

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

GUSTAVO TAMBELINI BRASILEIRO

DIGNIDADE HUMANA

ART. 93 DA LEI 8.213/1991

UMA REALIZAÇÃO NO ACESSO AO TRABALHO

**São Paulo
2009**

GUSTAVO TAMBELINI BRASILEIRO

DIGNIDADE HUMANA

ART. 93 DA LEI 8.213/1991

UMA REALIZAÇÃO NO ACESSO AO TRABALHO

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie, como requisito parcial à obtenção do título de mestre.

ORIENTADOR: Prof. Dr. José Carlos Francisco

**São Paulo
2009**

GUSTAVO TAMBELINI BRASILEIRO

DIGNIDADE HUMANA

ART. 93 DA LEI 8.213/1991

UMA REALIZAÇÃO NO ACESSO AO TRABALHO

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie, como requisito parcial à obtenção do título de mestre.

Aprovada em 27 de agosto de 2009.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. José Carlos Francisco
(Universidade Presbiteriana Mackenzie)

Prof^a. Dra. Zélia Luiza Pierdoná
(Universidade Presbiteriana Mackenzie)

Prof. Dr. Paulo Lucena de Menezes
(Universidade de São Paulo)

DEDICATÓRIA

Aos meus pais, Roberto e Solange, pelo incondicional amor e confiança depositados em mim ao longo de minha jornada.

Aos meus irmãos Eduardo e Priscila, amigos leais e incentivadores deste trabalho.

Amo vocês.

AGRADECIMENTOS

A Deus, sem o qual nada disso seria possível. Toda honra e louvor. Obrigado por me sustentar e preparar os caminhos em que devo andar. Nos momentos de aflição, Tu me orientastes. Sei que estás comigo.

Ao mestre Doutor José Carlos Francisco, orientador por excelência – grato pela compreensão e pelos ensinamentos ímpares dispensados.

Aos meus tios, Roberto e Grayce, pelo amparo e conselhos de cada dia.

A minha prima Rebeca pelas palavras de ânimo e incentivo.

A minha família, bem maior não há, o meu amor incondicional.

Sejamos felizes.

“O trabalho é elemento indispensável à integração social da pessoa portadora de deficiência... sua inobservância implica na impossibilidade do exercício do direito à vida”.

Sandro Nahmias Melo

RESUMO

Esta pesquisa é concebida sob a ótica de vários institutos jurídicos. Embora distintos, todos se aglutinam em uma tônica central, o ser humano. Visa a demonstrar a pessoa portadora de deficiência como sujeito pró-ativo no seio da comunidade social, participante e merecedora do direito fundamental do trabalho para, enfim, vislumbrar sua inserção quantitativo-qualitativa no convívio sócio-econômico. Verifica-se o art. 93 da lei 8.213/ 1991 – Lei de Reserva de Mercado (Sistema de Cotas) – a fim de celebrar o acesso ao mercado de trabalho à pessoa portadora de deficiência como forma de realização do princípio da dignidade humana. Entretanto, primeiramente, examinam-se os direitos humanos fundamentais, faz-se uma viagem histórica, remetendo-nos à importância de sua evolução histórica e suas diferentes classificações, posicionando-os no ordenamento jurídico- constitucional brasileiro. Num segundo momento, envereda-se pela seara do princípio da dignidade humana, percorre desde a gênese à sua conceituação doutrinária, até, por fim, desembocar na inter-relação com os direitos humanos fundamentais. Nessa fase, aduz sobre a concretude da dignidade e sua indissociável relação no respeito aos direitos fundamentais. Revela, também, a busca por uma nova perspectiva quanto ao saber jurídico, o estudo do “direito vivo”. E, num terceiro instante, realizam-se apontamentos concernentes ao direito do trabalho e sua função de mecanismo de justiça social. Todas essas digressões serão realizadas para asseverar a importância do princípio da dignidade humana e dos direitos fundamentais, mais precisamente no que toca ao Direito fundamental do Trabalho, para então, demonstrá-los sob a ótica da pessoa portadora de deficiência. Nesse ponto reside o *animus* do ensaio – o acesso ao direito fundamental do trabalho pela pessoa com deficiência como forma de consecução da dignidade humana. O presente trabalho desenvolve-se com os olhos voltados para a valorização do ser humano e para os institutos jurídico-sociais capazes de efetivar a promoção social.

Palavras-chave: dignidade da pessoa humana – direito fundamental do trabalho – direitos humanos fundamentais – justiça social – mercado de trabalho – pessoas portadoras de deficiência – sistema de cotas.

ABSTRACT

This research was conceived under the perspective of many legal institutes. Despite their distinctive nature, all of them have a main tonic, the human being. Its intention is to show a person with disabilities as a pro-active individual amongst social community, being able to participate and deserving the fundamental right of labor so that he or she may glimpse at the possibility of a quantitative-qualitative insertion in the social-economical conviviality. The article 93 of act 8.213/ 1991 – Act of Labor Market Reservation – Quota System – is examined in order to celebrate the access of people with disabilities in the market as a way of achieving the principle of human dignity. However, first the fundamental human rights are examined through a historical research, leading us to the importance of its historical evolution and its different classification, being placed in the Brazilian legal-constitutional system. In the second part of the process, the principle of human dignity is explored, from its very beginning, examining its formation as doctrinal concepts and, finally, leading to an interrelation with the fundamental human rights. This step discusses the solidification of dignity and its inseparable relation regarding fundamental rights. It also reveals a search for a new perspective related to the legal knowledge, the study of “Living Law”. As a third step, indications referring to labor law and its function as a social justice mechanism were made. All of these digressions are made in order to assert the importance of the human dignity principle and of the fundamental rights, especially regarding the Fundamental Labor Rights, so that, in the end, they may be seen under the perspective of people with disabilities. This is where the *animus* of this paper resides – their access to the fundamental labor rights as a way of achieving human dignity. This project is elaborated in a way that regards the value of human beings and the legal-social institutes capable of carrying out social promotion.

Keywords: Human Being Dignity – Fundamental Labor Rights – Fundamental Human Rights – Social Justice – Labor Market – People with Disabilities – Quota System

SUMÁRIO

CONSIDERAÇÕES INICIAIS	15
CAPÍTULO 1 – PANORAMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E SEUS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS	18
1.1 Estado Democrático de Direito	18
1.2 Fundamentos da República Federativa do Brasil	20
1.2.1 Soberania	20
1.2.2 Cidadania	21
1.2.3 Dignidade da pessoa humana	22
1.2.4 Os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa	23
1.2.5 O pluralismo político	24
CAPÍTULO 2 – DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS	26
2.1 Primeiros Passos	26
2.2 Aspectos conceituais dos Direitos Fundamentais	32
2.3 Classificação dos Direitos Fundamentais sob a ótica da Constituição brasileira de 1988	34
CAPÍTULO 3 – PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	38
3.1 Princípios Constitucionais	38
3.2 Gênese e evolução histórica da noção de dignidade	42
3.3 Incorporação da Dignidade da Pessoa Humana como princípio e fundamento do ordenamento jurídico- constitucional brasileiro	46
3.4 Conceituação do princípio da dignidade da pessoa humana	47
3.5 Realização concreta do Princípio da Dignidade Humana e a busca pelo Direito Vivo – Eugen Erlich	50
3.6 O princípio da dignidade da pessoa humana e sua realização nos Direitos Fundamentais	53

CAPÍTULO 4 – DIREITO DO TRABALHO E A JUSTIÇA SOCIAL	57
4.1 Evoluções históricas e os princípios norteadores	57
4.2 Aspectos conceituais e sua instrumentalidade	62
CAPÍTULO 5 - PORTADOR DE DEFICIÊNCIA E O MERCADO DE TRABALHO: ART. 93 DA LEI 8213/1991 – UMA REALIZAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA.....	65
5.1 A proteção constitucional do Portador de Deficiência e sua relação com a dignidade humana e o Direito Fundamental ao Trabalho – uma análise axiológica e normativa	65
5.2 Portadores de Deficiência e o Sistema de Cotas do art. 93 da Lei 8.213/1991.....	77
5.2.1 Nomenclatura	77
5.2.2 Conceitos de deficiência	81
5.2.3 Convenção Internacional sobre Direitos da Pessoa com Deficiência.....	84
5.2.4 Os parâmetros do art. 93 da Lei 8.213/1991	90
5.3 Sistemas Cotas - Uma efetivação controvertida	100
5.3.1 Visão Internacional	100
5.3.2 Problematizando o sistema de cotas	103
5.3.3 Art. 93 da Lei 8.213/91: Sistema de Cotas no Brasil - Educação como forma de qualificação das pessoas portadoras de deficiência para o real acesso ao Mercado de Trabalho	105
CONSIDERAÇÕES FINAIS	112
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	116

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A questão da pessoa portadora de deficiência é tema atual dos debates políticos e sociais. Debate-se, calorosamente, sobre a temática da deficiência, sobre a forma de inserção desse grupo em especial no convívio social, sua proteção, a diminuição da discriminação, o respeito à diversidade e, principalmente, no que seja afeto à seara trabalhista.

No âmbito do direito do trabalho, várias leis são destinadas à inserção da pessoa portadora de deficiência no mercado de trabalho, entretanto, o art. 93 da Lei 8.213/1991 – Sistema de cotas - surge com enlevado destaque. Representa uma ação afirmativa, de valoroso relevo, na busca pela inserção e proteção das pessoas com deficiência.

Esse contexto de preocupação com a condição dos deficientes demonstra que a sociedade, cada vez mais, experimenta um crescimento extraordinário da valorização da pessoa humana. Basta lembrar o ordenamento jurídico-constitucional brasileiro que com a Constituição de 1988 celebrou a dignidade humana como o fundamento magno da República Federativa do Brasil. Um valor humano por excelência, com carga normativa capaz de influenciar toda a sistemática jurídica, principalmente, no que toca a sua inter-relação com os direitos humanos fundamentais.

Importa, portanto, como tônica central, “pensar o direito”, sob a ótica do portador de deficiência, inserido em um novo paradigma, eivado de uma alta carga axiológica humana, a fim de propiciar uma adequação dos preceitos normativos vigentes a essa nova ética jurídica.

Nessa linha, o presente trabalho tem como proposta demonstrar o art. 93 da Lei 8.213/91 – Lei de Reserva de Mercado – os seus parâmetros, destinatários, aspectos conceituais, efetividade, entre outros; sob o aspecto da visão humanista do direito ao trabalho, como forma de realização da dignidade humana. Da valoração da pessoa deficiente como ser humano que é, e merecedor de proteção e promoção por parte do Estado e da sociedade.

Com efeito, o caminho a ser trilhado para atingir o objetivo proposto passa primeiramente por alguns institutos jurídicos.

Nesse passo, o primeiro capítulo constitui-se de uma abordagem do que vem a ser o Estado Democrático de Direito, bem como os seus fundamentos, a fim de melhor entendermos onde está inserida a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do direito do trabalho, haja vista que restará demonstrado, ao final da presente pesquisa, que esses são os motores propulsores na busca pela defesa dos direitos das pessoas com deficiência.

Por conseguinte, o segundo capítulo, versará estritamente sobre os direitos humanos fundamentais, sua gênese, bem como a sua evolução, valoração, e incorporação nos sistemas jurídicos modernos. Destacam-se, nesse momento, suas classificações dogmáticas, sua importância para o desenvolvimento e proteção da vida humana e do Estado moderno. Enseja num estudo geral dos direitos fundamentais para, posteriormente, verificar sua aproximação com o princípio da dignidade, e sua realização concreta englobada no acesso ao mercado de trabalho pela pessoa portadora de deficiência.

O princípio da dignidade humana, em si, será objeto de estudo do capítulo 3, em que se abordarão, inicialmente, os princípios constitucionais gerais, para então examina-la desde a sua origem e incorporação no ordenamento, com vistas a uma formulação conceitual e esclarecedora desse princípio. Realizar-se-á a dignidade humana desde a sua conceituação até a sua concretização calcada nos direitos fundamentais. Também, restará anotada uma nova perspectiva de estudo da ciência do direito, baseada na busca pelo “direito vivo”, a fim de fornecer uma engenharia capaz de efetivar os valores da ética moderna.

Continuando, o capítulo 4 preocupar-se-á com o direito humano fundamental do trabalho: suas implicações históricas, conceituais, principiológicas, e seu caráter instrumental em face do conceito de justiça social. Importante, nesse tópico, é celebrar o referido direito fundamental como mecanismo de eficácia na campanha da valorização individual do homem.

E, por fim, após todas as digressões iniciais sobre o princípio da dignidade humana, como fundamento do Estado Democrático de Direito, intimamente ligado

aos direitos humanos fundamentais, com enlevado destaque em âmbito do direito fundamental do trabalho, realizar-se-á no derradeiro capítulo 5 o enfrentamento do art. 93 da Lei 8213/91 - Reserva de Mercado às pessoas portadoras de deficiência - como forma de efetivar concretamente o princípio em comento e os direitos fundamentais.

Serão, ainda, analisados os contornos que encerram a nomenclatura e o sentido da expressão “pessoa portadora de deficiência”, bem como a Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, para adiante verificar os parâmetros que compõem o art. 93 da Lei 8.213/1991.

Em ato contínuo, verificar-se-á uma visão global dos países que adotam o sistema de cotas – art. 93 da lei em comento para, assim, problematizar sobre as dificuldades de sua concretude.

Por fim, objetivando efetivar o direito fundamental do trabalho e realizar o princípio da dignidade humana, enfatizar-se-á a Educação como meio idôneo para o real acesso ao mercado de trabalho pela pessoa portadora de deficiência, dando assim efetividade ao Sistema de Cotas no Brasil, celebrando, então, a condição humana.

Observa-se, portanto, que a presente pesquisa, visa a uma construção, mesmo que tímida, de uma nova visão do Direito positivo no que toca à pessoa portadora de deficiência. Um direito assentado na valoração do ser humano e do trabalho, na incessante luta para assegurar o *minimum vital* para uma vida digna, norteado, raciocinado, e direcionado pelas premissas dos princípios constitucionais, essencialmente, pelo princípio da dignidade humana.

A “harmonia” e “melodia” do trabalho foram inspiradas na tônica do “ser humano” e complementadas pelos institutos jurídicos dos princípios e direitos humanos fundamentais.

CAPÍTULO 1 – PANORAMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E SEUS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS

1.1 Estado Democrático de Direito

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

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

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

V - o pluralismo político.

Parágrafo único - Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

O Estado Democrático de Direito visa a realizar uma democracia fundada em um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), na qual o poder emana do povo, devendo ser exercida atendendo os interesses do mesmo, diretamente ou por meio de representantes eleitos.

O povo deve participar de forma efetiva no processo decisório e na formação dos atos de governo. Assim, consagra-se a democracia participativa, um dos aspectos do princípio democrático¹. O constituinte adotou esse princípio na Constituição Brasileira, no parágrafo único do art. 1º da CF/88.

¹ CANOTILHO, J.J Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra. 1991, p. 195 afirmam sobre o princípio democrático “A articulação das duas dimensões do princípio democrático justifica a sua compreensão como um princípio normativo multiforme. Tal como organização da economia aponta, no plano constitucional, para um sistema econômico complexo, também a conformação do princípio democrático se caracteriza tendo em conta a sua estrutura pluridimensional. Primeiramente, a democracia surge como um processo de democratização, entendido como processo de aprofundamento democrático da ordem política, econômica, social e cultural. Depois, o princípio democrático recolhe as duas dimensões historicamente consideradas como antitéticas: por um lado, acolhe os mais importantes elementos da teoria democrática-representativa (órgãos representativos, eleições periódicas, pluralismo partidário, separação dos poderes); por outro lado, dá guarida a algumas das exigências fundamentais da teoria participativa (alargamento do princípio democrático a diferentes aspectos da vida econômica, social e cultural, incorporação de participação popular directa, reconhecimento de partidos e associações como relevantes agentes de dinamização democrática etc.)”

A democracia² fundada no Estado Democrático de Direito é pluralista, uma vez que respeita a diversidade de idéias, culturas e etnias e se propõe a promover debates entre os variados segmentos, no intuito de criar possibilidades de convivência, de formas de organização e interesses diferentes da sociedade.

Há de se respeitar os direitos individuais, políticos e sociais, bem como promover as condições básicas, econômicas e sociais para um real exercício dos direitos fundamentais, primando por uma vida digna.

Assim sendo, o Estado Democrático de Direito tende a realização social profunda pela prática dos direitos sociais, no intuito de proporcionar o real exercício da cidadania e a concretização de um Estado de justiça social, baseado na dignidade da pessoa humana.

Como previsto no art. 1º da CF/88, o Brasil constitui-se em um Estado Democrático de Direito.

No entendimento de SILVA³, o Estado Democrático funda-se no princípio da soberania popular, que impõe a participação efetiva e operante do povo na coisa pública, na formação das instituições representativas. É um processo de efetiva incorporação de todo povo nos mecanismos de controle das decisões, e de sua real participação na vida política, econômica e social do Estado.

Finalmente, para melhor elucidar nosso estudo, MARTINEZ⁴ traz a seguinte definição de Estado Democrático de Direito:

Estado Democrático de Direito Social é a organização do complexo do poder em torno das instituições públicas, administrativas (burocracia) e políticas (tendo por *a priori* o Poder Constituinte), no exercício legal e legítimo do monopólio do uso da força física (violência), a fim de que o povo (conjunto dos cidadãos ativos), sob a égide da cidadania democrática, do princípio da supremacia constitucional e na vigência

² Democracia é a participação do povo na ordem estatal: na escolha dos chefes, na escolha direta ou indireta dos outros encarregados do poder público. (Democracia, Liberdade, Igualdade – p.191 – Miranda, Pontes de. Democracia, liberdade, igualdade Pontes de Miranda. Atualizador: Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2002. Ainda, democracia é a existência de regras jurídicas que deem ao povo o direito de atuar na formação da ordem estatal. Pg. 194 IDEM.

³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p.121.

⁴ MARTINEZ, Vinícius C._____, 2005. Disponível em <http://www.infojus.com.br/revistausp>.

plena das garantias, das liberdades e dos direitos individuais e sociais, estabeleça o bem comum, o *ethos* público, em determinado território, e de acordo com os preceitos da justiça social (a igualdade real), da soberania popular e consoante com a integralidade do conjunto orgânico dos direitos humanos, no tocante ao reconhecimento, defesa e promoção destes mesmos valores humanos. De forma resumida, pode-se dizer que são elementos que denotam uma participação soberana em busca da *verdade política*.

1.2 Fundamentos da República Federativa do Brasil

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988, traz em seu título I – Dos Princípios Fundamentais, no art. 1º, os fundamentos do Estado Democrático de Direito.

O estudo dos fundamentos do Estado Democrático de Direito faz-se necessário, uma vez que constitui aspectos de suma importância para a pessoa humana enquanto membros de uma sociedade, a princípio, justa, democrática e igualitária, sendo eles:

1.2.1 Soberania

No que tange ao fundamento da soberania⁵, CANOTILHO afirma “traduz-se num poder supremo no plano interno e num poder independente no plano internacional”⁶ (1991, p.83)

A soberania, assim, apóia-se sobre dois fundamentos: a independência na ordem internacional e a supremacia na ordem interna.

⁵ CAETANO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p.169, sobre soberania “ um poder político supremo e independente, entendendo-se por poder supremo aquele que não está limitado por nenhum outro na ordem interna e por poder independente aquele que, na sociedade internacional, não tem de acatar regras que não sejam voluntariamente aceitas e está em pé de igualdade com os poderes supremos dos outros povos.”

⁶ CANOTILHO, J.J Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Ed. Coimbra. Editora: Almedina, 1991. p. 83.

A vontade soberana do Estado, por ser suprema, não está adstrita a nenhuma outra vontade, e caso seja necessário, pode ser garantida por meio da força coatora, própria de sua natureza.

Portanto, a Constituição figura-se como a lei suprema, com capacidade independente para elaboração de normas e da própria ordem política e econômica, em que qualquer norma infraconstitucional deve ser compatível com a Lei Magna.

Vale lembrar que no âmbito internacional, o Estado só será pessoa jurídica de direito das gentes se tiver soberania.

Nessa esteira, de acordo com REZEK⁷, temos a soberania dos Estados na esfera internacional:

não se subordina a qualquer autoridade que lhe seja superior, não reconhece, em última análise, nenhum poder maior de que dependam a definição e o exercício de suas competências, e só se põe de acordo com seus homólogos na construção da ordem internacional, e na fidelidade aos parâmetros dessa ordem, a partir da premissa de que aí vai um esforço horizontal e igualitário de coordenação no interesse coletivo.

Em contrapartida, se o Estado é soberano, obrigatoriamente existe a soberania popular, na qual todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos da constituição.

1.2.2 Cidadania

Quanto à cidadania, não podemos observá-la apenas pelo prisma da titularidade dos direitos políticos, mas sim numa visão macro, em que a mesma capacita o indivíduo a fazer parte de uma sociedade estatal, na qual os cidadãos são sujeitos de direitos fundamentais e o Estado submetido à vontade popular.

Na concepção de SILVA⁸, a cidadania qualifica os cidadãos a participarem da vida do Estado, sendo integrados nas sociedades estatais, na medida em que

⁷ REZEK, J. F. *Direito Internacional Público*. 9ª Ed.: Saraiva, 2002. p. 215.

a mesma é atributo político decorrente do direito de participar no governo e ter voz ante a representação política.

Essa, como bem explicita MORAES⁹, representa “um status do ser humano, apresentando-se, simultaneamente, como objeto e direito fundamental das pessoas;”.

Dessa maneira, a cidadania deve ser entendida como uma interação da soberania popular, com os direitos políticos e com a dignidade da pessoa humana, no que concerne ao pleno exercício da cidadania.

1.2.3 Dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, constituindo-se um mínimo invulnerável que toda ordem jurídica deve promover e assegurar, de modo que não deve haver limitações ao exercício dos direitos fundamentais, exceto em casos especiais, em que seja respeitada a condição de ser humano de cada um.

Não obstante, a dignidade da pessoa humana deve ser vista como qualidade intrínseca de cada ser humano, valor moral e espiritual inerente ao mesmo, sendo merecedor de respeito e cuidado pela ordem jurídica. Implica um contexto complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem às pessoas condições existenciais mínimas para uma vida saudável.

No atual arcabouço jurídico-constitucional brasileiro podem-se encontrar valiosas referências normativas que preceituam a dignidade da pessoa como elemento fundamental e pedra angular do ordenamento constitucional vigente.

Conforme anteriormente visto, há a previsão expressa da dignidade da pessoa humana no art. 1, III, da Constituição Federal.

Sem embargo, didaticamente, MILLON¹⁰, a par do artigo supracitado, elencou alguns dos principais preceitos positivos que evidenciam esse incontestado poder axiológico- normativo da dignidade da pessoa:

⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p.08.

⁹ MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 60.

- a) Art. 170: ao determinar que a ordem econômica tem como finalidade assegurar a existência digna;
- b) Artigo 182: ao impor que a política de desenvolvimento urbano municipal garanta o bem estar dos seus habitantes;
- c) Artigo 197: ao estabelecer a saúde como direito de todos e de acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde;
- d) Artigo 226: ao proteger a família, considerando-se base da sociedade, especialmente no parágrafo 7, ao expressamente mencionar a dignidade da pessoa humana como fundamento para o planejamento familiar.

Abstrai-se, portanto, que a dignidade constitui-se no ponto de partida para hermenêutica constitucional e o elemento integralizador dos direitos fundamentais.

Vale lembrar que o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como sua realização pelo sistema de cotas destinado as pessoas portadoras de deficiência e suas implicações jurídico-constitucionais, são objetivos profícuos desse trabalho. Assim, tais objetivos serão abordados com um maior detalhamento no momento oportuno.

1.2.4 Os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa

A Constituição de 1988 garante a todos os cidadãos o direito a um trabalho digno e justo, pois é mediante o labor que eles garantem a sua subsistência e promovem o crescimento e desenvolvimento do país.

Assim sendo, o Estado não só garante o trabalho a todos, sem exceção, bem como protege todas as espécies de trabalhadores: avulsos, autônomos, empregados, etc.

Consoante a SILVA¹¹, os direitos relativos aos trabalhadores dividem-se na CF/88 em duas ordens, fundamentalmente:

¹⁰ MILLON, Lara Vanessa. *Princípio da dignidade da pessoa humana e acesso à justiça*. 2007. 146 f. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2007, p. 27.

¹¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p.287.

- (a) direitos dos trabalhadores em suas relações individuais de trabalho, que são os direitos dos trabalhadores do art. 7º;
- (b) direitos coletivos dos trabalhadores (art. 9º a 11) [...]

