de Epharim Ferreira Alves, Jaime A. Clasen, Lucia M. E. Orth. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002.

ECONOMIDES, K. Lendo as ondas do movimento de acesso à justiça: epistemologia versus metodologia. *In*: ECONOMIDES, K. **Cidadania, justiça e violência**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999.

ESCOBAR, G. **Personas con discapacidad**: VII informe sobre derechos humanos. Madrid: Trama editorial, 2010.

ESPADA, C. M. F. **O princípio protetor do empregado e a efetividade da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Ltr, 2008.

ESPAÑA. Constitución (1978). **Boletín Oficial del Estado**, Madrid, n. 311, p. 29313-29424, 29 dez. 1978. Disponível em: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1978-31229. Acesso em: 30 maio 2017.

FALCONE, M. **Justiça Constitucional**: o caráter jurídico-político das decisões do STF. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

FARIAS, C. C.; CUNHA, R. S.; PINTO, R. B. **Estatuto da Pessoa com Deficiência comentado artigo por artigo**. 2. ed. Salvador, JusPodivm, 2016.

FARIAS, E. P. **Colisão de direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

FÁVERO, E. A. G. F. **Direitos das pessoas com deficiência**: garantia de igualdade na diversidade. Rio de Janeiro: WVA, 2004.

FEIJÓ, A. R. A. **Direitos humanos e proteção jurídica da pessoa portadora de deficiência**: normas constitucionais de acesso e efetivação da cidadania à luz da Constituição Federal de 1988. Brasília, DF: Ministério da Justiça/Secretaria de Estado dos Direitos Humanos, 2002.

FENICHEL, G. M. **Neurologia pediátrica**: sinais e sintomas. 2. ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 1995.

FERRAZ, C. V.; LEITE, G. S. A proteção jurídica da pessoa com deficiência como uma questão de direitos humanos. *In*: FERRAZ, C. V.; LEITE, G. S. **Direito à diversidade**. São Paulo: Atlas, 2015

FIGUEIREDO, G. J. P. **A propriedade no Direito Ambiental**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FIORAVANTE, T. M.; MASSONI, T. O. Ações Afirmativas no direito do Trabalho. **Revista LTr**, São Paulo, v. 69, n. 4, p. 464-473, abr. 2005.

FISS, O. **Um novo processo civil**: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. Tradução de Carlos Alberto Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FONSECA, R. T. M. Trabalho protegido do portador de deficiência. **Instituto Brasileiro de Advocacia Pública. Direito das pessoas com deficiência**, São Paulo, ano 1, n. 1, p. 135-140, 1997.

FONSECA, R. T. M. **O trabalho da pessoa com deficiência**. São Paulo: LTr, 2006a.

FONSECA, R. T. M. **O trabalho da pessoa com deficiência e a lapidação dos direitos humanos**: o direito do trabalho, numa ação afirmativa. São Paulo: LTr, 2006b.

FONSECA, R. T. M. A ONU e o seu conceito revolucionário de pessoa com deficiência. **Revista LTr**, São Paulo, ano 72, n. 3, p. 265, mar. 2008.

FRANZÉ, L. H. B. **Tutela antecipada recursal**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

FREIRE, A. *et al.* **Novas tendências do Processo Civil**: estudos sobre o projeto do novo código de processo civil. Salvador: JusPodvim, 2013.

FRETES, J. C.; PACHECO, C.; ZACUR, A.; CODAS, M. **Derechos humanos**: utopía para las personas con discapacidad en Paraguay. Asunción, PY: Co-dehupy, 2004.

GENOFRE, G. A. M. **A inclusão social e laboral da pessoa deficiente.** 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

GIRAUDEAU, M. O. **Terceirização e responsabilidade do tomador de serviços.** São Paulo: LTr, 2010.

GOLDFARB, C. L. **Pessoas portadoras de deficiência e a relação de emprego: o sistema de cotas no Brasil.** Curitiba: Juruá, 2008.

GOMES, J. B. B. **Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social: a experiência dos EUA.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GUNTHER, L. E. **A OIT e o Direito do Trabalho no Brasil.** Curitiba: Juruá, 2013.

