

|   |            |
|---|------------|
| <b>O TRABALHO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E A LAPIDAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: O DIREITO DO TRABALHO, UMA AÇÃO AFIRMATIVA.....</b> | <b>5</b>   |
| <b>RESUMO.....</b>  | <b>6</b>   |
| <b>RESUMEN.....</b>   | <b>6</b>   |
| <b>INTRODUÇÃO.....</b>  | <b>8</b>   |
| <b>1. A GÊNESE DO DIREITO DO TRABALHO E A NATUREZA FUNDAMENTAL DE SEUS PRECEITOS.....</b>                                       | <b>12</b>  |
| 1.1 A HISTÓRIA DO DIREITO DO TRABALHO NA EUROPA.....  | 12         |
| 1.2 A HISTÓRIA DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL.....  | 22         |
| 1.3 A FUNÇÃO DAS CONSTITUIÇÕES NO ASSEGURAMENTO DA DIGNIDADE HUMANA....   | 25         |
| 1.4 O TRABALHO NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS.....   | 36         |
| 1.5 O ESTADO SOCIAL E O DIREITO DO TRABALHO NO CONTEXTO DOS DIREITOS HUMANOS.....   | 47         |
| 1.6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....   | 69         |
| <b>2. AS AÇÕES AFIRMATIVAS PARA O TRABALHO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO DIREITO INTERNACIONAL E COMPARADO.....</b>            | <b>72</b>  |
| 2.1. A HISTÓRIA DO TRABALHO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA.....  | 72         |
| 2.2 CONVENÇÕES E RECOMENDAÇÕES DA OIT.....  | 76         |
| 2.3 A COMUNIDADE EUROPÉIA.....  | 84         |
| 2.4 A CONVENÇÃO DA GUATEMALA.....   | 89         |
| 2.5 OUTRAS DECLARAÇÕES E CONVENÇÕES RELEVANTES.....   | 93         |
| 2.6 O DIREITO COMPARADO.....  | 99         |
| 2.6.1 <i>O Direito Português</i> .....  | 99         |
| 2.6.2 <i>O Direito Espanhol</i> .....   | 106        |
| 2.6.3 <i>O Direito Francês</i> .....  | 111        |
| 2.6.4 <i>O Direito Italiano</i> .....   | 113        |
| 2.6.5 <i>O Direito das Pessoas com Deficiência na América Latina</i> .....  | 115        |
| 2.6.5.1 DA ARGENTINA.....   | 115        |
| 2.6.5.2. Do Chile.....  | 115        |
| 2.6.5.2. Do CHILE.....  | 115        |
| 2.6.5.3. Da Colômbia.....   | 117        |
| 2.6.5.3. DA COLÔMBIA.....   | 117        |
| 2.6.5.4 De Honduras.....  | 118        |
| 2.6.5.4 DE HONDURAS.....  | 118        |
| 2.6.6 <i>O Direito do Reino Unido</i> .....   | 121        |
| 2.6.7 <i>O Direito Estadunidense</i> .....  | 126        |
| 2.7 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....   | 131        |
| <b>3 A IGUALDADE, A DISCRIMINAÇÃO E AS AÇÕES AFIRMATIVAS.....</b>   | <b>135</b> |
| 3.1 DA IGUALDADE ARISTOTÉLICA À IGUALDADE REAL.....   | 135        |

|  |     |
|--|-----|
| 3.1.1 A Construção Política da Igualdade .....                             | 135 |
| 3.1.2 A Concepção Liberal.....   | 139 |
| 3.1.3 A Concepção Socialista.....  | 146 |
| 3.1.4 A Igualdade Contemporânea .....                                      | 154 |
| 3.1.5 A Igualdade Real e a Sociedade Inclusiva .....                       | 160 |
| 3.2 A DISCRIMINAÇÃO E AS LUTAS ANTIDISCRIMINATÓRIAS.....                   | 165 |
| 3.2.1 O Conceito de Discriminação .....                                    | 165 |
| 3.2.2 Modalidades de Discriminação .....                                   | 166 |
| 3.2.2.1 Discriminação direta .....   | 167 |
| 3.2.2.1 DISCRIMINAÇÃO DIRETA.....  | 167 |
| 3.2.2.2 Discriminação indireta .....                                       | 167 |
| 3.2.2.2 DISCRIMINAÇÃO INDIRETA.....  | 167 |
| 3.2.2.3 Discriminação oculta .....   | 169 |
| 3.2.2.3 DISCRIMINAÇÃO OCULTA.....  | 169 |
| 3.2.2.4 Discriminação pela tradição e discriminação institucional .....    | 169 |
| 3.2.2.4 DISCRIMINAÇÃO PELA TRADIÇÃO E DISCRIMINAÇÃO INSTITUCIONAL.....     | 169 |
| 3.2.2.5 Discriminação na aplicação do direito .....                        | 171 |
| 3.2.2.5 DISCRIMINAÇÃO NA APLICAÇÃO DO DIREITO.....                         | 171 |
| 3.2.2.6 A discriminação manifesta ou presumida .....                       | 171 |
| 3.2.2.6 A DISCRIMINAÇÃO MANIFESTA OU PRESUMIDA.....                        | 171 |
| 3.2.2.7 Discriminações legítimas .....                                     | 171 |
| 3.2.2.7 DISCRIMINAÇÕES LEGÍTIMAS.....                                      | 171 |
| 3.2.3 O Legado da Luta Antidiscriminatória das Mulheres .....              | 173 |
| 3.2.4 O Legado da Luta Antidiscriminatória dos Índios.....                 | 178 |
| 3.2.5 O Legado da Luta Antidiscriminatória dos Negros .....                | 181 |
| 3.2.5 O LEGADO DA LUTA ANTIDISCRIMINATÓRIA DOS NEGROS.....                 | 181 |
| 3.3 AS AÇÕES AFIRMATIVAS.....  | 188 |
| 3.3.1 As Diferentes Abordagens Teóricas sobre as Ações Afirmativas .....   | 188 |
| 3.3.1.1 Os procedimentalistas versus os substancialistas .....             | 189 |
| 3.3.1.1 OS PROCEDIMENTALISTAS VERSUS OS SUBSTANCIALISTAS.....              | 189 |
| 3.3.1.2 As perspectivas da antidiferenciação e da anti- subordinação ..... | 190 |
| 3.3.1.2 AS PERSPECTIVAS DA ANTIDIFERENCIAÇÃO E DA ANTI- SUBORDINAÇÃO.....  | 190 |
| 3.3.1.3 Critérios proibidos de discriminação .....                         | 192 |
| 3.3.2 O Conceito de Ação Afirmativa .....                                  | 193 |
| 3.3.3 Modalidades de Ação Afirmativa .....                                 | 197 |
| 3.3.3.1 AS AÇÕES AFIRMATIVAS DECORRENTES DO ESTADO.....                    | 197 |
| 3.3.3.2 As ações afirmativas na esfera privada .....                       | 198 |
| 3.3.3.2 AS AÇÕES AFIRMATIVAS NA ESFERA PRIVADA.....                        | 198 |
| 3.3.3.3 As ações afirmativas cogentes .....                                | 198 |
| 3.3.3.3 AS AÇÕES AFIRMATIVAS COGENTES.....                                 | 198 |

|   |            |
|---|------------|
| 3.3.3.4 As ações afirmativas facultativas .....   | 199        |
| 3.3.3.4 AS AÇÕES AFIRMATIVAS FACULTATIVAS.....  | 199        |
| 3.3.3.5 Os critérios de eleição .....   | 199        |
| 3.3.3.5 OS CRITÉRIOS DE ELEIÇÃO.....  | 199        |
| 3.4 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....   | 200        |
| <b>4 O DIREITO DO TRABALHO: UMA AÇÃO AFIRMATIVA.....</b>  | <b>204</b> |
| 4.1 O DIREITO DO TRABALHO E O DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO.....  | 204        |
| 4.2 O CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABALHO.....  | 221        |
| 4.2.1 <i>Definição de Contrato Individual de Trabalho</i> .....   | 222        |
| 4.2.2 <i>Os Elementos Essenciais do Contrato Individual de Trabalho</i> .....                               | 223        |
| 4.2.2.1 Da licitude e idoneidade do objeto .....  | 224        |
| 4.2.2.1 DA LICITUDE E IDONEIDADE DO OBJETO.....   | 224        |
| 4.2.2.2 A forma do contrato de trabalho .....   | 226        |
| 4.2.2.2 A FORMA DO CONTRATO DE TRABALHO.....  | 226        |
| 4.2.2.3 Capacidade dos sujeitos .....   | 227        |
| 4.2.2.3 CAPACIDADE DOS SUJEITOS.....  | 227        |
| 4.2.3 <i>Caracterização do Contrato de Trabalho e a Reserva de Vagas para Pessoas com Deficiência</i> ..... | 237        |
| 4.2.3.1 Características do contrato de trabalho .....   | 237        |
| 4.2.3.1 CARACTERÍSTICAS DO CONTRATO DE TRABALHO.....  | 237        |
| 4.2.3.2 A relação jurídica de trabalho e as normas de ação afirmativa .....                                 | 240        |
| 4.2.3.2 A RELAÇÃO JURÍDICA DE TRABALHO E AS NORMAS DE AÇÃO AFIRMATIVA.....                                  | 240        |
| 4.3 O DIREITO DO TRABALHO, O DIREITO DO CONSUMIDOR E DO MEIO AMBIENTE.....                                  | 245        |
| 4.4 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....   | 257        |
| <b>5. O TRABALHO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO BRASIL: O DIREITO DO TRABALHO: UMA AÇÃO AFIRMATIVA.....</b>   | <b>261</b> |
| 5.1 OS DIREITOS CONSTITUCIONAIS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO BRASIL.....                                  | 261        |
| 5.1.1 O DIREITO À IGUALDADE.....  | 263        |
| 5.1.2 O DIREITO À HABILITAÇÃO E À REABILITAÇÃO.....   | 264        |
| 5.1.3 O DIREITO AO TRABALHO.....  | 266        |
| 5.1.4 O DIREITO À EDUCAÇÃO.....   | 268        |
| 5.1.5 O DIREITO À ELIMINAÇÃO DE BARREIRAS ARQUITETÔNICAS E ACESSO AO TRANSPORTE.....                        | 270        |
| 5.1.6 O DIREITO À LIVRE EXPRESSÃO.....  | 274        |
| 5.1.7 O DIREITO À SAÚDE.....  | 278        |
| 5.1.8 O DIREITO À APOSENTADORIA.....  | 279        |
| 5.1.9 O DIREITO AO LAZER.....   | 281        |
| 5.1.10 O DIREITO À ASSISTÊNCIA ESPECIAL.....  | 283        |
| 5.2 O CONCEITO DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO BRASIL.....   | 286        |
| 5.2.1 DENOMINAÇÃO.....  | 289        |
| 5.3 O TRABALHO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO BRASIL.....   | 290        |

|   |            |
|---|------------|
| 5.3.1 INTRODUÇÃO.....   | 290        |
| 5.3.2 O ACESSO AOS CARGOS E AOS EMPREGOS PÚBLICOS.....                | 293        |
| 5.3.3 O TRABALHO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NA ÁREA PRIVADA.....     | 300        |
| 5.3.3.1 O VÍNCULO DE EMPREGO E O TRABALHO AUTÔNOMO.....               | 301        |
| 5.3.3.2 O CONTRATO DE APRENDIZAGEM E O ESTÁGIO.....                   | 304        |
| 5.3.3.3 AS OFICINAS PROTEGIDAS.....                                   | 306        |
| 5.4 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....   | 308        |
| <b>6. CONCLUSÃO – O DIREITO DO TRABALHO: UMA AÇÃO AFIRMATIVA.....</b> | <b>310</b> |
| <b>BIBLIOGRAFIA.....</b>  | <b>316</b> |

**O TRABALHO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E A  
LAPIDAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: O  
DIREITO DO TRABALHO, UMA AÇÃO  
AFIRMATIVA**

## RESUMO

O Direito do Trabalho surgiu como um instrumento de busca da igualdade substancial entre as pessoas, uma vez que a igualdade meramente formal em face da lei mostrou-se importante conquista da modernidade, mas insuficiente para assegurar o equilíbrio social. Surgiu como manifestação dos direitos sociais fundamentais e como uma forma de revisão do individualismo liberal que se forjou no século XVIII. A crise de valores contemporânea sugere uma revisão nas conquistas da modernidade, marchando-se ora para o individualismo liberal, ora para o rumo da emancipação da maioria, com a inclusão de todas as minorias que lhe emprestam legitimidade. As conquistas das mulheres, dos negros, dos índios e das pessoas com deficiência revelam um aperfeiçoamento das propostas emancipatórias e as ações afirmativas, que são utilizadas para assegurar aquelas conquistas, demonstram a importância da atuação estatal para garantir a liberdade e igualdade que não se sobrepõem, tampouco se excluem; complementam-se e se amalgamam na lapidação do “diamante ético” sugerido por Joaquín HERRERA FLORES.

## RESUMEN.

El derecho del trabajo surgió como un instrumento en busca de la igualdad sustancial entre las personas, una vez que la igualdad, meramente formal en fase de ley apareció como una importante conquista de la modernidad, pero insuficiente para asegurar el equilibrio social. Surgió como manifestación de los derechos sociales fundamentales y como una forma de revisión del individualismo liberal que se forjó en el siglo XVIII. La crisis de los valores contemporáneos sugiere una revisión en las conquistas de la modernidad, encaminándose unas veces para el individualismo liberal y otras veces para el rumbo de la emancipación de la mayoría, con la inclusión de todas las minorías que le prestan legitimidad. Las conquistas de las mujeres, de los negros, de los indios y de las personas con deficiencia revelan un perfeccionamiento de las propuestas

emancipatorias y de las acciones afirmativas que son utilizadas para asegurar aquellas conquistas, además demuestran la importancia de la actuación estatal para garantizar la libertad e igualdad que no se sobrepone, pero tampoco se excluye; se complementan y se amalgaman en la lapidación del “diamante ético” sugerido por Joaquín Herrera Flores.

## INTRODUÇÃO

A atuação do Ministério Público do Trabalho demonstrou a importância do esforço em prol da inserção das pessoas com deficiência no trabalho. A lei brasileira, por estímulo constitucional, estabelece ação afirmativa categórica nesse sentido, fixando cotas de reserva de vagas, tanto na esfera pública, quanto na privada. De outra parte, a condição de exclusão das pessoas com deficiência do convívio social é milenar e reveladora do quão distante estão estas pessoas de condições mínimas de cidadania erigidas desde o princípio da cultura ocidental.

O direito de livre expressão, de ir e vir, de votar e ser votado, bem como os direitos sociais de educação, habitação, trabalho, saúde estão, até certo ponto, conquistados, apesar das ameaças e insuficiências constantes em relação a todos do povo. O grupo das pessoas com deficiência, no entanto, deles não usufrui por causa da inadequação do Direito e das estruturas físicas nas cidades e nas empresas para lhes permitir a fruição dessas liberdades e conquistas. A par disso, assinala-se que os direitos sociais e as próprias liberdades individuais vêm sendo francamente agredidas, não só no terceiro mundo, como nos países do capitalismo central. A doutrina de segurança nacional, o Tribunal de Guantânamo, a polícia mundial norte-americana e a pretensa hegemonia ideológica da globalização econômica trazem riscos concretos à permanência dos direitos humanos, submetidos que podem ficar ao poder econômico e das armas.

A compreensão da importância da História como instrumento de validação da correlação de forças e da origem e destino da vida em sociedade impeliu à discussão que se trava nesse trabalho. Como se falar em emprego especial para pessoas com deficiência se o próprio emprego se encontra estruturalmente ameaçado? É justa esta preferência? São as questões que emergem ao se analisar as ações afirmativas de que se cuidam. A História, porém, fornece elementos suficientes para que se compreenda que as transformações que se travam no mundo do trabalho, em razão da tecnologia e da globalização econômica, incitam mudanças na forma da

prestação de serviços, mas substancialmente não a alteram, pois, apesar das inovações expressas na terceirização, no teletrabalho e na prestação autônoma de serviço, dos quais vêm se servindo as empresas, a partir da política do *downsizing* e da reengenharia, que estiveram muito em voga nos anos 80 e 90, o Direito do Trabalho se mantém íntegro. Seus princípios oferecem respostas firmes, eis que dizem respeito à dignidade da pessoa e ao fato de que ela está fora do mercado. O naufrágio das políticas econômicas neoliberais que acenavam com a pujança dos “Tigres Asiáticos”, como argumento para justificar a precarização do trabalho, ruiu ante a constatação de que a perda de poder de consumo da classe trabalhadora acaba por impedir a própria evolução do mercado e de que as pessoas não se conformam com imposições econômicas sobre valores humanos que se lapidaram a partir da modernidade.