De outro modo, apesar dos direitos trabalhistas estarem presentes na Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), a Constituição¹², segundo MARTINS, agasalhou-os no seu texto para melhor garanti-los.

Sobre os valores da livre iniciativa, entendemos serem os mesmos basilares do modelo econômico construído pela Constituição. Entretanto, a livre iniciativa deve-se compatibilizar com outros valores, também consagrados, como a defesa do consumidor, a proteção do meio ambiente, a função social da propriedade e demais princípios elencados pelo art. 170 da CF, como informadores da ordem econômica, bem como da própria valorização do trabalho.

A inserção da livre iniciativa como fundamento de nossa Constituição visa a fomentar e motivar os particulares à exploração de atividades empresariais. Assim sendo, essa liberdade da livre iniciativa titulariza os cidadãos a explorarem as atividades empresariais, bem como a serem respeitados e terem a garantia constitucional de proteção contra atos que impeçam seu pleno exercício, como assevera a CF/88 no art. 170, parágrafo único: “É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”

1.2.5 O pluralismo político

Para MORAES¹³ o pluralismo político:

demonstra a preocupação do legislador constituinte em afirmar-se a ampla e livre participação popular nos destinos políticos do país, garantindo a liberdade de convicção filosófica e política e, também, a possibilidade de organização e participação em partidos políticos.

¹² MARTINS, Sérgio Pinto, *Direito do Trabalho*. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2002. P. 62.

¹³ MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 61.

Assim, todas as matrizes ideológicas em uma democracia devem ser respeitadas e com direito à manifestação popular.

O pluralismo político representa um instrumento necessário para o debate de idéias e manifestações de grupos, a fim de realizar a democracia.

CAPÍTULO 2 – DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

2.1. Primeiros Passos

Preliminarmente, cabe-nos ressaltar que não é objeto do presente trabalho se imiscuir na dogmática jurídica quanto à diferenciação entre direitos humanos¹⁴ e direitos fundamentais. Basta-nos compreender a clássica doutrina germânica¹⁵ em que: os *direitos fundamentais* são a positivação e o reconhecimento Estatal nos ordenamentos jurídicos dos *direitos humanos*. Entretanto, COMPARATO¹⁶ ressalva:

Sem dúvida, o reconhecimento oficial de direitos humanos, pela autoridade política competente, dá muito mais segurança às relações sociais. Ele exerce, também, uma função pedagógica no seio da comunidade, no sentido de fazer prevalecer os grandes valores éticos, os quais, sem esse reconhecimento oficial, tardariam a se impor na vida coletiva. Mas nada assegura que falsos direitos humanos, isto é, certos privilégios da minoria dominante, não sejam também inseridos na Constituição, ou consagrados em convenções internacionais, sob a denominação de direitos fundamentais.

Na visão de COMPARATO¹⁷ todos os seres humanos, apesar das inúmeras diferenças biológicas e culturais, são merecedores de igual respeito e a conquista dos direitos humanos é o “reconhecimento universal” (p.1) dessa equivalência humanística. Somos todos, necessariamente, agraciados, inatos forma, pelos direitos humanos fundamentais.

¹⁴ FLEINERR, Thomas. *O que são direitos humanos?* São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 20 – anota sobre os direitos humanos: “O mais elementar direito humano é o direito que cada indivíduo tem de viver, de desenvolver-se, residir, trabalhar, descansar, informar-se, conviver com outras pessoas, casar-se e educar seus filhos, com todos os outros, no lugar em que se encontra. Os direitos humanos são os direitos da pessoa a conviver, conforme sua natureza, com outras pessoas.

¹⁵ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação dos direitos humanos*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva: 2001.p. 56 - “Estes últimos são os direitos humanos reconhecidos como tal pelas autoridades, às quais se atribui o poder político de editar normas, tanto no interior dos Estados quanto no plano internacional; são os direitos humanos positivados nas Constituições, nas leis, nos tratados internacionais.

¹⁶ *Ibidem*, p. 59.

¹⁷ *Ibidem*, p. 01.

COMPARATO¹⁸ ainda, ensina que o núcleo da conceituação dos direitos humanos encontra-se na concepção do princípio da igualdade essencial de todo ser humano, trata-se de direitos comuns a todos os homens, os quais, portanto, resultam da sua própria natureza, não sendo meras criações políticas.

Os direitos humanos fundamentais surgiram da necessidade de limitar e controlar os abusos de poder das autoridades constituídas, até mesmo da atuação do Estado¹⁹. Assim, esses direitos vieram consagrar os ideais de igualdade e legalidade como basilares de uma nova perspectiva de Estado.

A fundamentação filosófica dos direitos fundamentais se encontra nos primórdios da civilização humana. As questões principiológicas que embasavam a proteção dos valores do ser humano remetem ao humanismo ocidental judaico-cristão e greco-romano e ao humanismo oriental, por meio da tradição hindu, chinesa e islâmica e, por fim, pelas leis hebraicas.

A tempo, existiam várias concepções que buscavam fundamentar os direitos humanos, entretanto as principais correntes filosóficas eram:

➤ Concepção idealista: baseada numa visão metafísica e abstrata, na qual os valores humanos são transcendentais, supra-estatais, manifestados na ordem divina.

➤ Concepção positivista: os direitos fundamentais só existem se reconhecidos pela ordem jurídico-constitucional vigente; não são inerentes ao ser humano.

➤ Concepção crítico-imaterialista: o principal defensor dessa corrente foi Karl Marx, o qual critica o pensamento liberal do séc. XVIII, referindo-se aos direitos humanos enunciados nos sécs. XIX como mera expressão formal.

Já a gênese da concretização formal dos direitos fundamentais está intimamente ligada às Constituições dos Estados Unidos de 1787, após a independência das 13 Colônias, e da França, em 1791, decorrente da Revolução

¹⁸ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação dos direitos humanos*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva: 2001.p. 16.

¹⁹ SILVA, J.A, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 20. ed.: Malheiros, 2001, p. 97. Definição de Estado: uma ordenação que tem por fim específico e essencial a regulação global das relações sociais entre os membros de uma dada população sobre um dado território.

Francesa, as quais buscavam, por meio dos direitos fundamentais, organizar e limitar o Estado e promover o desenvolvimento do homem.

Nesse sentido, MORAES²⁰ afirma:

Os direitos humanos fundamentais, portanto, colocam-se como uma das previsões absolutamente necessárias a todas as Constituições, no sentido de consagrar o respeito à dignidade humana, garantir a limitação de poder e visar o pleno desenvolvimento da personalidade humana.

Não obstante, vale lembrar que a primeira consignação dos direitos humanos em um documento escrito foi em 1215, na célebre Magna Carta Inglesa²¹.

Ao pensar-se na linha histórica dos direitos humanos, com base nos ensinamentos de COMPARATO²², destacam-se os seguintes documentos como precursores e vanguardistas dos Direitos Humanos:

➤ Magna Carta de 1215 – Declaração do rei João da Inglaterra, comumente conhecido por João Sem - Terra, que, apesar de visar a reconhecer os privilégios dos dois estamentos da época – nobreza e clero –, foi o marco para o início da imposição de limites ao poder do Rei Soberano.

➤ Declaração de Direitos (Bill of Rights), de 1618, na Inglaterra – Resultou na superação do regime monárquico e na instituição do Estado Moderno, tendo como estrutura básica a separação de poderes e a garantia das liberdades civis.

➤ A Declaração de Independência e a Constituição dos Estados Unidos da América do Norte de 1776 – Primeiro documento político a reconhecer os princípios democráticos, vislumbrando os direitos humanos como inerentes ao homem, independentemente de raça, religião, opção política, considerados em si

²⁰ MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 20.

²¹ FLEINERR, Thomas. *O que são direitos humanos?* São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 27.

²² COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação dos direitos humanos*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva: 2001.

mesmos sujeitos merecedores de respeito e do mínimo vital para sua consecução como ser humano digno.

➤ Declaração dos Direitos do homem e cidadão de 1789 – Fruto da Revolução Francesa e de seus ideais – igualdade, liberdade e fraternidade. Apesar desses ideais mostrarem-se de maneira meramente formal, a referida declaração passou a ser modelo constitucional para os demais Estados.

➤ Constituição Mexicana de 1917 – Precursora no reconhecimento dos direitos trabalhistas como direitos fundamentais, o que propiciou maior valoração do ser humano, e contribuiu para que efetivamente se pudesse proteger os trabalhadores, fixando mínimos de proteção a esses. Ensejou na construção do Estado da democracia social.

➤ Constituição Alemã de 1919 – Conferiu melhores contornos ao Estado da democracia social, assegurando os direitos sociais e econômicos sem se esquecer dos direitos civis e políticos. Trouxe em seu bojo a celebração das liberdades individuais e do conteúdo social indispensável para a valoração do homem.

➤ Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 – Possibilitou o reconhecimento da igualdade essencial de todo ser humano em sua dignidade de pessoa, isso é, como fonte de todos os valores, independentemente das diferenças de raça, cor, sexo, língua, religião, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

Ainda merecem destaque os seguintes documentos: A Convenção Européia de Direitos Humanos de 1950; Os Pactos Internacionais de Direitos Humanos de 1966; a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969; e a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Direitos dos Povos de 1981.

Quanto ao aspecto da natureza dos direitos fundamentais, formaram-se vários posicionamentos ao longo de sua concretização e definição. Vale destacar:

➤ Direitos naturais - direitos inerentes ao homem, *minimum* vital para a coexistência em sociedade. Inata e imanente a todos os seres humanos, plenamente dissociável do direito positivo.

➤ Direitos individuais positivos - refere-se somente aos direitos do indivíduo, uma visão míope, levando em conta o ser humano apenas quanto as suas particularidades (liberdades e conquistas individuais), o que remonta ao individualismo puro do século XVIII.

➤ Direitos históricos – amoldam-se ao processo de universalização dos direitos humanos e sua positivação nacional e internacional. Sobre a historicidade desses direitos PIOVESAN²³ preleciona:

... a historicidade dos direitos humanos, na medida em que estes não são um dado, mas construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução. Enquanto reivindicações morais, os direitos humanos são fruto de um espaço simbólico de luta e ação social, na busca por dignidade humana, o que compõe um construído axiológico emancipatório.

Parece-nos a posição que mais coaduna com a finalidade precípua dos direitos fundamentais: valorizar e celebrar a condição humana – instrumento axiológico normativo na universalização dos direitos humanos.

Nessa mesma ordem, PIOVESAN²⁴ assinala:

Os direitos humanos nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares (quando cada Constituição incorpora Declaração de Direitos) para finalmente encontrar a plena realização como direitos positivos universais.

A par da polêmica que cerca a natureza e fundamento dos respectivos direitos, SILVA²⁵ assevera sobre os *Direitos fundamentais do homem*:

além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada

²³ PIOVESAN, Flavia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 107-108.

²⁴ BOBBIO, 1988 apud PIOVESAN, 2006, p. 108.

²⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 178.

para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.

Outrossim, os direitos fundamentais do homem possuem algumas características que são de suma importância para a sua compreensão, aplicação e reconhecimento.

Dessa forma, são características dos Direitos Fundamentais:

➤ Imprescritibilidade: os direitos fundamentais não decaem pelo decurso de prazo, uma vez que o exercício da maioria desses direitos ocorre só pelo fato de serem reconhecidos pela ordem jurídica. Vale ressaltar o fato de nunca deixarem de ser exigíveis, haja vista, que o instituto da prescrição só atinge a exigibilidade de caráter patrimonial e não de caráter personalíssimo;

➤ Inalienabilidade: são intransferíveis, seja a título oneroso ou gratuito, não possuem conteúdo econômico patrimonial, são indisponíveis;

➤ Irrenunciabilidade: não há que se falar em renúncia, uma vez ser a mesma proibida, portanto, ninguém pode abrir mão de seus direitos fundamentais. Alguns podem até não ser exercidos, mas renunciá-los jamais;

➤ Inviolabilidade: impossibilidade de desrespeito por determinações infraconstitucionais ou por atos das autoridades públicas, sob pena de responsabilidade civil, administrativa e criminal;

➤ Universalidade: os direitos fundamentais atingem toda a sociedade, não sendo nenhum ser humano objeto de exclusão desses direitos, não importando sua condição socioeconômica;

➤ Efetividade: o Poder Público deve promover a efetivação desses direitos, procurando garantir o cumprimento do texto Constitucional;

➤ Interdependência: as previsões constitucionais possuem entre si uma interdependência, no intuito de garantir a finalidade desejada;

➤ Complementaridade: a interpretação dos direitos fundamentais deve ser realizada de forma sistêmica - constitucional, buscando atingir os objetivos desejados pelo constituinte;

➤ Historicidade: O caráter da historicidade, ainda, explica que os direitos podem ser proclamados em certa época, desaparecendo em outras, ou que se modifiquem com o tempo. Revela-se, desse modo, a índole evolutiva dos direitos fundamentais. Essa evolução é impulsionada pelas lutas em defesa de novas liberdades em face de poderes antigos – já que os direitos fundamentais costumam ir-se afirmando gradualmente – e em face das novas feições assumidas pelo poder.

Os direitos fundamentais²⁶ não são absolutos, assim sendo, não vale de conteúdo unívoco em todo o tempo. Como se verá adiante, os respectivos direitos passam por evolução e dependendo da necessidade social transmudam-se ou nasce-se um novo preceito.

Após breve análise sobre as características básicas e essenciais dos Direitos humanos fundamentais²⁷, faz-se necessária uma análise sobre seus aspectos conceituais.

2.2 Aspectos conceituais dos Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais são prerrogativas e instituições que visam a garantir a convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.

TOBENÃS²⁸ entende os direitos fundamentais como sendo aqueles essenciais para a vida humana (de natureza corpórea, espiritual e social), no intuito de promover uma vida digna, devendo ser respeitados e reconhecidos pelo Poder Público.

Não obstante, MORAES²⁹ alude à conceituação dos direitos fundamentais na perspectiva de que os mesmos não são mera enunciação de princípios, mas a

²⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 121.

²⁷ CASTRO, J.L. Cascajo, LUÑON, Antonio-Enrique Pérez, CID, B> Castro, TORRES, C. Gómes. *Los derechos humanos: significación, estatuto jurídico y sistema*. Sevilha, 1979. P. 43. Segundo ensinamentos de Pérez Luño, os direitos fundamentais seriam: um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional.

²⁸ CASTAN TOBENÃS, José. *Los derechos del hombre*. 4. Ed. Madri: Réus, 1992, p.13.

²⁹ MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2000. p. 21.

positivação de direitos, facultando a qualquer pessoa a possibilidade de exigir a tutela Judiciária, no intuito de consagrar o respeito à dignidade humana e à democracia.

TAVARES³⁰ contribui com o entendimento PECES-BARBA que alude que os direitos subjetivos fundamentais são:

...a Faculdade de proteção que a norma atribui a pessoa no que se refere a sua vida, a sua liberdade, a igualdade, a sua participação política e social, ou qualquer outro aspecto fundamental que afete o seu desenvolvimento integral como pessoa, em uma comunidade de homens livres, exigindo o respeito aos demais homens, dos grupos sociais e do Estado, e com possibilidade de por em marcha o aparato coativo do Estado em caso de infração.

Cabem ainda, os ensinamentos de CANOTILHO³¹ sobre os direitos fundamentais:

...a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).

Conclui-se que os direitos fundamentais são prerrogativas fundamentais, presentes no ordenamento jurídico, que visam a garantir uma vida digna, livre e igual de todo ser humano, tendo, também, a função de controlar a atuação do Poder Público, provocando-o, no intuito de que promova e garanta a proteção dos direitos mais básicos de uma vida digna.

³⁰ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 461.

³¹ CANOTILHO, J.J Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Ed. Coimbra. Editora: Almedina, 1991, p. 165.

2.3 Classificação dos Direitos Fundamentais sob a ótica da Constituição Brasileira de 1988

A CF/88 trouxe em seu bojo, no seu Título II, os direitos fundamentais da pessoa humana, ampliando consideravelmente o elenco dos mesmos. Com a finalidade de um melhor esclarecimento sobre os respectivos direitos, cabe realizar, mesmo que de forma sintética, uma análise sobre a sua classificação tanto constitucional, quanto doutrinária.

Conforme ilustra SILVA³², a luz da Constituição, pode-se classificar os direitos fundamentais em cinco grupos:

- (1)** Direitos individuais (art. 5º);
- (2)** Direitos coletivos (art. 5º);
- (3)** Direitos sociais (art. 6º e 193 e ss.);
- (4)** Direitos à nacionalidade (art. 12);
- (5)** Direitos políticos (art. 14 a 17);

A saber:

(1) são aqueles que se caracterizam pela autonomia e oponibilidade ao Estado, tendo por base a liberdade.

(2) são aqueles cujo exercício cabe à pluralidade de sujeitos, não ao indivíduo isoladamente, como o direito de reunião e de associação.

(3) são os direitos que visam a uma melhoria das condições de vida, mediante prestações positivas do Estado, quanto a: educação, alimentação, saúde, habitação, etc.

(4) referem-se ao vínculo jurídico entre indivíduo e Estado, diferenciando, assim, os nacionais dos estrangeiros.

(5) são os direitos que conferem ao cidadão a possibilidade de participar livremente do processo político do país.

³² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.p. 187.

Na mesma ótica, MORAES³³ assevera que o legislador constituinte estabeleceu cinco espécies ao gênero – direitos e garantias fundamentais:

(1) Direitos individuais e coletivos - direitos ligados ao conceito de pessoa humana e de sua própria natureza, como a vida, honra, dignidade e liberdade (art. 5º da CF).

(2) Direitos Sociais - a constituição no art. 6º menciona os direitos sociais. Já no Título VIII, porém, referente à ordem social, a Constituição Federal disciplina ali vários direitos sociais, entre outras matérias - Os direitos sociais são liberdades positivas, as quais devem ser observadas e respeitadas pela sociedade e pelo Estado Social de Direito. Possuem, como finalidade inerente, a busca pela igualdade social, um dos fundamentos de nossa constituição, e pela promoção de uma melhor condição de vida.

(3) Direitos de Nacionalidade³⁴ -

nacionalidade é o vínculo jurídico político que liga um indivíduo a um certo e determinado Estado, fazendo deste indivíduo um componente do povo, da dimensão pessoal deste Estado, capacitando-o a exigir sua proteção sujeitando-o ao cumprimento de deveres impostos;

(4) Direitos políticos - disciplinam a atuação da soberania popular. Permitem o exercício do povo na política brasileira, creditando a ele a cidadania.

(5) Direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos - os partidos políticos são instrumentos essenciais na atuação e no desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, garantindo-o o sistema representativo.

Sobre outro prisma, a moderna doutrina tem apresentado a classificação dos direitos fundamentais sob a ótica histórica e cronológica do reconhecimento constitucional dos mesmos.

Como explica FERREIRA FILHO³⁵:

³³ MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2000. p. 43.

³⁴ *Ibidem*.

... a doutrina dos direitos fundamentais revelou uma grande capacidade de incorporar desafios. Sua primeira geração enfrentou o problema do arbítrio governamental, com as liberdades públicas, a segunda, o dos extremos desníveis sociais, com os direitos econômicos e sociais, a terceira, hoje, luta contra a deterioração da qualidade da vida humana e outras mazelas, com os direitos de solidariedade.

Assim, os direitos fundamentais de primeira geração são aqueles referentes a uma época de aspirações à liberdade, na qual são conhecidos como direitos civis e políticos. Refletindo o individualismo liberal-burguês emergente dos séculos XVII e XVIII, os direitos de primeira geração tendem a impor obrigações negativas ao Estado.

Surgem com a idéia de Estado de Direito, tutelando o indivíduo perante o Estado, os quais são direitos de titularidade individual, embora alguns sejam exercidos numa pluralidade de agentes.

Portanto, têm como finalidade profícua estabelecer a área de atuação do Poder Público, garantindo ao indivíduo certa liberdade de ação.

Como traduz MORAES³⁶ “[...] os direitos fundamentais de primeira geração são os direitos e garantias individuais e políticos clássicos (liberdades públicas), surgidos institucionalmente a partir da Magna Charta.”

Já, os direitos fundamentais de segunda geração são dos direitos econômicos, sociais e culturais, decorrentes de aspirações igualitárias, historicamente relacionadas aos movimentos comunistas e socialistas do século XIX e XX. Têm por finalidade essencial provocar o Estado, para que o mesmo possa intervir na ordem social segundo os critérios da igualdade. Visam a garantir as condições materiais essenciais para o pleno gozo dos direitos de primeira geração.

Na visão de FERREIRA FILHO³⁷ os direitos de segunda geração têm como objeto “... uma contraprestação sob a forma de prestação de um serviço. O

³⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 15.

³⁶ MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 45.

³⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 50.

serviço escolar, quanto ao direito à educação, o serviço médico-sanitário-hospitalar, quanto ao direito à saúde, os serviços desportivos, para o lazer etc.”

Portanto, visam à consecução de um ideal de igualdade (como os direitos econômicos, sociais e culturais), tendo por objetivo dessa categoria a geração de condições mínimas de vida digna.

No que tange aos direitos fundamentais de terceira geração, entende-se ser aqueles inspirados no ideal de fraternidade ou solidariedade, inter-relacionando-os com os valores defendidos pelas gerações anteriores, na busca pela qualidade de vida e à solidariedade entre os seres humanos, mútuo auxílio entre os povos, com vistas à valorização da humanidade.

Compõem o rol dos direitos de terceira geração: o direito à paz, o direito ao desenvolvimento, o direito ao meio ambiente e o direito ao patrimônio comum da humanidade.

Diante das ponderações e definições acerca dos direitos humanos ora propostos, sente-se certa aspiração utópica quanto à concretização dos mesmos no meio social. Desse modo, passa-se a perquirir no estudo do princípio da dignidade a realização nos direitos fundamentais para, enfim, visualizar concretude social referido princípio na proteção e promoção da pessoa portadora de deficiência e seu acesso ao mercado de trabalho.

CAPÍTULO 3 – PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

3.1 Princípios Constitucionais

A terminologia *princípios*, dentre seus variados significados, pode ser definida como proposições diretoras de uma ciência, e que subordina todo o desenvolvimento posterior da mesma. BONAVIDES³⁸ fulcrado em PICAZO, ensina que a noção de princípios deriva da linguagem da geometria, que designa as verdades primeiras.

Abstrai-se, conseqüentemente, grosso modo, que os princípios são diretrizes que possuem o condão de embasar e abalizar todo o desenvolvimento de qualquer que seja a ciência objeto de estudo. Constituem-se em uma acepção fundamental evidente, da qual deriva o entendimento e o sentido do sistema.

Na ciência do direito os princípios são os alicerces, as razões, os fundamentos de onde emanam as normas jurídicas.

Colhe-se o entendimento de REALE³⁹, que ensina:

Princípios são verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da praxis.

Ademais, os princípios visam a informar, orientar e inspirar regras gerais. Portanto, eles sistematizam e organizam os institutos jurídicos.

Dessa maneira, constata-se as três facetas jurídicas do princípio. A primeira, como orientadora e inspiradora da ciência jurídica no seu aspecto geral. A segunda, já com um forte viés normativo, ao ser utilizado como fonte supletiva e instrumento de prestação jurisdicional em concreto. E, por fim, detecta-se a função

³⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 256.

³⁹ REALE, Miguel, *Lições preliminares do direito*, 4. ed. São Paulo, 1977, p. 299.

hermenêutica, ao propiciar ao exegeta parâmetros para determinar o verdadeiro sentido e alcance das regras postas.

Ultrapassados os contornos conceituais de princípios, torna-se fundamental, antes mesmo de se ver os princípios constitucionais propriamente ditos, mesmo que de forma perfunctória, vislumbrar-se a dicotomia entre regras jurídicas e princípios jurídicos.

Os constitucionalistas, na sua maioria, enfrentam essa questão classificando as regras jurídicas e os princípios como sendo espécies do gênero norma jurídica. Os princípios possuem uma alta carga de abstratividade, sem perder, no entanto, sua imperatividade, e visam a nortear de uma maneira geral a melhor aplicação do direito. Já as regras, apesar de abstratas, possuem um viés maior de concretude, uma aplicação mais direta ao caso concreto.

ALEXY⁴⁰ ensina que tanto os princípios quanto as regras são espécies, embora distintas, de norma jurídica. São formulados por expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Assevera que existem vários critérios para distinguir regras de princípios, entretanto, o mais freqüente é o da generalidade.

Com efeito, segundo esse critério, princípios são normas com grau de generalidade alto, enquanto o grau de generalidades das regras é relativamente baixo.⁴¹

Não obstante, para BARCELLOS⁴², os princípios, diferentemente das regras, produzem efeitos indeterminados, e não visam a um fim específico previamente estabelecido.