HÄBERLE, P. **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales.** Tradução de Joaquim Brage Camazano. Madrid: Dykinson, 2003.

HABERMAS, J. **A inclusão do outro: estudos de teoria política.** 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004.

HABERMAS, J. **Direito e democracia: entre facticidade e validade.** 2. ed. rev. Tradução de Flávio Feno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010.

HART, H. L. A. **O conceito de direito.** Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Caloust Gulbenkian, 2011.

HOBBS, T. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. Tradução de Rosina D´Angina. 2 ed. São Paulo: Martin Claret, 2016.

HORITA, F. H. S. A fraternidade em debate: reflexos no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Thesis Juris**. São Paulo, v. 2, n. 1, p 15-31, jan./jun. 2013. Disponível em: <http://www.revistartj.org.br/ojs/index.php/rtj/article/view/18/pdf>. Acesso em: 30 set. 2017.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Pessoas com Deficiência. Cartilha Do Censo 2010**. Brasília, DF: SDH-PR/SNPD, 2012.

INSTITUTO NACIONAL DE EDUCAÇÃO DOS SURDOS. **Quem somos**. Brasília, DF: INES, 2016. Disponível em: <http://www.ines.gov.br/>. Acesso em: 11 ago. 2017.

JUKOVSKY, V. L. R. S. O papel do juiz na defesa do meio ambiente. **Revista TRF da 3ª região**, São Paulo, n. 42, p. 58, abr./jun. 2000.

KARKOTLI, G. **Direito difuso: responsabilidade social à luz dos princípios do código de defesa do consumidor**. Curitiba: Camões, 2008.

KAUFMANN, R. F. M. **Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito?: uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

KELBERT, F. O. **Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptist. Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KIDD, M. P. Disability and the labour market: an analysis of British males. **Journal of Health Economics**, [s. l.], v. 19, mar. 2000. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Peter_Sloane2/publication/12143905_Disability_and_the_Labor_Market_An_Analysis_of_British_Males/links/02bfe50f46fbc42802000000.pdf. Acesso em: 09 abr. 2016.

KRELL, A. J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

LARAIA, M. I. F. **A pessoa com deficiência e o direito do Trabalho**. 2009. 197 f. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

LEAL, M. F. M. **Ações coletivas: história, teoria e prática**. Porto Alegre: Fabris, 1998.

LEAL, S. T. **Controle de constitucionalidade moderno**. 3 ed. Niterói, RJ: Impetus, 2014.

LEITE, C. H. B. **Curso de direito processual do trabalho**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LEITE, G. O interesse de agir no Processo Civil contemporâneo. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v. XIX, n. 144, jan. 2016. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16747&revista_caderno=21. Acesso em: 10 abr. 2017.

LEIVAS, P. G. C. **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LEMBO, C. **Constituição Social: o futuro da liberdade**. São Paulo: Loyola, 1999.

LENZA, P. **Teoria Geral da Ação Pública**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

LIMA, D. P. **Constituição e poder: limites da política no Estado de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

LIMA, E. S. **Discriminação positiva e o portador de necessidades especiais**. 2006. 191 f. Tese (Doutorado em Direito do Trabalho) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006.

LIMA, F. A. **Mecanismos antidiscriminatórios nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2006.

LIMA, F. G. M. **Fundamentos Constitucionais do Processo sob a perspectiva da eficácia dos direitos e garantias fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2002.

LOCKE, J. **Segundo tratado sobre o governo: texto integral**. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2011.

LOPES, G. G. V. **A inserção do portador de deficiência no mercado de trabalho: a efetividade das leis brasileiras**. São Paulo: LTr, 2005.

LOPES, J. B. **Tutela antecipada no Processo Civil brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LORENTZ, L. N. **A norma da igualdade e o trabalho das pessoas portadoras de deficiência**. São Paulo: LTr, 2006.

LORENZO, R. de. **Discapacidad, sistemas de protección y trabajo social**. Madrid: Alianza, 2007.

LOUREIRO, C. M. **Ação civil pública e o acesso à justiça**. São Paulo: Método, 2004.