A crise desses valores só encontra resposta neles mesmos, a partir da dinamização daquelas promessas do século XVIII e XIX para que assumam dimensões coletivas amplas e se aperfeiçoem para abarcar a diversidade humana, esta diversidade que não é burguesa ou proletária, tão somente. Perpassa a luta de classes, sem desprezá-la, mas reafirma novos valores que vão sendo incorporados pelo conhecimento acumulado e aprendido, inclusive, pela luta de classes. A afirmação das minorias fez a diferença depois da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Revolucionou o Direito Constitucional, reafirmando-o a partir de princípios com força de norma, princípios que humanizaram o Direito, dirigido às pessoas, para sua dignidade. Dessa forma, o trabalho das pessoas com deficiência e as ações afirmativas que o garantem não são contrários ao clamor de justiça universal, confirmam-no na medida em que este grupo traz a tona, com suas reivindicações, questões de inclusão social que aperfeiçoam os direitos humanos, a partir da chamada igualdade real entre as pessoas; tão real que se reforça nas diferenças e delas emerge.

A ignorância generalizada sobre as competências das pessoas com deficiência impede-lhes o acesso às condições mínimas de cidadania, como se afirmou. Sufoca-lhes o excesso de proteção assistencial e familiar. A

despeito disso, rompem o véu milenar de opressão estética, cultural e comportamental e brandem bandeiras até então desconhecidas e que fortalecem as lutas de todas as minorias, fazendo com que o discurso economicista se coloque no seu lugar, eis que as condições humanas, que se evidenciam a partir das limitações ínsitas a toda a humanidade, também emprestam a alavanca que permite a superação de fronteiras físicas, sociais, políticas e tecnológicas. Cada vez que se cria um novo equipamento tecnológico ou se supera uma barreira cultural, as pessoas todas ganham espaço em sociedade e as pessoas com deficiência, antes estigmatizadas, não mais se limitam, pois se verifica que a limitação não está nelas e sim na capacidade da humanidade em lhe propiciar oportunidades. Esta é a importância da idéia de sociedade inclusiva: a igualdade na incorporação da diferença.

O Direito do Trabalho veio como o primeiro instrumento jurídico que tratou da igualdade substancial, visto que o confronto direto entre capital e trabalho evidenciou a insuficiência da mera afirmação formal de que todos são iguais perante à lei. Suas bases axiológicas possibilitaram o lançamento dos alicerces das ações afirmativas que são as mesmas, na medida em que as confirmam e reproduzem, voltadas agora para grupos menores, cuja projeção corta verticalmente as forças em conflito. Ele foi a ação afirmativa possível naquele momento, eis que o processo de lapidação dos direitos humanos não permitia outra percepção. De qualquer modo, os instrumentos que forjaram o Direito do Trabalho são os mesmos que aqui se aplicam para defender as ações afirmativas em prol das pessoas com deficiência.

Nesse trabalho analisa-se, portanto, a origem do Direito do Trabalho, sua inclusão nas constituições, o novo Direito Constitucional que valoriza a dignidade da pessoa, justamente para se verificar as razões que, a partir dos anos 80, viabilizaram o Direito Internacional em prol das pessoas com deficiência, bem como as normas de ação afirmativa que vieram pelo Judiciário, nos países da *Common Law*, e pelas leis, nos países do Direito codificado. A própria construção do conceito de igualdade formal à igualdade

substancial, à igualdade real acompanha a implementação de formas de combate à discriminação, discriminando, inclusive, positivamente, determinados grupos que foram historicamente excluídos do acesso à cidadania. As mulheres, os negros e os índios, por exemplo, ocuparam seu espaço apenas a partir do final do século XIX e início do século XX, depois de muita violência que contra eles se perpetrou. A violência contra as pessoas com deficiência era calada, caridosa, mas tão veemente quanto a escravidão dos negros, ou a espoliação da terra dos índios, ou a submissão que se impôs às mulheres. Nenhum dos direitos humanos universais o são, efetivamente, mas a concretização de sua existência se faz a partir das novas demandas da História, que são provocadas pela ação política constante .

O Direito pode ser um instrumento de opressão ou libertação, dependendo da forma que seja utilizado. É o que se vê com o novo Direito Civil que busca novas fronteiras que transcendem o patrimonialismo patriarcal que o gerou e que se dirigem à defesa da dignidade da pessoa, da sua personalidade. O Direito Civil passa a se nutrir de valores constitucionais, plurais, em prol da dignidade da pessoa, tal como fizera o Direito do Trabalho, desde de sua origem. O novo Direito do Trabalho, por seu turno, colhe, do Direito Civil contemporâneo, novos elementos que o revalidam. Enquanto se fala na privatização das relações laborais, todavia, defende-se a publicização das relações civis e de consumo. As regras que protegem as pessoas com deficiência, por sua vez, evidenciam a necessidade de ambos, o Direito do Trabalho e o Direito Civil, todos balizados em princípios constitucionais que estão acima do mercado. Esse é o impulso que mobilizou esse estudo, de vez que a vivência deste Membro do Ministério Público do Trabalho e cidadão com deficiência propiciou elementos pessoais e profissionais que aqui se fundem e oferecem recursos que atestam o que até aqui se disse e se procurará demonstrar doravante.

## 1. A GÊNESE DO DIREITO DO TRABALHO E A NATUREZA FUNDAMENTAL DE SEUS PRECEITOS

### 1.1 A HISTÓRIA DO DIREITO DO TRABALHO NA EUROPA

O Direito do Trabalho surgiu, historicamente, para viabilizar um aprofundamento de reflexões em torno de uma discussão filosófica e política concernente ao princípio da igualdade, e esta é a discussão que move o presente trabalho.

A atual retomada das concepções liberais, pretensamente hegemônicas, traz à baila, novamente, esta discussão que, na verdade, nunca saiu de pauta. Talvez o malogro da experiência soviética tenha propiciado uma retomada das idéias neoliberais, que vêm colocando em xeque o Estado Social e apresentando a chamada economia de mercado como contraponto a qualquer forma de intervenção do Estado na sociedade, na economia ou nas relações entre capital e trabalho. Remanesce, porém, a evidência de que determinados grupos sociais estão à margem das conquistas do Estado de Direito, situação que mais se acentua nos países periféricos, que, por sinal, estão à margem das benesses econômicas do mercado.

A relação de dominação entre os homens e o estabelecimento da lei como mecanismo de legitimação do poder e de sua limitação constituem a base da afirmação das igualdades. O processo de evolução das relações humanas desenvolveu-se, ao longo dos séculos, de forma muito gradual, mas, nos dois últimos assumiu matizes intensos e significativos. As conquistas da cidadania participativa e da dignidade da pessoa, então, caracterizam a base da relação entre a lei e o cidadão. O próprio conceito de cidadania, aliás, também se submete às concepções históricas acerca da igualdade.

Na Antigüidade vigorava a regra da dominação, eis que povos melhor organizados econômica e militarmente subjugavam os demais. A economia, desta forma, lastreava-se no trabalho escravo. Domênico DE MASI<sup>1</sup> afirma que para cada cidadão ateniense havia oito escravos, em média. Logo,

<sup>1</sup> DE MASI, Domênico. *O Futuro do Trabalho: Fadiga e Ócio na Sociedade Pós-Industrial*, p. 76.

a noção de igualdade inicialmente desenvolvida por Platão e por Aristóteles<sup>2</sup> tinha como pressuposto a concepção da igualdade entre os iguais. Embora a proposta aristotélica a respeito de justiça igualitária tenha constituído a base da afirmação das conquistas iluministas, não superava o evidente desequilíbrio social que vigorava como sustentáculo da democracia ateniense, igualdade entre homens adultos e cidadãos atenienses, que excluía todos os outros membros daquela sociedade. O mérito da filosofia platônica e da aristotélica reside, no entanto, no fato de que se passou a planejar de forma racional a construção da *pólis*, utilizando-se, para tanto, da observação das leis naturais que poderiam e deveriam ser compreendidas e aplicadas ao convívio humano. Caminhar de acordo com essas leis implicaria vida harmônica com a natureza e habilitar-se para o sucesso e para a felicidade. Todos que alcançassem esses misteres atingiriam uma posição de destaque social por seus próprios méritos, os quais justificavam o “insucesso” da maioria. A igualdade, destarte, consistiria em atribuir a cada um o que lhe fosse devido por mérito.

Durante a Idade Média, a necessidade de proteção em face das invasões dos bárbaros estruturou a sociedade européia em torno do poder militar e do domínio territorial. A força se impunha mais uma vez. Os elos de dominação, porém, agora pautados pelo poder temporal da Igreja, sedimentavam-se como dever de ajuda mútua entre senhores e servos, entre nobres e clero, entre nobreza e rei. Somente com a Carta Magna de 1215 traçam-se alguns limites à dominação real diante dos senhores feudais. Santo Agostinho e São Tomás de Aquino<sup>3</sup> retomam a teoria do Direito Natural sistematizado a partir de Aristóteles, acrescentando o ingrediente da divindade onipotente que se materializava no poder da Igreja. Mas a idéia de que tanto a pobreza quanto a riqueza impunham-se como atributos naturais conferidos por Deus conformava ainda, mais uma vez, a organização social e legitimava o poder político do rei. Essa realidade forjada no curso de dezenas de séculos, com a expansão mercantilista da Europa e com a Revolução

---

<sup>2</sup> GENEVOIS, Margarida. “Direitos Humanos na História”. *Enciclopédia Virtual de Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/margarid.htm>>. Acesso em: 15 de maio 2003.

<sup>3</sup> GENEVOIS, Margarida. *Op. cit.*.

Industrial dos séculos XVI a XVIII não exigiu mais que esse átimo de tempo para transformar-se e, dessa forma, consolidar, economicamente, a burguesia. Essa classe social, empenhada na conquista do poder político, passou a questionar as bases ideológicas do antigo regime, dado que já lograra solapar os alicerces econômicos da sociedade feudal, rural.

Os movimentos políticos que se sucedem convergem para a meta de garantir uma sociedade livre, na qual as ações do Estado se reduziriam, e em que o indivíduo seria o centro de emanção dos direitos, cabendo ao governo assegurar a liberdade individual e limitar o seu poder de acordo com o exercício dessa mesma liberdade. Surgem, assim, os direitos fundamentais de primeira dimensão: as liberdades individuais, o direito à vida, à segurança, à igualdade de todos os cidadãos perante a lei, o direito de propriedade e o direito de ir-e-vir.

O Direito Civil estrutura-se sob inspiração das leis e das instituições burguesas, impõe-se como um direito patrimonialista, patriarcal e que instrumentaliza, por intermédio do contrato, o trânsito patrimonial. O absentismo estatal, todavia, finda por implicar, ao longo do século XIX, profunda cisão social que norteia para a busca de uma igualdade concreta manifestamente econômica, a qual só poderia implantar-se, segundo Karl Marx, mediante abolição da propriedade privada provedora dos bens de produção; segundo outros, com a incorporação ao ordenamento jurídico de regras e de princípios que, embora preservando a propriedade privada dos bens de produção, propiciassem o equilíbrio das forças sociais. Emergem, deste modo, os direitos fundamentais de segunda dimensão, direitos de índole coletiva e que dependem de atuação direta do Estado: são os direitos à saúde, à educação, à moradia, ao trabalho, ao lazer e os trabalhistas.

Ao longo do século XX intensificou-se marcadamente a disputa ideológica acerca da igualdade, pois, enquanto no Leste Europeu firmavam-se os Estados socialistas, no Ocidente cresciam duas tendências referentes ao Estado intervencionista: a primeira tipificava-se nos Estados corporativistas nazi-fascistas e, a segunda, nos Estados intervencionistas democráticos de direito. Ao cabo da Segunda Guerra, eliminam-se os

primeiros e fortalecem-se as democracias sociais que desenvolvem uma ampla rede de proteção social, assegurando direitos mínimos gerais pela ação estatal, no sentido de equilibrar as desigualdades substanciais. No Terceiro Mundo, retoma-se o vizez autoritário do Estado intervencionista, mediante sucessivos golpes militares em que ditaduras armadas subtraem os direitos civis e políticos, intervindo na economia sob o pretexto da busca de progresso econômico e do combate à “ameaça socialista”.

Enquanto se firmam as democracias e adota-se o Estado de bem-estar social como alternativa ao modelo autoritário ocidental, instala-se, com a retomada do poder pelo povo e com o sucessivo desmonte das ditaduras militares, uma aguda crise no modelo de referência intervencionista democrática, a partir da Revolução Tecnológica dos anos 80 e da derrocada dos Estados de inspiração ideológica marxista. Ressurge a busca do Estado liberal, bem refletida na teoria de John RAWLS<sup>4</sup>, que defende uma igualdade de oportunidades em que todos são considerados a partir de um patamar de organização social ideal, cabendo ao Estado garantir oportunidades equilibradas para todos. Trata-se da retomada do pacto social, nos moldes traçados por J. J. Rousseau e Emmanuel Kant. O Consenso de Washington também pugna pela redução do intervencionismo econômico estatal para que se eliminem os custos do processo econômico, devendo o mercado reger naturalmente as relações deste jaez.

O surgimento dos blocos econômicos e da organização transglobal da economia subvertem, até mesmo, a consagrada idéia de soberania territorial. A onda de flexibilização da lei assume ameaçadoras proporções na área trabalhista (os direitos sociais são considerados “custos econômicos”<sup>5</sup>). Simultaneamente, em contrapartida, nota-se no Direito Civil e nas relações de consumo um movimento em sentido oposto: tornam-se essas relações fortemente publicistas, rompendo-se os elos patrimonialistas privados. Empreendem-se ações afirmativas com estímulo de organismos internacionais, no sentido de se dedicar às minorias segregadas ou inferiorizadas socialmente uma gama de medidas compensatórias, no afã de

---

<sup>4</sup> RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*.

<sup>5</sup> MORAES, Stewalter Soares. *O peso da CLT na mão-de-obra*, p. 3.

recuperar as perdas sociais impostas a essas mesmas minorias. A contradição histórica entre as ações liberais de precarização da rede de proteção social e as medidas de preservação dos direitos fundamentais sociais pela constitucionalização desses direitos sintetiza a perquirição que norteia este trabalho. Para tanto, verifiquem-se as razões históricas que levaram à criação do Direito do Trabalho. Conforme já afirmado, trata-se de um direito de índole suplementar às liberdades individuais, aos direitos fundamentais do ser humano, na expressão de Paulo BONAVIDES<sup>6</sup>, um direito fundamental de segunda geração, sem que isto implique qualquer hierarquia relacional entre esse direito e os de primeira geração.

Ao longo do século XIX e, mais acentuadamente, na primeira metade do século XX, identificou-se como um direito universal, disciplinador das relações entre capital e trabalho, de acordo com a percepção de que o Estado deveria equilibrar essas forças, indicando os caminhos da política econômica, bem como o trajeto que percorrem as ações relacionais entre a força humana de trabalho, os bens de produção e seus detentores. O cerne do Direito do Trabalho consiste na idéia de proteção jurídica àqueles que dispõem apenas de sua força laboral como elemento participante no processo produtivo. Adquirem, mediante tal proteção, patrimônio jurídico que os equipara, socialmente, aos que detêm o patrimônio econômico. De outra parte, tal normatização viabiliza a pacificação das tensões naturais que caracterizam a oposição movida por interesses existentes. Assim é que, a partir da Encíclica *Rerum Novarum* publicada pelo Papa Leão XII, em 1891, da Constituição Mexicana de 1917, da Constituição de *Weimer* de 1919 e da criação da Organização Internacional do Trabalho, também ocorrida em 1919, pelo Tratado de Versalhes, a universalização do Direito do Trabalho apresenta-se como uma medida de regulação do mercado internacional para fixar patamares mínimos inerentes à dignidade humana, cujo valor exorbita as esferas do comércio.

Demonstra Antônio BAYLOS<sup>7</sup> que o intervencionismo estatal atinge o ápice no início do século XX, “desde a revolução de outubro até o

---

<sup>6</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 564- 569.

<sup>7</sup> BAYLOS, Antonio. *Direito do Trabalho: modelo para amar*, p. 59- 102.

*new deal*, passando por *Weimer* e pelos fascismos europeus”. Em apertada síntese, verifica que o dirigismo estatal proposto pela concepção keynesiana, no sentido de compatibilizar a viabilização do pleno emprego com as exigências de mercado e com a justiça social, entra em crise mediante instauração dos regimes liberais de força, como aqueles que se registraram na Espanha franquista, na Itália de Mussolini e na Alemanha de Hitler. Classifica, destarte, as formas de intervenção estatal em intervenção totalitária e intervenção democrática. O modelo autoritário, precisamente descrito por BAYLOS, centraliza seu foco tanto na criminalização das formas de autotutela trabalhista quanto na proscrição de sindicatos que se convolam em “mecanismos administrativos públicos de gestão corporativa”<sup>8</sup>. A empresa concentra interesses econômicos privados e, sobretudo, públicos, eis que o controle da economia se faz de modo intenso e centralizante. Tratava-se de mecanismo de neutralização da luta de classes, em suas palavras, de “exorcização”, por intermédio da individualização das relações laborais que se regiam diretamente pelo Estado, pautadas, assim, pelas minudências legais.