Os princípios proporcionam a coesão do sistema jurídico, orientam a aplicação das regras jurídicas, aglutinam o ordenamento como um sistema.

⁴⁰ ALEXY, Robert; SILVA, Virgílio Afonso da (Trad.). *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 87.

⁴¹ *Ibidem*, p. 88. Robert Alexy exemplifica: Um exemplo de norma de grau de generalidade relativamente alto é a norma que garante a liberdade de crença. De outro lado, uma norma de grau de generalidade relativamente baixo seria a norma que prevê que todo preso tem o direito de converter outros presos a sua crença.

⁴² BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.p. 52.

Fornecem os mínimos necessários, justificam e legitimam a aplicação das regras imperativas.

Interessante ressaltar que são inerentes aos princípios a sua auto-aplicação, independentemente de sua explicitação em textos legais. Os mesmos podem ser implícitos ou explícitos, são de aplicação imediata, diferentemente das regras jurídicas que necessitam, obrigatoriamente, da atividade legislativa, da sua positivação, para serem passíveis de aplicação aos seus destinatários.

A propósito, REIS e DUARTE⁴³ sintetizam as diferenciações:

- a) Grau de Abstração: os princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstração relativamente reduzida.
- b) grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador, do juiz), enquanto as regras são suscetíveis de aplicação direta.
- c) Natureza normogenética: os princípios são fundamentos de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante.

Dessa forma, resta claro que os princípios são carregados de abstrativização, auto-determináveis, e essa é a razão da qual emanam as demais regras jurídicas.

Sem embargo, passa-se a enfrentar a questão dos princípios constitucionais⁴⁴, que são disposições constitucionais, hierarquicamente superiores às próprias normas constitucionais, detentoras dos axiomas fundamentais da ordem jurídica.

⁴³ PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco; FILHO, Firly Nascimento; organizadores. *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001. p. 16.

⁴⁴ CHIMENTI, Ricardo Cunha e outros. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 3. “Os dispositivos constitucionais que enunciam os primeiros fundamentos do Estado brasileiro servem como regra-matriz (fundamentação) para a elaboração, interpretação e integração do sistema jurídico nacional. São comandos- regras que admitem aplicabilidade imediata, e não comando-valores de incidência diferida (para o futuro).”

Na visão de NUNES⁴⁵ “percebe-se que os princípios funcionam como verdadeiras supranormas.”

Igualmente, como bem infere BARROS⁴⁶, “são Súmulas que permitem melhor caracterizar a Constituição e compreendê-la” e, assim, dando maior eficácia aos preceitos norteadores da Ciência do Direito.

Por seu turno, os princípios constitucionais na ótica de alguns autores⁴⁷, baseados na diagramação sistêmica de CANOTILHO, podem ser classificados em: princípios fundamentais, princípios gerais e princípios constitucionais setoriais ou especiais.

Os princípios fundamentais são aqueles que balizam e constituem o Estado Soberano, as linhas mestras do ordenamento jurídico, sem as quais, não se poderia falar em Estado Democrático de Direito.

Por sua vez, os princípios gerais são a engenharia dos princípios supra mencionados, ensejam numa decorrência lógica da estrutura normatizada. Nesse ponto, exemplifica-se, com o princípio geral da soberania popular que realiza a concretude do princípio fundamental do Estado democrático de direito.

Por derradeiro, os princípios constitucionais especiais são aqueles que visualizam de forma mais pormenorizada determinada situação. Têm sua amplitude de atuação mais restrita, mais determinada, perfazendo uma concretude maior dos demais princípios. Basta lembrarmos do princípio da legalidade tributária, que é um princípio especial, de aplicação restrita a determinadas situações tributárias, sem, portanto, deixar de realizar o princípio geral da legalidade e, por sua vez, nos remete ao Estado de Direito.

⁴⁵ RIZZATO NUNES, Luiz Antônio. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 39.

⁴⁶ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 164.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 164. No que toca a classificação de princípios, Alice anota: princípios fundamentais, vistos como os que contêm decisões políticas estruturais do Estado (ex: princípio republicano, princípio federativo, princípio do Estado democrático de direito, princípio da separação dos poderes, princípio presidencialista e princípio da livre iniciativa); princípios gerais, como desdobramento dos princípios fundamentais, incluem-se entre eles o princípio da legalidade, da isonomia, do juiz natural; por fim, os princípios constitucionais setoriais ou especiais, vinculados a determinado assunto, como por exemplo, princípio da legalidade tributária.

Não obstante, SILVA⁴⁸ sintetiza os princípios constitucionais em princípios político-constitucionais e princípios jurídico-constitucionais. A primeira categoria revela as normas políticas fundamentais que realizam o sistema constitucional positivo. Daí extraem-se as opções políticas do poder constituinte: forma de Estado, de governo, sistema de governo, relação governo e governados. São os princípios constitucionais fundamentais.

De outro modo, a segunda categoria preconiza os princípios garantias, fazendo referência aos princípios fundamentais, informam o ordenamento jurídico. São os princípios gerais constitucionais que visam garantir a ordem jurídica, como: princípio da proteção dos trabalhadores, princípio da autonomia de vontade, princípio da soberania popular.

De todo o exposto, é imperioso concluir que os princípios constitucionais⁴⁹ são considerados a “viga-mestra do sistema”⁵⁰, com poder de aglutinação, que visam a orientar a hermenêutica constitucional e, por fim, valer-se de sua carga axiológico-normativa, não mais meramente programática, para realizar seu caráter normativo em diferentes graus de concretização: fáticos e jurídicos. São esteios para o sistema na função interpretativa e no preenchimento de lacunas, e no caso de antinomia entre regras, ou até mesmo entre princípios, atuam com diretrizes mínimas a serem respeitadas e com um caráter de supra normatividade.

3.2 Gênese e evolução histórica da noção de dignidade

A dignidade da pessoa humana passou por longo processo de desenvolvimento até alcançar o seu efetivo reconhecimento e conseqüente positivação na seara do Direito.

⁴⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.93.

⁴⁹ PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco; FILHO, Firly Nascimento; organizadores. *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001, p. 08. Os princípios constitucionais são “standard que deve ser observado, não porque favoreça ou assegure uma situação econômica política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência da justiça, da equidade ou de alguma outra dimensão de moralidade.”

⁵⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 358.

Nos povos clássicos da Grécia e Roma a escravidão era marcante, implicando na privação do estado de liberdade do indivíduo. O homem escravo era visto como uma coisa, um ser inanimado, sem prerrogativas ou direitos, lançado à própria sorte.

Entretanto, já nessa época, podiam-se verificar alguns sinais da preocupação com a dignidade da pessoa humana. Bastava voltar os olhos para as tragédias gregas, nas quais os atores principais não eram mais os deuses, mas, sim, o homem na sua complexidade.

De qualquer sorte, a valorização do ser humano, que tem valor em si mesmo, possuidor de direitos subjetivos e qualidade intrínseca inerente, e a própria concepção de dignidade surge com o ideário cristão, no monte da filosofia patristica⁵¹, sendo desenvolvida mais tarde pelos escolásticos.

Assim, o ideal de valor intrínseco da pessoa humana remonta no pensamento clássico e no ideário cristão, fundado na fraternidade, indo ao encontro com a igualdade dos seres humanos.

Com efeito, COMPARATO⁵² postula que “a justificativa religiosa da preeminência do ser humano no mundo surgiu com a afirmação da fé monoteísta” na qual o homem, na visão do Deus único, transcendental, ocupa o ápice de toda obra da criação do universo, detentor de valores indissociáveis à sua qualidade de criatura feita a imagem e semelhança de Deus.

Verificam-se, na Bíblia Sagrada⁵³, tanto no Antigo Testamento quanto no Novo Testamento, várias referências à dignidade da pessoa humana⁵⁴.

⁵¹ ALVES, Cleber Francisco. *O Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da igreja*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 16-17. Sobre a filosofia patristica: compõe ainda a Patrística os ensinamentos e homilias quer foram conservados através da história, pela igreja, onde os chamados Padres Gregos e depois os Padres Latinos procuraram sistematizar a doutrina cristã tal como a receberam nas fontes da Sagrada Escritura, compatibilizando os avanços culturais da civilização greco-romana que se fundamentavam na filosofia e na razão natural, com os postulados da fé apresentados pela revelação judaico – cristã.

⁵² COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação dos direitos humanos*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva: 2001. p.4.

⁵³ C. Starck, in: Bonner Grundgesetz, p. 34-35, *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 30. Leciona que: Destacando, todavia, que não se haverá de encontrar na Bíblia um conceito de dignidade, mas sim, uma concepção do ser humano que serviu e até hoje tem servido como pressuposto espiritual para o reconhecimento e construção de um conceito e de

O enfoque da dignidade humana recebe guarida nas obras de Padres, bem como nas encíclicas Papais. São Leão Magno⁵⁵, por exemplo, bradava: “*Agnosce, oh christiane dignitatem tuam!*” (Reconhece, ó cristão, a tua dignidade!).

Os ensinamentos de Tomás de Aquino⁵⁶ preconizavam o homem como digno pelo seu próprio ser, sendo o fim de si mesmo, ser individualizado e não passível de coisificação. Ademais, a doutrina tomista foi precursora do uso da expressão “*dignitas humana*”.

Valorosa, também, a contribuição da Encíclica *Rerum Novarum*⁵⁷, de Leão XIII, de 1891, calcada na necessidade de salvaguardar a dignidade dos trabalhadores, bem como proporcionar o mínimo vital para uma existência digna e salutar. Têm-se, nesse período, o marco inicial da Doutrina Social Cristã.

Seguindo essa trilha, o pontífice Pio XI⁵⁸ elaborou a Encíclica “*Quadragesimo Anno*”, na qual celebrava a *Rerum Novarum*, as questões sociais, e, conseqüentemente, a proteção do homem na qualidade de detentor de direitos e de dignidade.

Sobre uma nova perspectiva, num processo de laicização e racionalização, o iluminismo-humanista, a fim de legitimar seus ideários – liberdade, igualdade e autodeterminação – e sua incessante busca pela legitimação do exercício do poder, culminou na exaltação do Homem como seres em si mesmos livres e essencialmente iguais. Nessa época, o humanista Pico Della Mirandola abordou a dignidade humana como qualidade inerente a todo ser humano capaz de construir de forma autônoma a sua própria existência.

uma garantia jurídico- constitucional da dignidade da pessoa, que, de resto, acabou passando por um processo de secularização, notadamente no âmbito do pensamento Kantiano.

⁵⁴ Bíblia Sagrada – No Antigo Testamento, Salmos de Davi- Cap. 8-5 -A glória divina e a dignidade do filho do homem: “ Fizeste-o, no entanto, por um pouco, menor do que Deus e de glória e de honra coroaste.”(AT, Salmos de Davi, cap.8-5)

⁵⁵ ALVES, Cleber Francisco, op. cit. p. 21.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 22. Cleber Francisco acentua sobre São Tomás: O Doutor Angélico, influenciado sobremaneira pela filosofia de Aristóteles, elabora uma síntese do pensamento cristão sobre a pessoa humana, a partir da herança bíblica, da patrística, dos filósofos e dos escolásticos que o precederam.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 30. Continua o autor: A ninguém é lícito violar impunemente a dignidade do homem, do qual Deus mesmo dispõe em com grande referência.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 31.

Também é objeto de destaque e apreço o trabalho realizado por Kant, em que, por meio de sua “revolução copernicana”, o sujeito torna-se elemento decisivo na elaboração do conhecimento, pois o homem é um fim em si mesmo, com valor absoluto, não podendo, por conseguinte, ser considerado instrumento.

Para Kant, a autonomia ética do ser humano paira como fundamento da dignidade do próprio ser humano⁵⁹, a qual deve ser entendida como a faculdade do homem determinar a si mesmo e agir em conformidade com certas leis, editadas por pares, sendo atributo exclusivo do ser humano, não passível de sofrer qualquer tipo de coisificação ou instrumentalização. Para tanto, a dignidade faculta a autodeterminação para cada indivíduo, a liberdade de fazer escolhas, e de sujeitar-se as ingerências sociais.

COMPARATO⁶⁰ preleciona que só é possível ao ser humano viver em condições de autonomia, visto sua vontade racional.

Por fim, como derradeiro propulsor da evolução e sedimentação da celebração da dignidade, e mais devastador, foi a funesta Segunda Guerra Mundial. O mundo, ao experimentar os horrores do nazismo e do fascismo, das execuções em massa, do holocausto⁶¹, se viu obrigado a externar uma reação. O sentimento de barbárie, da desvalorização e banalização da vida humana, chegou a expoentes nunca anteriormente vistos. O sofrimento, a desilusão, a sensação de impotência tomou conta da sociedade como um todo.

Em reação, e no intento de reordenar os organismos sociais internacionais, bem como a ordem jurídica e social de cada Estado soberano, celebrou-se a positivação⁶² da dignidade da pessoa humana como valor absoluto e inegociável dos ordenamentos jurídicos.

⁵⁹ KANT, *Fundamentos da Metafísica dos Costumes*, in : *Os pensadores*, p. 134 e 141

⁶⁰ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação dos direitos humanos*. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva: 2001. O referido ensina: “Todo homem tem dignidade e não tem preço, como as coisas.”

⁶¹ EICHMANN, Hannah Arendt. *Em Jerusalém – relato sobre a banalidade do mal*, 1999.

⁶² AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Caracterização jurídica da dignidade humana*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 91, n. 797, p. 11-23, mar. 2002. Azevedo enumera algumas referências quanto a positivação da dignidade:

1) a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), tanto em seu primeiro "considerando" quanto em seu primeiro artigo. "Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo". E art. 1o: "Todos os homens nascem livres e iguais em

3.3 Incorporação da Dignidade da Pessoa Humana como princípio e fundamento do ordenamento jurídico-constitucional brasileiro.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, reforçada pela degradação humana e da conjuntura sócio-econômica resultante, os ordenamentos jurídicos passaram a tender a orientar-se pelo primado da dignidade da pessoa humana, elevando-o a valor absoluto do Estado Democrático de Direito. Nesse prisma, o nosso constitucionalismo, sob influência germânica, principalmente a partir de 1934, não se absteve da questão humana.

Em consequência da valorização do ser humano, a CF/88 trouxe, em seu bojo, de forma inédita e explícita, a dignidade da pessoa humana como fundamento de nosso Estado Democrático de Direito - Art. 1º, inciso III, da CF/88:

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I- a soberania
- II- a cidadania
- III- a dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana foi consagrada, expressamente, no título dos princípios, como um dos fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito, enfatizando que o Estado existe em função do indivíduo. Portanto, o Estado deve primar pela defesa e preservação da dignidade da pessoa humana, bem como pelos direitos fundamentais.

dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade;

2) a Constituição da República Italiana (1947): "Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei sem distinção de sexo, raça, língua, religião, opinião política e condições pessoais e sociais"(art.3o,1parte);

3) a "Lei Fundamental" da Alemanha (1949): "A dignidade do homem é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público" (art. 1.1);

4) a Constituição da República Portuguesa: "Portugal é um República soberana, baseada, entre outros valores, na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária" (art. 1o) (3). E: "Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei" (art. 13, 1a alínea)."

Há de se ressaltar que apenas a positivação jurídica não possui o condão de impedir a violação da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais. Nessa hermenêutica, REALE⁶³ defende que não há no mundo valor que supere ao da pessoa humana, em que a mesma é um *minimum*, ao qual o Estado, ou qualquer outra instituição, ser ou valor não pode ultrapassar.

Por fim, entende-se que o Estado há de ter o dever de assegurar a todos: existência digna⁶⁴; ordem social; o desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania; não como meros enunciados formais, mas como indicadores do conteúdo normativo eficaz e conceitual da dignidade humana.

3.4 Conceituação do princípio da dignidade da pessoa humana

A palavra dignidade, do Latim *dignitas*, etimologicamente, significa: respeito, consideração, prestígio - expressa uma qualidade, atributo de determinado sujeito. Outrossim, o conceito da dignidade da pessoa humana não pode ser realizado de maneira fixista, uma vez tratar-se de categoria axiológica aberta, cercada de diversos valores sociais, inerentes às sociedades democráticas contemporâneas. Assim sendo, a sua conceituação deve estar em constante construção e desenvolvimento.

Não obstante, o conteúdo da dignidade da pessoa humana, na condição de conceito normativo-jurídico, merece uma concretização e delimitação pelo âmbito constitucional.

Há hoje, basicamente, duas correntes quanto à conceituação da dignidade humana.

A primeira corrente, majoritária, tem a dignidade da pessoa humana como qualidade intrínseca de todo ser humano, sendo irrenunciável e inalienável. A mesma não pode ser retirada ou atenuada, por se tratar da própria condição humana. Portanto, deve ser reconhecida, respeitada e assegurada, não podendo ser cedida ou retirada. Dessa maneira, a dignidade da pessoa humana não precisa de uma previsão legal para existir, uma vez que possui valor próprio,

⁶³ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 278.

⁶⁴ Constituição da República Portuguesa anotada, p. 58 - 59.

indissociável do indivíduo. Em contrapartida, torna-se imprescindível a sua previsão quando violada. A dignidade independe de circunstâncias concretas, visto ser inerente ao ser humano, sendo todos iguais em dignidade. Esta, não pode ser diminuída ou esquecida, ainda que o homem tome atitudes socialmente indignas⁶⁵, como por exemplo, os criminosos. No sentido de que a dignidade como caráter inerente ao homem, mesmo diante de circunstâncias infames e indignas, não poderá ser desconsiderada.

Na visão de NUNES⁶⁶, a dignidade “nasce com a pessoa. É-lhe inata.”

Igualmente, aduz o art. 1º da Declaração Universal da ONU-1948: “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.”

Em contrapartida, a segunda corrente conceitua a dignidade humana em outro prisma, no qual a dignidade não é qualidade exclusiva inerente à condição humana, mas fruto de um processo cultural.

O conceito de dignidade, à luz dessa nova ótica, foi construído desde muitas gerações, fruto das relações humanas e da interação cultural da noção de dignidade da pessoa, no qual se constata a presença da condição dúplice da dignidade, de limite e responsabilidade a todos os membros da sociedade, inclusive e principalmente o Estado.

A condição de limite é no sentido de que a dignidade, condição conquistada pela ação do indivíduo na sociedade, é direito de cada um, não podendo ser cedido ou retirado, ou passível de renúncia⁶⁷. (elemento imutável da dignidade).

⁶⁵ PERÉZ, J. González, *Dignidad de la Persona*, p. 25. Destaca que a dignidade da pessoa não desaparece por mais baixa que seja a conduta do ser humano.

⁶⁶ RIZZATO NUNES, Luiz Antônio. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002, p.49.

⁶⁷ ZISMAN, élia Rosenthal. *O princípio da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: IOB Thomson, 2005. p.31. Conforme Zisman: Outra característica importante do direito à dignidade é que não se aceita a renúncia. Não é, portanto, suscetível de renúncia, a prerrogativa, por exemplo, de ser torturado. A autonomia da vontade não chega ao ponto de autorizar que por contrato, o indivíduo abdique de sua dignidade. A dignidade salva o homem de tratamentos degradantes, humilhantes, que impeçam o seu desenvolvimento saudável.

Já a condição de responsabilidade refere-se ao aspecto de que tanto a sociedade (interações humanas) quanto o Estado (caráter prestacional da dignidade) são responsáveis pela promoção das condições básicas de vida a todas as pessoas inseridas no meio social, a fim de lhes proporcionar um viver digno.

Conforme SARLET⁶⁸, amparado nas lições do sociólogo LUHMAN, a pessoa conquista a sua dignidade a partir de uma conduta autodeterminada, construindo sua própria identidade.

A segunda corrente, conseqüentemente, quanto à dignidade, firma-se na idéia da autodeterminação, relacionada diretamente à condição de existência do ser humano, concomitantemente à necessidade de promoção e do caráter protetivo da pessoa humana.

Ainda a respeito, MORAES⁶⁹ apresenta a dignidade da pessoa humana como prerrogativa de todo ser humano, devendo ser respeitado como pessoa, quanto a sua existência digna.

VALDÉS⁷⁰ postula que a dignidade possui em seu escopo três importantes aspectos: 1. igualdade de direitos entre todos os homens, uma vez integrarem a sociedade como pessoas e não como cidadãos; 2. garantia da autonomia do ser humano, de forma a abster toda coação externa ao desenvolvimento de sua personalidade, bem como toda atuação que implique na sua degradação; 3. observância e proteção dos direitos fundamentais do homem com a segurança de que o Estado salvguarde estes direitos.

Assinala, ainda, SARLET⁷¹ que a dignidade consubstancia-se em:

⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na CF/88*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.48.

⁶⁹ MORAES, Alexandre, *Direitos Humanos Fundamentais*, 3.ed. São Paulo: Atlas S.A-2000, p. 60, conceitua a dignidade da pessoa humana “ é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar , de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.”

⁷⁰ VALDÉS, 1990 *apud* NOBRE JUNIOR, 2000, p. 185-196.

⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.60.

a qualidade intrínseca e distinta 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 todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições 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.

Assim, entende-se o princípio da dignidade humana não mais como uma axiologia meramente formal, mas como um imperativo jurídico/social ante a intangibilidade da vida humana, tendo como preceitos: respeito à integridade física e psíquica; *minimum* necessário para o exercício da cidadania; e respeito à liberdade individual e coletiva.

3.5 Realização concreta do Princípio da Dignidade Humana e a busca pelo Direito Vivo – Eugen Erlich.

Aqui, abre-se um parêntese para uma reflexão sobre o ensaio do jurista-sociólogo Eugen Ehrlich, Fundamentos da sociologia do direito, à vista do “Direito Vivo”, na teleologia de radiografar a dignidade sob um novo paradigma.

Em sua sociologia, EHRLICH propõe uma visão renovadora e modernizadora do saber jurídico e uma nova visão acerca da ciência jurídica, buscando libertar a referida ciência do mero positivismo jurídico.

O autor é considerado por uma plêiade de juristas como o fundador da Sociologia do Direito.

No ensaio Fundamentos da Sociologia do Direito, EHRLICH, no capítulo XXI – Métodos da Sociologia do Direito⁷² – disserta a respeito da investigação do direito vivo e formula algumas críticas à ciência jurídica tradicional.

⁷² EHRLICH, Eugen. *Fundamentos da sociologia do direito*. Trad. De René Ernani Gertz. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1986. p. 373-378.

O jurista contrapõe a idéia de que todo o saber jurídico encontra-se subsumido nas prescrições jurídicas. O que, de plano, mostra-se completamente pertinente, haja vista que o direito, realmente, deve ser visto de forma macro, integrado às relações sociais e suas instituições.

Preleciona EHRLICH:

Querer aprisionar o direito de uma época ou de um povo nos parágrafos de um código corresponde mais ou menos que querer represar um grande rio no açude: o que entra não é mais correnteza viva, mas água morta e muita coisa simplesmente não entra.⁷³

O verdadeiro objeto da Ciência Jurídica são as relações sociais e as normas jurídicas oriundas das suas próprias organizações, e não só as prescrições jurídicas advindas da atividade legislativa Estatal.

Ademais, verifica-se que as prescrições jurídicas atuais têm suas raízes no passado, e conseqüentemente não atendem aos anseios e necessidades da sociedade presente. Não se pode admitir, nem hipoteticamente, que a ciência jurídica se limita a analisar o direito posto, sem se preocupar com as transformações e conflitos que cercam a sociedade.

Nessa linha, detecta-se que as normas vigentes estão longe de conter todo o direito, o que seria utópico pensar, haja vista o dinamismo das relações sociais do mundo globalizado.

Para EHRLICH⁷⁴, o direito positivo vigente não reproduz o que realmente acontece no seio da sociedade. Por isso, a ciência e o ensino do direito não podem estar presos nas amarras do positivismo jurídico.

Em virtude dessas ilações é proposta a investigação do “Direito Vivo”, a fim de que possa transportar a Ciência do Direito para um novo patamar, em que as relações e instituições sociais serão os principais objetos de estudo dos aplicadores do direito.

⁷³ *Ibidem*, p. 374.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 375.

O “Direito Vivo” é aquele fruto das observações empíricas, das relações humanas do dia-a-dia: familiares, comerciais, das decisões, interpretações e aplicações do direito nos casos concretos por meio da prestação jurisdicional. É todo direito que possui gênese nas relações sociais; é aquele verificado *in loco*. Busca-se compreender a evolução das instituições sociais: da família, das relações do poder familiar, da propriedade agrária, da propriedade intelectual, do contrato.