LUCAS, J. Solidaridad y derechos humanos. *In*: TAMAYO, J. J. (org.). **10 palabras clave sobre derechos humanos**. Navarra: Verbo Divino, 2006.

LUNARDI, S. R. G. As incompatibilidades e incoerências da proteção constitucional da dignidade da pessoa humana e da lei de reserva de mercado para pessoas portadoras de deficiência. *In*: ARAÚJO, L. A. D. (coord.). **Direito da pessoa portadora de deficiência: uma tarefa a ser completada**. Bauru, DF: Edite, 2003.

MACHADO, A.C. C.; ZAINAGHI, D. S. **CLT interpretada: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. 8. ed, Barueri: Manole, 2017.

MACIEL, A. S. **A inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho: uma análise jurídica sob um enfoque histórico, filosófico e sociológico**. São Paulo: LTr, 2011.

MAIA, D. C. M. **Ação coletiva passiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MALINOWSKI, C. E.; MALINOWSKI, M. O. S. **A polêmica Lei dos alimentos transgênicos**. Olinda, RJ: Livro Rápido, 2014.

MANCUSO, R. C. **Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas**. São Paulo: RT, 2007.

MANCUSO, R. C. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MANCUSO, R. C. **Ação Civil Pública**. 14 ed. São Paulo: RT, 2016.

MARANHÃO, R. de O. **O portador de deficiência e o Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. **Processo de conhecimento**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C.; MITIDIERO, D. **Novo Curso de Processo Civil**. Vol. 1; 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARMELSTEIN, G. **Curso de Direitos Fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MARTINEZ, G. P. B. **Curso de derechos fundamentales: teoría general**. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995.

MARTÍNEZ DE PISÓN, J. **Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales**. Madrid: Tecnos, 2001.

MARTINS, F. J. B. **Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental**. 1 ed. 7. reimp. Curitiba: Juruá, 2012.

MARTINS, R. W. de C. A evolução histórica das ações coletivas passivas e a necessidade de controle das coletividades. **Revista Ciências jurídicas Sociais Unipar**, Umuarama, v. 18, n. 1, p. 105-119, jan./jun. 2015.

MATOS, F. G. **Fator QF - quociente de felicidade: ciclo de felicidade no trabalho**. São Paulo: Makron Books, 1997.

MATTOS, S. L. W. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MAZILLI, H. N. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses.** 28. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015a.

MAZILLI, H. N. **O inquérito civil.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015b.

MAZZUOLI, V. O. **Curso de Direitos Humanos.** 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MEDEIROS, C. A. **Racismo, preconceito e intolerância.** São Paulo: Atlas, 2002.

MEDEIROS, R. **A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da Lei.** Lisboa: Universidade Católica, 1999.

MEIRELLES, H. L. **Mandado de segurança.** 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELO, J. C. **Políticas públicas de inclusão social: um estudo sociojurídico sobre a pessoa com deficiência.** 2007. 136 f. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos) – Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, RS, 2007.

MELO, S. N. **O direito do trabalho da pessoa portadora de deficiência: o princípio constitucional da igualdade e ações afirmativas.** São Paulo: LTr, 2004.

MELLO, C. A. B. **Elementos de Direito Administrativo.** 3. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Malheiros, 1992.

MENDES, A. G. C. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MENDONÇA, M. L. V. P. **Os direitos fundamentais e o dever fundamental de pagar tributo: a igualdade e o imposto**. 2002. 581 f. Tese (Doutorado em Direito Tributário) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2002.

MENEZES, P. L. de. **Ação afirmativa (affirmative action) no direito americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MEYER, E. P. N. **A decisão no Controle de Constitucionalidade**. São Paulo: Método, 2008.

MIRANDA, C. R.; DIAS, C. R. Environmental Risk Prevention Programs / Occupational Health Medical Control Programs: audits, employment inspection and social control. **Revista Brasileira de Saúde Ocupacional**, v. 39, n. 129, 2013. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbso/a/hDK3RbTbzfGD8bR9whvHdhb/>. Acesso em: 10 out. 2017.

MIRANDA, J. **Direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2017.

MORALLES, L. C. P. **Acesso à justiça e princípio da igualdade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

MOREIRA, E. R. **Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição**. São Paulo: Método, 2008.