Tratava, o Estado, de reorganizar a correlação de forças sociais, aquinhoando certos grupos como um sistema abrangente de proteção sob rigorosa direção do Estado, numa concepção bismarckiana do império alemão, segundo a qual “a proteção do Estado ao indivíduo, e em matéria social, contrabalançava-se pela repressão no âmbito coletivo”<sup>9</sup>. Fazia-se, assim, legitimar a intervenção autoritária por meio da normatização de um sistema de seguros sociais coercitivo e irreversível no que concerne à proteção conferida pelo Estado à classe trabalhadora. O Estado intervencionista democrático assume, segundo Antônio BAYLOS, feições opostas. Aponta, como sua nota distintiva em face do totalitário, a concepção de um “autonomismo protecionista”<sup>10</sup> que se insurge diante da colonização do Direito Civil, privatista, impondo que se distinga, na expressão de G.

---

<sup>8</sup> BAYLOS, Antonio Idem, p. 67.

<sup>9</sup> BAYLOS, Antonio Idem, p. 68.

<sup>10</sup> BAYLOS, Antonio. *Op. cit.*, p.68.

VARDARO, “o direito dos homens (substancialmente) dependentes contra o direito dos homens (formalmente) iguais”<sup>11</sup>.

Os direitos sociais inserem-se nas constituições, emergindo o Direito do Trabalho “como um direito especial dos trabalhadores subordinados, produto do Estado e da autotutela dos próprios trabalhadores, que existe para corrigir e remediar a real desigualdade sócio-econômica e jurídica”<sup>12</sup>. Em oposição, portanto, ao que se consagrava nas formas autoritárias de intervenção, nas relações coletivas de trabalho centraliza-se o maior instrumento de acomodação dos conflitos entre capital e trabalho que não são neutralizados, mas geridos pelos próprios interessados, cabendo ao Estado garantir o espaço democrático de negociação e a eficácia do pactuado. Nas palavras de BAYLOS, o Direito do Trabalho “não é, portanto, o direito para explorar uma classe, mas sim o direito para remediar tal exploração; não é o direito do capitalismo, mas o direito que põe limites ao sistema capitalista. É o regime jurídico do trabalho e de sua tutela, antípoda do direito de propriedade, mas que coincide com o conjunto do ordenamento nas intenções de se garantir não apenas o bem comum, mas, igualmente, a justiça e a paz social e, talvez, em momento futuro, a supressão da ideologia da luta de classes”<sup>13</sup>.

A inserção do Direito do Trabalho nas constituições em nível de fundamentalidade revela o ápice do processo do Estado Intervencionista Democrático, porque a tais direitos confere natureza universal, humana e, portanto, fundamental. O alicerce ideológico de tal concepção reside na teoria de Lasalle que se propunha a “compor o conflito de classes na sociedade democrática pela forma contratual ou negociada”<sup>14</sup>, legalizando-se plenamente os sindicatos e reconhecendo-lhe o direito à autogovernabilidade. Ocorre que a autonomia de que se tratava não era absoluta, eis que a atuação sindical subordinava-se às diretrizes da política

---

<sup>11</sup> VARDARO, G. “Il diritto del lavoro nel ‘laboratorio Weimer’ apud BAYLOS, Antonio, *op. cit.*, p. 68.

<sup>12</sup> BAYLOS, Antonio, *op. cit.*, p. 69.

<sup>13</sup> BAYLOS, Antonio. *Idem*, *ibidem*.

<sup>14</sup> BAYLOS, Antonio. *Op. cit.*, p. 70.

econômica, firmemente traçadas pelo Estado, atribuindo- se, também, ao Estado, a competência para a solução dos conflitos intersindicais. Em duas linhas mestras pode- se resumir o Estado Democrático Intervencionista: a primeira consistia na transcendência do contrato individual de trabalho para o coletivo e, a segunda, na prevalência deste sobre aquele. Tudo sob a égide do Estado.

Analisando a evolução do Estado Democrático Intervencionista, elege BAYLOS duas tendências européias manifestas tanto no Direito britânico quanto no italiano. Distinguem- se, no primeiro, como características centrais, a tênue incidência da lei, no que diz respeito ao Direito material do Trabalho e à chamada “tutela negativa” dos sindicatos, os quais se isentam de grande parte das normas penais e civis da *Common Law*. Trata- se de um sistema caracterizado não apenas por uma horizontalidade negocial que auto- regula os mecanismos de relacionamento entre capital e trabalho, mas também por pequena verticalidade, na medida em que o Estado apenas assegura o livre jogo da auto- organização social. Criou- se, assim, um sistema paralelo aos direitos civis e políticos, contemplando especificamente as relações industriais. Não obstante imponha- se forte restrição aos direitos trabalhistas, pela atuação dos conservadores e em decorrência do Pacto Social de 1974, o modelo auto- regulado de negociação coletiva persiste<sup>15</sup>.

No que pertine ao Direito italiano, observa- se que se notabiliza pelo chamado “ordenamento intersindical”, que brota da insuficiência legislativa, uma vez que os artigos 39 e 40, que arrolam os direitos trabalhistas na Constituição italiana, não foram regulamentados. Trabalham com a construção do “direito vivo”, que se forja pelos próprios interessados e de modo negocial. Logo, a negociação coletiva apresenta- se como um processo originário e de caráter pré- estatal e é absorvida pelo ordenamento jurídico, que se plasma de intenso pluralismo, tendo em vista o caráter *erga omnes* que a Constituição confere aos convênios coletivos.

A Constituição espanhola igualmente confere relevância à negociação coletiva, estabelecendo o sistema de representação sindical pelo

---

<sup>15</sup> BAYLOS, Antonio. *Op. cit.*, p. 71- 74.

sufrágio da maioria e outorgando, ao sindicato sufragado, poderes de representação genérica e prerrogativas de desresponsabilização civil ou criminal em gestões de interesse sindical. Embora o Estatuto do Trabalhador indique referências legais mínimas, a negociação coletiva, com efeito *erga omnes*, impõe-se em função suplementar e em cogência. O sindicato que angaria representação geral é avaliado periodicamente, sempre mediante sufrágio, e exerce papel que extrapola o da mera negociação direta entre capital e trabalho, para defender interesses como aqueles que tratam da participação dos trabalhadores nos meio de comunicação, no planejamento do ensino, na articulação do sistema de Previdência Social e dos serviços de bem-estar, no estabelecimento dos meios que facilitam o acesso à propriedade dos meios de produção ou, por fim, no planejamento da atividade econômica geral da nação.

Depois de analisar esses três sistemas jurídicos que, de maior ou menor modo, submetem a regulação legal à negociação coletiva, volta-se, BAYLOS, a outro aspecto inovador do Direito do Trabalho contemporâneo europeu, qual sejam, aquele que contempla a defesa constitucional e legal dos direitos fundamentais do trabalhador e de sua cidadania no âmbito interno da empresa, uma vez que a antiga exacerbação do contrato individual de trabalho hipertrofiou os poderes do empregador nos aspectos que concernem à ordenação do trabalho, ao controle e à fiscalização da execução do contrato e ao exercício do poder disciplinar, subjugando, de forma avassaladora, as liberdades públicas nas relações individuais de trabalho. Destaca que a proteção da intimidade do trabalhador, a preservação contra o assédio moral e sexual, a defesa de minorias eventualmente discriminadas vêm encontrando larga projeção legal e apoio dos tribunais constitucionais.

Adverte Tarso GENRO<sup>16</sup>, referendando a obra de Antônio BAYLOS, que a construção do novo Direito do Trabalho deve romper as pesadas amarras que lhe foram impostas pela ação neoliberal que vigeu nas últimas décadas. Há, por isso, que se resgatar a autonomia coletiva como instrumento de equiparação social entre os atores na relação entre capital e

---

<sup>16</sup> GENRO, Tarso. “Um futuro por armar – estudo preliminar”. In: BAYLOS, Antonio. *Op. cit.*, p. 13- 39.

trabalho; há que se realçarem, ademais, experiências de libertação dos trabalhadores do jugo do poder diretivo da empresa, estimulando-se projetos de cooperação e de autogestão produtivas. Há, ainda, que se estimular a participação direta dos cidadãos nos rumos da sociedade. Segundo GENRO, o velho Direito do Trabalho consolidou conquistas inalienáveis e diretamente afirmadoras da dignidade da pessoa e de sua força produtiva. Não logrará, porém, a manutenção de tais conquistas ou, muito menos, o seu aprimoramento, caso não se adapte às novas formas de organização econômica empresarial. A terceirização se impôs como um fator de horizontalização do processo industrial e de precarização da contratação laboral; da mesma forma se propõe a contratação intermitente de trabalhadores e o teletrabalho que permite a absorção de mão-de-obra barata e distante *just-in-time*. Essas manifestações da hegemonia do interesse patronal tendem a se avolumar, considerando-se as facilidades que advêm do volumoso exército de reserva, que cresce a cada ano, e da falta de institutos trabalhistas que normatizem as novas exigências do mercado produtivo sem, no entanto, solapar as conquistas já definitivamente definidas na construção dos direitos fundamentais, neles, é claro, incluídos aqueles que amparam os direitos na seara do trabalho.

Convém, finalmente, notar-se que essa busca às palavras de BAYLOS é conveniente, uma vez que a Espanha experimentou, durante os anos 80, forte processo de precarização trabalhista, tal qual o ocorrido no Brasil. Adotaram-se os contratos por prazo determinado, por tempo parcial, com direitos reduzidos, sem nenhum sucesso, porém. A tentativa de baixar custos para auferir maior empregabilidade frustrou-se acentuadamente por afetar, justamente, o poder de compra da classe trabalhadora, desacelerando o comércio e a própria atividade industrial. Este é o depoimento apresentado por Antônio BAYLOS em palestra proferida no Tribunal Regional do Trabalho de Florianópolis<sup>17</sup> (TRT- 12ª Região), em 2004, e que referenda todas as informações doutrinárias a respeito.

---

<sup>17</sup> “Encontro debate risco de reforma trabalhista”. *Jornal digital A Notícia*. Joinville, 23 de outubro de 2004. Disponível em: <<http://an.uol.com.br/2004/out/23/0ger.htm>>. Acesso em: 04 de fevereiro de 2005.

## 1.2 A HISTÓRIA DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL

No Brasil predominou a economia rural até as primeiras décadas do século XX, quando se iniciou o processo de industrialização. A edição da Lei Áurea destacou-se como um marco para a dissolução do regime escravocrata, cujas raízes se alastraram por quatro séculos da história brasileira e delinearão, de forma muito intensa, as condutas trabalhistas no país, condutas que ainda perduram em grande medida, eis que denúncias constantes de trabalho escravo comprovam-se verdadeiras por todo país até a presente data. A inobservância do Direito do Trabalho, sob o pretexto dos altos custos dos encargos sociais, tem levado sessenta por cento (60%) dos trabalhadores à informalidade, mesmo em situações em que a prestação de serviços preenche as características do contrato de emprego.

Representações empresariais insistiram, nas últimas duas décadas, na redução dos direitos laborais, defendendo a bandeira da flexibilização ou da desregulamentação, a qual foi acenada com grande alarde como solução para o desemprego estrutural, característico das mudanças do processo econômico no período. Adotaram-se medidas nessa direção; a economia brasileira, no entanto, não reagiu, o desemprego aumentou progressivamente, atingindo um patamar de quase treze por cento (12,8%) da força economicamente ativa e, nas grandes metrópoles, dezoito a vinte por cento (18 a 20%). Segundo Márcio POCHMANN<sup>18</sup>, porém, essa derrocada econômica resulta de uma política externa servil e de uma abertura desordenada do mercado interno. Por tal razão, inócuas se mostram as medidas desregulamentadoras e precarizantes da relação de emprego.

A Consolidação das Leis do Trabalho - CLT completou sessenta anos em 2003 e, certamente, fazem-se necessárias revisões. Muito se discute hoje no Brasil acerca de caminhos a tomar. O governo procura estabelecer canais de conversação com a sociedade, eis que o fracasso histórico das medidas puramente neoliberais já se patenteou, tanto aqui

---

<sup>18</sup> “Encontro debate risco de reforma trabalhista”. *Jornal digital A Notícia*. Joinville, 23 de outubro de 2004. Disponível em: <<http://an.uol.com.br/2004/out/23/0ger.htm>>. Acesso em: 04 de fevereiro de 2005.

como na Europa. As origens autoritárias do modelo sindical e da própria forma pela qual foi editada a CLT eivam o modelo em sua plenitude, impelindo os defensores do trabalhador a estimularem a adoção da negociação coletiva como medida substituta da lei. Tal argumento levanta-se entre componentes dos dois pólos centrais da negociação.

Realmente, Getúlio Vargas “amarrou” o desenvolvimento das relações laborais no país ao adotar o modelo corporativista preconizado na *Carta Del Lavoro*, vinculando a ação sindical ao controle rigoroso do Estado, que se institucionalizou pela Carta Sindical. Tratava-se, como se sabe, de uma autorização outorgada exclusivamente pelo Estado para criação e funcionamento dos sindicatos; tal autorização exclusivamente, pelo Estado distribuía as organizações profissionais e econômicas de acordo com critérios de conveniência e controle político, facilmente administrados sob ditames da unicidade sindical, do imposto sindical e do poder normativo da Justiça do Trabalho. Os entes jurídicos, artificialmente criados para corporificar esses institutos, são as categorias profissionais e econômicas delimitadas pelo Estado naquela mesma Carta Sindical. Assinale-se que as discussões em torno da reforma trabalhista não enfatizam a revisão do conceito de categoria, ou mesmo, de sua implicação como única forma de vinculação sindical. Talvez este se imponha como cerne do modelo corporativista, a partir do qual seria realmente possível repensar-se o modelo de organização sindical brasileiro.

Com efeito, a principal conseqüência da organização getulista do Direito do Trabalho centrou-se na repressão do desenvolvimento sindical no país, visto que as categorias mais fortes e organizadas já haviam conquistado uma série de direitos legais, os quais foram consolidados no diploma trabalhista e estendidos, genericamente, aos trabalhadores urbanos. Por outro lado, porém, estancou-se a ação sindical, na medida em que, desde a implantação do modelo, em 1937, até a Constituição Federal de 1988, as categorias melhor organizadas enfraqueceram-se e as mais frágeis não romperam os grilhões da dependência. Instituíram-se, a partir de 1988, com o aparente afrouxamento da ingerência estatal, milhares de “sindicatos de

fachada”<sup>19</sup>, cuja representatividade mostra-se evidentemente questionável. Além do mais, o movimento efetivamente atuante reluta em se despojar do imposto sindical e da unicidade, considerando as dificuldades por que passa a organização dos trabalhadores em todo o mundo, em razão tanto da automação quanto da globalização<sup>20</sup>.

O discurso da flexibilização e da desregulamentação, iniciado há duas décadas, persiste e vem pautando as discussões da reforma trabalhista, sendo quase consensual a adoção da autonomia privada coletiva como princípio jurídico nuclear, eis que já adotado na Constituição de 1988 para a redução dos salários, negociação sobre jornada de trabalho e sobre turnos ininterruptos de revezamento. Também no Brasil, a par do processo flexibilizador, erguem-se as palavras de ordem em favor de minorias. Tal se dá, por exemplo, com políticas afirmativas pela inserção de negros em universidades, de aprendizes e de pessoas com deficiência nas empresas, de políticas de apoio e de incentivo ao trabalho da mulher e tantas outras. Levanta-se, ademais, a preocupação pela defesa da intimidade do trabalhador contra o assédio moral e sexual nas empresas. Como se vê, as ondas de fluxo e refluxo da história permanecem, mas a luta pela preservação da dignidade do trabalho passa pela percepção de minorias, cujo respeito qualifica a maioria, e pela salvaguarda dirigida à intimidade da pessoa do trabalhador.

---

<sup>19</sup> “Sindicato de fachada” ou “sindicato de carimbo” são expressões utilizadas para representar aqueles que são criados formalmente para propiciar aos criadores um sistema de arrecadação das contribuições obrigatórias sem, no entanto, atuar efetivamente em prol da categoria, sem representatividade real, portanto.

“Até jogadores de sinuca e donos de automóvel fazem pedido de registro”. *Folha de São Paulo*, 23 de fevereiro de 2005, Caderno Dinheiro. “Sindicatos das famílias, dos criadores de cavalo, dos donos de veículos, dos trabalhadores em entrega rápida, dos jogadores de sinuca e das donas-de-casa. Esses são alguns dos sindicatos que foram ao Ministério do Trabalho pedir registro para atuar. É que montar sindicatos virou negócio lucrativo no país.”

<sup>20</sup> PEREIRA, Ricardo José M. de Brito. “Aspectos constitucionais da reforma sindical”. *Revista LTr Legislação do Trabalho*, a. 69, nº 05, maio de 2005, p. 565- 572.  
PINTO, José Augusto Rodrigues. *Direito Sindical e Coletivo do Trabalho*.