Nas palavras de EHRlich⁷⁵: “é o direito vivo em contraposição ao apenas vigente diante dos tribunais e órgãos estatais. O direito vivo é aquele que, apesar de não fixado em prescrições jurídicas, domina a vida.”

Mas como observar o princípio da dignidade humana sobre a égide do “Direito Vivo”?

Como anteriormente assinalado, o respeito à dignidade, necessariamente, deve assegurar de maneira inequívoca e eficaz todos os direitos fundamentais, e conseqüentemente os sociais, tais como: integridade física e psíquica, saúde, educação, segurança, moradia, entre outros. Estamos, assim, diante de um supraprincípio constitucional informador e basilar do ordenamento jurídico na sua plenitude.

Com efeito, seria inaceitável e desidioso o operador, ainda melhor, o estudioso da ciência jurídica, pensar em garantir a dignidade do homem sem antes averiguar se os direitos fundamentais e sociais estão sendo respeitados, colocados em primazia, ante as situações fáticas da vida.

Resta claro que o estudo teórico, tão somente, das leis, das prescrições jurídicas, mostra-se ineficaz para garantir a busca pelo efetivo desenvolvimento e promoção da dignidade do homem a contento. Assim sendo, não basta apenas a normatização dos direitos, é preciso garanti-los e, para isso, torna-se imprescindível uma análise empírica para, então, fornecer os subsídios necessários objetivando assegurar um padrão vital para uma vida digna em sociedade.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 378.

Para tanto, deve-se criar um novo paradigma, que possa transcender o tradicional, o positivado, adentrar a uma nova seara. Aqui, portanto, deparamo-nos com a necessidade do “Direito Vivo”, capaz de extrair das relações e instituições sociais, suas necessidades mais proeminentes, bem como a forma de efetivamente garanti-las.

Com efeito, é gritante a necessidade de um novo modelo que esteja preparado para enfrentar as inúmeras situações e formas de interações sociais.

Consoante, verifica-se hoje no Brasil uma infindável gama de afrontas à dignidade do homem, aos seus direitos, sonhos e anseios.

Do até agora exposto, enseja, portanto, a necessidade de adotar um novo modelo, frente aos novos desafios e déficits sociais existentes. Em verdade, esse novo modelo já foi apresentado por EHRlich, anteriormente analisado, o “Direito Vivo”.

Nesta quadra, o maior desafio proposto é conseguir a aproximação da referida investigação da Sociologia Jurídica, com o direito vigente e a sociedade tradicional atual. É buscar uma reflexão sociológica, uma análise empírica das relações sociais para, enfim, promover um direito que atenda aos anseios de uma comunidade e não apenas constitua uma letra morta da lei.

Fecha-se esse parêntese sociológico jurídico com a sensação de que a realização de uma sociedade digna, justa e igualitária depende, fatalmente, do direito que lhe é proposto e aplicado.

3.6 O princípio da dignidade da pessoa humana e sua realização nos Direitos Fundamentais

Primeiramente, deve-se compreender que o princípio da dignidade humana e os direitos fundamentais possuem uma relação indissociável a ponto que mesmo nas ordens normativas, em que a dignidade não recebeu referência expressa, não é possível deixar de notá-la como condição de valor informadora do ordenamento. Haja vista que, nesse princípio, estão reconhecidos e assegurados os direitos fundamentais.

Desse modo, a dignidade da pessoa na condição de princípio fundamental atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais, exigindo o cumprimento, reconhecimento e proteção de todos esses direitos.

Assentado nessa linha, SARLET⁷⁶ depreende dos direitos fundamentais, simultaneamente, características de pressuposto e concretização direta da dignidade da pessoa humana.

Com efeito, quando se verificam os direitos fundamentais *in loco*, detecta-se uma indissociável adstrição entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os referidos direitos.

Para tanto, pode-se fazer referência ao direito de liberdade, pois sem o mesmo não há dignidade ou, pelo menos, esta não estará assegurada.

Consoante a essa idéia, em decisão⁷⁷ sobre prisão em alienação fiduciária já se decidiu:

A liberdade é o maior bem da vida, por isso mesmo sobrepairá ao interesse pecuniário de qualquer credor. Só em último caso deve-se prender o cidadão comum, que confia sua própria liberdade ao credor, fortalecido pela lei para explorar atividade econômica considerada útil ao desenvolvimento do País.

No que toca ao direito geral de igualdade também se encontra uma inter-relação com a dignidade da pessoa humana. Nesse entendimento, a Declaração Universal da ONU consagrou: “Todos os seres humanos são iguais em dignidade e direitos”. Portanto, constitui-se pressuposto necessário o tratamento isonômico, a fim de concretizar e garantir a dignidade da pessoa humana. Conseqüentemente, não é aceitável nenhum tipo de discriminação por motivo racial, sexual, religioso, bem como tratamento desigual àqueles em situações equivalentes, ou tratamentos degradantes ao indivíduo.

Observa-se, também, a ligação entre a dignidade da pessoa humana e o direito de proteção à integridade física e emocional de todo indivíduo. Os

⁷⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na CF/88*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 88.

⁷⁷ Des. Cristiano Graef Júnior, in RJTJRGS volume 77, 2006, p. 143.

ordenamentos jurídicos, reconhecendo a proteção à dignidade da pessoa humana, proíbem a tortura e qualquer tipo de ato que venha causar danos psíquicos ou corporais indiscriminadamente.

A Corte Européia dos Direitos do Homem determina no art. 5o, XLIX, da C. R.: "é assegurado aos presos respeito à integridade física e moral".

Com efeito, PAVIA⁷⁸ correlaciona a dignidade da pessoa humana aos direitos de personalidade:

O princípio da dignidade engendraria, portanto, os direitos conectos àquilo que constitui a qualidade do ser humano no homem. Ele seria assim o direito ao respeito do ser humano desde o começo da vida e o direito ao respeito de sua vida e de seu corpo, do qual deduzimos a inviolabilidade, a integridade e a ausência de caráter patrimonial do corpo, de seus elementos e produtos.

Pode-se, também, desenvolver uma aproximação do direito à propriedade com a noção de dignidade, ao passo que todos possuem o direito de possuir uma moradia decente, adequada e básica para uma vida digna. Visa a salvaguardar o indivíduo na medida em que não pode ser submetido a viver em locais insalubres e degradantes, senão, restaria comprometida a garantia constitucional da dignidade da pessoa humana.

No campo contratual, o respeito às condições mínimas de vida também tem aplicação. Segundo a teoria alemã dos "limites do sacrifício", os contratos não precisam ser cumpridos quando sua execução leva a gastos excessivos não previstos, o que terá maior razão de ser quando o adimplemento puder dificultar a sobrevivência.

Sem menos importância, constata-se que os direitos sociais, econômicos e culturais constituem exigência e concretização da dignidade do indivíduo. Há que trazer à memória as lutas das classes trabalhadoras, em virtude das condições degradantes as quais os trabalhadores eram submetidos - locais

⁷⁸ PAVIA, Marie-Luce. *Le principe de dignité de la persona humaine: un nouveau principe constitutionnel*, in: Rémy Cabrillac/ Marie – Anne Frison-Roche/ Thierry Revet, *Droits et Libertés Fondameteax*, 4^a ed. Paris: Dalloz, 1997., p. 102.

insalubres de trabalho, sem a mínima condição de higiene, ausência de repouso semanal, jornadas infundáveis, abuso do trabalho infantil, entre outras.

É imperioso celebrar as proteções constitucionais trabalhistas, a CLT e outros dispositivos legais, que vieram a concretizar o valor à dignidade da pessoa humana, contudo, ainda hoje, verifica-se abuso.

Ante a importância dos direitos sociais, a tônica do próximo capítulo versará sobre o direito do trabalho e suas implicações nesse contexto social.

Ademais, percebe-se que o princípio da dignidade da pessoa humana constitui-se no centro referencial valorativo e unificador dos direitos fundamentais, bem como se converte em parâmetro ou mesmo limite da materialização e efetividade destes direitos, sobrepondo-se sobre eles quando necessário.

Assim, o referido princípio está no vértice do ordenamento jurídico, não só como vetor, mas também como limite, a fim de que sejam resguardados e efetivados todos os direitos fundamentais do homem.

Até o presente momento, buscou-se depurar e revelar os contornos do princípio da dignidade humana e sua relevância para o ordenamento legal. Saliou-se sua ímpar posição no vértice jurídico. Perquiriu-se a seara dos direitos humanos fundamentais e objetivou-se clarificar a noção de Estado Democrático de Direito, direitos humanos, e sua concretude ante ao princípio da dignidade humana.

Passa-se o ser humano, sem deixar a tônica central do trabalho, a examinar o direito do trabalho na proporção de efetivador da justiça social, conseqüentemente, pedra angular na efetivação do princípio da dignidade humana.

CAPÍTULO 4 – DIREITO DO TRABALHO E A JUSTIÇA SOCIAL

4.1 Evoluções históricas e os princípios norteadores

O Direito do trabalho é um ramo do direito relativamente novo, tendo, aproximadamente, 150 anos. Nasceu em meados do séc. XIX como produto do sistema capitalista, com o surgimento do trabalho subordinado, a exploração do trabalho pelo capital. Esse novo modelo de sistema econômico teve seu início no final do séc. XVIII, com a Revolução Industrial, conseqüentemente, também, com o surgimento das máquinas, principalmente, da máquina a vapor.

Com o capitalismo, surge uma nova classe econômica formada pela burguesia detentora dos meios de produção, ao passo que, paralelamente, surge uma classe trabalhadora assalariada. Dessa forma, nasce uma relação jurídica de trabalho subordinado entre o trabalhador assalariado e o detentor dos meios de produção. Vale lembrar que só é possível essa relação, haja vista que nesse período histórico capitalista, os trabalhadores deixam de possuir uma posição inferior (escravo e servo) e passam a ser livres e assalariados.

Ao lado do capitalismo surge também um novo conjunto de idéias, uma nova ideologia – o liberalismo, fruto da Revolução Francesa, no final do séc. XVII. Essa ideologia, basicamente, é formada de três postulados.

Primeiramente, nasce o conceito de individualismo, em que o indivíduo passa a ser o centro da sociedade. Dessa forma, opõe-se a idéia de coletividade e corporações, que visa a não manter o homem, na sua individualidade, na posição de cerne da sociedade.

Em segundo lugar, temos igualdade formal, em que todos os indivíduos são iguais perante a lei, não havendo diferença entre burguesia e proletariado.

Como terceiro postulado, e derradeiro, têm-se o contratualismo, em que os cidadãos, sendo iguais perante a lei, possuem a prerrogativa de regularem suas relações jurídicas por meio dos contratos. Assim, podem manifestar suas vontades individuais, de forma que o Estado não interfira nas suas relações de trabalho, constituindo-se numa relação exclusivamente privada.

A relação de trabalho, portanto, é regulada via contrato de trabalho individual, haja vista as condições formais paritárias entre os contratantes, burguesia e trabalhador assalariado. Todavia, ocorre que a igualdade formal, perante a lei, se distancia em muito da igualdade material, existindo, portanto, uma evidente desigualdade de forças entre os contratantes.

Nesse contexto, presencia-se uma exploração latente do capitalista em relação ao trabalhador subordinado humano. O trabalhador, na maioria das vezes desempregado, passava a depender dos detentores dos meios de produção, sujeitando-se às mais humilhantes condições de trabalho dentro das fábricas e minas de carvão. Prestava serviços em condições insalubres, sujeito a incêndios, explosões, intoxicações por gases, inundações, desmoronamentos, prestando serviços por baixos salários e sujeito a várias horas de trabalho.

Diante desses fatos, surgem reações contra os postulados do liberalismo e a exploração do trabalho humano, e uma necessidade da intervenção estatal nas relações do trabalho. Despontam teorias socialistas como as de Robert Owen (1771-1858), Charles Fourier (1772-1837) e de Karl Marx (1818-1883). Movimentos sindicais operários, e até a própria Igreja, despertam para os problemas dos trabalhadores, editando encíclicas papais, *Rerum Novarum*, *Quadragesimo Anno*, *Divini Redemptoris* e *Mater et Magistra*, todas de conteúdos em prol de direitos aos trabalhadores e da dignidade humana, como visto anteriormente.

Alinhado nessa idéia, MARTINS⁷⁹ preconiza:

[...] verifica-se que o patrão era o proprietário da máquina, detendo os meios de produção, tendo, assim, o poder de direção em relação ao trabalhador. Isso já mostrava a desigualdade a que estava submetido o trabalhador, pois este não possuía nada. Havia, portanto, a necessidade de maior proteção ao trabalhador, que se inseria desigualmente nessa relação.

⁷⁹ MARTINS, Sergio Pinto, *Direito do Trabalho*, 16^a ed., São Paulo: Atlas, 2002, p.36

Passa, portanto, a haver um intervencionismo do Estado, principalmente para realizar o bem estar social e melhorar as condições de trabalho. O trabalhador passa a ser protegido juridicamente e economicamente.

Como resultado da chamada “questão operária”, emerge uma nova especialidade na Ciência do Direito: O Direito do Trabalho.

Paralelamente, diante às explorações, os trabalhadores passam a reunir-se em fábricas e indústrias, iniciando-se, assim, o associativismo, que consistia no vislumbre de uma classe mais forte e unida contra os burgueses. Contudo, esse associativismo, à época, era considerado crime de conspiração contra o Estado.

Em virtude das constantes pressões, a partir de 1830, os Estados europeus começaram a revogar as leis que censuravam as associações de trabalhadores. Dessa forma, em meados de 1850, os Estados passam a reconhecer a existência de sindicatos e a liberdade sindical para que, por meio desse instituto jurídico, pudessem-se representar interesses coletivos, de grupos, classes e categorias de trabalhadores. Nasce, aqui, o conceito de autonomia privada coletiva, na qual existe uma vontade coletiva privada que expressa-se através de um ente privado, qual seja, o sindicato⁸⁰.

Nesse contexto, desenvolvem-se os contratos coletivos de trabalho, nos quais as partes contraentes são categorias profissionais, representadas pelos sindicatos. São criadas as primeiras regras de proteção à jornada de trabalho, proteção do trabalho do menor e da mulher.

Por outro lado, mesmo com o advento de regras que visavam a proteção dos trabalhadores, as explorações continuavam. Diante dessas adversidades, o proletariado começou a buscar força em movimentos paredistas, ou seja, via greve coletiva. Esse movimento ensejava a paralisação coletiva dos empregados das fábricas na busca por melhores condições de trabalho.

⁸⁰ SIQUEIRA NETO, José Francisco, *Direito do trabalho e democracia: apontamentos e pareceres*, São Paulo: LTr,1996,p. 161. No seara sindical Siqueira assevera: “capacidade de representação dos interesses das respectivas categorias, capacidade para celebrar acordos normativos, capacidade para eleger ou designar os representantes da respectiva categoria; capacidade para colaborar com o Estado como órgão técnico e consultivo, e capacidade de impor contribuições a todos aqueles que participassem das respectivas categorias.”

O movimento de greve enseja numa suspensão coletiva, temporária e pacífica, total ou parcial, das atividades de trabalho, em que há, necessariamente, uma fase preparatória, numa tentativa de negociação à luz do art. 2º e seguintes da Lei n. 7.783/89.

O referido movimento foi reconhecido por lei em alguns Estados europeus na segunda metade do século XIX, entretanto, só mais tarde no Brasil.

Assim, diante de tantas transformações, nasce o direito coletivo do trabalho, que visa a estudar: os contratos coletivos de trabalho, a instauração dos sindicatos e o direito de greve.

Por fim, cumpre acentuar alguns eventos que contribuíram decisivamente para o desenvolvimento e implemento do Direito do Trabalho:

➤ As idéias socialistas de Robert Owen (1771-1858), de Charles Fourier (1772-1837) e de Karl Marx (1818-1883). Destacam-se Marx e Engels, que formularam o Manifesto Comunista, em que propuseram a extinção da sociedade capitalista, o fim da exploração do trabalho humano pelo capital.

➤ As encíclicas papais, *Rerum Novarum*, *Quadragesimo Anno*, *Divini Redemptoris* e *Mater et Magistra*. Relevante a contribuição da Encíclica *Rerum Novarum*, de 1891, Papa Leão XIII, que tinha o intuito de defender a dignidade do trabalho e a sua valorização.

➤ Tratado de Versalles, prevendo a criação da Organização Internacional do Trabalho - OIT (1919), a qual visava ao consenso social mundial sobre as questões relativas ao trabalho.

➤ O chamado *constitucionalismo social*, que consistiu na tendência de vários países em incorporarem em seus textos constitucionais várias normas sobre a organização do trabalho e proteção de direitos e garantias dos trabalhadores.

Superadas as questões históricas trabalhistas, em uma apertada síntese, podem-se dividir os princípios pertinentes ao âmbito do direito do trabalho em três espécies, coincidentemente, os mais lembrados e estudados pelos doutos doutrinadores, quais sejam: o princípio da proteção do trabalhador; da irrenunciabilidade de direitos; e da primazia da realidade;

O princípio da proteção do trabalhador visa a equilibrar a relação empregatícia, dar amparo ao trabalhador e conferir alguma primazia jurídica ao empregado, haja vista não possuir, na sua maioria, a primazia econômica ante ao poderio econômico do empregador.

Esse princípio desdobra-se e materializa-se no axioma *In dubio pro operario*; na aplicação da norma mais favorável; e na condição mais benéfica.

O primeiro significa que em caso de dúvida na solução de conflitos, deve-se interpretar favoravelmente ao empregado. Contudo, esse princípio não tem uma aplicação integral no processo do trabalho, haja vista que deve verificar, primeiramente, a quem cabe o ônus da prova no caso concreto, conforme arts. 333, do CPC, e 818, da CLT.

Em contrapartida, a aplicação da norma mais favorável consiste em que, havendo várias normas a serem aplicadas numa escala hierárquica, deve-se aplicar a norma mais favorável ao trabalhador, exceto no caso de normas proibitivas.

Já a condição mais benéfica ao trabalhador diz respeito à regra do direito adquirido (art. 5º, XXXVI). Assim sendo, uma vez que o trabalhador conquiste certas vantagens, essas não podem ser suprimidas ou modificadas em prejuízo daquelas já adquiridas.

De outra forma, o princípio da irrenunciabilidade de direitos objetiva a proibição jurídica do empregado em abrir mão de uma ou mais vantagens concedidas pelo Direito Trabalhista em seu benefício. Dessa forma, a renúncia de direitos trabalhistas num contrato de trabalho é nula, salvo em situações especiais, previstas expressamente em lei.

Por fim, tem-se o princípio da primazia da realidade⁸¹, em que, no caso de haver discrepância entre fato real da relação empregatícia e o que consta nos documentos formais de regulação da respectiva relação, deve-se privilegiar a realidade em detrimento da estrutura formal empregada.

⁸¹ MARTINS, Sergio Pinto, *Direito do Trabalho*, 16 ed., São Paulo: Atlas, 2002, p.79. Exemplifica: “Por exemplo, se um empregado é rotulado de autônomo pelo empregador, possuindo contrato escrito de representação comercial com o último, o que deve ser observado realmente são as condições fáticas que a existência do contrato de trabalho.”

4.2 Aspectos conceituais e sua instrumentalidade

O Direito do Trabalho, de maneira simplista, pode ser visto como ramo da ciência jurídica que visa a regular a relação de emprego, trabalho subordinado, e as situações análogas, bem como a aplicação de medidas, no intuito de dar uma efetiva proteção ao trabalhador. Entende-se por situações análogas aquelas relações de emprego semelhantes ao trabalho subordinado, como dos domésticos, avulsos, dos temporários e pequenos empreiteiros.

Contudo, o Direito do Trabalho há de ser vislumbrado como um conjunto de princípios, normas e instituições que têm por objetivo regular as relações de emprego, precipuamente do trabalho subordinado, individual e coletivo. Igualmente, possui o condão de resguardar as garantias e direitos fundamentais, como garantidor de melhores condições, a fim de oferecer soluções adequadas a possíveis conflitos trabalhistas existentes, promovendo a justiça social.

O trabalho subordinado deve ser entendido como uma relação de emprego, em que estejam presentes, necessariamente, quatro distintas características: continuidade (não eventual), subordinação (dependência do empregado ao empregador), pessoalidade (prestação de serviço a uma pessoa determinada) e onerosidade (mediante pecúnia).

A pena de lapidar o respectivo conceito aduzido anteriormente, MARTINS⁸² preleciona:

...o Direito do Trabalho é o conjunto de princípios, regras e instituições atinentes à relação de trabalho subordinado e situações análogas, visando assegurar melhores condições de trabalho e sociais ao trabalhador, de acordo com as medidas de proteção que lhe são destinadas.

Por outro lado, NASCIMENTO⁸³ assevera:

⁸² MARTINS, Sergio Pinto, *Direito do Trabalho*, 22. ed., São Paulo: Atlas, 2002, p.16.

⁸³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro, *Curso de Direito do Trabalho*, 11. ed., São Paulo: Saraiva, 1995, p. 107.

Direito do trabalho é o ramo da ciência do direito que tem por objeto as normas jurídicas que disciplinam as relações de trabalho subordinado, determinam os seus sujeitos e as organizações destinadas à proteção desse trabalho, em sua estrutura e atividade.

No campo da instrumentalidade do Direito do Trabalho, deve-se “pensar o direito” como mecanismo de luta para a realização da justiça social nas relações trabalhistas, em que se destina à minimização das desigualdades entre as classes trabalhadoras e empregadoras, em detrimento do desenvolvimento desenfreado da produção econômica. Dessa maneira, poderá haver uma valorização do trabalho e respeito à dignidade do trabalhador, em contraposição ao exercício do poder econômico, como meio de exploração da massa não detentora dos meios de produção, situação típica do capitalismo.

Com reserva, deparamo-nos com a árdua tarefa que cerca a definição do que vem a ser “justiça social”, em face da alta carga axiológica que dá o tom de justiça. Sem demora, é bastante razoável pensar a justiça partindo de certa idéia de igualdade.

PERELMAN⁸⁴ anda nessa trilha, acentuando:

A noção de justiça sugere a todos, inevitavelmente, a idéia de certa igualdade. Desde Platão e Aristóteles, passando por Santo Tomás, até os juristas, moralistas e filósofos contemporâneos, todos estão de acordo sobre este ponto.

E é exatamente sobre o prisma da igualdade que o Direito do Trabalho tem sentido como instrumento para a concretização da justiça, no anseio de igualar os desiguais, e não apenas assegurar a igualdade formal “celebrada” no direito positivo.

PERELMAN⁸⁵ continua:

⁸⁴ PERELMAN *apud* MAIOR, 2000, p. 88.

⁸⁵ *Ibidem*, p.5

Se queremos que a regra de justiça possa guiar-nos efetivamente, cumpre, portanto, formulá-la de maneira que ela nos indique, não como tratar seres que não diferem um do outro por nenhuma propriedade, mas como tratar seres que não são idênticos, ou seja, iguais em todos os pontos de vista.

Na procura da concretização e instrumentalização do Direito do Trabalho, na efetiva luta da justiça social, evidenciam-se a constitucionalização das normas protetivas do trabalho e a normatização de seus princípios fundamentais, a fim de que se consubstanciem em diretrizes para demais normas infraconstitucionais.

Não resta dúvida que foi nesse intento que o princípio da justiça social foi normatizado na Constituição Federal, art. 193 da CF, tendo como basilar a valorização do trabalho.

Uma vez incorporadas essas premissas básicas, a sociedade não pode aceitar, em detrimento da crise econômica e do desemprego, uma flexibilização do trabalho, que vise à extinção de direitos trabalhistas. Por seu turno, na mesma medida, não deve coadunar com ações governamentais que visem à desregulamentação da legislação trabalhista, em benefício da autonomia contratual.

Convém lembrar, em derradeiro, SOUTO MAIOR⁸⁶, que postula:

Se a crise econômica, ainda que verdadeira, aparece como um obstáculo sério à conscientização social, quanto ao caráter distributivo do direito do trabalho e fator de justiça social, o único meio de opor-se a tal argumento é a ideologia que demonstre a importância da justiça social, para que a própria sobrevivência da humanidade, apoiando-se na idéia de que tudo que se pretende fazer é possível, como na parábola cristã em que Jesus deu de comer a 5.000 homens com 5 pães.

Assim, tem-se o Direito do Trabalho como uma ideologia, em que a sociedade e o Estado, norteados em seus preceitos e princípios, possam lutar por um direito democrático, igualitário e, acima de tudo, justo.

⁸⁶ MAIOR, Jorge Luiz Souto, *O direito do trabalho como instrumento de justiça social*, São Paulo: LTr, 2000, p.89.