MOREIRA, J. C. B. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MORENO, S. Micro e pequenas empresas geram 84% dos empregos do país. **Radioagência Nacional**. [S. l.], fev. 2015. Disponível em: <http://radioagencianacional.ebc.com.br/economia/audio/2015-02/micro-e-pequenas-empresas-geram-84-dos-empregos-do-pais>. Acesso em: 13 maio 2017.

MORO, S. F. **Democracia, Constituição e Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MOTTA, M. P. D. **O princípio da Dignidade Humana como instrumento jurídico da inclusão social**. Ponta Grossa: Toda Palavra, 2012.

NABAIS, J. C. Solidariedade social, cidadania e Direito Fiscal. *In*: GRECO, M. A.; GODOI, M. S. (coord.). **Solidariedade social e tributação**. São Paulo: Dialética, 2005.

NABAIS, J. C. **O dever fundamental de pagar imposto: contributo para compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo**. Coimbra: Almedina, 2009.

NEME, E. F. **Ações afirmativas e inclusão social**. Bauru, SP: EDITE, 2005.

NEME, E. F. Dignidade, igualdade e vagas reservadas. *In*: ARAUJO, L. A. D. (org.). **Defesa dos direitos das pessoas portadoras de deficiência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NERI, M. **Retratos da deficiência no Brasil**. Rio de Janeiro: FGV, 2003.

NERY JR., N.; NERY, R. M. A. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NEVES, M. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NICZ, A. A. O princípio da igualdade e sua significação no estado democrático de direito. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v. XIII, n. 82, nov. 2010. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8420&revista_caderno=9. Acesso em: 18 abr. 2016.

NOGUEIRA, A. M. P.; SOARES, M. O. Justificação democrática do princípio à duração razoável do processo. *In*: BREGA FILHO, V.; MARTINS, F. J. B., LEÃO JR, T. M. A. (org.). **Sistema constitucional de garantia de direitos I**. Jacarezinho, PR: UENP/Instituto Ratio Juris, 2015.

NOVAIS, J. R. **A Dignidade da pessoa humana**: dignidade e direitos fundamentais. Coimbra: Almedina, 2015. v. 1.

NOVAIS, J. R. **A dignidade da pessoa humana**: dignidade e inconstitucionalidade. Coimbra: Almedina, 2016. v. 2.

NUNES, L. A. R. **Curso de direito do consumidor**. 2. ed. rev. modif. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

NUNES, R. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002.

NUNES, R. A dignidade da pessoa humana e o papel do julgador. *In*: MIRANDA, J.; SILVA, M. A. M. (org.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

NUNES JR., V. S. **A cidadania social na constituição de 1988**: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais. São Paulo: Verbatim, 2009.

OLIVEIRA, C. A. A. **Do formalismo no Processo Civil**: proposta de um formalismo-valorativo. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, C. M.; DORNELES, L. A. D. D. **Direito do trabalho**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.

OLIVEIRA, F. L.; BRAGIOLA, R. A. A importância do direito social à saúde e a vinculação do poder público: da positivação ao cumprimento da obrigação. *In*: OLIVEIRA, F. L.; BRAGIOLA, R. A. **Os 100 anos da positivação dos direitos sociais na Constituição Mexicana de 1917**. Bauru, SP: Spessoto, 2017.

OLIVEIRA, L. M. B. **O mercado de trabalho para as pessoas com deficiência**: Censo 2010. Brasília, DF: SDH-PR/SNPD, 2011. Disponível em: <http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/node/767>. Acesso em: 01 ago. 2016.

OLIVEIRA, M. Deficientes: sua tutela jurídica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 553, p. 11-17, nov. 1981.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Documento das Nações Unidas n. A/8429**. Declaração de Direitos do Deficiente Mental. New York: ONU, 1971. Disponível em: https://www.camara.leg.br/Internet/comissao/index/perm/cdh/Tratados_e_Convencoes/Deficientes/submenu_deficientes.htm. Acesso em: 20 set. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolução ONU nº 2.542/75**. Declaração dos Direitos das Pessoas com Deficiência. New York: ONU, 1975. Disponível em: <http://www.ppd.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=306>. Acesso em: 30 maio 2017,

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Relatório Mundial sobre a Deficiência**. Tradução de Lexicus Serviços Linguísticos. São Paulo: SEDPCD, 2012.