### 1.3 A FUNÇÃO DAS CONSTITUIÇÕES NO ASSEGURAMENTO DA DIGNIDADE HUMANA

Ana Paula de BARCELLOS<sup>21</sup> desenvolve interessante trabalho em que defende a dignidade da pessoa como princípio basilar da Constituição brasileira e, bem ainda, a importância dos princípios constitucionais como normas jurídicas assecuratórias de valores intangíveis na esfera econômica. Tratando dos papéis das constituições, demonstra que na Europa Continental, até meados do século XX, a constituição não se impunha como norma jurídica como as demais, dirigida a todos, mas, sim, atuava como uma norma que contemplava basicamente os poderes constituídos, o Legislativo em especial, ao qual cabia sua interpretação e implementação. O contraste instalado nesse modelo genérico melhor se destacava nos Estados Unidos da América, onde os direitos fundamentais do homem assumiam evidente destaque, outorgando-se aos juízes, desde logo, o papel de controle supremo, difuso e concentrado da aplicação das normas constitucionais<sup>22</sup>.

A partir da segunda década do século XX, as constituições incorporaram, além dos direitos individuais já universalizados, os chamados direitos sociais, que implicam prestações positivas<sup>23</sup> do Estado e que repercutem coletivamente, constituindo-se, destarte, salvaguarda indispensável à existência dos direitos individuais, obrigando o Estado a uma atuação concreta para garantir a efetivação desses direitos aos indivíduos, em detrimento de sua posição liberal não intervencionista. Nas palavras de Ingo Wolfgang SARLET:

---

<sup>21</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*.

<sup>22</sup> Diferentemente do que se deu na Europa, os estadunidenses, desde 1803, a partir do caso *Marbury v. Madison* (5 U. S. (1 Cranch) 137 (1803)), conferiram ao Poder Judiciário a prerrogativa de controlar a constitucionalidade das leis, por meio da idéia de supremacia da Constituição sobre as leis ordinárias, na histórica decisão de John Marshall, então presidente da Suprema Corte americana.

<sup>23</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 56.

Ingo Wolfgang SARLET faz a ressalva de que na esfera dos direitos fundamentais não se encontram apenas direitos de cunho positivo, mas também direitos concernentes às “liberdades sociais”, como o direito de greve, a liberdade de sindicalização, direitos fundamentais dos trabalhadores, entre outros.

*Não se cuida mais, portanto, de liberdade por intermédio do Estado. Estes direitos fundamentais, que embrionária e isoladamente já haviam sido contemplados nas Constituições Francesas de 1793 e 1848, na Constituição Brasileira de 1824 e na Constituição Alemã de 1849 (que não chegou a entrar efetivamente em vigor), caracterizam-se, ainda hoje, por outorgarem ao indivíduo direitos e prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, etc., revelando uma transição das liberdades formais abstratas para liberdades materiais concretas, utilizando-se a formulação preferida na doutrina francesa<sup>24</sup>.*

Os anos 50 inauguram a construção de um novo panorama constitucional, mais apartada dos dogmas positivistas, os quais, a pretexto de assegurar o direito às liberdades individuais, acabaram por legitimar a ação de maiorias, que solaparam direitos e consolidaram verdadeiras agressões àquelas liberdades. O regime nazifascista desnudou o aspecto da falibilidade das decisões majoritárias e positivadas na lei. Desde o final da Segunda Guerra, portanto, a constituição alçou-se à posição universal de norma jurídica suprema que a todo cidadão protege, cujo papel superou o paradigma da manutenção dos direitos individuais contra o Estado e da própria organização dos poderes e de seus limites, assumindo, consoante a autora: “(...) o poder de tomar decisões políticas fundamentais e estabelecer prioridades, fins materiais, objetivos públicos – a chamada ‘constituição dirigente’, na consagrada expressão de CANOTILHO – que tem o efeito de determinar em boa medida o comportamento futuro do Estado que se organiza, independentemente do grupo que esteja no poder em cada momento”<sup>25</sup>. Essa tendência constitucional exemplifica-se com a eleição, na Constituição da República de 1988, do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamental ao Estado brasileiro.

A Constituição dirigente sofre críticas de partidários da ideologia neoliberal, sob alegação de que “engessa a ação política do Estado”, o que, segundo BARCELLOS, pode até ser procedente em certos assuntos, porém é totalmente incabível quanto à eleição fundamental pelo legislador da dignidade da pessoa humana<sup>26</sup>. O ato de se criar um Estado pressupõe a idéia de normas materialmente constitucionais, uma vez que elas inauguram ou

<sup>24</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 55- 56.

<sup>25</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. cit.*, p. 15.

<sup>26</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *Idem*, p. 16.

reinauguram um Estado, criando suas bases. A autora, todavia, questiona se o ato de criação de um Estado restringe-se, apenas, em fixar suas bases estruturais, seus órgãos e regras do processo democrático. A Constituição brasileira, como muitas outras, não se limita a esse tipo de disposições estruturais, colocando, ao seu lado, a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado (art. 1º, III, Constituição Federal de 1988).

A Constituição dos Estados Unidos de 1787, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, bem como as primeiras constituições européias do século XIX tinham por escopo, basicamente, estabelecer a separação dos poderes e os direitos individuais de liberdade diante da atuação do Estado (liberdades públicas). Ao final deste século e início do século XX, a esse escopo binário gradual e pontualmente agregaram-se outros: primeiramente, os direitos consagrados no seio das relações de trabalho e, após, os direitos sociais típicos, como o direito à educação, à saúde, ao trabalho e outros.

Ao contrário da cautela com que as constituições, até o início do século XX, consagraram direitos, as constituições elaboradas no período que se seguiu à Segunda Guerra “expressamente albergavam valores, formularam decisões tipicamente políticas e fixaram, sistematicamente, metas e objetivos sociais a serem alcançados pelos Estados que estavam recriando”<sup>27</sup>. Ana Paula de BARCELLOS preconiza que, concebendo E. KANT que cada homem seja um fim em si mesmo e a organização política existindo a serviço desse homem, o valor humanista, indiscutivelmente, deveria impor-se como a pilastra central de todo o Estado: “ao longo do século XX, em vários momentos e por várias razões, o homem foi não apenas funcionalizado, como também imolado brutalmente nos altares do Estado-Nação, do Estado-partido, da ideologia de segurança nacional, dentre outras variações sobre temas semelhantes. As Constituições, nesse meio tempo, foram ignoradas ou manipuladas em seu aspecto estritamente positivo-formal”<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. cit.*, p. 20.

<sup>28</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *Idem*, p. 23.

Chegou- se, então, à percepção de que a positivação do direito e das constituições, tanto pregada outrora, não era suficiente para afastar e para resguardar a sociedade da banalidade e do mal; o direito não surge por si só no mundo e sim a partir de valores, ideais de justiça e de humanidade previamente difundidos na sociedade, à qual caberá regulamentar, optando, constitucionalmente, pelo retorno ao ideal dos valores. Essa opção permitirá a inserção nas constituições, novas ou reformuladas, de dispositivos que veiculem obrigatoriamente, de forma expressa, a decisão política do legislador constituinte por determinados valores fundamentais orientadores da organização política, bem como limites, formas e objetivos da atuação política do novo Estado, a fim de promover a realização destes valores, os quais passarão, sob a forma de normas- princípios, a atuar como idéias nucleares das constituições, consagrando- se não apenas filosófica, mas sobretudo juridicamente. Ana Paula de BARCELLOS explica que “(...) o Estado e todo o seu aparato, portanto, são meios para o bem- estar do homem e não fins em si mesmos ou meios para outros fins ‘e, desse modo, o valor’ (...) dignidade humana é hoje um axioma jusfilosófico e, além disso, no nosso sistema, um comando jurídico dotado de superioridade hierárquica”<sup>29</sup>.

Na medida em que os valores fundamentais, bem como as ações políticas deles decorrentes, são juridicizados na constituição, esta se retira do debate político, pois coloca a seu serviço o instrumental jurídico do Direito Constitucional. Esse instrumental atua em duas frentes: a existencial e a operacional. Por intermédio da frente operacional, a constituição atribui, hierarquicamente, eficácia jurídica aos efeitos práticos produzidos por tais princípios, conferindo tanto maior eficácia quanto mais eficientemente apresentarem- se a fundamentalidade e a relevância do princípio ou do efeito que delas advém. A frente existencial, por sua vez, consiste na proteção dada a tais princípios, proibindo- se restrições ou supressões por meio da técnica das cláusulas pétreas. O assunto assume particular relevância, visto que os direitos trabalhistas foram inserem- se na Constituição Federal do Brasil, no título referente aos direitos fundamentais do homem, e a tal graduação empresta- se, como é sabido, a natureza de imutabilidade, tendo em vista a

---

<sup>29</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. cit.*, p. 26.

relevância daqueles direitos. Arnaldo SÜSSEKIND<sup>30</sup> defende mesmo que os direitos sociais incluídos no art. 7º são cláusulas pétreas, não passíveis, portanto, de emenda. No mesmo sentido, Paulo BONAVIDES ensina que, “em obediência aos princípios fundamentais que emergem do Título II da Lei Maior, faz-se mister, em boa doutrina, interpretar a garantia dos ‘direitos sociais’ como cláusula pétrea e matéria que requer, ao mesmo passo, um entendimento adequado dos direitos e garantias individuais do art. 60”<sup>31</sup>.

Acrescente-se, a este, o argumento de que o *caput* do dispositivo constitucional em comento estabelece o chamado princípio da norma mais favorável (art. 7º, CF/88: “são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...)” – grifo nosso<sup>32</sup>). Segundo Américo PLÁ RODRIGUEZ<sup>33</sup>, o princípio em tela assume três feições distintas: a) interpretativa, referente à interpretação da lei, no sentido de que qualquer dúvida sobre um texto trabalhista deve ensejar interpretação mais favorável ao trabalhador; b) aplicação da lei, concernente a conflito de regras trabalhistas, quando prevalecerá, mais uma vez, a regra mais benéfica ao mesmo trabalhador; c) criação das leis, princípio que impede a promulgação de regras que acarretem perdas, supressões de direitos. Esta última faceta do princípio da norma mais favorável vem expressa na norma constitucional supra e, segundo BARCELLOS<sup>34</sup>, encontra eco na doutrina constitucionalista sob a égide do princípio da vedação do retrocesso, que se constitui criação doutrinária aplicável aos princípios constitucionais, mormente aos referentes aos direitos fundamentais, afeta à validade, e destinada, ademais, a preservar a idéia de progressividade na construção dos avanços inerentes àqueles direitos fundamentais. Sua aplicação volta-se contra normas que acarretem supressão ou revogação de direitos fundamentais já assegurados, sendo possível exigir do Judiciário a preservação daqueles direitos em face de normas supressivas. Incide, portanto, sobre atos comissivos do legislador.

---

<sup>30</sup> SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Constitucional do trabalho*.

<sup>31</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. In: SÜSSEKIND, Arnaldo. *Op. cit.*, ibid.

<sup>32</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito do Trabalho na Constituição de 1988*, p. 40.

<sup>33</sup> PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de Direito do Trabalho*, p. 123- 130.

<sup>34</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. cit.*, p. 68- 71.

Para o mesmo sentido converge a lição de Gustavo ZAGREBELSKY<sup>35</sup>, o qual demonstra que a grande conquista das constituições contemporâneas reside na percepção universal que estabelece distinção entre os direitos e a lei, entendimento que não se impunha na época da Revolução Francesa, quando se estabeleciam os modelos positivistas constitucionais do século XIX. De qualquer modo, dedica-se a alinhar os passos dados para que se conquiste a concepção positivista e daí se avance para a supremacia do direito sobre a lei inerente ao Estado Constitucional. Aponta, então, o fato de que o Estado Absolutista pairava à margem ou acima da lei, o que provocara a reação iluminista no sentido de submetê-lo à lei. “Deste modo, entre o ‘sujeito- Estado’ e os indivíduos podiam configurar-se relações recíprocas reguladas pelo direito e controladas por juízes independentes”<sup>36</sup>. Os direitos, portanto, confundiam-se com a lei. Essa formalização dos direitos assumia mais relevância que o próprio conteúdo das leis. Estabelecia-se, claramente, uma supremacia dos interesses do Estado, manifestados na lei e no direito objetivo, sobre os interesses dos indivíduos e os seus direitos subjetivos. Tratava-se, segundo o autor, de uma questão ideológica que se expressava no positivismo jurídico.

O século XIX foi, assim, o momento da afirmação do Estado-Força, uma vez que, durante o século XVIII, os direitos fundamentais do indivíduo já se haviam erigido. A garantia de tais direitos fundamentais dependeria de um Estado forte, capaz de enfrentar a questão social que irrompia da ação revolucionária da classe operária. O que se observou mais tarde, porém, evidenciou que a lei poderia descaracterizar-se da função de mecanismo de proteção dos direitos e das liberdades individuais, para se converter em séria ameaça, quando maiorias mal orientadas assim o quisessem, conforme historicamente se viu em países nazifascistas.

Trata-se de questão imperiosa a verificação da distinção entre lei e direito, o que se fez possível pela construção da teoria dos direitos públicos subjetivos, os quais permeiam as leis e as conformam. Nesse compasso, ZAGREBELSKY homenageia Thomas HOBBS, precursor da

---

<sup>35</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*, p. 47- 73.

<sup>36</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *Idem*, p. 47- 48, tradução do autor.

distinção de que aqui se cuida. Para ele, a lei (*the law*) era a manifestação do poder do príncipe, e o direito (*the right*) revelava as liberdades individuais. Para as constituições contemporâneas, a distinção entre lei e direito assume relevância superior ao mero aspecto conceitual, tendo em vista que, enquanto as leis refletem os interesses de grupos definidos e transitórios, os direitos individuais, diretamente atribuídos pela constituição, como patrimônio jurídico inviolável aos titulares, subsistem independentemente da lei.

Para que se chegasse a essa dualidade nas constituições atuais, atravessou-se um processo histórico bem marcado pela diversidade de visões constitucionais, que se deram nos Estados Unidos da América e na Europa Continental. A maior contribuição da Declaração dos Direitos na França, de 1789, foi, justamente, a concepção de um sistema coerente, coeso e codificado de leis que assegurasse a implantação dos direitos fundamentais do homem que a Revolução Liberal burguesa formalizou. Embora a Constituição de 1791 contivesse os direitos já referidos, o sistema por ela concebido esvaziou-se diante de promessas formais que se cristalizaram em um mecanismo de defesa da lei considerada em si mesma. A lei não operava um controle dos direitos, tal controle submetia-se à legalidade, à força da lei. Corroborava essa afirmativa a Constituição francesa que mostrou atuação pouco relevante para o asseguramento dos direitos humanos fundamentais, o qual se operou, tão-somente, com o Código Napoleônico. Outro ponto que o demonstra centra-se no desempenho dos juízes, inseridos, no sistema recursal articulado pela Constituição em análise, como meros aplicadores da lei, sem qualquer margem de interpretação literal do texto, cabendo ao Tribunal de Cassação o papel de reformar sentenças, cujo conteúdo se desviasse da expressa aplicação do texto legal. Partia-se do pressuposto de que a vontade soberana do legislador, porque eleito, deveria ser protegida da ação ameaçadora do Judiciário, que não contava com o referendo popular.

O Direito Constitucional europeu, no entanto, apartou-se do modelo francês, aproximando-se da Constituição estadunidense. A Declaração dos Direitos da Virgínia, de 1776, enuncia expressamente os direitos como base e como fundamento do governo. No modelo norte-

americano, a Constituição elegeu direitos do indivíduo que precedem a qualquer lei e que conformam, por essa mesma razão, a atuação do Poder Legislativo, fato que se deu até como forma de prevenção contra medidas que os americanos consideravam abusos do Parlamento inglês, os quais poderiam, também, ocorrer internamente.

O sistema estadunidense caracterizou-se marcadamente na IX Emenda da Constituição Americana, que preceitua existirem autênticos direitos que a apreciação legislativa excluía. Evidencia-se uma visão oposta à manifestada no modelo francês do século XVIII, no qual o art. 5º da Constituição de 1791 assegurava liberdades de fato aos cidadãos, caso a lei não as limitasse. No dizer de ZAGREBELSKY, enquanto na França predominava a soberania das leis, nos Estados Unidos os direitos assumiam primazia em detrimento do texto legal. O modelo americano desconfiava da onipotência das assembléias legislativas, ambiente em que a coletividade poderia sufocar as consciências individuais e os próprios direitos dessa natureza, estruturadores da base do sistema constitucional. Mediante tal interpretação, aliás, a América apartou-se, inclusive, do modelo inglês, no qual o Parlamento predominava justamente em razão de uma herança histórica pouco racional atribuída ao povo britânico. Na construção do sistema americano, o racionalismo imperava, e o texto da Constituição escrita optou por condicionar qualquer outra manifestação legal, que fica submetida ao controle constitucional intenso conferido ao Poder Judiciário. O juiz seria o guardião das liberdades individuais em face do legislador.