Capítulo 5 - Portador de Deficiência e o Mercado de Trabalho – art. 93 da lei 8213/1991

5.1 – A proteção constitucional do Portador de Deficiência e sua relação com a dignidade humana e o Direito Fundamental ao Trabalho – uma análise axiológica e normativa.

A questão do portador de deficiência desenvolveu-se, consideravelmente, nos períodos de pós-guerra, 1ª e 2ª, em que cresceram o número de deficientes em virtude dos ferimentos de guerra. O saldo à época foi assustador. Corroboram a esse entendimento os comentários de ARAUJO⁸⁷ que anota:

Um importante divisor de águas para o estudo da proteção das pessoas portadoras de deficiências foi a ocorrência das duas guerras mundiais, o que fez aumentar, desgrazadamente, o número de pessoas portadoras de deficiência de locomoção, de audição e de visão.

De outro modo, visto por um viés histórico, vale salientar que nos tempos primitivos os deficientes eram tidos como inúteis para a guerra, para o trabalho, sendo, simplesmente, descartáveis. Na Grécia antiga, aqueles considerados disformes eram lançados do cume do Taígeto (2.400 metros). Em Roma, a lei das XII Tábuas selava o destino dos considerados “monstruosos”: eram mortos imediatamente ao nascerem⁸⁸.

Felizmente, a barbáries foram deixadas para traz, entretanto, os rastros de discriminação e preconceito quanto às pessoas portadoras de deficiência salta aos olhos da sociedade atual. Essas pessoas são classificadas e vistas na medida de suas deficiências. São simplesmente rotuladas. Aquele que possui problema de locomoção é um “aleijado”, o que não vê é “ceguinho” e assim por diante.

⁸⁷ ARAUJO, Luiz Alberto David. BRASIL. Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência. *A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência*. 2. ed. Brasília: Corde, 1997. p. 11.

⁸⁸ RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio (Coord.). *Discriminação*. São Paulo: LTr, 2000. 384 p. – 140-141.

Entretanto, se esquecem, assim como os não-portadores de deficiência, que eles são pessoas detentoras dos mesmos direitos e, obviamente, das mesmas obrigações, contudo, por estarem em situações especiais, necessitam de uma adequação para poderem inserir-se e relacionar-se com o ambiente em vivem.

Ora, a deficiência não está na pessoa, mas sim na limitação que a mesma encontra ao desenvolver suas atividades no meio social.

Como aduz o artigo de Sebastião Geraldo de Oliveira, na obra organizada por RENAULT e VIANA⁸⁹

uma tendência injusta e acomodada de considerar a deficiência como um problema do próprio deficiente, despertando mais piedade do que o desejo efetivamente de inseri-lo dignamente na comunidade.

Quando se adentra a seara trabalhista, seja no setor público ou privado, os estigmas são notadamente imensuráveis. O portador de deficiência, de plano, é visto como improdutivo, incapaz, não se avalia sua condição individual para o exercício de determinada função, estando o foco centrado na sua limitação, e não na transposição dos obstáculos.

PASTORE⁹⁰ alerta sobre esse tipo de sociedade:

... as percepções que se formam a respeito da potencialidade das pessoas com necessidades especiais não são nada favoráveis: os não portadores, os grupos comunitários e os próprios empresários tendem a subestimar a potencialidade daquelas pessoas.

Diante desse cenário, a Constituição de 1988, inspirada na Declaração dos Direitos das Pessoas com Deficiência da Assembléia Geral da ONU⁹¹, trouxe

⁸⁹ *Ibidem*, p. 141.

⁹⁰ PASTORE, José. Oportunidades de trabalho para portadores de deficiência. São Paulo: LTr, 2000. p.14.

⁹¹ Declaração dos Direitos das Pessoas com Deficiência - Art. 3º - As pessoas portadoras de deficiência têm o direito inerente de respeito por sua dignidade humana. Qualquer que seja a origem, natureza e gravidade de suas deficiências, os seus portadores têm os mesmos direitos fundamentais que seus concidadãos da mesma idade, o que implica, antes de tudo, o direito desfrutar uma vida decente, tão normal e plena quanto possível.

em seu bojo vários dispositivos de proteção e promoção das pessoas deficientes e de não-discriminação.

Primeiramente, convém, antes mesmo de verificar as previsões expressas concernentes à proteção da pessoa portadora de deficiência, desnudar o espírito do constituinte no que toca à promoção da pessoa humana e a não-discriminação.

Nesse intento, alguns artigos são essenciais para declarar a teleologia da Carta Magna.

O art. 1º da CF/88, analisado no capítulo anterior, declara o princípio da dignidade humana como fundamento da República Federativa do Brasil. Restou demonstrada, no estudo sobre a dignidade humana, a preocupação do Estado em valorizar o ser humano, vedando qualquer forma de aviltamento e desvalorização de qualquer agente parte integrante da sociedade. Asseverou o ensaio a necessidade de promover as condições mínimas de vida digna.

Vale aqui repisar a noção de dignidade estabelecida por SARLET⁹²:

a qualidade intrínseca e distinta 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 todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições 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.

Do conceito extraído acima podem-se inferir duas verdades: a indissociável relação entre a necessidade de proteção ao portador de deficiência e a promoção da dignidade humana; e que esta perfaz o conteúdo mínimo dos direitos humanos fundamentais⁹³. Não há outro modo de pensar.

⁹² SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na CF/88*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 60.

⁹³ COSTA, Sandra Morais de Brito. *Dignidade humana e pessoa com deficiência: aspectos legais trabalhistas* – São Paulo: LTR, 2008. p. 35.

Sobre o primeiro primado, é luminoso o sentido de que sem proteção e promoção dos deficientes não há que falar em dignidade. Dessa forma, ante as limitações desses, conseqüentemente, o Estado e a sociedade, por meio de ações afirmativas⁹⁴, devem propiciar as condições mínimas adequadas para o referido grupo inserir-se na sociedade de modo satisfatório e digno e ter seus direitos fundamentais efetivados.

Em conseqüente, tem-se a segunda verdade – a dignidade só estará presente se houver efetivado o conteúdo mínimo dos direitos fundamentais.

Noutro momento da presente pesquisa, foi abordada a questão dos direitos fundamentais, importa agora, ressaltar a questão do Direito Fundamental do Trabalho como forma de garantir a dignidade humana dos portadores de deficiência.

Às vistas do acesso ao mercado de trabalho pelo portador de deficiência, compreende-se que o trabalho entrelaça-se com a própria noção de vida. O indivíduo necessita do trabalho para sobreviver autonomamente. E não é diferente quando o ponto de partida é a pessoa com deficiência. Ora, esta, uma vez parte integrante da sociedade, é merecedora das oportunidades de emprego, para que, com o fruto de seu trabalho, possa viver de uma forma digna.

ARAUJO⁹⁵ sentencia que

a pessoa portadora de deficiência, quer mental (quando possível), quer física, tem direito ao trabalho, como qualquer indivíduo. Nesse direito está compreendido o direito à própria subsistência, forma de afirmação social e pessoal do exercício da dignidade humana.

⁹⁴ FONSECA, Ricardo Tadeu Marques. *O trabalho da pessoa com deficiência e a lapidação dos direitos humanos: o direito do trabalho, uma ação afirmativa*. São Paulo: LTr, 2006, p. 185. As ações afirmativas são... medidas que visam à implantação de providências obrigatórias ou facultativas, oriundas de órgãos públicos ou privados, cuja finalidade é a de promover a inclusão de grupos notoriamente discriminados, possibilitando-lhes o acesso aos espaços sociais e a fruição de direitos fundamentais, com vistas à realização da efetiva igualdade constitucional.

⁹⁵ ARAUJO, Luiz Alberto David. BRASIL. Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência. *A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência*. 2. ed. Brasília: Corde, 1997, p. 47

Portanto, o portador de deficiência, obrigatoriamente, tem de possuir a faculdade de exercer uma atividade útil para si, para sua família e para a sociedade.

Não obstante, é verdade que, para isso ser possível, o Estado deve atuar de modo a promover as condições de acesso ao mercado de trabalho. Sobre esse ponto, em momento oportuno, tratar-se-á das ações afirmativas na busca pela inserção do portador de deficiência no mercado de trabalho, mais detidamente sobre o sistema de cotas, previsto no art. 93 da lei 8213. /91.

Com efeito, ainda, cabe anotar que o Estado não deve direcionar suas ações de forma “assistencialista”, mas demonstrar a inclusão do deficiente no mercado de trabalho como algo produtor para o corpo social, livre do estereótipo que figura a pessoa com deficiência como alguém incapaz, ineficiente e improdutivo, digno, tão somente, de caridade.

Com propriedade, FONSECA⁹⁶ assinala:

Busca, portanto, a inclusão no mercado de trabalho, inclusão produtiva, operosa, o que implica a necessidade de um profundo questionamento acerca da forma de inserção, a qual acarretará, sem sombra de dúvida, uma revisão paradigmática cultural sobre o estereótipo normalmente atribuído às pessoas com deficiência, o qual as desqualifica para o trabalho, sujeitas, a priori, à ótica da assistência social. O estereótipo em questão desconhece as potencialidades produtivas inerentes a qualquer pessoa com deficiência. Trata-se, assim, de limarem-se os arraigados elos do milenar paradigma da caridade excludente, e, assim, assumirem-se novas concepções, inaugurando rumos que descortinam a cidadania inclusiva.

Continuando, nesse diapasão principiológico, a mesma carta consagrou no art. 3º, inc. IV o princípio da não-discriminação, em que visa à promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação como um dos objetivos basilares do Estado.

⁹⁶ FONSECA, Ricardo Tadeu Marques. *O trabalho da pessoa com deficiência e a lapidação dos direitos humanos: o direito do trabalho, uma ação afirmativa*. São Paulo: LTr, 2006, p. 208.

Ainda, preconizou o art. 5º o princípio da igualdade: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade.”

O princípio da não-discriminação⁹⁷, acima apontado, conseqüentemente, decorre do princípio da igualdade.

No entanto, não se pode olvidar que para evitar a discriminação não basta a igualdade formal prevista no texto indicado, tem-se que efetivar a igualdade material – que implica o reconhecimento positivo das diferenças. Nesse ponto, vale ressaltar que a discriminação proibida é, e tão só, a que for ilegítima, que não possui uma razão lógica para tal tratamento diferenciado.

GOLFARB⁹⁸ pondera que a discriminação não pode ser tolerada quando for gratuita ou fortuita, ou seja, sem qualquer adequação entre o tratamento diferenciado e a sua razão.

Entretanto, certamente, para os portadores de deficiência, o princípio da igualdade, bem como o da não-discriminação, só terá sentido se forem realizadas as condições sociais adequadas para quebra da igualdade formal ante as diferenças.

Nesse sentido, ARAUJO⁹⁹ trabalha:

⁹⁷ VILLELA, Fábio Goulart. *Estudos temáticos de Direito do Trabalho para a Magistratura e Ministério Público*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 69. Leciona que (...). A discriminação pode ser classificada em direta e indireta. A discriminação direta corresponde à adoção de disposições gerais que estabelecem distinções fundamentais em critérios proibidos. É de fácil caracterização e percepção. Como exemplos, podemos citar a vedação expressa de contratação de negros, portadores de deficiência, homossexuais, praticantes de determinada religião (...) A discriminação indireta corresponde à adoção de disposições gerais aparentemente neutras, mas que, na realidade, criam desigualdades em relação a pessoas que têm as mesmas características. É a discriminação dissimulada. Pode ser imperceptível até mesmo às pessoas que estão sendo discriminadas. Como exemplos, podemos citar a utilização de critério meramente subjetivo (entrevista) para a seleção de candidatas a emprego, quando pessoas altamente qualificadas deixam de ser contratadas por razões discriminatórias;

⁹⁸ GOLFARB, Cibelle Linero. *Pessoas portadoras de deficiência e a relação de emprego: o sistema de cotas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 112.

⁹⁹ ARAUJO, Luiz Alberto David. BRASIL. Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência. *A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência*. 2. ed. Brasília: Corde, 1997, p. 45.

A igualdade, desta forma, deve ser a regra mestra de aplicação de todo o entendimento do direito à integração das pessoas portadoras de deficiência. A igualdade formal deve ser quebrada diante de situações que, logicamente, autorizam tal ruptura. Assim, é razoável entender-se que a pessoa portadora de deficiência tem, pela sua própria condição, direito à quebra da igualdade, em situações das quais participe com pessoas com deficiência. Assim sendo, o princípio da igualdade incidirá, permitindo a quebra da isonomia e protegendo a pessoa portadora de deficiência, desde que a situação logicamente autorize.

É óbvio que não basta oferecer um tratamento diferenciado ao portador de deficiência, esse deve ser, além de diverso, um mecanismo que possibilite uma adequação a aquele quando inserido no trato social.

Nessa sintonia, FONSECA¹⁰⁰ trata da noção de sociedade inclusiva:

(...) em que constrói condições de acolhimento de todos, vindo na direção das demandas inerentes às diversidades. A remoção de barreiras arquitetônicas, a adequação de transporte público, as políticas de ação afirmativa estimulando contratações para o trabalho... em favor de atrair eficazmente todos os grupos sociais, que abandonam, então, os “guetos institucionais” e passam a conviver em todos os espaços públicos.

Por fim, vê-se que o espírito do constituinte de 1988 foi fundar o novo ordenamento constitucional brasileiro nos princípios da dignidade humana e da igualdade, com o objetivo de promover uma sociedade inclusiva, mais justa, participativa e igualitária. Certamente, uma sociedade fundada nesses princípios será multifacetária e inclusiva, *garanti* e propulsora da efetiva participação dos indivíduos/agentes sociais, reconhecendo e celebrando o potencial pertinente a cada um, estabelecendo um Estado Democrático de Direito.

Com efeito, a pessoa portadora de deficiência deve ser enxergada como parte integrante/ativa da sociedade, com indelével direito à inserção no mercado de trabalho, capaz de dar frutos e, reconhecidas suas limitações, promovida às

¹⁰⁰ FONSECA, Ricardo Tadeu Marques. *O trabalho da pessoa com deficiência e a lapidação dos direitos humanos: o direito do trabalho, uma ação afirmativa*. São Paulo: LTr, 2006, p. 153.

adequações sociais pertinentes, para que possa desenvolver suas potencialidades. Assim, o chamado deficiente, se inserido num contexto adequado, será tão eficiente ou mais que os chamados “normais”.

Vale lembrar, o italiano Andrea Boccelli que embora seja deficiente visual é considerado um dos mais renomados tenores do mundo. Resta-nos evidente que qualquer que seja a limitação – física, sensorial ou mental – ela não se figura como sinônimo de ineficiência, pelo contrário, será muito produtora se vencidos os preconceitos sociais.

Dado a lume as concepções principiologicas-jurídicas, em verdade, mais axiológicas que normativas, da Constituição Federal de 1988, ocupar-se-á agora dos dispositivos expressamente elencados na Lei Maior que objetivam a proteção do deficiente físico.

Passando-se, então, a uma análise do art. 7º da CF de 1988, no inc. XXXI que preconiza “a proibição de qualquer tipo de discriminação no tocante a salários e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência”, enleva-nos, a perspectiva do legislador, em reafirmar os princípios da igualdade material e da não-discriminação.

MELO¹⁰¹ lendo Rubens Valteciides Alves, vaticina que

(...) diante dessa sistematização de normas constitucionais, podemos obter o que se chamaria de tríplice proteção constitucional, ou melhor dizendo liberdade, igualdade e não discriminação no trabalho, efetivando uma tutela jurídica aos “deficientes físicos”, que não foram “adjetivados” pelo legislador constituinte em suas diversas naturezas e graus de manifestações nos textos magnos.

Importa verificar as habilidades da pessoa com deficiência, avaliar sua competência para o exercício da atividade, e primar pela habilitação para o emprego que está pleiteando, fazendo, assim, valer a regra da isonomia material.

¹⁰¹ MELO, Sandro Nahmias. *O direito ao trabalho da pessoa portadora de deficiência: ação afirmativa : o princípio constitucional da igualdade*. São Paulo: LTr, 2004, p. 71.

Assim, visa a patentear que portador de deficiência, igualmente, faz jus aos direitos trabalhistas, melhor, é detentor do mesmo rol de direitos fundamentais.

Ainda, o art. 23, inc. II, da mesma carta atribui competência comum material à União, Estados, Municípios e Distrito Federal de: “cuidar da saúde e assistência pública, de proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência”.

Aqui cabem os ensinamentos de ARAUJO¹⁰²

Tratando-se de competência comum (e não concorrente, onde as regras estão estabelecidas), pode-se entender que há uma responsabilidade solidária entre os entes políticos União Federal, Estados Membros, Distrito Federal e Municípios, no tocante às prestações necessárias para a proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência. Ora, sendo competência comum, qualquer dos órgãos políticos se torna responsável pelo cuidado e garantia constitucionalmente determinados.

Já, o art. 24, inc. XIV atribui competência concorrente a União, Estados, Municípios e Distrito Federal para legislar sobre: “proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência”. Tal preconização traduz a vontade do constituinte de atribuir à União a competência de legislar sobre normas gerais no que toca ao tema em tela, cabendo aos Estados Membros a elaboração de normas mais específicas, atendendo suas peculiaridades. Caso haja omissão da legislação federal, esses entes federativos passarão a ter competência plena para legislar sobre a temática e eventual superveniência de lei federal sobre normas gerais, acarretará a suspensão dos efeitos das respectivas normas estaduais, evitando, assim, qualquer antinomia entre as mesmas. Entendimento extraído do art. 24, parágrafos, 1º, 2º, 3º e 4º da Constituição Federal de 1988.

Destarte, o art. 37, inc. VIII assevera que a lei reservará um percentual de cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência.

¹⁰² ARAUJO, Luiz Alberto David. BRASIL. Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência. *A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência*. 2. ed. Brasília: Corde, 1997, p. 97.

Por sua vez, o art. 40, § 4º, inserido pela Emenda Constitucional 47/2005, veda a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadorias aos servidores, ressalvados, nos termos da lei complementar, os casos de servidores portadores de deficiência.

De outro modo, o art. 203, inc. IV e V, da carta em comento, assinalam, *in verbis*:

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

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

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

Acerca do art. 203 ARAUJO¹⁰³ preconiza:

Dois são os benefícios do artigo 203. O primeiro, referente à habilitação, entendida como o direito de obter preparo para o trabalho, para o lazer e para a educação. A habilitação deve ser ministrada àquelas pessoas portadoras de deficiência, que necessitam de treinamento para ingressar na vida social, ou, mesmo, que do mesmo necessitem para diminuir sua dificuldade de integração. A educação especial, as oficinas protegidas de trabalho e o tratamento fisioterápico representam exemplos de habilitação. A reabilitação tem a finalidade de cuidar dos que, alguma vez, tiveram habilitação e à perderam por algum motivo. ... O segundo benefício constante da regra assistencial do artigo 203 se refere ao direito a uma prestação mensal, por parte da previdência social, na base de um salário mínimo, para a pessoa portadora de deficiência, que comprovar não ter condições de manter a sua própria subsistência nem de ser mantido por seus familiares.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 87.

Como se pode constatar, o art. 203 visa a garantir as condições mínimas para que o portador de deficiência possa ser integrado no seio da comunidade social.

Ademais, o respectivo artigo está intimamente ligado com a questão do acesso ao trabalho, uma vez que se não for oferecido à pessoa com deficiência o *minimum vital*, nesse caso, reabilitação médica; treinamento adequado para desenvolver suas habilidades, bem como serviços especializados para tanto; equipamentos adaptados; educação especial; esta, fatalmente estará excluída das oportunidades de trabalho. É preciso proporcionar ao deficiente os meios necessários para sua inserção/qualitativa na sociedade.

Nesse diapasão, o art. 208, inc. III estabelece: O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: “atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino”.

Infere-se, da respectiva regra constitucional, que é dever do Estado prestar a educação especial aos portadores de deficiência e, por orientação constitucional, preferencialmente, na rede regular de ensino.

Ora, contudo, é sabido que os portadores de deficiência sofrem com as restrições na seara educacional regular. Desde a falta de capacitação e preparo dos professores em lidar com as situações peculiares, a carência na estrutura física dos ambientes escolares – como falta de rampas, de banheiros apropriados e mobiliários adaptados, e até o próprio preconceito dos pares. Esse cenário reflete na não-qualificação dos deficientes, acarretando uma imensa dificuldade no momento de inserção no mercado de trabalho.

Desse modo, para se pensar na efetivação do referido princípio em comento, deve-se, primeiro, repensar a estrutura físico-didática dos estabelecimentos de ensinos atuais, para, então, almejar a integração social.

Por fim, têm-se as disposições sobre acessibilidade dos portadores dos deficientes, a saber:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à

saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 1º - O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida a participação de entidades não governamentais e obedecendo aos seguintes preceitos:

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

Art. 244. A lei disporá sobre a adaptação dos logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo atualmente existente a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência, conforme o disposto no art. 227, § 2º.

Ora, a eliminação de barreiras e obstáculos é *conditio sine qua non* para a inclusão do portador de deficiência em qualquer ambiente social em que esteja inserido, seja escolar, de trabalho, religioso, entre outros. O próprio preconceito social sofre relevante avaria quando é oferecida ao deficiente a possibilidade de transitar e relacionar-se de maneira autônoma, sem necessitar do auxílio de terceiros.

MELO¹⁰⁴ ensina que os dispositivos acima mencionados possuem:

altíssima relevância para a efetivação do direito ao trabalho das pessoas portadoras de deficiência, uma vez que possuem relação estreita com o meio ambiente de trabalho destas. Só com a remoção de barreiras físicas, além das barreiras sociais, é que, a título ilustrativo, os portadores de deficiência locomotora podem ter acesso, com dignidade, ao seu local de trabalho.

¹⁰⁴ MELO, Sandro Nahmias. *O direito ao trabalho da pessoa portadora de deficiência: ação afirmativa : o princípio constitucional da igualdade*. São Paulo: LTr, 2004, p. 73.

Ante todo o exposto, pode-se abstrair que a proteção constitucional designada ao portador de deficiência, antes de mais nada, representa um depositário de ideais e princípios: reduzir os preconceitos e discriminações, inserir o portador de deficiência de forma proativa no trabalho e na sociedade, quebrar as barreiras físicas e sociais que impedem a cidadania inclusiva destes e, por fim, salvaguardar os direitos fundamentais desse grupo em especial, de modo a oferecer um ambiente propício para sua habilitação, desenvolvimento e promoção pessoal de sua dignidade.

O ser portador de deficiência volta a sonhar no momento em que vislumbra a possibilidade de realizar-se no trabalho e provar para si, e para o mundo, que é capaz.

5.2 – Portadores de Deficiência e o Sistema de Cotas do art. 93 da Lei 8.213/1991.

5.2.1- Nomenclatura

Ao fazer-se referência aos “portadores de deficiência” depara-se com uma gama de denominações e termos referentes aos mesmos. Tanto na doutrina pátria, quanto na estrangeira encontra-se uma terminologia variada. Ademais, na própria legislação pertinente a matéria, seja nacional ou internacional, constitucional ou infraconstitucional, adotam-se nomenclaturas diversas.

FONSECA¹⁰⁵ assevera:

A denominação utilizada para se referir às pessoas com alguma limitação física, mental ou sensorial assume várias formas ao longo dos anos. Utilizavam-se expressões como “inválidos”, “incapazes”, “excepcionais” e “pessoas deficientes”, até que a Constituição de 1988, por influência do Movimento Internacional das Pessoas com Deficiência,

¹⁰⁵ FONSECA, Ricardo Tadeu Marques. *O trabalho da pessoa com deficiência e a lapidação dos direitos humanos: o direito do trabalho, uma ação afirmativa*. São Paulo: LTr, 2006, 269.

incorporou a expressão “ pessoa portadora de deficiência, que se aplica na legislação ordinária.

Há que se advertir que a questão não é meramente terminológica, haja vista que alguns termos eram, ou ainda são, utilizados erroneamente, ou até mesmo, usados de forma discriminatória ou preconceituosa.

MELO¹⁰⁶ ressalta:

é inegável a importância da questão terminológica, uma vez que o uso da linguagem imprópria, ambígua ou conflitante, na abordagem do conhecimento científico, prejudica a exposição metódica, assim como dificulta a compreensão.

Em outros tempos, era costumeiro referir-se aos deficientes como “excepcional”, “retardado”, “ceguinho”, entre outros. Observa-se, de plano, que as pessoas que possuíam determinadas limitações eram qualificadas de acordo com suas deficiências, e não por suas qualidades essenciais de seres humanos. Isso demonstrava, antes de qualquer coisa, um caráter pejorativo, discriminatório, preconceituoso. Enfatizavam-se suas deficiências.