PADILHA, N. S. **Colisão de direitos metaindividuais e a decisão judicial**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

PAGAIME, A. Pessoas com deficiência: concursos públicos e cotas. **Estudos de Avaliação Educacional**, São Paulo, v. 21, n. 45, p. 127-144, jan./abr. 2010.

PAMPLONA FILHO, R. A nova competência da Justiça do Trabalho: uma contribuição para a compreensão dos limites do novo art. 114 da Constituição Federal. **Revista do programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia**, n. 15, ano 2007, 2007

PARIZ, A. A. G. **O princípio do devido processo legal: direito fundamental do cidadão**. Coimbra: Geográfica, 2009.

PASSOS, J. J. C. P. **Revisitando o direito, o poder, a justiça e o processo**. Salvador: JusPodium, 2012.

PASTORE, J. **Oportunidades de trabalho para portadores de deficiência**. São Paulo: LTr, 2000.

PAULA, J. L. M. **Democracia e jurisdição**. Curitiba: JM Editora e Livraria Jurídica, 2014.

PERRENOUD, F. As competências a serviço da solidariedade. **Pátio: Revista Pedagógica**. Porto Alegre, v. 7, n. 25, p. 19-27, fev. 2003. Disponível em: <http://www.unige.ch/fapse/SSE/teachers/perrenoud/php>. Acesso em: 23 jul. 2016.

PIOVESAN, F. Direitos humanos, o princípio da dignidade da pessoa humana e a constituição de 1988 (neo)constitucionalismo: ontem os códigos, hoje as constituições. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, n. 2, p. 54-75, 2004.

PIVA, R. C. **Bem ambiental**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

PIVA, R. C. **O Instituto Brasileiro de Direito da Família e as Ações Civis Públicas**. Belo Horizonte: Redige, 2016.

PIVA, R. C.; OLIVEIRA, F. L. Objetos da Ação Civil Pública. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, Lisboa, v. 1, p. 21, 2016.

PORTO, L. V. Terceirização: fundamentos filosóficos, sociológicos, políticos, econômicos e jurídicos da jurisprudência do tst (súmula nº 331). **Revista TST**, Brasília, v. 80, n. 3, jul./set. 2014. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/71288/009_porto.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 15 ago. 2017.

PORTO, P. R. F. **Direitos fundamentais sociais**: considerações acerca da legitimidade política e processual do Ministério Público e do sistema de justiça para a sua tutela. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

PORTO, S. G. **Cidadania processual**: processo constitucional e o novo processo civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

PORTO, S. G.; USTÁRROZ, D. **Lições de direitos fundamentais no processo civil**: o conteúdo processual da Constituição Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

POZZOLI, L. **Maritain e o direito**. São Paulo: Loyola, 2001.

PUGA, F. P. **Experiências de apoio às micro, pequenas e médias empresas nos Estados Unidos, Itália e Taiwan.** Rio de Janeiro: BNDES, 2000.

PUGA, F. P. **O apoio financeiro às micro, pequenas e médias empresas na Espanha, no Japão e no México.** Rio de Janeiro: BNDES, 2002

PUOLI, J. C. B. Comentários a Lei da Ação Civil Pública. *In*: PUOLI, J. C. B. **Comentários à Lei de Ação Civil Pública e Lei de Ação Popular.** São Paulo: Quartier Latin, 2006.

REIS, J. E. A. Ações coletivas: interesse de agir e legitimação. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 110, mar. 2013. Disponível em: http://ambito-juridico.com.br/site/index.php/Paulo%20Leandro%20Maia?n_link=revisita_artigos_leitura&artigo_id=13010&revista_caderno=21. Acesso em: 21 abr. 2017.

RESTA, E. **O direito fraterno.** Tradução de Sandra Regina M. Vial. Santa Cruz do Sul, SC: Edunisc, 2004.