O modelo constitucional europeu continental coloca-se no meio termo entre os modelos estadunidense e francês. Assimila tanto a importância da manutenção dos direitos individuais quanto a tutela que recebem do Judiciário, mas reconhece a necessidade de um sistema legal forte que, ao seu turno, condicione a convivência política dos cidadãos em torno das coletividades sociais que transcendem as esferas individuais de interesses. Como se vê, o postulado da participação política coletiva supera a concepção individualista, e os direitos subjetivos individuais convivem em igual importância com os direitos coletivos políticos, cuja vigência deriva da

força da lei. Prossegue, ZAGREBELSKY, atestando que o fim da Segunda Guerra Mundial marcou, outrossim, um importante momento de revisão do Estado e da busca do chamado Estado Constitucional. A desmistificação do Estado como senhor das razões e detentor das respostas, tal como concebeu Friedrich HEGEL, levou à criação de novas estruturas sociais abertas e mais, seguramente, democráticas. O mesmo movimento ocorreu durante os anos 70, após a queda dos últimos regimes fascistas ibéricos, e refluíu com a derrubada do muro de Berlim, pela necessidade de revisão dos modelos inerentes aos países orientais.

A partir do pressuposto de que o controle de constitucionalidade das leis presta-se à defesa das liberdades individuais, para que os direitos da coletividade se implementem em relação de reciprocidade com os primeiros, ressalta Gustavo ZAGREBELSKY<sup>37</sup>, ademais, que a normatização dos princípios constitucionais reforça esse movimento da evolução histórica constitucional. Uma das principais marcas da contemporaneidade centra-se na inserção, nas constituições, de princípios cujo escopo norteie-se pela busca da justiça efetiva, o que não se registrava no passado, tempo em que imperava o Estado de Direito. Naquela oportunidade, as constituições continham meros enunciados sem aplicabilidade prática. Nas novas constituições exige-se do Estado uma postura proativa pela promoção da justiça. Deixa de ser ele mero garantidor ou guardião do equilíbrio social, devendo, portanto, mobilizar esforços e aproximar os agentes sociais para, efetivamente, redirecionar a realidade rumo aos objetivos constitucionais de justiça.

Transitando pelo campo da economia até atingir as relação entre o homem e o meio ambiente, e, também, entre as gerações presentes e futuras, o Estado estabelece condições estruturais de efetivação das conquistas constitucionais. Em conseqüência, supera-se a noção kantiana, segundo a qual o direito seria um conjunto de condições de conciliação das vontades individuais conforme uma regra universal de liberdade, ou a afirmação depreciativa de HEGEL, para quem o direito se reduz a mero

---

<sup>37</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *Op. cit.*, p. 93- 108.

acordo de vontades. O direito conquista, então, *status* que o definem como “o conjunto de condições nas quais, necessariamente, devem se mover as atividades públicas e privadas para a salvaguarda de interesses materiais não-disponíveis. É uma ordem objetiva prevista para limitar a instabilidade das vontades”<sup>38</sup>. As normas constitucionais de justiça estabelecem, portanto, uma distinção entre os interesses individuais e os gerais, sendo de se esclarecer, desde logo, que os interesses gerais são diversos da simples soma dos interesses individuais, o que determina a existência de uma nova categoria de direitos. Trata-se de uma ordem objetiva que corresponde a idéias objetivas de justiça e, em consequência, impõe deveres. Essa busca de justiça social leva os direitos individuais a se aproximarem da justiça almejada, porque em tais direitos se funda a estrutura necessária para a obtenção do fim colimado. Não há, então, que se imaginar uma ruptura entre direito e justiça, mas um avanço de concepções do Estado de Direito para o Estado Constitucional de Justiça.

Durante o século XIX, o positivismo jurídico projetava para a lei o conteúdo exclusivo da justiça e do direito, relegando as questões sociais e substanciais a um plano pré-jurídico. Tal interpretação se consagrava, porque cabia a os moldes do modelo jurídico; assim, os critérios de estruturação do direito evitavam-se da mácula da parcialidade e, nesse contexto, qualquer questionamento que implicasse avaliação dos interesses das outras classes sociais eram repelidos, caso ameaçassem o equilíbrio daquela sociedade monovalente. Para ZAGREBELSKY, o Estado de Constituição, pluralista por excelência, incorpora nas cartas políticas o livre jogo de interesses de todas as classes sociais, acolhendo regras de origem difusa, geral, plural. Instala-se um pacto em que cada uma das classes apresenta seus ideais de justiça. Desse modo, as questões substanciais de justiça migram do estágio pré-jurídico para a consagração normativa da Constituição.

Contrariamente aos que afirmam que o pluralismo jurídico enfraquece a constituição, verifica-se que a fortalece como receptáculo dos

---

<sup>38</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo *Op. cit.*, tradução do autor.

anseios de toda a sociedade, uma vez que legitima anseios plurais e lhes confere força jurídica. Para o autor, a constitucionalização dos princípios de justiça reveste-se dos seguintes significados: a) a oposição à força desagregadora dos direitos individuais – lembra, aqui, que os direitos individuais, lastreados na idéia de liberdade e de autonomia da vontade, submetem a maioria aos desígnios de uma minoria dominante e que a constitucionalização dos princípios de justiça outorga o direito voz à maioria para fazê-la guardiã, inclusive, daquelas liberdades individuais para todos; b) a recuperação pelo Estado de competências políticas na economia – passa, o Estado, a traçar rumos políticos ao jogo do mercado, conduzindo-o em favor do bem comum; c) a mudança na relação entre o homem e o meio ambiente – os direitos inerentes às vontades individuais já não se movem natural e livremente, eis que se percebeu que os indivíduos devem limitar suas vontades para que se preservem os recursos naturais em favor de todos, inclusive das gerações futuras e; d) a desconfiança do homem diante do homem – ressalta o autor que o Estado de Direito e as salvaguardas das liberdades individuais não foram capazes de evitar os horrores da Segunda Guerra Mundial; sublinha, especialmente, *Auschwitz*, para realçar a importância de princípios gerais objetivos que possam refrear eventuais desvios da maioria, que a lei legitimara.

Observa-se, portanto, que o surgimento do Direito do Trabalho acompanhou, historicamente, a idéia da primazia política e jurídica da constituição no ordenamento jurídico e acompanhou, inclusive, o processo de normatização de princípios constitucionais. Informou, até mesmo, o pluralismo constitucional, visto que todos esses fenômenos operaram-se no século XX, e a inserção de direitos trabalhistas nas constituições da segunda década do século destacou-se como fato precursor entre todos aqueles episódios que se firmaram no cenário mundial apenas após a Segunda Grande Guerra.

#### 1.4 O TRABALHO NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

Informa Amauri Mascaro NASCIMENTO<sup>39</sup> que a primeira Constituição brasileira que incorporou normas trabalhistas foi a de 1934, a qual estabeleceu o Capítulo “Da Ordem Econômica e Social”, notabilizando-se por uma feição corporativista bastante acentuada, uma vez que instituiu a representação classista atuando, *pari passu*, com os representantes do Legislativo eleitos pelo povo, tanto que a respectiva Assembléia Constituinte compunha-se de duzentos e catorze deputados eleitos e quarenta deputados classistas.

O art. 120 daquela Constituição concebia a organização sindical de forma livre e pluralista, reconhecia as convenções coletivas (arts. 120 e 121, j), mas nenhum registro trazia sobre o direito de greve. As regras de direito individual previam a isonomia salarial (proibição de diferença de salários para igual trabalho por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil), o salário mínimo, a jornada de trabalho de oito horas diárias, a proibição do trabalho noturno para menores de dezesseis anos, a proibição do trabalho insalubre para menores de dezoito anos e para mulheres, o repouso semanal remunerado, preferentemente aos domingos, as férias, a indenização e o princípio da regulamentação do exercício de todas as profissões<sup>40</sup>. A Constituição em tela, ademais, dedicou atenção especial à maternidade, prevendo, expressamente, que a licença a que tem direito a mãe empregada a essa mãe se concede sem prejuízo do salário e do emprego e, ainda, foi a única Constituição brasileira a instituir o sistema da pluralidade sindical (art. 120, parágrafo único), o qual, porém, não chegou a ser regulamentado<sup>41</sup>.

Em 1937, o governo Getúlio Vargas outorgou uma nova Constituição, a Constituição do Estado Novo, marcada por princípios

---

<sup>39</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito do Trabalho na Constituição de 1988*, p. 8-23.

<sup>40</sup> BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*, p. 67.

A autora afirma que a Constituição de 1934 foi a primeira a tratar desses direitos. Todavia, a referida Constituição não dispôs sobre remuneração e não estendeu o direito ao descanso em dias santos e feriados.

<sup>41</sup> BARROS, Alice Monteiro de. *Idem*, *ibidem*.

intervencionistas. Apresentou-se essa Carta altamente restritiva, nas palavras de Mascaro NASCIMENTO, à organização sindical, uma vez que proibia a greve e estabelecia a unicidade sindical, bem como o atrelamento dos sindicatos aos desígnios do Estado, estruturando, outrossim, a organização corporativa do Estado ao conferir fortes poderes ao Executivo, que controlava diretamente as relações entre capital e trabalho, por meio do imposto sindical e da outorga da Carta Sindical, único documento de habilitação para o exercício da atividade sindical que, desde então, passaria a se tornar basicamente assistencialista.

Quanto aos direitos individuais, Segadas VIANNA<sup>42</sup> afirma que “fixando como norma que ‘o trabalho é um dever social’ e que o ‘trabalho intelectual, técnico e manual tem direito à proteção e solicitude especiais do Estado’, fixou a de 1937, melhor que a de 1934, as diretrizes da legislação do trabalho”. Elencava os seguintes direitos: repouso semanal remunerado, licença remunerada após um ano de serviço, indenização quando a lei não garantisse estabilidade, sucessão de empresas, salário mínimo, jornada diária de oito horas, adicional noturno, proibição do trabalho dos menores de quatorze anos e do trabalho noturno para o menor de dezesseis anos de idade e a proibição do trabalho a mulheres e menores de dezoito anos em indústrias insalubres. Tratou, ainda, a Constituição de 1937, da composição do Conselho de Economia Nacional, dividido em cinco seções (ramos de produção - art. 57) e integrado por representantes dos diversos ramos da produção nacional indicados pelas associações profissionais ou sindicatos reconhecidos, garantida a igualdade de representação entre empregados e empregadores. O referido Conselho tinha por escopo promover a organização corporativa da economia nacional, estabelecer normas concernentes à assistência prestada pelas associações, sindicatos ou institutos, editar normas reguladoras dos contratos coletivos de trabalho, expedir pareceres sobre projetos de lei e reconhecimento de sindicatos e organizar inquéritos sobre condições de trabalho para incremento da produção.

---

<sup>42</sup> VIANNA, Segadas. “Evolução do Direito do Trabalho no Brasil”. IN: SÜSSEKIND, Arnaldo ... [et al.]. *Instituições de Direito do Trabalho*. Volume I, p. 76.

A Constituição social-democrática de 1946 trouxe um texto consonante com o influxo democrático que se sucedeu ao término da Segunda Grande Guerra, rompendo, “assim, com o corporativismo da Carta Constitucional de 1937, seguindo de perto o modelo traçado pela Constituição de 1934”<sup>43</sup>. Embora tenha declarado a livre associação sindical, remeteu para a lei ordinária, que se manteve nos mesmos moldes da Constituição de 1937, toda a matéria referente à estrutura, representação e organização sindical. Consagrou o trabalho, ademais, como uma obrigação social e se propôs a assegurá-lo a todos, garantindo ao cidadão uma existência digna. Quanto aos direitos coletivos, a Constituição de 1946 reconheceu as convenções coletivas, o direito de greve na forma da lei, o direito à livre associação profissional ou sindical, cabendo à lei ordinária regular a forma da constituição dessas entidades, sua representação e suas funções delegadas de poder público. O sindicalismo manteve-se atrelado ao Estado, nos mesmos moldes da Constituição de 37, permanecendo inalterada a relação dos direitos individuais. A Justiça do Trabalho passou a compor o Poder Judiciário, o que se destacou como uma inovação significativa, posto que a Constituição anterior a concebera apenas como uma estrutura do Poder Executivo. O exercício do poder normativo, porém, seguiu inalterado.

A Constituição de 1967, revelando a ideologia militar de segurança nacional, propunha-se a combater rigidamente a inflação, preservando a organização sindical da Constituição de 1946, mas proibia a greve em atividades essenciais e em serviços públicos. A maior inovação registrada na esfera do direito individual fez-se presente na integração do trabalhador na vida e no desenvolvimento da empresa, com participação nos lucros e, excepcionalmente, na gestão, na forma da lei. Trouxe, ainda, a redução da idade mínima para o trabalhador menor de catorze para doze anos e a implantação do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço como alternativa à estabilidade e indenização.

A Emenda de 1969 manteve intacto o arcabouço constitucional anterior, inovando tão-somente quanto à competência da Justiça Federal

---

<sup>43</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. “Comentários à Constituição brasileira” apud MAGANO, Otávio Bueno. *Manual de Direito do Trabalho – Parte Geral*, p. 43.

para julgar as causas entre a União e os servidores, inclusive celetistas. Declara o sindicato como uma instituição privada que exerce poder delegado pelo Estado, mantendo, assim, a visão getulista.

Quanto à Constituição de 1988, importantes inovações foram acrescentadas. Sob o ponto de vista estrutural, entende Amauri Mascaro NASCIMENTO que:

*Na correlação de forças que lutaram na Assembléia Nacional Constituinte, caracterizadas como progressistas ou conservadoras, aquelas obtiveram vantagem sobre estas em diversos pontos:*

*1º) na adoção de um modelo prescritivo, não-omissivo, segundo a diretriz do constitucionalismo social e seus objetivos fundamentais, que compreendem a idéia de inclusão de direitos sociais nas Constituições;*

*2º) com a opção por um texto constitucional não-sintético, de certo modo extenso e que, apesar de poucos artigos, contém inúmeros incisos dispondo sobre uma variedade de direitos trabalhistas, em dimensão até hoje desconhecida em nossas Constituições e;*

*3º) com a inclusão, na Constituição, de novos direitos trabalhistas, assim considerados aqueles até agora não previstos em nossa ordem jurídica, como, também, aqueles que o eram apenas em nível de legislação ordinária, passando, com a Constituição, a nível maior<sup>44</sup>.*

Opinião unânime daqueles que lidam com questões trabalhistas no Brasil converge para o entendimento de que a Constituição atual fortaleceu os direitos sociais ao enumerá-los e ao incluí-los no rol dos direitos fundamentais, em exaustiva lista contida nos arts. 7º a 11. Em muitos aspectos, todavia, disseminou-se o gérmen da flexibilização que, na década de 1980, proliferou em todo o mundo. Inicialmente, expurgou de forma radical a estabilidade no emprego ao estabelecer indenização compensatória como alternativa à despedida arbitrária. Admitiu, ainda, a negociação coletiva como mecanismo de redução salarial e de flexibilização da jornada de trabalho de oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, bem como de seis horas nos turnos ininterruptos de revezamento.

Outro fator que revela o conservadorismo da Constituição toca à organização sindical. Embora se tenha democratizado o exercício do direito de greve (art. 9º, CF/88), mantêm-se restritos direitos concernentes aos servidores públicos, para quem o exercício dependerá de lei regulamentar

---

<sup>44</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *O Direito do Trabalho e a Constituição de 1988*, p. 16.

específica (art. 37, VII, CF/88). O art. 8º da CF/88, por sua vez, enuncia o princípio normativo básico da liberdade sindical e, contraditoriamente, permanece atrelado aos mais sólidos alicerces do corporativismo ao preservar a unicidade sindical e a contribuição sindical. Cria, além do mais, a contribuição obrigatória, que decorre de decisão em assembléia. Tais resquílios autoritários chocam-se com a idéia de que o Estado não deva mais, como quer a norma em apreço, interferir na criação ou no funcionamento dos sindicatos. A questão da organização sindical destaca-se assim, como um dos principais pontos a serem discutidos na reforma que se avizinha, para que se possa, efetivamente, democratizar as relações coletivas. O Fórum Nacional do Trabalho já aprovou, consensualmente, a revisão desses aspectos, eliminando pontos de conflito com a regra basilar enunciada no *caput* do art. 8º, que exalta a liberdade sindical. Caminha-se, assim, para a incorporação no ordenamento jurídico brasileiro da Convenção 87 da Organização Internacional do Trabalho - OIT.