Atualmente, a discussão pauta-se pela escolha da melhor terminologia. Fixaremos nossas digressões em duas terminologias distintas, a saber: 1 – pessoas portadoras de deficiência; 2 – pessoas portadoras de necessidades especiais.

A primeira nomenclatura foi consagrada na Constituição Federal de 1988 e na legislação pátria vigente. A celebrada terminologia traz, propositadamente, a palavra “pessoa” antes de mencionar a expressão “portador de deficiência”. O efeito perquirido pelo legislador foi o de enfatizar a questão da pessoa humana – reconhecendo-a como detentora dos direitos fundamentais – para, então, adiante, reconhecer que o referido ator detém uma limitação. Visou a destacar que malgrado possuam uma deficiência, os portadores são pessoas, e merecem um tratamento condizente a esse *status*.

¹⁰⁶ MELO, Sandro Nahmias, op. cit. p. 38.

No entanto, GOLFARB¹⁰⁷ adverte quanto à existência de fundamentos contrários à terminologia anotada. A principal crítica é realizada a partir da noção da figura do superdotado, uma vez que ele não tem qualquer deficiência na semântica de “falta” ou “ausência”, no entanto, necessita de mecanismos sociais para sua efetiva inclusão.

Entretanto, acertadamente, ARAUJO¹⁰⁸ lembra que a deficiência não se encontra no indivíduo, mas na dificuldade que o mesmo tem ao deparar-se com o meio em que vive.

Ora, quando a terminologia faz menção a palavra “deficiência” ela não quer referir-se a idéia literal de imperfeição, falta ou lacuna, mas apenas mostrar que o sujeito, em situação especial, possui certa limitação para adequar-se a um ambiente determinado. Exemplo: Uma pessoa portadora de deficiência física quanto à locomoção. Ela não é “deficiente” porque não consegue locomover-se sozinha, mas porque é “deficiente” no ato de ir e vir. Ela possui uma “deficiência” de adaptação, assim sendo, carece de ajuda - como facilitar o acesso aos logradouros públicos por meio de rampas.

Nesse sentido, MELO¹⁰⁹ assevera:

a deficiência deve ser abordada como uma questão social. A cegueira, por exemplo, não pode ser simplificada a um problema de restrições do campo visual. Ela é resultado das restrições e barreiras sociais.

Portanto, as críticas no sentido de que a referida nomenclatura se restringe a idéia de falta, ausência, lacuna, não merecem prosperar, haja vista que a palavra “deficiência”, tão somente, traz a noção de limitação e necessidade de adaptação, seja por falta ou por demasia, como no caso do superdotado.

De outra sorte, hodiernamente, começa a ganhar corpo, na doutrina e jurisprudência, o termo “portador de necessidades especiais”.

¹⁰⁷ GOLFARB, Cibelle Linero. Pessoas portadoras de deficiência e a relação de emprego: o sistema de cotas no Brasil. Curitiba: Juruá, 2008, p. 32-33.

¹⁰⁸ ARAUJO, Luiz Alberto David. BRASIL. Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência. *A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência*. 2. ed. Brasília: Corde, 1997, p. 20.

¹⁰⁹ MELO, Sandro Nahmias, op. cit. p. 42.

Os adeptos dessa terminologia comungam da perspectiva e crítica de que o uso da palavra “deficiência” infere, necessariamente, a idéia de “falta”, “carência”. E, também, salientam que o termo “deficiência” traz consigo o estigma da ineficiência, merecedor de rechaço, pois a pessoa “deficiente” inserida num contexto adequado de trabalho pode ser igual, ou mais eficiente que um paradigma não detentor de limitação. Sendo assim, a melhor nomenclatura seria a de “portador de necessidades especiais”.

D’ outro turno, a corrente anotada no parágrafo anterior é acusada de uma generalidade sistêmica, ao passo que toda pessoa pode, mesmo que transitoriamente, passar por necessidades especiais, sem que esteja, no entanto, sob o manto das proteções previstas no texto constitucional ou infraconstitucional.

Não obstante, apesar da questão terminológica mostrar-se problematizada de forma técnica, não pairam dúvidas de que o âmago da celeuma encontra-se no anseio pela transposição do conteúdo discriminatório que cerca a palavra “deficiência”. A evolução da nomenclatura dos “deficientes”, de uma forma ou de outra, sempre esteve ligada à superação de preconceitos e discriminações. Veja-se, portanto, que a verdadeira intenção é definir qual é a denominação mais politicamente correta.

Ora, não há que tentar minimizar o que não o precisa ser. A pessoa portadora de deficiência deve ser encarada, antes mesmo de suas limitações, como pessoa que merece ter sua condição reconhecida e efetivada às condições necessárias para enfrentá-las ante a sociedade, resultando na inclusão social.

MELO¹¹⁰, nessa direção, preleciona:

O adjetivo utilizado não pode se sobrepor jamais ao substantivo básico identificador da condição humana: pessoa! Em outras palavras, as deficiências jamais podem vir antes das pessoas, sob pena de, a partir daí, compor-se uma visão estereotipada das pessoas portadoras de deficiência, sendo este mais um motivo para que sejam totalmente abandonadas as qualificações pejorativas.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 43.

Ante o exposto, observando-se as diversidades de nomações, por proposição didática, e por ser a adotada pela legislação pátria, cremos ser de melhor tom a utilização da terminologia “pessoas portadores de deficiência”.

5.2.2 - Conceitos de deficiência

Ledo engano pensar que superadas as questões terminológicas ficaria menos tormentosa a tarefa de definir, ou do mesmo modo, conceituar a pessoa portadora de deficiência. Resta-nos claro que a expressão, por si só, possui sentido múltiplo, amplamente aberto, ainda mais se visto pelo prisma das várias condições que podem gerar a deficiência.

Contudo, na legislação pátria e exógena, pode-se vislumbrar o caminho para uma definição mais segura, ou menos equivocada, dos contornos do encargo ora proposto.

Diante disso, a Convenção 159 da Organização Internacional do Trabalho, em seu art. 1.1 destaca: “pessoa deficiente todas as pessoas cujas possibilidades de obter e conservar um emprego adequado e de progredir no mesmo fiquem substancialmente reduzidas devido a uma deficiência de caráter físico ou mental devidamente comprovada.”

Já o ordenamento jurídico pátrio, no art. 3º do decreto nº 914/1993, considera “pessoa portadora de deficiência aquela que apresenta, em caráter permanente, perdas ou anormalidades de sua estrutura, ou função psicológica, fisiológica ou anatômica, que geram incapacidade para o desempenho de atividades, dentro do padrão considerado normal para o ser humano”.

Ainda, a legislação brasileira, por meio do Decreto 3.298/1999, que regulamenta a lei nº 7.853/1989 - Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - explicita o conceito de deficiência e, também, traz as definições de deficiência permanente e incapacidade, *in verbis*:

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.

Também, a lei 10.098/2000 – que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências – no art. 2º, inc. III assevera: “pessoa portadora de deficiência ou com mobilidade reduzida: a que temporária ou permanentemente tem limitada sua capacidade de relacionar-se com o meio e de utilizá-lo”.

Como resta evidente, o conceito de portador de deficiência, até mesmo em termos de normas positivas, possui uma considerável elasticidade.

GOLDFARB¹¹¹ colabora:

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

¹¹¹ GOLDFARB, Cibelle Linero. *Pessoas portadoras de deficiência e a relação de emprego: o sistema de cotas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 34.

Doutrinariamente não é diferente, depreendem-se inúmeras construções conceituais.

Segundo, ainda, GOLFARB¹¹² a pessoa portadora de deficiência é:

aquela que, por possuir alguma limitação física, sensorial, mental ou múltipla, enfrenta maiores dificuldades para se inserir no mercado de trabalho e nele se manter e se desenvolver, especialmente quando comparado às pessoas que não portam tais limitações, necessitando, pois de medidas compensatórias com vistas a efetivar a igualdade de oportunidades e o acesso ao emprego.

RULLI NETO¹¹³ aduz “é considerada deficiência física a alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física.”

Conforme FERREIRA FILHO¹¹⁴ os portadores de deficiência “são aqueles que por motivos físicos ou mentais se encontram em situação de inferioridade em relação aos chamados normais.”

Ante as variadas ilações sobre a definição da pessoa portadora de deficiência, fica claro que todas elas, sem exceção, convergem para uma temática central, qual seja – limitação diante das situações de convívio social. É imperioso destacar que qualquer que seja a definição adotada, os olhares devem estar voltados para a efetivação da inclusão social. Não importa qual seja a “deficiência”, necessariamente, o conceito sempre será amplo, capaz de albergar todas as imensuráveis situações de limitação.

Desse modo, a amplitude conceitual da questão encerra não apenas limitações físicas, mentais ou sensoriais, mas também limitações sociais. Nessa visão, MELO¹¹⁵ lembra a postulação de Hugo Nigro Mazzili:

¹¹² *Ibidem*, p. 35-36.

¹¹³ RULLI NETO, Antônio. *Direitos do portador de necessidades especiais: guia para o portador de deficiência e para o profissional do direito*. São Paulo: Fiuza, 2002, p. 29.

¹¹⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira*. Saraiva: SP, 1975, v. 3, p. 78.

¹¹⁵ MELO, Sandro Nahmias. *O direito ao trabalho da pessoa portadora de deficiência: ação afirmativa : o princípio constitucional da igualdade*. São Paulo: LTr, 2004, p. 44.

O campo das deficiências tem natureza mais variada possível. Desde a subnutrição, o subdesenvolvimento, os acidentes ecológicos, os acidentes de trânsito, os acidentes do trabalho, o uso indevido de drogas, a falta de uma política pré-natal adequada – tudo isso tem contribuído para o surgimento de pessoas com acentuadas deficiências mentais, sensoriais, orgânicas, comportamentais e sociais.

Ademais, MELO¹¹⁶, ainda, oferece a seguinte proposta conceitual:

Os portadores de deficiência: são pessoas com certos níveis de limitação, física, mental ou sensorial, associados ou não, que demandam ações compensatórias por parte dos próprios portadores, do Estado e da sociedade, capazes de reduzir ou eliminar tais limitações, viabilizando a integração social dos mesmos.

Importa, por fim, deixar registrado que a conceituação da pessoa portadora de deficiência só terá sentido se realizada à luz da sensibilidade humana, a fim de enfatizar as necessidades de cada “deficiente”, seja de caráter físico, mental, sensorial, social ou inter-relacional com o meio em que vive, coadunando com os mecanismos jurídicos e políticos de proteção e inclusão social.

5.2.3 - Convenção Internacional sobre Direitos da Pessoa com Deficiência

Os 192 países integrantes da ONU, no dia 13 de dezembro de 2006, em reunião da Assembleia Geral para comemorar o Dia Internacional dos Direitos Humanos assinaram a Convenção Internacional sobre Direitos da Pessoa com Deficiência.

O referido documento entrou em vigor no dia 30 de março de 2007, com o objetivo máximo de proteger e promover a igualdade e não-discriminação das pessoas portadoras de deficiência, salvaguardando, assim, a dignidade deste

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 52-53.

grupo específico. Trata-se do único instrumento universal que versa exclusivamente sobre os direitos das pessoas com deficiência, e ainda, do primeiro tratado de Direitos Humanos do século XXI.

O texto aprovado estabelece de forma pormenorizada direitos e garantias às pessoas com deficiência. Seguem alguns:

➤ Art. 1º - Assevera o propósito máximo da Convenção, bem como traz a definição de pessoas com deficiência:

ARTIGO 1 - PROPÓSITO.

O propósito da presente Convenção é o de 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 pela sua inerente dignidade.

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas.

➤ Art. 3º - Consagra os princípios que deverão nortear a proteção, promoção e implementação dos direitos das pessoas com deficiência:

ARTIGO 3 - PRINCÍPIOS GERAIS.

A presente Convenção incorpora os seguintes princípios:

- a. O respeito pela dignidade inerente, independência da pessoa, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e autonomia individual;
- b. A não-discriminação;
- c. A plena e efetiva participação e inclusão na sociedade;
- d. O respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade;
- e. A igualdade de oportunidades;
- f. A acessibilidade;
- g. A igualdade entre o homem e a mulher; e

h. O respeito pelas capacidades em desenvolvimento de crianças com deficiência e respeito pelo seu direito a preservar sua identidade.

➤ Art. 5º - Trata sobre a questão da igualdade e da não-discriminação, vedando aos Estados Partes qualquer tipo de discriminação quanto à pessoa com deficiência.

ARTIGO 5 - IGUALDADE E NÃO-DISCRIMINAÇÃO.

1. Os Estados Partes reconhecem que todas as pessoas são iguais perante e sob a lei e que fazem jus, sem qualquer discriminação, a igual proteção e igual benefício da lei;

2. Os Estados Partes deverão proibir qualquer discriminação por motivo de deficiência e garantir às pessoas com deficiência igual e efetiva proteção legal contra a discriminação por qualquer motivo;

3. A fim de promover a igualdade e eliminar a discriminação, os Estados Partes deverão adotar todos os passos necessários para assegurar que a adaptação razoável seja provida;

4. Nos termos da presente Convenção, as medidas específicas que forem necessárias para acelerar ou alcançar a efetiva igualdade das pessoas com deficiência não deverão ser consideradas discriminatórias.

➤ Art. 6º e 7º - Versam, respectivamente, sobre a proteção da mulher e da criança portadora de deficiência, reconhecendo a hipossuficiência destes atores sociais, *in verbis*:

ARTIGO 6 - MULHERES COM DEFICIÊNCIA.

1. Os Estados Partes reconhecem que as mulheres e meninas com deficiência estão sujeitas à discriminação múltipla e, portanto, deverão tomar medidas para assegurar a elas o pleno e igual desfrute de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais.

2. Os Estados Partes deverão tomar todas as medidas apropriadas para assegurar o pleno desenvolvimento, o avanço e o empoderamento das mulheres, a fim de garantir-lhes o exercício e o desfrute dos direitos humanos e liberdades fundamentais estabelecidos na presente Convenção.

ARTIGO 7 - CRIANÇAS COM DEFICIÊNCIA.

1. Os Estados Partes deverão tomar todas as medidas necessárias para assegurar às crianças com deficiência o pleno desfrute de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, em igualdade de oportunidades com as demais crianças.

2. Em todas as ações relativas às crianças com deficiência, o que for melhor para elas deverá receber consideração primordial.

3. Os Estados Partes deverão assegurar que as crianças com deficiência tenham o direito de expressar livremente sua opinião sobre todos os assuntos que lhes disserem respeito, tenham a sua opinião devidamente valorizada de acordo com sua idade e maturidade, em igualdade de oportunidades com as demais crianças, e recebam atendimento adequado à sua deficiência e idade, para que possam realizar tal direito.

➤ Art. 9º - Destacam-se as formas de inserção qualitativa da pessoa portadora de deficiência no meio social, a fim de possibilitar às pessoas com deficiência viver com autonomia e participar plenamente de todos os aspectos da vida civil e política.

ARTIGO 9 - ACESSIBILIDADE.

1. A fim de possibilitar às pessoas com deficiência viver com autonomia e participar plenamente de todos os aspectos da vida, os Estados Partes deverão tomar as medidas apropriadas para assegurar-lhes o acesso, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, ao meio físico, ao transporte, à informação e comunicação, inclusive aos sistemas e tecnologias da informação e comunicação, bem como a outros serviços e instalações abertos ou propiciados ao público, tanto na zona urbana como na rural. Estas medidas, que deverão incluir a identificação e a eliminação de obstáculos e barreiras à acessibilidade...

➤ Art. 13 - Traz à baila a necessidade de instrumentalizar os mecanismos processuais no sentido de possibilitar o efetivo acesso às pessoas com deficiência ao Poder Judiciário, *in verbis*:

ARTIGO 13 - ACESSO À JUSTIÇA.

1. Os Estados Partes deverão assegurar o efetivo acesso das pessoas com deficiência à justiça, em igualdade de condições com as demais pessoas, inclusive mediante a provisão de adaptações processuais e conformes com a idade, a fim de facilitar seu efetivo papel como participantes diretos ou indiretos, inclusive como testemunhas, em todos os procedimentos jurídicos, tais como investigações e outras etapas preliminares.

2. A fim de assegurar às pessoas com deficiência o efetivo acesso à justiça, os Estados Partes deverão promover a capacitação apropriada daqueles que trabalham na área de administração da justiça, inclusive a polícia e o pessoal prisional.

➤ Art. 27 – Reconhece a importância do direito ao trabalho e dispõe regramentos aos Estados Partes no intuito de promover, proteger e realizar o acesso à pessoa com deficiência ao mercado de trabalho, *in verbis*:

ARTIGO 27 - TRABALHO E EMPREGO.

1. Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência de trabalhar, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. Este direito abrange o direito à oportunidade de se manter com um trabalho de sua livre escolha ou aceito no mercado laboral em ambiente de trabalho que seja aberto, inclusivo e acessível a pessoas com deficiência. Os Estados Partes deverão salvaguardar e promover a realização do direito ao trabalho, inclusive daqueles que tiverem adquirido uma deficiência no emprego, adotando medidas apropriadas, incluídas na legislação, com o fim de, entre outros:

a. Proibir a discriminação, baseada na deficiência, com respeito a todas as questões relacionadas com as formas de emprego, inclusive condições de recrutamento, contratação e admissão, permanência no emprego, ascensão profissional e condições seguras e salubres de trabalho;

b. Proteger os direitos das pessoas com deficiência, em condições de igualdade com as demais pessoas, às condições justas e favoráveis de trabalho, incluindo iguais oportunidades e igual remuneração por trabalho

de igual valor, condições seguras e salubres de trabalho, além de reparação de injustiças e proteção contra o assédio no trabalho;

c. Assegurar que as pessoas com deficiência possam exercer seus direitos trabalhistas e sindicais, em condições de igualdade com as demais pessoas;

d. Possibilitar às pessoas com deficiência o acesso efetivo a programas técnicos gerais e de orientação profissional e a serviços de colocação no trabalho e de treinamento profissional e continuado;

e. Promover oportunidades de emprego e ascensão profissional para pessoas com deficiência no mercado de trabalho, bem como atendimento na procura, obtenção e manutenção do emprego e no retorno a ele;

f. Promover oportunidades de trabalho autônomo, empreendedorismo, desenvolvimento de cooperativas e estabelecimento de negócio próprio;

g. Empregar pessoas com deficiência no setor público;

h. Promover o emprego de pessoas com deficiência no setor privado, mediante políticas e medidas apropriadas, que poderão incluir programas de ação afirmativa, incentivos e outras medidas;

i. Assegurar que adaptações razoáveis sejam feitas para pessoas com deficiência no local de trabalho;

j. Promover a aquisição de experiência de trabalho por pessoas com deficiência no mercado aberto de trabalho; e

k. Promover reabilitação profissional, retenção do emprego e programas de retorno ao trabalho para pessoas com deficiência.

2. Os Estados Partes deverão assegurar que as pessoas com deficiência não serão mantidas em escravidão ou servidão e que serão protegidas, em igualdade de condições com as demais pessoas, contra o trabalho forçado ou compulsório.

Dos preceitos acima elencados extrai-se que efetivamente a comunidade internacional preocupou-se em assegurar e promover, por meio de um instrumento normativo universal, os direitos fundamentais às pessoas com deficiência. Ademais, demonstrou mecanismos vários para que ocorra a real inserção das pessoas com deficiência na sociedade.

Por fim, resta registrar que a Convenção trata-se de um instrumento normativo vinculativo, que uma vez internalizada no âmbito jurídico dos Estados signatários, passa a ser de observância obrigatória por parte destes. A propósito, o Brasil obrigou-se à referida Convenção em 25 de agosto de 2009 por meio do decreto 6.946/2009.

5.2.4 - Os parâmetros do art. 93 da Lei 8.213/1991

Delineados os contornos que rodeiam a terminologia e o conceito das pessoas portadoras de deficiência, cumpre, neste momento, tratar das nuances que permeiam o art. 93 da Lei 8.213/1991, *in verbis*:

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 reabilitados¹¹⁷ ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção:

I - até 200 empregados.....	2%;
II - de 201 a 500.....	3%;
III - de 501 a 1.000.....	4%;
IV - de 1.001 em diante.	5%.

§ 1º A dispensa de trabalhador reabilitado ou de deficiente habilitado ao final de contrato por prazo determinado de mais de 90 (noventa) dias, e a imotivada, no contrato por prazo indeterminado, só poderá ocorrer após a contratação de substituto de condição semelhante.

§ 2º O Ministério do Trabalho e da Previdência Social deverá gerar estatísticas sobre o total de empregados e as vagas preenchidas por reabilitados e deficientes habilitados, fornecendo-as, quando solicitadas, aos sindicatos ou entidades representativas dos empregados.

¹¹⁷ PASTORE, José. *Oportunidades de trabalho para portadores de deficiência*. São Paulo: LTr, 2000. p. 94. A reabilitação é a atenção que é prestada aos portadores de deficiência, em geral, após um acidente, enquanto a habilitação é o conjunto de atividades voltadas para quem traz uma limitação de nascença e ainda para os que precisam se qualificar para desempenhar determinadas funções no mundo do trabalho.

A norma em tela foi forjada ante os princípios normativos constitucionais, já anotados anteriormente. Resulta da ação afirmativa¹¹⁸ do Estado em promover situações que permitam ao deficiente adentrar ao mercado de trabalho, concedendo-lhe oportunidade de produzir seu próprio sustento, celebrando, assim, sua dignidade.

Nessa seara, FONSECA¹¹⁹ ensina: “A norma de ação afirmativa garantindo emprego às pessoas com deficiências visa a implementar esse direito social fundamental, o direito ao trabalho, trabalho digno, respeitável.”

Sobre ação afirmativa, MELO¹²⁰ preleciona:

um conjunto de medidas estatais e privadas que adotam mecanismos de inclusão com vistas à concretização de um objetivo constitucional universalmente reconhecido – o da efetiva igualdade de oportunidades a que todos os seres humanos têm direito.

Com efeito, a normatização em relevo apresenta-se como uma ação afirmativa, produto do dirigismo estatal, fulcrada nos ideais de justiça social e igualdade material, tendo como objetivo precípua ser a mola propulsora da transmutação do assistencialismo estatal e social aos deficientes para a produtividade das pessoas portadoras de deficiência. Dessa maneira, elas, de posse do direito fundamental do trabalho, poderão alcançar as condições mínimas para uma vida digna, sem depender, exclusivamente, da compaixão dos outros.

Perfunctoriamente, pela ótica de JORGE NETO¹²¹ o dever jurídico imposto à empresa envolve: a) a obrigação da empresa em preencher certos percentuais de seus cargos com beneficiários reabilitados pelo INSS ou habilitados nas proporções indicadas (sistema de cotas); b) a existência de

¹¹⁸ FONSECA, Ricardo Tadeu Marques. *O trabalho da pessoa com deficiência e a lapidação dos direitos humanos: o direito do trabalho, uma ação afirmativa*. São Paulo: LTr, 2006, p. 227. A idéia consiste em impulsionar medidas que permitam à pessoa com deficiência avançar da condição de cidadão assistido pela sociedade para a posição de cidadão produtivo, independente, por meio de seu trabalho...

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 185.

¹²⁰ MELO, Sandro Nahmias. *O direito ao trabalho da pessoa portadora de deficiência: ação afirmativa : o princípio constitucional da igualdade*. São Paulo: LTr, 2004, p. 131.

¹²¹ (http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=166)

pessoas portadoras de deficiência, nos termos do Decreto nº 3.298/99, que regulamenta a Lei nº 7.853/89; c) as pessoas devem ser reabilitadas ou habilitadas; d) a contratação exige a aptidão para o desempenho das atribuições da função, que deve ser constatada pelo empregador.

Destarte, são beneficiárias do sistema de cotas as pessoas portadoras de deficiência, desde que habilitadas, bem como os trabalhadores reabilitados.¹²²

É mister ressaltar que para o cumprimento de cotas só serão considerados portadores de deficiência aqueles que possuem limitação para o desempenho de atividade e se enquadrarem nas categorias definidas no Decreto 3.298/1999 (alterado pelo Decreto nº 5.296/2004) e Lei 10.690/2000, a saber: deficiência física, deficiência auditiva, deficiência visual, deficiência mental e deficiência múltipla.