REZEK, J. F. **Direito Internacional Público.** 16. ed. rev., atual., São Paulo: Saraiva, 2016.

RIBAS, J. B. C. Por que empregar pessoas com deficiência? *In*: FREITAS, M. N. C.; MARQUES, A. L. (org.). **Trabalho com deficiência:** pesquisas, práticas e instrumentos de diagnóstico. Curitiba: Juruá, 2009.

RIZZARDO, A. **Ação Civil Pública e Ação de Improbidade Administrativa.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ROCHA, C. L. A. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. **Revista de Interesse Público**, Porto Alegre, n. 4, p. 23-47, 1999.

ROCHA, J. C. C. Ação civil pública e acesso à justiça. *In*: ROCHA, J. C. C. **Ação Civil Pública**: 20 anos da Lei n. 7347/85. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

ROCHA, J. F. Constituição, ordenamento e conflitos normativos. **Esboço de uma teoria analítica da ordenação normativa**. Coimbra: Coimbra, 2008.

RODRIGUEZ, J. L. **Introducción**: normas y razones: aspectos lógicos y substantivos. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2006.

ROQUE, A. C. L.; SANTOS, J. E. L. A teoria da derrotabilidade normativa na colisão de direitos fundamentais. *In*: SIMPÓSIO SOBRE CONSTITUCIONALISMO, DEMOCRACIA E ESTADO DE DIREITO, 1., 2017, Marília. **Revista de Artigos** [...]. Marília, SP: Univem, 2017. Disponível em: <http://revista.univem.edu.br/1simposioconst/article/view/1187>. Acesso em: 01 set 2017.

ROSAS, R. **Direito Processual Constitucional**: princípios constitucionais do processo civil. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

ROSTELATO, T. A. **Portadores de deficiência e prestação jurisdicional**. Curitiba: Juruá, 2009.

ROUSSEFF, D. Mensagem nº 246, de 6 de julho de 2015. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**: Brasília, DF, p. 2, 07 jul. 2015.

ROTHENBURG, W. C. A igualdade é uma só: crítica à distinção entre igualdade formal e igualdade Material. *In*: ROTHENBURG, W. C. **Direitos humanos e direitos fundamentais**: diálogos contemporâneos. Salvador: JusPodivm, 2013

ROTHENBURG, W. C. **Direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

RUBIN, F. **Fragmentos de processo civil moderno de acordo com o novo CPC**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

RULLI NETO, A. **Direitos do portador de necessidades especiais**. São Paulo: Fiuza, 2002.

SANTOS, B. S. **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

SANTOS, R. L. **Sindicato e ações coletivas, acesso à justiça, jurisdição coletiva e tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos**. São Paulo: LTr, 2003.

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARLET, I. W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARMENTO, D. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SARMENTO, D. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, D. **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SASSAKI, R. K. Como chamar as pessoas que tem deficiência? *In*: SASSAKI, R. K. **Vida independente**: história, movimento, liderança, conceito, filosofia e fundamentos. São Paulo: RNR, 2003. p. 12-16. Disponível em: <http://saci.org.br/?modulo=akemi¶metro=5497>. Acesso em: 08 fev. 2016.

SASSAKI, R. K. Deficiência mental ou deficiência intelectual? **Revista Nacional de Reabilitação**, São Paulo, nov./dez. 2004. Disponível em: <http://www.todosnos.unicamp.br:8080/lab/links-uteis/acessibilidade-e-inclusao/textos/deficiencia-mental-ou-deficiencia-intelectual/>. Acesso em: 22 fev. 2016.

SASSAKI, R. K. **Inclusão**: construindo uma sociedade para todos. 7. ed. Rio de Janeiro: WVA, 2010.

SASSAKI, R. K. *et al.* **Educação profissional e colocação no trabalho**: uma nova proposta de trabalho junto à pessoa portadora de deficiência. Brasília, DF: Federação Nacional das Apaes, 1997.

SCHÄFER, G. **Ação civil pública e controle de constitucionalidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

SCHIAVI, M. **Direito processual do trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016.