Os incisos I, II, III e XXI do art. 7º da CF/88 cuidam da proteção da relação de emprego ao estabelecerem que a lei preverá indenização compensatória em face da despedida arbitrária. A par de ter eliminado a estabilidade decorrente do tempo de serviço, conforme já sublinhado, a Constituição instiga a um sistema de inibição das despedidas, que poderia ter sido implantado pela adoção da Convenção 158 da OIT, já ratificada pelo Brasil, mas quase que imediatamente denunciada pelo então Presidente Fernando Henrique Cardoso. O tema preocupa, mormente em se constatando que o índice de desemprego no país mantém imperturbável tendência ao crescimento, o que onera a sociedade. O inc. II do art. 7º, é verdade, estabeleceu a criação do seguro-desemprego, que vem sendo um paliativo apenas, as causas do fenômeno, porém, não têm sido atacadas. Tampouco a elevação da multa pela dispensa de dez (10%) para quarenta por cento (40%) dos depósitos do FGTS (art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT) militou em favor dessa intenção do constituinte.

O inc. III estendeu o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço a todos os trabalhadores urbanos e rurais, o que representou um avanço em

relação a estes últimos, mas a perda da estabilidade no emprego, que se registrava desde 1966, consumou-se na Constituição de 1988. É bom lembrar que a redação final do inc. I do art. 7º foi obtida no “último minuto” do trâmite do Projeto de Constituição. As forças conservadoras atuantes na Assembléia obtiveram-na por forte pressão do conhecido “centrão”, que, na verdade, congregava a extrema direita com as forças de centro-direita. Até então, a estabilidade estava contida no respectivo texto. A Constituição indica situações em que se ressalva concessão de estabilidade provisória para dirigentes sindicais (art. 8º), para gestantes e para membros da CIPA – Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (art. 10, ADCT), o que propicia o ensejo de a lei e de a negociação coletiva beneficiarem outras categorias. Tal medida mostra efeitos positivos em relação ao trabalhador acidentado (Lei 8.112, art. 118), aos adolescentes em idade do serviço militar, aos dirigentes de cooperativas e a outros mais.

A proteção do salário do trabalhador consagra-se nos incs. IV a X, que tratam do salário mínimo nacionalmente unificado, cuja finalidade abriga o trabalhador e sua família, garantindo-lhes moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social. É evidente que o valor se situa em patamares bem distantes dos objetivos constitucionais, apesar de justificados pelo governo em razão do princípio da reserva do possível, em face das despesas da Previdência Social. Os sindicatos contorna a limitação do salário mínimo legal pela adoção do piso salarial, contido no inc. V; mesmo assim, grande parte dos trabalhadores ainda percebe salário mínimo apenas. Seria de se questionar iniciativa do Poder Judiciário para instar o governo a implantar uma política de médio prazo no sentido de elevar o valor do salário mínimo. Por tudo o que já foi dito a respeito da fundamentalidade dos princípios constitucionais aqui analisados, posiciona-se, este trabalho em favor do argumento positivo.

O inc. VI fixa o princípio da irredutibilidade salarial, já apresentado linhas acima, como um dos principais tópicos da flexibilização do Direito do Trabalho, que a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho exacerba, admitindo a flexibilização de outros direitos de modo

constitucionalmente questionável. Os incs. VII a X fixam o décimo terceiro salário nacional, a criminalização da retenção dolosa do salário, que não foi regulamentada por lei, e o adicional do trabalho noturno, que, para o trabalho urbano, transcorre das 22:00 às 5:00 horas; das 20:00 às 4:00 horas para atividades na pecuária e das 21:00 às 5:00 horas para trabalhadores que se dedicam à agricultura. Convém, então, ressaltar que qualquer emenda supressiva ou lei ordinária que dilua o décimo terceiro salário em várias prestações, ou estabeleça tratamento diferenciado para trabalhadores de pequenas e micro empresas, com relação aos princípios salariais, viria *in pejus* e afrontaria a natureza pétrea de tais princípios, tendo em vista sua fundamentalidade social e jurídica.

Ainda, o inc. XI alude à participação do trabalhador nos lucros da empresa, retirando-lhe a natureza salarial, para que não repercuta nos respectivos consectários. Cuida-se de flexibilização interessante, uma vez que estimula a negociação coletiva sobre salários, sem onerar os empregadores em demasia. Os incs. XIII a XVII delineiam a duração do trabalho, fixando carga semanal de quarenta e quatro horas e jornada diária de oito, salvo negociação coletiva para compensação; majoração do adicional da hora extra para cinquenta por cento (50%); turnos ininterruptos de revezamento, com jornada reduzida de seis horas, salvo negociação; repouso semanal remunerado e férias com adicional de um terço. A reforma constitucional deveria coibir a sobre-jornada habitual, já que se constitui em fator de estímulo ao desemprego. Tratar-se-ia de tendência já manifestada na Carta de 88, ao elevar o adicional de vinte (20) e vinte e cinco por cento (25%), para as horas extras, a cinquenta por cento (50%). Constata-se que as empresas despedem os trabalhadores e utilizam-se da sobre-jornada habitual ou do banco de horas como forma de economia, porque reduz despesas com a folha de pagamento. Deveriam, então, reduzir também a carga semanal de trabalho para quarenta horas, como querem os trabalhadores.

Domênico DE MASI demonstra que se convive com a chamada sociedade pós-industrial, superados que foram os momentos históricos de

implantação da indústria, com a máquina a carvão e a vapor dos séculos XVII e XVIII; a racionalização fordista-taylorista, possibilitada pela segunda fase da Revolução Industrial, ocorrida no século XIX, em consequência da utilização do petróleo e da energia elétrica, e que se está sob a égide da automação e robotização da indústria, que acarreta desemprego estrutural neste setor e enseja o aumento natural do emprego no setor de serviços e de comércio. Preconiza, por isso, a sociedade da cultura, do “ócio criativo”, em que as pessoas deverão fruir os benefícios da automação, a qual deve ser tida como um fator de valorização do trabalho humano e não de sua precarização, uma vez que a tecnologia se desenvolve como um bem concedido à humanidade, uma conquista de todos. Defende, assim, a redução da jornada, para que todos tenham acesso a serviços de lazer, de cultura, de esporte, de estética e outros, aumentando a demanda de emprego nesse ramo da economia<sup>45</sup>. No mesmo sentido, Jeremy RIFKIN demonstra que, na sociedade feudal, o módulo semanal de trabalho era de oitenta horas; na primeira fase da Revolução Industrial, sessenta horas; após a segunda fase, quarenta horas, e que, para se enfrentarem as mudanças no processo produtivo, faz-se necessária a redução, como já ocorre em alguns países da Europa<sup>46</sup>. O terço da remuneração das férias caminha no sentido do estímulo ao setor de serviços, já que se destina a remunerar as despesas com lazer durante as férias.

Os incs. XVIII, XIX e XXV protegem a maternidade e a paternidade, fixando a licença gestante de cento e vinte dias, com remuneração, licença paternidade de cinco dias, ambos os prazos regulados pelo art. 10 do ADCT, e a assistência em creches gratuitas e pré-escolas, até os seis anos. Os incs. XX e XXV protegem a mulher: o inc. XXV, já mencionado, garante-lhe a creche e pré-escola para os filhos e o inc. XX exorta proteção da lei, estimulando a inclusão da mulher no mercado de trabalho. Tais mudanças se processam por reformas progressivas na legislação que criminaliza a discriminação contra a mulher e incentiva políticas de formação profissional. Ainda padece a mulher brasileira de forte

---

<sup>45</sup> DE MASI, Domênico. *Op. cit.*, p. 278- 296.

<sup>46</sup> RIFKIN, Jeremy. *O fim dos empregos*, p. 244- 245.

discriminação salarial e sujeição a condições por vezes humilhantes, como revistas pessoais íntimas, assédio sexual, recentemente criminalizado, e assédio moral, em face de sua condição. Muito ainda há por se proteger, mas os indicativos constitucionais e legais registram, segundo se constata, apontam sempre para novas conquistas em benefício do trabalhador.

Os incs. XXII, XXIII e XXVIII destinam-se à proteção da saúde do trabalhador por meio de normas de saúde, de higiene e de segurança, pelos adicionais de penosidade, de insalubridade e de periculosidade e mediante seguro contra acidentes do trabalho, a cargo do empregador. A legislação brasileira, porém, monetariza excessivamente os métodos de proteção; os adicionais transmudam-se em uma espécie de mercancia da saúde, já que, uma vez pagos, findam por impedir a adoção de mecanismos que tolham as condições agressivas. Caberia uma revisão dos rumos para uma efetiva solução da questão do risco que, em grande escala, vitima trabalhadores em acidentes típicos ou em doenças profissionais.

O inc. XXVII contempla um princípio que revela a clarividência do constituinte de 88, visto que exalta a proteção do trabalhador contra a automação. Em recente lei (Lei 9.956, de 12 de janeiro de 2000), o Congresso brasileiro, v.g., proibiu a implantação de postos de gasolina automatizados, justamente para possibilitar o cumprimento à diretriz constitucional. Seria cabível e extremamente produtivo um alargamento de políticas assim direcionadas, consoante com o princípio do valor social, da livre iniciativa e do trabalho, contido no art. 1º da CF/88, e com o princípio da função social da propriedade, que emana do art. 170 da mesma Carta.

O inc. XXIX trata da prescrição, fazendo-o, inicialmente, de forma diferenciada, em relação aos trabalhadores urbanos e rurais. Quanto aos primeiros, estabelecia prazo prescricional de cinco anos na vigência do contrato e limitado até dois após a rescisão. E, aos segundos, mantinha o prazo bienal que passaria a fluir apenas após a rescisão. A Emenda Constitucional nº 28 unificou esses prazos, de acordo com os critérios utilizados para o trabalhador urbano. A Emenda em apreço trouxe prejuízos aos trabalhadores rurais que, sem dúvida, padecem de maiores dificuldades

de acesso ao Judiciário. O argumento daqueles que defenderam a reforma ressaltava o fato de que a maior parte dos trabalhadores rurais reside em centros urbanos, de que os meios de comunicação e transportes facilitam a difusão de informações e o próprio acesso ao Judiciário e, ainda, de que a prescrição se caracteriza como um direito a ser exercido pelo devedor, pelo empregador portanto, a unificação dos prazos viria em favor da pacificação dos conflitos. O tempo determinará com quem se encontra a razão. Sob a ótica do princípio da norma mais favorável, a Emenda em comento apresenta-se questionável, pois toca, na verdade, ao direito subjetivo público do exercício válido da ação. Equipara trabalhadores urbanos e rurais, acentuando, em relação a estes, as dificuldades de acesso ao Judiciário, mormente em face da condição de sujeição e da tímida mobilização desses trabalhadores.

Os incs. XXX a XXXII cuidam da isonomia salarial e coíbem as formas de discriminação em relação a sexo, idade, cor, estado civil, deficiência física, mental ou sensorial, ou entre o trabalho manual, o técnico ou o intelectual. A Constituição coloca-se, assim, em consonância com a Organização Internacional do Trabalho, que acolhe tais princípios nas Convenções nº 111 e 159, ratificadas pelo Brasil. Não obstante, a discriminação encontra-se muito presente, apesar da edição de diversas leis de ação afirmativa em favor de mulheres (Leis 9.029/95 e 9.799/99), de adolescentes (Lei 10.097/00) e de pessoas com deficiência (Lei 8.213/91 e Decreto 3.298/99). Cogita-se a implantação de uma política nacional de inclusão dos negros nas universidades públicas e privadas. Interessante discussão trava-se no sentido de compatibilizar o princípio da isonomia ou da igualdade formal de todos perante a lei (art. 5º, *caput*, da CF/88) com essas normas de ação afirmativa. Embora se reconheça a complexidade do tema, este trabalho dirige-se à defesa das ações afirmativas, eis que compatíveis com os princípios da dignidade da pessoa, da cidadania e do valor social do trabalho e da livre iniciativa, contidos no art. 1º da Carta Constitucional, e com as prescrições do art. 3º, segundo o qual deve o Estado construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento

nacional, erradicar a pobreza, reduzir as desigualdades e eliminar o preconceito em prol do bem de todos, além de outros preceitos.

O inc. XXXIII proíbe o “(...) trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos”. A Emenda nº 20/98 elevou a idade mínima para o trabalho de catorze para dezesseis anos, tolerando o trabalho aos catorze anos apenas na condição de aprendiz. Isto possibilitou a ratificação, pelo Brasil, das Convenções nº 138 e 182 da OIT, que cuidam, respectivamente, da idade mínima de quinze anos para o trabalho e da eliminação de trabalhos intoleráveis para crianças e adolescentes. O art. 227 da CF/88, por sua vez, veicula o princípio da proteção integral de crianças e de adolescentes, reiterando as diretrizes do art. 7º, XXXIII, quanto ao trabalho, e garantindo aos adolescentes trabalhadores os direitos trabalhistas e previdenciários, cabendo, segundo a norma, à família, ao Estado e à sociedade conferirem atenção prioritária aos jovens cidadãos, crianças e adolescentes brasileiros.

O inc. XXXIV assegura direitos igualitários entre os trabalhadores empregados e avulsos. Neste passo, a Constituição abarcou o que já se consagrara pela via da lei ordinária, eis que os trabalhadores avulsos do porto já haviam obtido todos os direitos empregados.

O art. 10 da CF/88 assegura a participação dos trabalhadores em órgãos colegiados que digam respeito aos seus interesses, como a Previdência, o Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT e outros. Verifica-se, aqui, a preocupação com a idéia de democracia participativa que se encontra em outros campos da organização institucional brasileira, como os conselhos bilaterais da criança, do idoso, da mulher, das pessoas com deficiência, entre outros, as audiências públicas, o *Amicus Curiae*, além de outros. O art. 11 estabelece a participação sindical nas empresas com mais de duzentos empregados, com, pelo menos, um delegado. Visa Pretende, a Carta Política, estimular a co-gestão, fazendo-o de forma incipiente, indicando, contudo, uma tendência a ser observada na reforma trabalhista.

## 1.5 O ESTADO SOCIAL E O DIREITO DO TRABALHO NO CONTEXTO DOS DIREITOS HUMANOS

Como se verá, a criação dos direitos fundamentais, que se iniciara pela luta da limitação do poder do Estado, atingiu seu marco mais solene e universal a partir da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 02 de outubro de 1789, na França. Preocupavam-se, os franceses, em assegurar as liberdades individuais. Comentando os direitos que emergiram daquela Declaração, Carl SCHMITT descreveu-os como “(...) os direitos do homem livre e isolado, direitos que possui em face do Estado”<sup>47</sup>. Tal Declaração prendia-se, como se constata, à concepção liberal de Estado, cuja importância é inegável, visto que consolidou a feição democrática do Estado de acordo não apenas com a separação dos poderes, mas, também, com as limitações do seu exercício e, ainda, com a democratização do acesso aos cargos diretivos.

Historicamente, contudo, ao longo do mesmo século XIX, evidenciou-se insuficiente esse amparo legal na construção individualista dos direitos fundamentais, uma vez que a mera liberdade formal comprovou-se inatingível em face das realidades materiais da vida. Não dispõe de liberdade aquele que não pode exercer tal direito por ausência de recursos, fazendo-se necessária a superação desse desequilíbrio pela outorga de direitos suplementares, denominados por Paulo BONAVIDES<sup>48</sup>, direitos fundamentais de segunda geração. Esses direitos sociais, que se caracterizam pela aproximação do Estado com a cena social, impõem atividades que promovam equilíbrio entre a liberdade apriorística e a liberdade factual, exigindo ações e abstenções de terceiros, justamente para que aquelas liberdades primeiras se viabilizem. Incidem de forma coletiva, dirigidos que são a determinadas classes sociais, mas repercutem direta e profundamente no âmbito das liberdades individuais de cada componente dos referidos grupos. Implicam, portanto, uma conduta positiva do Estado, assim entendida porque deve esse mesmo Estado imantar suas ações para o pólo do

<sup>47</sup> SCHMITT, Carl. *Verfassungslehre* apud BONAVIDES, Paulo, *op. cit.*, p. 561.

<sup>48</sup> BONAVIDES, Paulo. *Idem*, p. 564- 565.

equilíbrio “dos pratos na balança da justiça social”. Caracterizam-se, normalmente, por prestações positivas, diferentemente das medidas que um dia forjaram direitos individuais, em época que se exigia do Estado uma postura de abstenção para permitir o livre fluxo das liberdades individuais.

Essa dicotomia entre direitos de índole positiva e de índole negativa, concernentes, os primeiros, aos direitos sociais e, os últimos, aos direitos fundamentais individuais, não se afigura absoluta, como bem observa Robert ALEXY<sup>49</sup>, ao ressaltar que a efetivação dos direitos sociais acarreta um feixe de posições, nem sempre tão precisas, que orbitam tanto na esfera normativa quanto na esfera fática e que podem implicar ações e abstenções estatais, sendo, portanto, direitos de defesa, de proteção, de procedimento ou de prestação. Exemplifica tal afirmação com o Direito Ambiental que enseja todas essas formas de manifestação. O Estado deve, por vezes, impedir determinadas condutas que poluam o meio ambiente; por outras, o Estado deve proteger titulares de direitos em face da ação de terceiros que agridam o meio ambiente; por outras, ainda, o Estado deve criar procedimentos e estimular a participação dos cidadãos nesses mesmos procedimentos, em defesa tanto dos direitos subjetivos individuais quanto dos coletivos e difusos; finalmente, situações existem em que o Estado deve efetivamente prestar atividades na defesa eficiente do direito ora focado.