O art. 70 do Decreto 5.296/2004 dispõe:

Art. 4º É considerada pessoa portadora de deficiência a que se enquadra nas seguintes categorias:

I - deficiência física - alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções; (Alterado pelo DECRETO Nº 5.296 DE 2 DE DEZEMBRO DE 2004 - DOU DE 3/12/2004)

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

¹²² ARAUJO, Luiz Alberto David. BRASIL. Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência. *A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência*. 2. ed. Brasília: Corde, 1997, p. 87.

(Alterado pelo DECRETO Nº 5.296 DE 2 DE DEZEMBRO DE 2004 - DOU DE 3/12/2004)

III - deficiência visual - cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60°; ou a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores (Alterado pelo DECRETO Nº 5.296 DE 2 DE DEZEMBRO DE 2004 - DOU DE 3/12/2004)

IV - deficiência mental - funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como:

- a) comunicação;
- b) cuidado pessoal;
- c) habilidades sociais;

d) utilização dos recursos da comunidade; (Alterado pelo DECRETO Nº 5.296 DE 2 DE DEZEMBRO DE 2004 - DOU DE 3/12/2004)

- e) saúde e segurança;
- f) habilidades acadêmicas;
- g) lazer; e
- h) trabalho;

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

No que tange à questão da habilitação, GOLFARB¹²³ ressalta:

serão considerados habilitados aqueles que concluíram curso de educação profissional de nível básico, técnico ou tecnológico, ou curso superior, com certificação ou diplomação expedida por instituição pública ou privada, legalmente credenciada pelo Ministério da educação ou

¹²³ GOLFARB, Cibelle Linero. *Pessoas portadoras de deficiência e a relação de emprego: o sistema de cotas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2008, 122.

órgão equivalente, ou aquela com certificado de conclusão de processo de habilitação ou reabilitação profissional fornecido pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, e também aquelas que, não tendo se submetido a processo de habilitação ou reabilitação, estejam capacitadas para o exercício da função.

Conclui-se, portanto, que são beneficiários do sistema de cotas somente, e tão somente, os agentes portadores de deficiência que se enquadrem no rol restritivo do art. 70 do já citado decreto.

Quanto aos destinatários da lei de cotas vigente, notadamente, lhes é peculiar o fato de excluírem-se da obrigatoriedade de cumprimento as empresas de pequeno porte e microempresas, o que, representa na visão de muitos, uma defasagem, uma vez que essas são as maiores empregadoras do Brasil.

Ademais, de plano, detecta-se que a norma atinge apenas as empresas com mais de 100 (cem) empregados. Ainda, vale lembrar, que a aferição dos percentuais é resultado do somatório dos trabalhadores da empresa como um todo, seja na matriz ou filiais, considerando todo o território nacional como parâmetro.

Não obstante, outro ponto de destaque é a obrigatoriedade da empresa contratante estabelecer vínculo empregatício com o “deficiente” contratado, sendo vedado, com o intuito de atingir a meta das cotas para deficientes, utilizar-se de empresas terceirizadas que fazem uso de empregados nessas condições. O percentual exigido no sistema de cotas só será atingido por meio da formalização de contrato de trabalho, nos moldes estabelecidos pela CLT.

Vale salientar que para efeito de cálculo da percentagem exigida de profissionais em situações especiais, as frações de unidade, quaisquer que sejam, acarretarão na obrigatoriedade de mais um funcionário.

Para tanto, JAIME e CARMO¹²⁴ exemplificam: “Uma empresa com 403 empregados deve definir o valor da cota calculando 3% deste valor. Assim teremos: $403 \times 0,03 = 12,09$, o que significa que a empresa deverá contratar 13 trabalhadores com deficiência ou reabilitados.”

¹²⁴JAIME, Lucíola Rodrigues; CARMO, José Carlos do. A inserção da pessoa com deficiência no mundo do trabalho: o resgate de um direito de cidadania. São Paulo: Edição do Autor, 2005.p. 57.

Sobre outro prisma, o art. 93 da lei em comento em seu § 1º traz algumas complicações para o exegeta jurídico, assim, carece de um detalhamento mais esmerado no corpo da presente pesquisa.

O § 1º preconiza que: “A dispensa de trabalhador reabilitado ou de deficiente habilitado ao final de contrato por prazo determinado de mais de 90 (noventa) dias, e a imotivada, no contrato por prazo indeterminado, só poderá ocorrer após a contratação de substituto de condição semelhante.”

Num primeiro contato, poder-se-ia pensar que o § em destaque refere-se à estabilidade provisória de emprego, o que para parte da doutrina é coerente, tendo em vista que só é possível efetivar a dispensa dos empregados contratados nessa situação se preenchidos determinados requisitos – o primeiro é existência de funcionários contratados nos moldes do sistema de cotas no limite mínimo, ou seja, ter atingido a cota obrigatória; segundo, admitir substituto em condição semelhante observado, também, o limite mínimo.

Caminha nesse entendimento OLIVEIRA¹²⁵ que afirma se tratar de uma “estabilidade provisória sem prazo certo”, pois:

pela leitura do art. 93 da Lei nº 8.213/91, pode-se concluir que a empresa com mais de cem empregados só poderá dispensar o acidentado reabilitado, sem justa causa, se atender cumulativamente a dois requisitos: 1) contar com um número de empregados reabilitados ou deficientes habilitados pelo menos no limite do piso estabelecido; 2) admitir outro empregado em condição semelhante, de modo a garantir o percentual mínimo (...)

(...)Pode-se concluir também que, enquanto a empresa não atinge o percentual mínimo legal, nenhum empregado reabilitado pode ser dispensado, mesmo se for contratado outro em condições semelhantes, a não ser por justa causa. Caso ocorra a dispensa ilegal, o acidentado reabilitado ou o deficiente habilitado têm direito à reintegração no emprego e aos salários e demais vantagens de todo o período de afastamento ou até quando o empregador preencher as condições legais para promover

¹²⁵ Oliveira, Sebastião Geraldo de. *Proteção Jurídica ao trabalho dos portadores de deficiência, in Discriminação*. Coord. Márcio Túlio Viana e Luiz Otávio Linhares Renault. São Paulo: LTr, 2000, p. 148-149.

validamente a dispensa. Como se vê, essa estabilidade provisória de emprego atua como complemento da garantia prevista no art. 118 da Lei nº 8.213/91.”

Corroborando, ainda, a mais alta corte da Justiça do Trabalho, *in verbis*:

IDENTIFICAÇÃO DO ACÓRDÃO

TRIBUNAL: 3ª Região

DECISÃO: 16 08 2007

TIPO: RO NUM: 00886 ANO: 2006

NÚMERO ÚNICO PROC: RO - 00886-2006-065-03-00-4

TURMA: Sétima Turma

EMENTA

EMENTA: EMPREGADO DEFICIENTE FÍSICO - ESTABILIDADE - O art. 93, parágrafo 1o., da Lei 8213/91 assegura ao empregado, deficiente físico, estabilidade no emprego, o qual somente pode ser dispensado se a empresa demonstrar que possui menos de 200 empregados em seu quadro ou se a dispensa ocorrer após a contratação de substituto na mesma condição. Assim, sendo o reclamante deficiente físico, à reclamada compete demonstrar que o autor não preenche os requisitos previstos nessa lei. Ausente a prova da observância de tais exigências, nula é a dispensa do reclamante, impondo-se, como corolário, a sua reintegração no emprego e o pagamento dos salários vencidos e vincendos a que fizer jus.

Há, no entanto, necessidade de um olhar mais acurado, pois diferentemente, a melhor doutrina vem entendendo que não se trata de estabilidade, mas tão somente de uma garantia de emprego.

Na realidade ocorre um ato jurídico submetido a uma condição suspensiva, na medida em que, enquanto a empresa não atinge o mínimo previsto na Lei 8.213, o empregado deficiente possui certa garantia. Todavia, no caso da empresa passar a ter empregados nos moldes da respectiva lei, além do mínimo, esta possuirá o *jus variandi* para demitir a qualquer tempo tais empregados,

observado é claro, as regras da CLT. Ademais, em caso de justa causa, o § em debate não possui o condão de vetar a dispensa por justa causa, nos termos das leis trabalhistas.

Nesse entendimento trilha o Tribunal Superior do Trabalho que assevera:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. DEFICIENTE FÍSICO. FALTA DE PROVA DE QUE SUA ADMISSÃO SE DESTINAVA A PREENCHER QUOTA DA EMPRESA. DEMISSÃO VIABILIDADE. A *ratio legis* do § 1º do art. 93 da Lei nº 8.213/91 é de que a demissão do funcionário que ocupava vaga compreendida na quota destinada a empregado deficiente, só será legítima se comprovado que a empresa admitiu outra pessoa portadora de deficiência, para ocupar mesma a vaga. O que a lei preconiza é que o empregador mantenha preenchidas as vagas destinadas aos deficientes, sem garantir estabilidade pessoal a este ou àquele trabalhador. Na hipótese, consignando o e. Regional que o reclamante foi admitido em 1982, sofreu acidente em 1987, acarretando-lhe a deficiência física, mas permaneceu no emprego até 1997, significa que não fora ele admitido na empresa para preencher a quota obrigatória destinada aos deficientes físicos, porque na ocasião do seu ingresso não era portador de deficiência. Ileso o § 1º do art. 93 da Lei nº 8.213/91, o recurso de revista não merece ser admitido. Agravo de instrumento não provido” (TST – 4ª T. – AIRR nº 58562/2002-900-02-00 – Rel. Juiz conv. José Antonio Pancotti – j. 27.4.2005 – DJ 13.5.2005).

Continuando, no caso do empregado deficiente ser demitido, e não ficar provada à contratação de paradigma semelhante ou a demissão por justa causa, a dispensa será considerada nula, e o referido fará jus a reintegração no trabalho, promovendo, assim, a efetiva proteção ao emprego da pessoa portadora de deficiência e a não discriminação, salvaguardada no inc. XXXI do art. 7º da CLT.

A pena de lapidar a noção de reintegração destaque-se dois pronunciamentos do Egrégio Tribunal Superior do Trabalho, *in verbis*:

RECURSO DE REVISTA. DESCABIMENTO.

1. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL.

Não prospera a alegação de nulidade do acórdão, por negativa de prestação jurisdicional, quando a decisão regional está devidamente fundamentada.

Recurso de revista não conhecido.

2. TRABALHADORA REABILITADA. REINTEGRAÇÃO. ART. 93, § 1º, DA LEI Nº 8.213/91. ALCANCE. ÔNUS DA PROVA.

2.1. Ao condicionar a dispensa imotivada do empregado reabilitado à contratação de substituto de condição semelhante, o art. 93, § 1º, da Lei nº 8.213/91 institui evidente garantia de emprego - ainda que de forma indireta - pois, sem a admissão de trabalhador com análoga deficiência, não se desfaz o pacto laboral. Em decorrência do princípio da continuidade, quando ausente a condição imposta, adianta-se a conclusão de que deverá prosperar o contrato individual de trabalho até então mantido, com a reintegração do empregado dispensado sem a autorização do ordenamento. Imaginar-se que a consequência do inadimplemento do comando seria a mera imposição de multa administrativa corresponde a claro absurdo, em que se nega o efeito buscado pelo legislador: a manutenção das quotas de deficientes a que aludem o "caput" e incisos do artigo.

2.2. A Lei não está a instituir singela proteção "contra despedida arbitrária ou sem justa causa", nos termos do que pretende o art. 7º, inciso I, da Carta Magna, mas, antes, focaliza o inciso XXXI do preceito, quando proíbe "qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência", vindo a lume sob a autorização manifesta do art. 24, inciso XIV, do mesmo Texto.

2.3. Em que pese a manifesta impossibilidade de o trabalhador demonstrar o atendimento pela empresa - sobretudo quando de grande porte - das quotas legais, resta evidente que a prova do fato impeditivo do direito postulado incumbe ao réu, nos termos dos arts. 818 da CLT e 333, inciso II, do CPC. Desde que caracterizada a dispensa imotivada de trabalhadora reabilitada, cabe à reclamada patentear a contratação de substituto em igual condição.

Recurso de revista não conhecido.

ORIGEM

TRIBUNAL: TST DECISÃO: 12 03 2003

PROC: RR NUM: 646255 ANO: 2000 REGIÃO: 02

RECURSO DE REVISTA

TURMA: 03

ÓRGÃO JULGADOR - TERCEIRA TURMA

EMENTA

RECURSO DE REVISTA.

PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA. SUCESSÃO.

Deferido o pedido de exclusão da lide do Banco do Estado do Rio de Janeiro, fica prejudicada a análise da preliminar.

PEDIDO DE REINTEGRAÇÃO E CONSECUTÓRIOS. DEFICIENTE FÍSICO. GARANTIA SOCIAL. PARÁGRAFO 1º DO ARTIGO 93 DA LEI Nº 8213/91.

A Lei nº 8213/91 regulamenta os Planos de benefícios da Previdência Social, enquanto o artigo 93 está inserido na Subseção II, relativa à habilitação e reabilitação profissional. O "caput" do artigo 93 prevê a fixação da proporção do número de vagas, nas empresas, para empregados reabilitados e portadores de deficiência, estando, portanto, o parágrafo 1º vinculado ao "caput". A norma está inserida em um contexto jurídico, como um conjunto de atos que visa a manter o percentual de vagas para portador de deficiência e reabilitados, ao condicionar a dispensa de um empregado nessas condições à contratação de outro em condições semelhantes. Constatou-se que o dispositivo procura manter o número de vagas ao condicionar a contratação de substituto em condição semelhante, criando, assim, uma garantia não individual, mas social. O empregador tem limitado seu direito potestativo de dispensar o deficiente físico ou reabilitado profissionalmente, pois condicionado o exercício desse direito à contratação de outro empregado em condições semelhantes. Conforme registrado pelo Regional, o Reclamado, apesar de ter alegado, não comprovou o adimplemento da condição limitadora do exercício do direito potestativo de dispensar o empregado deficiente físico.

Recurso não conhecido, por não configurada violação dos artigos 5º, incisos II e XXXVI e 7º da Constituição da República, bem como do § 1º do artigo 93 da Lei nº 8213/91.

Em derradeiro, cumpre ressaltar o § 2º do artigo em estudo, que atribui ao Ministério do Trabalho e Emprego a responsabilidade de gerar as estatísticas sobre o total de empregados e as vagas preenchidas por segurados reabilitados e

peças portadoras de deficiência habilitadas. Não de outro modo, cabe também ao citado órgão, por meio dos Auditores Fiscais do Trabalho, fiscalizar o cumprimento dos preceitos legais referentes à obrigatoriedade das empresas em preencher o mínimo estabelecido pelo sistema de cotas, sob pena imposição de multa administrativa, que varia de R\$ 1.101,75 a R\$ 110.174,67 conforme art. 8º, inc. V, da portaria MPAS nº 822.

Urge, após cumprir a proposta de analisar o alcance e sentido da norma em comento, a necessidade de averiguar a efetividade do Sistema de Cotas e definir quais são as suas dificuldades sintomáticas de implementação na sociedade atual.

5.3 – Sistemas Cotas - Uma efetivação controvertida

5.3.1 – Visão internacional¹²⁶

O sistema de cotas tem como finalidade precípua estabelecer uma reserva de mercado para o emprego de portadores de deficiência. Historicamente, tem sua origem na Europa do início do século XX, onde, em virtude da primeira guerra mundial, os países envolvidos no combate perceberam a necessidade de inserir os feridos de guerra no mercado de trabalho. Desde sua gênese, o referido sistema é conciliado com o sistema de “cota – contribuição”. Este se constitui na obrigatoriedade dos empregadores, caso não cumprissem a cota de contratação de pessoas com deficiência, em contribuir para um fundo público com o fim de habilitação e reabilitação profissional do portador de deficiência.

O sistema de cotas, inicialmente, era destinado apenas aos ex-combatentes, no entanto, gradualmente, foi expandido também para os não-militares portadores de deficiência. Para tanto, em 1944, a Organização Internacional do Trabalho aprovou uma recomendação na qual apregoava que os

¹²⁶ Dados retirados da obra de José Pastore. (PASTORE, José. *Oportunidades de trabalho para portadores de deficiência*. São Paulo: LTr, 2000, p. 157 Et.seq.)

países signatários deveriam empregar, também, as pessoas deficientes não-combatentes. Nesse caminho trilharam países como Inglaterra, Holanda, Grécia e Luxemburgo.

Atualmente, dois terços dos países da Europa possuem cotas legais e compulsórias.

Seguem alguns exemplos de países que adotam o sistema de cotas.

A Áustria adota o sistema de cota-contribuição. Todas as empresas com mais de 25 funcionários são obrigados a reservar pelo menos 4% das vagas para as pessoas portadoras de deficiência, no entanto, caso optem, podem contribuir para um fundo especial de habilitação e reabilitação de profissionais portadores de deficiência. Ainda, em seu sistema, estabelece um procedimento rígido de demissão dos contratados em situações especiais, em que tal demissão só será efetivada se a comissão encarregada das questões de deficiência aprová-la.

A Alemanha também adota o sistema de cota-contribuição, entretanto, a cota estabelecida é de 6% para toda empresa, pública ou privada, com mais de 16 funcionários. Ponto de destaque na legislação alemã é o incentivo dado à habilitação e à reintegração dos portadores de deficiência, o que é realizado por meio de ONGs e sindicatos, mantidos, na sua maioria, pelo fundo especial de apoio aos portadores de deficiência. Esse fundo recebe cerca de US\$ 600 milhões por ano, e é formado pelas contribuições das empresas que não conseguem atingir a cota e preferem optar pela cota-contribuição.

Já a França, ao imprimir o sistema de cotas, estabelece que as empresas privadas ou públicas com mais de 20 funcionários devem preencher seus quadros com 6% de pessoas portadoras de deficiência. Na sistemática francesa, vale ressaltar a flexibilidade em relação às grandes empresas. No caso da empresa possuir mais de um estabelecimento, a cota será contada em cada um deles, separadamente. Outro importante detalhe é o fato de os franceses possuírem a chamada cota-terceirizada. Nessa idéia, as empresas podem contratar, a título de contagem para a cota, pessoas portadoras de deficiência por meio de empresas interpostas ou instituições de “trabalho protegido”.

De outra sorte, a Itália adere ao sistema de cotas na proporção de 15% para as empresas com mais de 35 empregados. É a percentagem mais alta do mundo, contudo, as empresas do seguimento de transporte aéreo e marítimo, domésticos, militares e gestantes excetuam-se da obrigatoriedade do cumprimento das cotas. Embora a legislação preceitue um alto nível de percentagem de obrigatoriedade para o cumprimento das cotas, o sistema é ineficaz, pois a maioria das empresas resiste à contratação. E, ainda, como o controle de cumprimento de cotas é realizado pela classe dos empregadores, tendo apenas o encargo de emitir relatório ao Ministério do Emprego, o mecanismo torna-se quase que inócuo.

Na Irlanda também se adota o sistema de cotas, contudo apenas no setor público. A percentagem é de 3%.

Já na China, o sistema de cotas é diferenciado. O percentual varia de 1,5% a 2% dependendo da cidade. Colhem-se bons frutos quanto à inserção do portador de deficiência nos grandes centros do referido país, mas no interior sua aplicação é quase que inexistente.

Não obstante, no que toca à América Latina, detecta-se que apenas o Brasil e Honduras adotam o sistema de cotas no âmbito privado e público.

Em Honduras, a aplicação da cotas obrigatórias é bem limitada e seu percentual varia na seguinte proporção: empresas com menos de 20 funcionários são isentas, com 20 a 49 - um empregado com deficiência; com 50 a 74 - dois empregados; com 75 a 99 - três; e com 100 funcionários ou acima desse patamar - quatro para grupo de cem funcionários.

No Brasil, o sistema cotas, objeto de análise anterior, segue o sistema do art. 93 da Lei 8.213/91.

Não restam dúvidas de que cada país mencionado possui suas peculiaridades, no entanto, quando se trata do tema sistema de cotas e sua efetividade, existem algumas questões problemáticas, convergentes, que merecem ser demonstradas.

5.3.2 – Problematizando o sistema de cotas

Qualquer que seja a forma de sistema de cotas adotada por um determinado Estado soberano, exige-se uma definição legislativa clara de quais serão os destinatários da norma. Precisa-se definir quem são os portadores de deficiência acobertados pela reserva de mercado, até mesmo asseverar o que é deficiência para o preceito normativo. É um encargo que toda legislação pátria sobre o sistema de cotas deve assumir.

Nesse sentido, é imperioso lembrar que todo sistema de cotas, necessariamente, deve possuir mecanismo para quantificar a capacidade laborativa da pessoa como portadora de deficiência e, além disso, possibilitar a classificação da pessoa portadora ou não de deficiência.

Ora, deve-se verificar se a pessoa enquadra-se como deficiente, entretanto, para isso, requer critérios objetivos, sob pena de discriminação com aqueles não-portadores. Nesse ponto, a legislação deve ser taxativa sobre o que se encaixa ou não para fim da reserva de mercado. Desenvolve-se um aspecto de difícil configuração, pois o conceito de deficiência é demasiadamente amplo, haja vista as inúmeras espécies de situações que podem gerar limitações, sejam físicas, sensoriais ou mentais.

Noutro viés, não mais fácil é averiguar a capacidade de trabalho da pessoa portadora de deficiência ante as exigências de qualificação para determinado emprego.

A dificuldade inicia-se em razão da diversidade de ramos na seara trabalhista e a possibilidade física de contratação. Alguns setores realmente não oferecem a possibilidade para a contratação de pessoas com deficiência. Vale o exemplo de uma empresa aérea que oferece emprego para o cargo de piloto de suas aeronaves. Assim, levando ao extremo, não há como pensar na possibilidade de um deficiente visual assumir tal cargo. Então, primeiro deve-se transpor a tarefa de adequar o setor empresarial e a deficiência para o labor existente.

Posteriormente, há que se verificarem as qualificações profissionais para o exercício qualitativo/produtivo do cargo. Encerra-se aqui a principal fonte de

ineficácia da adoção do sistema de cotas. Dá-se uma imensa margem para manipulações das empresas contratantes, uma vez que as mesmas colocam as exigências profissionais em patamares altíssimos, o que acaba por reduzir, consideravelmente, o número de candidatos aptos a concorrer pela vaga “legalmente reservada”. Porém, uma tarefa complicada será definir satisfatoriamente quais serão os requisitos indispensáveis para o exercício de determinada função.

O caminho, mormente utilizado, é o da avaliação da qualificação da pessoa portadora de deficiência. Ele se divide em: avaliação funcional – visa a medir a capacidade da pessoa com deficiência, definir seu potencial de labor e detectar a necessidade de habilitação ou reabilitação; e avaliação ocupacional – que faz um contraponto entre as habilidades e capacidades do portador de deficiência e a função que pretende exercer na empresa.

Com efeito, infelizmente, em sede de avaliação, encontram-se empresas que a utilizam como forma para desqualificar o candidato com deficiência e não como mecanismo de inserção desse grupo em especial.

Ainda, outra barreira encontrada, universalmente nos sistemas de cotas, é a discriminação no meio empresarial da capacidade produtiva das pessoas portadoras de deficiência.

Impera no sistema capitalista a competitividade. Tudo é mensurado pela capacidade de vencer seu paradigma e atingir lucros. Busca-se produzir mais e mais. Nesse meio, com pesar, ainda, as pessoas com deficiência são vistas como improdutivas, ineficazes, e que custam, no sentido financista da palavra, muito caro para os cofres das empresas.

Todo esse quadro faz inferir que, apesar de muitos países adotarem o sistema de cotas, ainda são inúmeros os problemas para a efetivação satisfatória desse mecanismo de integração/reintegração da pessoa portadora de deficiência no mercado de trabalho.

Para tanto, a guisa do encerramento, verificaremos no tópico vindouro a questão da efetivação concreta do art. 93 da Lei 8213/91, no intuito de demonstrar as deficiências do sistema de cotas e sinalizar para possíveis soluções, para,

enfim, ter um vislumbre do real acesso da pessoa portadora de deficiência ao mercado de trabalho como promoção e realização de sua dignidade.

5.3.3 – Art. 93 da Lei 8.213/91: Sistema de Cotas no Brasil - Educação como forma de qualificação das pessoas portadoras de deficiência para o real acesso ao Mercado de Trabalho.

No trilhar desta pesquisa, mas precisamente no derradeiro e último capítulo, destacamos que o Brasil, atualmente, adota o sistema de cotas compulsório firmado no art. 93 da Lei 8.213/1991. Trata-se, como visto, de uma ação afirmativa, voltada para inserção das pessoas portadoras de deficiência no mercado de trabalho, com vistas a oferecer equanimemente oportunidades de trabalho para esse grupo em especial. Baseia-se no princípio da inclusão social, onde está adstrita a necessidade de garantir os direitos básicos do ser humano: saúde, educação, lazer, bem como o trabalho.