SCHMITZ, J. C. A dignidade humana, o valor social do trabalho e aplicação do princípio da proteção no direito do trabalho no Brasil. **Revista Jurídica**, [s. l.], v. 16, n. 32, 2016. Disponível em: <http://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/3453/2166>. Acesso em: 23 ago. 2017.

SCHWARZ, A. **Cotas**: como vencer o desafio da contratação de pessoas com deficiência. São Paulo: i.social, 2009.

SERGIPE. Tribunal Regional do Trabalho da 20ª Região. **Recurso Ordinário na Ação Civil Pública nº 87800982.2005.52.00005, de 20 de novembro de 2006.** Aracaju: TRT 20, 2006. Disponível em: www.trt20.jus.br. Acesso em: 7 fev. 2024.

SERRANO, M. A. M. **O Sistema Único de Saúde e suas diretrizes constitucionais.** São Paulo: Verbatim, 2012.

SILVA, A. S. B.; CAMPOS, F. L. S.; MARQUES, C. S. E.; LOIOLA JÚNIOR, J. B.; GONÇALVES, L. C. **Renascimento econômico, emprego e micro e pequenas empresas: uma análise de suas relações e evoluções nas metrópoles brasileiras.** João Pessoa: ABET, 2012

SILVA, A. M. **O direito difuso do trabalho.** São Paulo: LTr, 2009.

SILVA, D. N. **Inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho.** Curitiba: Juruá, 2013.

SILVA, J. A. **Curso de direito constitucional positivo.** 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, J. M. **O direito processual civil como instrumento de realização de direitos.** Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2005.

SILVA, M. C. N. **Justiça de proximidade: *restorative justice*: instrumento de proteção e defesa dos direitos humanos para a vítima.** Curitiba: Juruá, 2009.

SILVA, O. M. **A epopéia ignorada: a pessoa deficiente na história do mundo de ontem de hoje.** São Paulo: Cedas, 1986.

SILVA, O. P. A função do direito do trabalho no mundo atual. *In*: CORREIA, M. O. G. (org.). **Curso de direito do trabalho**: teoria geral do direito do trabalho. São Paulo: LTR, 2007.

SILVEIRA, M. H. F.; MASSULA, R. G.; MOTA, L. F. O impacto das micro e pequenas empresas no mercado de trabalho: uma análise da região sul/sudeste de Minas Gerais. Simpósio de excelência em gestão e tecnologia. *In*: SIMPÓSIO DE EXCELÊNCIA EM GESTÃO E TECNOLOGIA, 9., 2012, Resende. **Portal Acadêmico AEDB**. Resende, RJ: AEDB, 2012. Disponível em: <http://www.aedb.br/seget/arquivos/artigos12/37416602.pdf>. Acesso em: 13 ago. 2017.

SMANIO, G. P. **Tutela penal dos direitos difusos**. São Paulo, Atlas, 2000.

SOARES, M. O. A manutenção dos procedimentos especiais: entre a necessidade a dominação pela elite econômica. *In*: OLIVEIRA, F. L de. **Garantias fundamentais do processo civil brasileiro**: dominação ou efetividade? 1. ed. Bandeirantes: Redige, 2016.

SOARES, R. M. F. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOUTO MAIOR, J. L. **Relação de emprego e direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2007.

SOUZA, L. M. **Terceiro setor**: temas polêmicos 2. São Paulo: Peirópolis, 2005.

SOUZA, M. C. **Ação civil pública e inquérito civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

SOUZA, M. C. **Interesses difusos em espécie**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

STRECK, L. L. **Hermenêutica e jurisdição**: diálogos com Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

STRECK, L. L. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, L. L. **O que é isto**: decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, L. L. **Verdade e consenso**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STUCHI, V. H. N. A valorização do trabalho humano como forma de realização do ideal de justiça social. **Revista Eletrônica Scientia Faer**, Olimpia, v. 2, ano 2, p. 130-140, 2010. Disponível em: <http://www.fajer.edu.br/revista-fajer/artigos/edicao2/victor.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2017.

SUSSEKIND, A. **Direito internacional do trabalho**. 3. ed, São Paulo: LTr, 2000.

TAVARES, A. R. **Direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002.