Também o direito ao trabalho apresenta-se como caracterizador deste feixe. ALEXY menciona os exemplos dados por BRUNNER, que os identifica da seguinte forma: direito “(...) à livre eleição da profissão, dos direitos a um posto de trabalho, a um salário justo, a condições de trabalho adequadas, a proteção para determinados grupos de pessoas (mulheres, adolescentes), ao descanso, a um subsídio pelo desemprego, ao direito de coalizão e greve, como também o direito de co-gestão”<sup>50</sup>. Ressalta, ainda, Robert ALEXY, que os direitos positivos impõem ao Estado a busca de objetivos, enquanto os direitos negativos, estes, sim, sempre acarretam abstenções, mas os objetivos que Estado persegue devem nortear-se pelos direitos objetivos constitucionais. Assim, embora públicos e

---

<sup>49</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, p. 428.

<sup>50</sup> ALEXY, Robert. *Idem*, p. 431, tradução do autor.

coletivos, os direitos sociais, insista-se, tutelam as liberdades individuais mais profundas. Logo, os direitos fundamentais, todos eles, individuais ou sociais, envolvem uma relação trilateral entre um titular de direito fundamental, o Estado e uma ação positiva do Estado. Assinala, assim, que tanto os direitos de defesa quanto os direitos positivos identificam-se com um caráter *prima facie* que, em sua teoria, significa dizer que têm natureza axiológica, portanto, exequíveis na medida do possível.

Após a Segunda Guerra Mundial, constatada a falibilidade dos axiomas liberais concernentes à soberania da maioria, justamente porque esses mesmos axiomas legitimaram juridicamente a ascensão e o domínio do nazi-fascismo, entendeu-se que tanto os direitos fundamentais negativos quanto os positivos não poderiam mais estar à mercê das maiorias flutuantes. As constituições, desse modo, preocuparam-se em salvaguardá-los de ingerências legislativas, consagrando-os como cláusulas pétreas. Nesse diapasão, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas - ONU, em dezembro de 1948, inclui, entre os direitos fundamentais universais, os direitos trabalhistas, como espécie dos direitos sociais, consagrando-os nos seguintes dispositivos:

*Art. XXIII – 1. Todo homem tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis e à proteção contra o desemprego. 2 – Todo homem, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho. 3 – Todo homem que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social. 4 – Todo homem tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para proteção de seus interesses. Art. XXIV – Todo homem tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas. Art. XXV – 1. Todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle<sup>51</sup>.*

---

<sup>51</sup> SÜSSEKIND, Arnaldo. *Op. cit.*, p. 71.

Finalmente, parecem importantes as definições de ALEXY acerca das espécies de direitos positivos que, como se viu, incluem os de proteção, de organização e procedimento e os de prestação em sentido estrito.

Os direitos à proteção se definem, segundo o autor, como “(...) os direitos do titular de direitos fundamentais frente ao Estado para que este o proteja de intervenções de terceiros”<sup>52</sup>. Abrangem amplo espectro: a vida e a saúde, a dignidade, a liberdade, a família, a propriedade. O direito à organização e ao procedimento é introduzido pelo autor com uma menção a Hermann HESSE, que alude ao fato de que a única forma de se obter a eficácia dos direitos fundamentais é a sujeição de toda a sociedade a procedimentos de discussão e de defesa amplamente democráticos. Lembra, ainda, H. GOERLICH, que trata da existência de “(...) direitos fundamentais materiais e formais como garantia procedimental do processo político, jurídico e social de uma sociedade”<sup>53</sup>. Define-os, destarte, segundo explicação que se estrutura em procedimentos, fazendo-o nos seguintes termos: “(...) os procedimentos são sistemas de regras e\ou princípios para a obtenção de um resultado. Se este resultado é obtido respeitando as regras e\ou princípios, então, do aspecto procedimental, apresenta uma característica positiva. Se não é obtido desta maneira, então é defeituoso do ponto de vista procedimental e, por isso, tem uma característica negativa”<sup>54</sup>. “Os direitos à prestação em sentido estrito são direitos do indivíduo frente ao Estado a algo que – se o indivíduo possuísse meios financeiros suficientes e se encontrasse no mercado uma oferta suficiente – poderia obtê-los também de particulares”<sup>55</sup>. Delineia, outrossim, uma distinção entre os direitos sociais expressos e presumidos, sendo os primeiros aqueles que se inscrevem explicitamente nas constituições e, os segundos, aqueles que derivam da interpretação principiológica da carta política.

Demonstrada, segundo parece, a relevância das atividades estatais, no sentido de assegurar os direitos e as liberdades individuais por

---

<sup>52</sup> ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 435, tradução do autor.

<sup>53</sup> ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 455, tradução do autor.

<sup>54</sup> ALEXY, Robert. *Idem*, p. 457, tradução do autor.

<sup>55</sup> ALEXY, Robert. *Idem*, p. 482, tradução do autor.

meio de medidas de proteção, organização e ações efetivas de índole coletiva, justamente para que aquelas liberdades façam-se eficazes, fato que ainda não se permitiu neste país e cuja importância emerge, historicamente, da observação do direito comparado, convém, doravante, apresentarem-se as idéias de Ana Paula de BARCELLOS<sup>56</sup> acerca da fundamentalidade dos princípios, para que se demonstre a relevância da inclusão dos direitos trabalhistas no Título II da Constituição da República de 88 (Dos Direitos Fundamentais).

O primeiro critério eleito pela autora para discernir os graus de eficácia incidente sobre as normas elege o da fundamentalidade social que “(...) nada mais é que seu grau de importância ou relevância social”<sup>57</sup>. Como exemplo, lembra que o direito de propriedade já foi considerado tão relevante quanto o direito à vida e que, de outra parte, a proteção do meio ambiente e da condição do consumidor foram recentemente valorados como fundamentais. A fundamentalidade de que se cuida certamente revela a importância de um determinado princípio e somente em condições excepcionais tal princípio deixará de pautar-se pela eficácia positiva ou simétrica que, segundo a proposta da autora, revela a auto-aplicabilidade dos princípios, a qual se evidencia quando o intérprete tem, diante de si, como critério de ponderação, a incidência de dois ou mais princípios.

O segundo critério indicado por BARCELLOS define a fundamentalidade jurídica, que consiste na referência explícita de um determinado princípio, pelo ordenamento jurídico, como fundamental, exatamente como se dá em relação aos arts. 7º a 11, da Constituição, que contemplam direitos trabalhistas individuais e coletivos. Exemplifica a fundamentalidade jurídica demonstrando que a Constituição estabelece cláusulas pétreas, fundamentos da República, ou introduzindo capítulos específicos, para indicar os princípios que os norteiam. Destarte, adota-se a fundamentalidade social apenas como grau de ponderação de princípios; e se destaca como o primeiro método a ser utilizado, exatamente o método da fundamentalidade jurídica. Adverte, porém, que inexistente hierarquia entre

---

<sup>56</sup> BARCELLOS, Ana Paula. *Op. cit.*, p. 83- 99.

<sup>57</sup> BARCELLOS, Ana Paula. *Op. cit.*, p. 85.

regras e princípios constitucionais, mas uma certa ascendência dos últimos sobre as primeiras, tanto pela indicação expressa da Carta quanto pela fundamentalidade social ou, até mesmo, em razão do conteúdo axiológico dos princípios, eis que estes constituem matrizes para a elaboração de outras normas. A intenção da autora é demonstrar, adiante, que a dignidade da pessoa humana avulta-se como o princípio de maior fundamentalidade jurídica.

O texto da norma materializa o seu conteúdo e indica os limites iniciais e finais dos critérios de aplicação da hermenêutica, e por isso mesmo confere densidade jurídica à norma que, dependendo do respectivo grau, provê-se de maior ou de menor eficácia jurídica, quer-se dizer, exigibilidade perante o Judiciário. A interpretação sistemática da norma, por sua vez, impõe-se como o mais prestigiado método hermenêutico, ao lado do teleológico. Admite dois critérios de aplicação: o primeiro versa a respeito da verificação do subsistema em que se situa a norma (livro, título, capítulo), prestando-se à verificação do efeito pretendido; o segundo, a seu turno, implica a situação da norma no sistema geral do ordenamento jurídico, valendo, conforme a autora, como indicativo do grau de eficácia. A seguir, Ana Paula de BARCELLOS descreve a condição *sine qua non* da eficácia da lei socorrendo-se dos ensinamentos de Luís Roberto BARROSO. Trata-se, exatamente, das condições materiais de implementação da lei, sem as quais a dicção legal, por mais clara que seja, resta inviabilizada.

Diante das construções doutrinárias acima alinhadas, resta inegável que a inclusão dos direitos trabalhistas nas constituições calca o primeiro passo para a própria consagração dos direitos sociais, que se consolidou a partir da segunda metade do século passado. A fundamentalidade social e jurídica desses direitos celebra, diretamente, a dignidade da pessoa enquanto produtora de força de trabalho, força esta que é incorporada ao processo econômico, por esse apropriada, mas não desfigurada, visto que se traduz como força humana.

As normas de ordem pública no trabalho, que resguardam o descanso, protegem a maternidade, asseguram a previdência social, amparam

grupos minoritários, garantem os direitos de greve e de sindicalização, salvaguardam a saúde do trabalhador, valorizam o emprego sobre a automação, propiciam o seguro desemprego, o FGTS, a proteção contra despedida arbitrária e outras, erigem-se como princípios de eficácia imediata, observada a reserva do possível, mas revelam-se como normas de proteção, na medida em que se dirigem à limitação de conduta dos empregados e dos empregadores, protegendo-os reciprocamente. Destacam-se, igualmente, como normas de organização, visto que delimitam o procedimento de trabalho e de não trabalho, bem como as relações negociais entre capital e trabalho e, finalmente, evidenciam-se como normas de prestação, na razão proporcional em que ao Estado incumbe a obrigação de propiciar meios para que a economia gere empregos formais, o que se exercita no Brasil de forma tibia, embora a Constituição sinalize caminhos profícuos.

Um aspecto que deve ser considerado diz respeito às novas feições do Estado contemporâneo. A chamada globalização tem submetido as conquistas do Estado moderno a fortes crises as quais se materializam, de maneira distinta, nos vários blocos econômicos que se forjam desde os anos 90. A fragilização do chamado “Estado- Nação”<sup>58</sup>, que sucumbe à ascensão crescente das empresas transnacionais, cujos interesses transcendem fronteiras e fazem convergir recursos financeiros por vezes muito superiores ao montante da totalidade das riquezas que a capacidade econômica de muitos Estados consegue alcançar, findam por desarticular a força do Estado Democrático de Direito, ao romper os limites da soberania espacial das leis e, até mesmo, o conceito de nação. Essa inexorabilidade econômica, no entanto, não se define real, tampouco hegemônica.

Defende-se, neste espaço, o mesmo primado apontado por Abili Lázaro Castro de LIMA<sup>59</sup>, no sentido de que a resistência política ainda se instrumenta de arma suficientemente poderosa para reverter a ideologia que se fez impingir nas últimas décadas sob a pseudo- primazia do fator

---

<sup>58</sup> LIMA, Abili Lázaro Castro de. *Globalização Econômica, Política e Direito – análise das mazelas causadas no plano político-jurídico*, p. 177- 202.

<sup>59</sup> LIMA, Abili Lázaro Castro de. *Idem*, p. 349- 356.

econômico. Com efeito, segundo demonstra Darc COSTA<sup>60</sup>, nenhum dos países do capitalismo central pode prescindir do dirigismo estatal na economia, tanto para se tornarem potências, quanto para se manterem como tal.

Por outro lado, nem mesmo a afirmação atribuída a José Joaquim Gomes CANOTILHO<sup>61</sup>, quanto ao fim da “Constituição Dirigente”, por ele mesmo outrora defendida, exhibe o alcance que sugeriu atingir, ao pugnar pelo desmonte do Estado de bem-estar social. Indagado a respeito, obrigou-se o constitucionalista português a justificar a referida alusão, circunscrevendo-a apenas aos limites do fim da Constituição Dirigente Portuguesa, em razão da importância histórica da inserção de Portugal na União Europeia, que deslocou para a União os objetivos antes concentrados na Constituição Socialista Portuguesa da Revolução de 1976. É no sentido de que a mera afirmação dos ideais socialistas, ali contidos, por si só, não bastaria para a real consecução dos propósitos traçados, eis que, cerca de trinta anos depois, o pluralismo normativo e a força da realidade internacional vêm se impondo.

Reconhece, todavia, J.J. CANOTILHO<sup>62</sup> que o dirigismo programático permanece íntegro em qualquer constituição contemporânea, no sentido de que as cartas políticas conformam a atuação dos legisladores, inclusive no que concerne aos princípios constitucionais e aos direitos sociais, cuja índole permanece absolutamente normativa. Reafirma,

---

<sup>60</sup> COSTA, Darc. *Planejamento na formação do Estado Nacional Moderno*. Disponível em: <<http://www.esg.br/cee/ARTIGOS/darc9.PDF>>. Acesso em 08 de setembro de 2004.

COSTA, Darc. *Mundialização, mundo luso e a globalização*. Disponível em: <<http://www.esg.br/cee/ARTIGOS/darc1.PDF>>. Acesso em 08 de setembro de 2004.

WEISSHEIMER, Marco Aurélio. “Nenhum país deixou a periferia com políticas liberais, diz vice do BNDES”. *Carta Maior*, abr. 2004. Disponível em:

<[http://agenciartamaior.uol.com.br/agencia.asp?id=1706&cd\\_editoria=003&coluna=reportagens](http://agenciartamaior.uol.com.br/agencia.asp?id=1706&cd_editoria=003&coluna=reportagens)>. Acesso em 26 de abril de 2004. Darc COSTA tem-se posicionado no sentido de que “não há, em toda a história, um único exemplo de país que deixou a periferia e chegou ao centro sendo liberal. Na história mais recente, EUA, Alemanha e Japão são alguns dos exemplos de países que chegaram ao centro adotando políticas intervencionistas e protecionistas. As receitas liberais ficam para os países da periferia que, ao menor gesto de querer implementar algo parecido com um projeto nacional de desenvolvimento, são devidamente enquadrados pelos países do centro do mundo”.

<sup>61</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Texto: Anais do III Congresso de Direito Constitucional, out/2002.

<sup>62</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a Constituição Dirigente*, p. 36-38.

outrossim, o dirigismo constitucional universal, na medida em que as constituições nacionais emaranham- se hoje “em rede”, conversando entre si, posto que revelem realidades distintas, mas consagram opções axiológicas comuns, preservando direitos universais e livres do influxo legislativo. Finalmente, afirma que essa internacionalização de preceitos constitucionais, mormente empreendida pelos acordos internacionais que consubstanciam a própria União Européia, acaba por fortalecer as disposições internas de cada uma das constituições dos países convenientes. Sublinha, passos à frente, que, embora se cogite uma rede internacional de aspirações constitucionais, sobre essas mesmas aspirações alteiam- se as realidades nacionais, delineando o grau de dirigismo constitucional necessário a cada ordem constitucional, sendo de se preservar as linhas da Constituição de 88, de forma íntegra, até que o Brasil conquiste as metas preconizadas naquela Carta. Em suas palavras:

*Compreendo perfeitamente que, quando estamos a falar em direito mitigado, em direito reflexivo, em direito pós-moderno, em direito mite, em direito desregulado, verdadeiramente estamos a passar por uma outra fase que ainda não é possível obter no Brasil. No fundo, estamos a imaginar uma teoria da constituição já pós-moderna, em que não existe centro, em que o Estado é um herói local, em que o Estado é um herói humilde, em que nós somos já uma parcela de um outro esquema organizativo. Estamos a esquecer que no Brasil a centralidade é ainda do texto constitucional, que é a carta de identidade do próprio país, que são estes direitos, apesar de pouco realizados, que servem como uma espécie de palavra ordem para a própria luta política<sup>63</sup>.*

Como se vê, a posição de CANOTILHO converge integralmente para a de Gustavo ZAGREBELSKY, linhas acima apontada, no sentido de que o pluralismo da pós-modernidade jurídica não se contrapõe ao centralismo constitucional dirigente. Impõem- se, na verdade, como forças complementares que, dependendo da realidade de cada povo, alternam- se em intensidade. A noção que se tece de Portugal em relação à União Européia difere daquela realidade que prevalecia no ano de 1976; difere mais ainda da realidade que se estabelece no Brasil, no que concerne à justiça social, cabendo à constituição de cada um dos países atender, preservando- se direitos universalmente consagrados, às realidades recíprocas. A mitigação

---

<sup>63</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Op. cit.*, p. 35.

do dirigismo constitucional, jamais a sua eliminação, respeitará a medida do possível, ou seja, a medida da concretude das vontades políticas juridicamente manifestas por meio dos princípios normativos e dirigentes das constituições.