O Brasil adota o sistema de cotas para a reserva de mercado. Essa medida tem como proposta implementar o direito fundamental do trabalho para as pessoas portadoras de deficiência no intuito de assegurar a elas as condições mínimas de desenvolvimento, para que possam efetivar sua cidadania e realizar a promoção de dignidade, pois é mediante o trabalho que se tornam possíveis essas conquistas.

É inimaginável compreender uma vida digna: habitação adequada, saúde, lazer, educação, realização pessoal; sem o trabalho para sua promoção. A pessoa portadora de deficiência só estará inserida na sociedade, satisfatoriamente, se for pelo labor. Difícil pensar que uma pessoa que viva a mercê do assistencialismo governamental possa sentir-se realizada. Necessário, com certeza, é sentir-se útil, interagido nos mecanismos de trabalho, produtivo, parte integrante da sociedade em que vive.

Contudo, o sistema de cotas de reserva de mercado brasileiro sofre algumas inadequações que acabam inviabilizando a inserção quantitativo-

qualitativa dos portadores de deficiência na dinâmica trabalhista. Ponderam-se algumas.

A primeira é quanto à falta de incentivo governamental para os empregadores darem oportunidades de emprego para o grupo especial em debate. A legislação brasileira é excessivamente rígida e compulsória. Não leva em conta as particularidades das empresas.

Ora, a sociedade empresarial, ainda hoje, vê o deficiente no mercado de trabalho como sinônimo de ineficácia e improdutividade. Assim, não adianta apenas obrigar a contratação, deve-se, também, oferecer incentivos, para que com um trabalho conjunto de conscientização, haja possibilidade de, no futuro, colher melhores resultados. Nesse sentido, PASTORE¹²⁷ ensina: “O sistema de cotas só amplia a contratação quando é flexível e quando é combinado com outros mecanismos de estimulação junto às empresas.”

COSTA¹²⁸ sobre o aspecto de incentivo aos empregadores aconselha: “Sugerimos a dedução de determinado valor, no imposto de renda da pessoa jurídica, por empregado com deficiência contratado, já que os empregadores resistem à idéia de adaptar e integrar tais funcionários, enquanto no mercado houver trabalhadores que não precisem de adaptação.”

Indubitavelmente, incentivos fiscais, ante a alta carga tributária brasileira imposta às empresas atualmente, seriam de grande valia para fomentar a contratação de empregados com deficiência. E, também, reduzindo os deveres tributários, iriam esmaecer as alegações dos empregadores de que suas empresas não suportam mais gastos e que as contratações nos patamares da lei da reserva de mercado acarretariam num encargo economicamente inviável. Seria uma forma de contrabalancear as finanças empresariais.

Outro problema enfrentado é quanto à alegação, por parte do aduzido grupo, de que a dispensa da pessoa contratada em condições especiais é muito dificultosa, e muitas vezes, infactível.

¹²⁷ PASTORE, José. *Oportunidades de trabalho para portadores de deficiência*. São Paulo: LTr, 2000, p. 186.

¹²⁸ COSTA, Sandra Morais de Brito. *Dignidade humana e pessoa com deficiência: aspectos legais trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2008, p. 107.

Com efeito, no caso de uma empresa contratar uma pessoa com deficiência, esta só poderá ser demitida se caso a respectiva contratante admitir outra pessoa nas mesmas condições, diga-se, com algum tipo de deficiência.

Ora, a referida regra é terreno fértil para um acomodamento das pessoas contratadas em regime especial. Na medida em que as mesmas não se perpetuam no emprego por suas capacidades e competências, mas por meio de um mecanismo legal compulsório. Encerra-se que elas não são estimuladas a evoluírem e contribuírem para o processo produtivo e, não raras às vezes, são “encostadas” em serviços quase que dispensáveis para a cadeia produtiva.

Outro ponto de destaque quanto à rigidez da regra de demissão da lei em tela é o fato de que as empresas são, em determinadas situações, obrigadas a mudarem de ramo empresarial e, nesse caso, uma eventual inadequação da atividade produtiva, e com a habilitação da pessoa com deficiência, seria inviável o desenvolvimento da atividade produtiva e isso tornaria muito dificultosa a demissão desse funcionário. Pois, como se sabe, só poderá ser demitido se houver um paradigma – mesmo que haja vaga na nova situação.

PASTORE¹²⁹, nessa linha, explicita:

Na legislação brasileira há ainda o problema da reposição de portador por portador no caso de dispensa. Uma empresa pode eventualmente encerrar ou mudar a sua atividade principal, estabelecer-se em outro local ou entrar em um novo ramo de negócios – passando a exigir um quadro de pessoal com qualificação diferente da anterior.

Quando isso atinge um grupo de não-portadores de deficiência, a empresa os demite, pagando todos os seus direitos trabalhistas e contratando outros que possuam as novas qualificações.

No caso dos portadores de deficiência, porém, para cada demissão, a empresa terá que fazer uma nova admissão – mesmo que não haja vaga na nova situação.

¹²⁹ PASTORE, José. op. cit. p. 185.

Resta evidente, que urge a necessidade de uma flexibilização no que toca à rescisão contratual da pessoa portadora de deficiência contratada, a fim de melhor adequar a sociedade brasileira.

A exposição acima revela que são inúmeras, como em todo mecanismo de inserção de social, as adequações necessárias para uma melhor efetividade, e cumprimento das metas propostas pela Lei da Reserva de Mercado.

Vê-se, também, que discutir a efetivação das cotas é algo que em muito sobrepõe os aspectos meramente técnicos. Implica, necessariamente, destacar a dimensão social da pessoa portadora de deficiência para, enfim, ser possível entender a real importância que as cotas possuem na concretização da condição humana.

Essa dimensão começa a ser compreendida no instante em que as amarras da discriminação são esmaecidas. A partir do momento em que se demonstra que a pessoa portadora de deficiência possui o seu valor, e é capaz, dentro de um prisma social, de produzir frutos, colaborando assim, quantitativamente e qualitativamente, para os mecanismos sociais. Mas, para que isso seja possível, a pessoa portadora de deficiência deve estar qualificada para o exercício das atividades inerentes ao mercado de trabalho e, para tanto, o processo passa, indubitavelmente, pela educação inclusiva. Portanto, de modo especial, essa problemática merece ser enlevada, qual seja: a questão da falta de preparo e qualificação das pessoas portadoras de deficiência para exercerem funções determinadas dentro das empresas.

Para tanto, buscaremos, neste momento específico, demonstrar a temática – portador de deficiência inapto para o trabalho – sob a ótica da educação inclusiva.

A educação inclusiva tem como proposta ampliar a participação de todos os estudantes, portadores ou não de deficiência, no sistema de ensino regular. Trata-se do reconhecimento da diversidade de atores existentes em qualquer realidade de cunho social. Admite-se a singularidade e particularidade de cada aluno, atentando para suas necessidades peculiares. É um processo democrático

que visa à inserção social de todos, de modo a satisfazer os anseios individuais de cada pessoa inserida na dinâmica escolar.

Celebra a diversidade inerente à espécie humana. Detecta a necessidade pedagógica-educativa de cada aluno, de forma a imiscuir num processo cognitivo eficaz para a comunidade estudantil.

É claro que, para ser possível a implantação da educação inclusiva, necessariamente, muitas adaptações devem ser realizadas, tanto no ambiente escolar, quanto na própria comunidade pertencente.

Nesse quadro MRECH¹³⁰ preleciona que:

por educação inclusiva se entende o processo de inclusão dos portadores de necessidades especiais ou de distúrbios de aprendizagem na rede comum de ensino em todos os seus graus: da pré-escola ao quarto grau. Através dela se privilegiam os projetos da escola que apresenta as seguintes características:

1. Um direcionamento para a Comunidade - Na escola inclusiva o processo educativo é entendido como um processo social, onde todas as crianças portadoras de necessidades especiais e de distúrbios de aprendizagem têm o direito à escolarização o mais próximo possível do normal. O alvo a ser alcançado é a integração da criança portadora de deficiência na comunidade.

2. Vanguarda - Uma escola inclusiva é uma escola líder em relação às demais. Ela se apresenta como a vanguarda do processo educacional. O seu objetivo maior é fazer com que a escola atue através de todos os seus escalões para possibilitar a integração das crianças que dela fazem parte.

3. Altos Padrões - há em relação às escolas inclusivas altas expectativas de desempenho por parte de todas as crianças envolvidas. O objetivo é fazer com que as crianças atinjam o seu potencial máximo. O processo deverá ser dosado às necessidades de cada criança.

¹³⁰ (www.inclusao.com.br/projeto_textos_23.htm)

4. Colaboração e cooperação - há um privilegiamento das relações sociais entre todos os participantes da escola, tendo em vista a criação de uma rede de auto-ajuda.

5. Mudando papéis e responsabilidades - A escola inclusiva muda os papéis tradicionais dos professores e da equipe técnica da escola. Os professores tornam-se mais próximos dos alunos, na captação das suas maiores dificuldades. O suporte aos professores da classe comum é essencial para o bom andamento do processo de ensino-aprendizagem.

6. Estabelecimento de uma infraestrutura de serviços - gradativamente a escola inclusiva irá criando uma rede de suporte para superação das suas maiores dificuldades. A escola inclusiva é uma escola integrada à sua comunidade.

7. Parceria com os pais - os pais são os parceiros essenciais no processo de inclusão da criança na escola.

8. Ambientes educacionais flexíveis - os ambientes educacionais têm que visar o processo de ensino-aprendizagem do aluno.

9. Estratégias baseadas em pesquisas - as modificações na escola deverão ser introduzidas a partir das discussões com a equipe técnica, os alunos, pais e professores.

10. Estabelecimento de novas formas de avaliação - os critérios de avaliação antigos deverão ser mudados para atender às necessidades dos alunos portadores de deficiência.

11. Acesso - o acesso físico à escola deverá ser facilitado aos indivíduos portadores de deficiência.

12. Continuidade no desenvolvimento profissional da equipe técnica - os participantes da escola inclusiva deverão procurar dar continuidade aos seus estudos, aprofundando-os.

Ainda, de acordo com o Seminário Internacional do Consórcio da Deficiência e do Desenvolvimento¹³¹ sobre a educação inclusiva, um sistema educacional é considerado inclusivo quando :

- Reconhece que todas as crianças podem aprender;
- Reconhece e respeita diferenças nas crianças: idade, sexo, etnia, língua, deficiência/inabilidade, classe social, estado de saúde (*i.e.* HIV, TB, hemofilia, Hidrocefalia ou qualquer outra condição);
- Permite que as estruturas, sistemas e metodologias de ensino atendam as necessidades de todas as crianças;
- Faz parte de uma estratégia mais abrangente de promover uma sociedade inclusiva;
- É um processo dinâmico que está em evolução constante;
- Não deve ser restrito ou limitado por salas de aula numerosas nem por falta de recursos materiais.

Observa-se, portanto, que a educação inclusiva encerra-se num processo educacional que visa a maximizar as capacidades dos sujeitos-alunos inseridos na rede regular de ensino.

Cabe ainda lembrar que o ensino inclusivo não pode ser confundido com educação especial. Os educandos especiais não são excluídos do convívio dos demais pares, mas inseridos num ambiente propício à adequação inclusiva, juntamente com aqueles “normais”, criando condições para que as pessoas portadoras de deficiência se desenvolvam, aumentando sua auto-estima e integrando-os ao cotidiano escolar.

Desse modo, reduz a segregação quanto aos alunos que fazem jus a necessidades educativas especiais, estimulando-os ao desenvolvimento de suas potencialidades e competências, o que resulta numa melhor capacitação para o enfrentamento dos desafios do dia a dia, congruentes com sua realidade.

¹³¹ (International Disability and Development Consortium - IDDC)
(<http://br.monografias.com/trabalhos906/a-escola-inclusiva/a-escola-inclusiva.shtml>)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da pesquisa apresentada, podem ser extraídas algumas conclusões que merecem ser mencionadas e, ainda, algumas reflexões a serem realizadas.

É nítido e significativo o crescimento da valorização da pessoa humana no direito interno, bem como a exaltação da sua carga social e normativa, como elemento fundante e informador do espaço jurídico.

O princípio da dignidade, a partir do próprio conceito desenvolvido, configura-se num corolário de todo humanismo constitucional. Sua executoriedade e proteção representam, hoje, uma grande preocupação para os constitucionalistas.

Contudo, para salvaguardar esse princípio em sua amplitude, há que observar sua concretização na sociedade brasileira, na medida em que se busca interpretar e aplicar a ciência do direito em consonância com o vital princípio, especialmente, no que toca à proteção dos direitos fundamentais.

A guisa da conclusão depreende que a dignidade há de ser vista como qualidade inerente e atributo exclusivo da pessoa humana, intimamente ligada com a liberdade pessoal de cada indivíduo, parte da autonomia ética do ser humano.

Ademais, no âmbito da dimensão jurídica da dignidade, confere-se à mesma a dupla função jurídica: (i) de princípio fundamental do Estado Democrático de Direito; e, (ii) de feição de regra jurídica, informadora e vetor direcional para qualquer norma do sistema jurídico.

Infere-se, também, que sua concretização está adstrita, sob pena de não lograr êxito algum aos direitos humanos fundamentais. O respeito à dignidade humana passa, obrigatoriamente, pela efetivação dos direitos fundamentais em cada caso concreto, principalmente, no que tange a sua indissociável relação com o direito fundamental do trabalho.

Não resta dúvida que a dignidade não existirá se o direito à vida, à moradia, à cidadania, à promoção pessoal, entre outros, não forem efetivamente

concretizados. Ainda, fica a advertência de que as positivações desses direitos não possuem o condão, por si só, de impedir que sejam violados. Importa a conscientização social e a força conjunta entre o Estado, sob a ótica de todos os seus poderes, e as instituições privadas, na busca pelo “direito vivo”, com vistas à realização de um novo panorama ético, a justiça social.

Aqui, reafirma-se a relevância da garantia dos direitos fundamentais, para a real concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. Este, tão importante para a realização do ser humano como cidadão crítico, consciente de seus direitos e deveres, inserido *a priori* em uma sociedade justa, humana e igualitária.

Diante do quadro relacionado acima é que se infere a necessidade de celebração e efetivação concreta do art. 93 da Lei 8213/1991 – Lei de Reserva de Mercado (Sistema de Cotas).

A pessoa portadora de deficiência ante as discriminações sofridas e limitações de inter-relação que lhes são peculiares, com o meio social em que vive, carecem de ações afirmativas que visem a inseri-las adequadamente ao convívio social, objetivando escapar das amarras do assistencialismo social e governamental, e vislumbrando uma qualidade de vida mais independente, sentindo-se parte do corpo social, produtora, que colabora para o desenvolvimento sócio-econômico do país. Integrada à comunidade, sendo respeitada a diversidade, quebrando tanto barreiras físicas quanto sociais, para uma real inserção qualitativa da pessoa portadora de deficiência na sociedade. Passa-se, assim, a adotar um Modelo Inclusivo de Estado.

Para tanto, o Estado faz uso de discriminações positivas, em prol da igualdade material. Sendo assim, ante as dificuldades encontradas por esse grupo específico, para adentrar ao mercado de trabalho, cabe ao mesmo, por meio de mecanismos jurídico-sociais, como o Sistema de Cotas, garantir o acesso qualitativo do portador de deficiência ao mercado de trabalho.

Não importa qual a nomenclatura utilizada, seja pessoa portadora de deficiência ou pessoa portadora de necessidades especiais, o que vale é vaticinar que toda pessoa com deficiência ou limitação faz jus de incentivos e meios para

adequação social, entretanto, vale asseverar, não carece de simples assistencialismos.

Nesse passo, merecem destaque as ações afirmativas, que visam a proporcionar condições para que aqueles sob jugo desigual possam equilibrar suas forças e adequar-se aos anseios sociais. O art. 93 da lei 8213/1991 é um dos exemplos mais evidentes de ação afirmativa. Esse preceito normativo estabelece uma reserva de mercado às pessoas com deficiência, no intuito de garantir o acesso ao direito fundamental do trabalho, visto que, em âmbito empresarial, as mesmas, até hoje, são vistas pela faceta discriminatória da improdutividade e ineficiência, o que encerra uma barreira quase intransponível em termos de oportunidades empregatícias.

Desse modo, cabe ao Estado e à sociedade como um todo engendrar mecanismos para garantir a efetividade do acesso ao mercado de trabalho para as pessoas com deficiência, sob pena de ferir o princípio da dignidade humana. Isso, na medida em que vimos que o trabalho é que proporciona o mínimo existencial para os indivíduos inseridos na sociedade e, sem o mesmo, esse grupo em especial, estará, infelizmente, a mercê do assistencialismo e, assim, comprometido está o aduzido princípio.

Nesses ditames, vale lembrar a importante função da educação inclusiva para a concretização dos preceitos do sistema de cotas, e assim garantir sua efetividade, e celebrar o princípio magno da dignidade humana.

A educação inclusiva qualifica e prepara os sujeitos-alunos especiais juntamente como os demais alunos “normais” da rede regular de ensino. Assim, com vistas à diversidade humana, adapta cada educando de acordo com sua necessidade. Desse modo, contribui para a redução da discriminação, apregoa o respeito à diversidade, e prepara as pessoas com deficiência para melhor enfrentar o mercado de trabalho “normal”.

Com efeito, o direito ao trabalho figura para o referido grupo como uma ação afirmativa de caráter eminentemente social e protetivo, que tem por finalidade precípua a promoção desse indivíduo em sociedade, possibilitando melhores condições de vida e equilíbrio social.

Ainda, interessa salientar, que a força motriz do presente trabalho foi a necessidade de proteção e valoração do ser humano, principalmente, no que toca às pessoas portadoras de deficiência.

É bom lembrar que não foi objeto profícuo de estudo a análise de casos práticos, mas sim demonstrar as “armas” postas à disposição da humanidade para efetivar uma sociedade mais justa e propiciar aos “excluídos” uma inserção social adequada.

A pesquisa ateve-se a “pensar o direito” na perspectiva de um novo panorama jurídico-social, enlaçado por um feixe de institutos, princípios e regras capazes de dar eficácia aos direitos humanos vitais.

Em derradeiro, seria de bom lume destacar que este trabalho não se esgota em si mesmo, pelo contrário, abre portas a novas investigações.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A BÍBLIA Sagrada. Tradução de João Ferreira de Almeida. 2 ed. Barueri: Sociedade Bíblica do Brasil, 1999.

ALEXY, Robert; SILVA, Virgílio Afonso da (Trad.). *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVES, Cleber Francisco. *O Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da igreja*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Caracterização jurídica da dignidade humana*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 91, n. 797, p. 11-23, mar. 2002.

ARAUJO, Luiz Alberto David. BRASIL. Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência. *A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência*. 2. ed. Brasília: Corde, 1997.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 2 ed. São Paulo: LTr, 2006.

BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1988.

BENDA, Enersto. *Manual de derecho constitucional*, Madri: Marcial Pons, 1996.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 2ª reimpressão. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1991.

_____. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. 2ª Ed. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1999.

BRITO, José Henrique Silveira de. *Introdução à Fundamentação da Metafísica dos Costumes, de I. Kant*. Porto: edições Contraponto, 1994.

CAETANO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999.

_____ e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Ed. Coimbra. Editora: Almedina, 1991.

CASTAN TOBENÃS, José. *Los derechos del hombre*. 4ª. Ed. Madri: Réus, 1992.

CASTRO, J.L. Cascajo, LUÑON, Antonio-Enrique Pérez, CID, B. Castro, TORRES, C. Gómes. *Los derechos humanos: significación, estatuto jurídico y sistema*. Sevilha, 1979.

Censo Escolar (2000) “Inclusão de Portadores de Deficiência no Ensino Regular do Brasil”, Brasília: Ministério da Educação e Cultura.

CHIMENTI, Ricardo Cunha e outros. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação dos direitos humanos*. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva: 2001.

COSTA, Sandra Morais de Brito. *Dignidade humana e pessoa com deficiência: aspectos legais trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2008.

CRUZ, Álvaro Ricardo De Souza. *O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

EHRlich, Eugen. *Fundamentos da sociologia do direito*. Trad. De René Ernani Gertz. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986.

Eichmann, Hannah Arendt. *Em Jerusalém – relato sobre a banalidade do mal*. 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Comentários à Constituição Brasileira*. Saraiva: SP, 1975, v. 3.

_____. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1990.

FLEINERR, Thomas. *O que são direitos humanos?* São Paulo: Max Limonad, 2003.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques. *O trabalho da pessoa com deficiência e a lapidação dos direitos humanos: o direito do trabalho, uma ação afirmativa*. São Paulo: LTr, 2006.

GOLFARB, Cibelle Linero. *Pessoas portadoras de deficiência e a relação de emprego: o sistema de cotas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2008.

JAIME, Lucíola Rodrigues; CARMO, José Carlos do. *A inserção da pessoa com deficiência no mundo do trabalho: o resgate de um direito de cidadania*. São Paulo: Edição do Autor, 2005.

JORGE NETO, Francisco Ferreira
(http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=166) acesso em 10/03/2009.

KANT, Immanuel. *Fundamentos da Metafísica dos Costumes*, in: Os pensadores. São Paulo: Abril, 1993.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Direito e processo do trabalho: na perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MRECH, Leny Magalhães. (http://www.inclusao.com.br/projeto_textos_23.htm). acesso em 06/01/2009.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. *O direito do trabalho como instrumento de justiça social*. São Paulo: LTr, 2000.

MARTINES, Vinícius C. 2005. (<http://www.infojus.com.br/revistausp/>) acesso em 15/10/2008.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. 16^a ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MASCARO, Alyson Leandro. *Introdução à Filosofia do Direito: dos modernos aos contemporâneos*. São Paulo: Atlas, 2002.

MELO, Sandro Nahmias. *O direito ao trabalho da pessoa portadora de deficiência: ação afirmativa : o princípio constitucional da igualdade*. São Paulo: LTr, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MILLON, Lara Vanessa. *Princípio da dignidade da pessoa humana e acesso à justiça*. 2007. 146 f. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2007.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Vol. IV. 3ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MIRANDOLA *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na CF/88*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MONTERO, Etienne. *Rumo a uma legalização da eutanásia voluntária? Reflexões sobre a tese da autonomia*. IN Cahiers de La Faculte de Droit de Namur, n. 03, Bélgica, 1988.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2000.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro, *Curso de Direito do Trabalho*, 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

NOBRE JUNIOR, Edílson Pereira. *O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 37, n. 145, p. 185-196, jan/mar. 2000.

PAVIA, Marie-Luce. *Le principe de dignité de La persona humaine: um nouveau principe constitutionnel*. In: Rémy Cabrillac/ Marie – Anne Frison Roche/ Thierry Revet, Droits et Libertes Fondameteax, 4ª ed. Paris: Dallo, 1997.

PASTORE, José. *Oportunidades de trabalho para portadores de deficiência*. São Paulo: LTr, 2000.

PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco; FILHO, Firly Nascimento; organizadores. *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001.

PEREZ LUÑO, Antônio Henrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 3ª Ed. Madri: Tecnos, 1990.

PIOVESAN, Flavia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *Lições preliminares de direito*, 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1977.

RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio (Coord.). *Discriminação*. São Paulo: LTr, 2000.

REZEK, J. F. *Direito Internacional Público*. 9ª Ed.: Saraiva, 2002.

RIZZATO NUNES, Luiz Antônio. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

RULLI NETO, Antônio. *Direitos do portador de necessidades especiais: guia para o portador de deficiência e para o profissional do direito*. São Paulo: Fiuza, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na CF/88*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

Seminário Internacional do Consórcio da Deficiência e do Desenvolvimento (*International Disability and Development Consortium - IDDC*) (<http://br.monografias.com/trabalhos906/a-escola-inclusiva/a-escola-inclusiva.shtml>) acesso em 20/02/2009.

SILVA, Otto Marques Da. *Uma questão de competência*. São Paulo: Memnon, 1993.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Princípios do Direito do Trabalho e Economia de Mercado: o tema e as particularidades nacionais*. in SILVESTRE, Rita Maria; NASCIMENTO, Amauri Mascaro (Coord.), *Os Novos Paradigmas do Direito do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 129-136.

SIQUEIRA NETO, José Francisco. *Direito do trabalho e democracia: apontamentos e pareceres*. São Paulo: LTr, 1996.

SUSSEKIND, Arnaldo. *Direito constitucional do trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

VILLELA, Fábio Goulart. *Estudos temáticos de Direito do Trabalho para a Magistratura e Ministério Público*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

ZISMAN, Célia Rosenthal. *O princípio da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: IOB Thomson, 2005.