TAVARES, D. Lei geral das micro e pequenas empresas já está em vigor. Lei Geral: começa um novo ciclo de desenvolvimento para os pequenos negócios. **Revista SEBRAE**, [s. l], v. 20, p. 20-39, jan./fev. 2007.

TEIXEIRA, G. F. B.; PINTO, A. M. **Direito processual civil**: institutos fundamentais. Curitiba: Juruá, 2008.

TESHEINER, J. M. Partes e legitimidade nas ações coletivas. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 180, p. 9-42, fev. 2010.

VASCONCELLOS, F. A. **Hermenêutica jurídica e derrotabilidade**. Curitiba: Juruá, 2010.

VASCONCELOS, M. Três histórias (uma sem final feliz) ilustram desafio de cotas para deficientes no Brasil. **BBC Brasil**, Londres, out. 2015. Disponível em: http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/10/151002_deficientes_trabalho_padaria_real_mv_rb. Acesso em: 26 out. 2016.

VÁSQUEZ, A. S. **Ética**. 16. ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1996.

VECHIATTI, P. R. I. **Eficácia jurídica dos mandados de criminalização**. 2017. 413 f. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Pós-Graduação, Instituição Toledo de Ensino, Bauru, SP, 2017.

VENTURI, E. **Processo civil coletivo**. São Paulo: Malheiros, 2007.

VIANA, M. T. Defendendo aspectos da súmula e ensaiando sugestões. *In*: VIANA, M. T. **Para entender a terceirização**. São Paulo: LTr, 2015. p. 88-94.

VIDIGAL, E. O novo CPC e a dignidade da pessoa humana: primeiros passos rumo à construção de uma doutrina humanista de Direito Processual Civil. *In*: FREIRE, A. *et al.* (org.). **Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo código de processo civil**. Salvador: Jus Podivm, 2013.

VILLATORE, M. A. C. O Decreto n. 3298/99: a pessoa portadora de deficiência no direito do trabalho brasileiro e o tema no direito comparado. **Revista LTR**, [s. l.], v. 64, n. 06, p. 618-624, 2006.

VILLELA, R. A. Deficiências. **Regina Milone**. [S. l.], 2007. Disponível em: <http://reginamilone.blogspot.com.br/2007/11/mrio-quintana.html>. Acesso em: 08 jun. 217.

VILLONE, M. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

WEICHERT, M. A. **Saúde e Federação da Constituição Brasileira**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

WERNECK, C. **Ninguém mais vai ser bonzinho na sociedade inclusiva**. Rio de Janeiro: WVA, 1997.

ZANETI JR., H.; GARCIA, L. M. **Direitos difusos e coletivos**. 2. ed. ver. e ampl. São Paulo: Juspodivm, 2011.

ZANZANELLI, N. F. A função Social da empresa. **Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito**, [s. l.], v. 6, n. 6, 2009. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-metodista/index.php/RFD/article/view/948/1005>. Acesso em: 04 mar. 2017.

ZAVASCKI, T. A. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ZOLLINGER, M. **Proteção processual aos direitos fundamentais**. Salvador: Podivm, 2006.

Não há dúvida de que o trabalho é uma atividade fundamental para a espécie humana, uma vez que desperta nas pessoas o sentimento de utilidade e de pertencimento, favorecendo as relações interpessoais e as conquistas em âmbito pessoal, social e profissional. Nesse cenário, a importância do trabalho na vida das pessoas com deficiência é ainda maior, pois contribui para o desenvolvimento de sua autoestima e confiança, garantindo-lhes, também, a inclusão social. Por isso, a inclusão desse grupo no mercado de trabalho, em especial nas empresas privadas, significa a própria viabilização do progresso social democrático.

O presente livro propõe-se a demonstrar que a Ação Civil Pública pode ser instrumento de efetivação do direito das pessoas com deficiência ao trabalho quando utilizada para garantir vagas de emprego em empresas que não se incluem na Lei de Cotas. A ideia é demonstrar que somente com a plena e efetiva inclusão na sociedade de todos os grupos minoritários é que se poderá falar em Estado igualitário, garantidor da dignidade da pessoa humana.

Tenha uma ótima leitura e aproveite a reflexão!



EDITORA **UEMS**