Curiosamente, o reconhecimento de que o Estado deve assegurar oportunidades iguais para que se preservem as liberdades individuais parece tácito, inclusive, entre os liberais contemporâneos que, diferentemente de Milton FRIEDMAN e de Friedrich HAYEK, os maiores ideólogos do neoliberalismo<sup>64</sup>, e do Consenso de Washington, para quem os direitos sociais são lesivos aos indivíduos, porque quem deles usufrui perde o *status* de cidadão, cabendo ao mercado e à livre concorrência a harmonização natural das relações sociais, com o afastamento integral do Estado. Com o intuito de traçar uma contraposição liberal à idéias de HAYEK e FRIEDMAN, trar-se-á, então, à colação o pensamento de alguns liberais “esclarecidos” para quem há que haver, sob a primazia das liberdades individuais, uma intervenção do Estado ou da comunidade, a fim de se assegurarem oportunidades iguais para todos. Assim se verifica o pensamento de John RAWLS, de Michael WALZER e de Amartya SEN<sup>65</sup>.

John RAWLS destaca-se como um dos principais ideólogos liberais contemporâneos. Sua filosofia parte do enfoque do indivíduo, do qual emerge e para o qual converge. Segundo RAWLS, o indivíduo, como um ser solitário, tece uma visão de mundo própria que deve ser preservada. Busca o autor estabelecer uma nova interpretação do contrato social de ROUSSEAU, criando, para tanto, um pressuposto ideal denominado Estado original, em que os indivíduos se despojam de suas crenças e, a partir do véu da ignorância sobre suas origens e sobre o meio que o cerca, adquirem condições para dispor de uma nova contratualidade social, justa e equitativa. RAWLS pauta-se por dois princípios básicos: a) o da liberdade, segundo o qual devem ser garantidas liberdades amplas para todos, limitadas apenas

---

<sup>64</sup> LIMA, Abili L. Castro de. *Ob. cit.*, p. 156- 176.

<sup>65</sup> O pensamento de John Rawls foi extraído do livro “Uma teoria da justiça” (*Op. cit.*) e da síntese magistral de Ana Paula de Barcellos (*op. cit.*, p. 123- 130). O pensamento de Michael Walzer foi assimilado também pelas lições de Barcellos (*Op. cit.*, p. 139). As idéias de Amartya Sen estão na obra: SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*.

pelo espaço jurídico do outro; b) o princípio da diferença, de acordo com o qual deve assegurar-se igualdade de oportunidades para todos, com normas que compensem os desvantajados socialmente, garantindo-se, a todos, abertura de posições sociais. O primeiro princípio tem primazia sobre o segundo na doutrina desse autor, que consagra o princípio da liberdade como o primeiro princípio constitucional, eis que garante uma esfera de proteção ao indivíduo em face das ingerências do Estado. O segundo, ao seu turno, somente pode se satisfazer por meio da criação de leis que garantam uma justiça social distributiva, restando essa sob encargo do poder legislativo.

O princípio da dignidade insere-se no segundo princípio de RAWLS que, por sua vez, desdobra-se em três outros: a) distribuição da desigualdade com o favorecimento maximizado aos menos aquinhoados; b) abertura de posições para todos; c) posição inicial eqüitativa de oportunidades para todos os indivíduos. Diante das críticas que se ergueram contra seus posicionamentos, John RAWLS reloca a idéia da concessão a todos de atendimento as necessidades básicas para precedência absoluta sobre todos os demais princípios. Será no livro “Liberalismo político” que o referido autor apresentará uma distinção entre o mínimo existencial e o princípio da diferença propriamente dito, sendo o último de competência do legislador, enquanto o mínimo existencial constitui-se em um elemento constitucional essencial garantidor de um conjunto de necessidades básicas do indivíduo. Na doutrina brasileira, o professor Ricardo Lobo TORRES, representante da doutrina de RAWLS, alude acerca do mínimo existencial o qual constituiria na “parcela mínima das condições materiais sem a qual o homem não sobrevive, dos direitos econômicos e sociais. Aquele, em sua concepção, é direito pré-constitucional, decorrendo do direito básico de liberdade, tem validade *erga omnes* e é diretamente sindicável”<sup>66</sup>.

Aponta-se Michael WALZER como um comunitarista, embora seu pensamento não se coadune totalmente com as diversas linhas do pensamento comunitarista americano. De qualquer forma, dessa corrente se

---

<sup>66</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. cit.*, p. 130.

aproxima em razão de seu posicionamento, ao pregar que as necessidades dos indivíduos devem ser materializadas, manifestadas e acolhidas pelas comunidades nas quais interagem, possibilitando, assim, uma retração da ação estatal. Traça, com isso, uma profunda crítica ao individualismo exacerbado da sociedade norte-americana. As organizações sociais devem ser estimuladas como fontes normativas. Desse modo, o autor coloca que a justiça social constitui-se, essencialmente, na eliminação de qualquer forma de dominação, inclusive pela utilização de bens sociais como instrumentos de domínio. As comunidades elegem os bens sociais prioritários e decidem como distribuí-los. WALZER elenca quatro critérios para o atendimento daquilo que denomina igualdade complexa, justamente caracterizada como a distribuição social comunitariamente elegível: a) acesso ao mercado de bens (acesso ao dinheiro); b) necessidade; c) mérito; e d) oportunidades de educação para todos. Estabelece, outrossim, que nenhum critério, dentre os referidos, deve ter proeminência sobre os demais. Reconhece, esse autor, porém, que sua propositura teórica esbarra na realidade inexorável de que o equilíbrio absoluto entre as esferas distributivas indicadas é impossível.

A principal crítica que se levanta contra a teoria de Michael WALZER reside no fato de essa igualdade complexa, eleita pela comunidade, atuar como instrumento condutor propenso a interpretações equivocadas de perigoso fundamentalismo e, assim, aniquilar a liberdade de uns e ampliar o campo de ação de outras, como, por exemplo, a perpetração da violência contra as mulheres, contra minorias étnicas e religiosas, o desprezo pelos necessitados, e tantos outros desregramentos. Respondendo às críticas no livro *“Thick and Thin: moral argument at home and abroad”*<sup>67</sup>, WALZER identifica duas formas de moralidade. Explica Ana Paula de BARCELLOS que “a primeira (*Thin*) é a moralidade mínima ou nuclear, associada ao aspecto universal do indivíduo, que é sua própria humanidade. Ao lado desta, há as moralidades máximas, ou plenas, (*Thick*) que decorrem da vida comunitária”<sup>68</sup>. E prossegue assinalando que sua intenção é a de demonstrar que WALZER, em vários momentos de sua obra, frisa a existência de direitos

<sup>67</sup> WALZER, Michael. “Thick and Thin: moral argument at home and abroad” apud BARCELLOS, Ana Paula de, *op. cit.*, p. 137.

<sup>68</sup> WALZER, Michael, Idem apud BARCELLOS, Ana Paula de. Idem, p. 137.

mínimos do homem que decorrem de sua humanidade, daí a sua universalidade.

Tanto sob o ponto de vista da análise individualista, quanto comunitária, coletivista, o pensamento moderno já se assenta no consenso de que “(...) assegurar o mínimo existencial é indispensável seja qual for a forma de organização social que se pretenda implementar”<sup>69</sup>.

Amartya SEN, a seu turno, como pensador originado no capitalismo periférico, também sobreleva o princípio da liberdade como primado de seu pensamento, mas desdobra o princípio em questão no sentido de compreender aspectos individuais e coletivos, uma vez que não se instalam liberdades individuais, segundo entende, sem que providências econômicas, sociais e culturais, conduzidas pelo Estado, façam-se materializar em momento anterior. Fala, assim, em cinco tipos de liberdades, quais sejam: “(1) liberdades políticas, (2) facilidades econômicas, (3) oportunidades sociais, (4) garantias de transparência e (5) segurança protetora”<sup>70</sup>. Aduz, ainda, que:

*Liberdades políticas (na forma de liberdade de expressão e eleições livres) ajudam a promover a segurança econômica. Oportunidades sociais (na forma de serviços de educação e saúde) facilitam a participação econômica. Facilidades econômicas (na forma de oportunidades de participação no comércio e na produção) podem ajudar a gerar a abundância individual, além de recursos públicos para os serviços sociais. Liberdades de diferentes tipos podem fortalecer umas às outras*<sup>71</sup>.

Realçando a importância do mercado como um mecanismo de abertura de oportunidades, adverte, todavia, que a provisão de educação básica, a assistência médica elementar e a disponibilidade de recursos, como a terra, representam medidas imprescindíveis para o sucesso das oportunidades e do próprio mercado, sendo mister a adoção de providências públicas, tanto no monitoramento de eventuais reformas econômicas, quanto na implementação das políticas sociais. Afirma que a grande contribuição do mercado para o sucesso social e econômico revela-se na obtenção da eficiência econômica, que se evidencia pela opulência, pela prosperidade e

<sup>69</sup> WALZER, Michael. *Op. cit.*, apud BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. cit.*, p. 139.

<sup>70</sup> SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*, p. 25.

<sup>71</sup> SEN, Amartya. *Idem*, p. 25- 26.

pela utilidade, e quanto às eficiências atinentes às liberdades individuais, mas a eficiência econômica do mercado não assegura, por ela mesma, a justiça distributiva, mormente no que toca às liberdades substantivas, quando existe um desacoplamento das desvantagens pessoais dos cidadãos; citem-se como exemplo, pessoas com deficiências ou com incapacidade, por despreparo, para obter renda em decorrência de seu trabalho. Há que suplementar “os abrangentes poderes do mecanismo de mercado (...) com a criação de oportunidades sociais básicas para a equidade e a justiça social”<sup>72</sup>.

SEN atesta que a necessidade de políticas públicas distributivas mais se evidencia nos países em desenvolvimento, e, embora não se encontrem mais tão intensamente aplicadas nos países desenvolvidos, históricas alavancas instrumentaram esses países para que galgassem posições de liderança no mercado em que hoje se destacam. Exorta, destarte, para que se desloque o conceito de “comedimento financeiro” com relação aos gastos públicos, normalmente sob o ponto de vista liberal, exagerado quanto a investimentos no âmbito do desenvolvimento humano, que se considera, alhures, um luxo ao qual têm direito apenas os países ricos. Argumenta no sentido de que investimentos em saúde e em educação revertem a pobreza crônica, o que se evidenciou, visivelmente, em países chamados “Tigres Asiáticos”, que assim procederam. Saneadas essas deficiências básicas, o próprio povo encontra os caminhos para a prosperidade, que propicia estabilidade socioeconômica, apesar das oscilações comuns do mercado. Uma distribuição de renda, ainda que mínima, assegura, por via do consumo generalizado, uma tonificação do mercado, a qual reflui para a sustentação de políticas públicas em trajetória rumo a um círculo virtuoso. Insiste em combater a teoria do chamado “comedimento financeiro”, que recusa a aplicação de recursos no desenvolvimento humano, redargüindo que os investimentos em programas de saúde e em alimentação propiciam maior produtividade da força de trabalho, devendo ser questionados, na opinião do autor, os vultosos investimentos canalizados para fortalecer o poderio bélico, nem sempre

---

<sup>72</sup> SEN, Amartya. *Idem*, p. 170.

transparentes e, em hipótese alguma, favoráveis ao desenvolvimento do mercado e das pessoas.

No que concerne à globalização, pugna por medidas de defesa das culturas locais, em busca de uma síntese entre as benesses e os problemas do processo globalizante da economia. Defendendo a posição de Adam SMITH, para quem o comércio global propicia maior prosperidade econômica para cada país, e reconhecendo as rupturas que ele tem proporcionado, tanto sob o aspecto econômico, quanto cultural, assinala que, no contexto econômico, a superação das desigualdades deve se consumir pela adoção de “esforços conjuntos para tornar a forma de globalização menos destrutiva para o emprego e o modo de vida tradicional e para ocasionar uma transição gradual”<sup>73</sup>. E prossegue:

*A fim de suavizar o processo de transição, é preciso que haja também oportunidades para um novo preparo profissional e a aquisição de novas qualificações (para as pessoas que, de outro lado, seriam alijadas do mercado de trabalho), juntamente com a provisão de redes de segurança social (na forma de seguridade social e outras disposições de apoio) para aqueles que têm seus interesses prejudicados – ao menos no curto prazo – pelas mudanças globalizantes*<sup>74</sup>.

Comentando acerca dos direitos humanos<sup>75</sup>, o autor reporta-se à dialética que hoje impera sobre a matéria, no seu entender. Se os direitos humanos hoje, por um lado, consagram-se como invocações universais e basilares, por outro, padecem de exigibilidade, por três linhas de argumentos. A primeira, “crítica da legitimidade”, que se caracteriza pela idéia de que os direitos humanos constituiriam questões pré-jurídicas ou meros enunciados de princípios sem normatividade; a materialidade dos direitos humanos dependeria da disposição política dos Estados que os erigiria à condição de direitos na medida em que ativassem os respectivos processos legiferantes. A segunda linha crítica situa-se na falta de uma definição quanto à atribuição de deveres correlatos aos direitos humanos ou, mais especificamente, quanto à definição de quem deve torná-los eficazes; denominou esta corrente de “crítica da coerência”. A terceira linha de crítica, chamada “crítica cultural”,

<sup>73</sup> SEN, Amartya. *Op. cit.*, p. 276.

<sup>74</sup> SEN, Amartya. *Idem*, *ibidem*.

<sup>75</sup> SEN, Amartya. *Op. cit.*, p. 261- 267.

inclui os direitos humanos no rol das expectativas meramente éticas, sem juridicidade e sem universalidade, de vez que a diversidade cultural militaria em desfavor de uma compreensão e de uma aplicação uniforme daqueles direitos.

Respondendo à primeira corrente, afirma que os direitos humanos realmente transcendem à ordem jurídica, desde que universais, não necessitam de explicitação regional para se fazerem exigir sob o ponto de vista da ética humana. A incorporação dessa ética nas legislações de diversos países consagra-se em decorrência natural diante da inclusão desses mesmos países em organismos internacionais e no próprio mercado. Replicando a segunda corrente, invoca E. KANT para sublinhar que existem obrigações perfeitas que são justamente aquelas preconizadas pela corrente ora refutada, em que se delineia, desde logo, uma obrigação e a autoridade acometida do seu cumprimento, mas há, além destas, as obrigações imperfeitas que, por circunscreverem-se em âmbito geral, devem ser dirigidas a todas as autoridades instituídas. Os direitos humanos enquadram-se nas segundas, eis que universais, cabendo, portanto, a todo o sistema estatal fazê-los coercitivos. Contesta a crítica cultural, reiterando a idéia de que a diversidade cultural entre o Ocidente e a Ásia, e, mesmo, entre as culturas e religiões asiáticas, não impede a convivência harmônica entre os países nem a incidência de normas universalmente relevantes, ainda que a visão sobre elas seja diferenciada.

Amartya SEM finaliza a exposição de seu pensamento aludindo à síntese que implica desenvolvimento econômico e humano com aprimoramento das liberdades substantivas das pessoas. Em sua teoria, as liberdades erigem-se como a mola mestra e propulsora do desenvolvimento econômico e humano. Preconiza que a solidez das liberdades somente se consubstancia na adoção de políticas públicas continuadas para o asseguramento de condições materiais de fruição das liberdades. Há que se congregarem mercados, administrações, legislaturas, partidos políticos, organizações não governamentais, poder judiciário, mídia e comunidade em geral para que se processe o desenvolvimento; portanto, deve-se proceder a

uma verificação dos papéis respectivos dessas diferentes instituições e suas interações. E conclui: “Essa unidade é importante, mas ao mesmo tempo não podemos perder de vista o fato de que a liberdade é um conceito inerentemente multiforme, que envolve – como foi profusamente exposto – considerações sobre processos e oportunidades substantivas”<sup>76</sup>.

Convém, doravante, contrapor um pensamento restritivo à abordagem liberal, apenas para contextualizar os direitos humanos de forma um tanto mais abrangente. Embora os liberais já reconheçam a necessidade de políticas públicas para se preservar o direito às liberdades, com a implantação dos direitos sociais e sua extensão para todos, elegem eles um enfoque prioritariamente individualista que, hierarquicamente, sobreleva a liberdade em relação aos demais direitos fundamentais, o que, segundo Robert ALEXY, justifica, por exemplo, a retração de uma política pública diante do princípio da reserva do possível, este que não goza de assentimento universal, tampouco de definição apriorística acerca de onde iniciam e onde findam os limites do possível.

Pensa-se que inexistente relação hierárquica entre os direitos de primeira a quarta geração, ou dimensões. Concebem-se esses direitos, tal como Joaquín HERRERA FLORES<sup>77</sup>, transsubstanciados em um diamante, com todas as propriedades a ele inerentes: coeso, firme e multifacetado. Nesse sentido, adverte o referido autor, os direitos humanos não se afiguram atemporais ou apartados das realidades de cada povo. Todos decorrem do espaço, da pluralidade e do tempo, ou seja, cada povo absorve os direitos humanos de acordo com a realidade histórica, territorial e cultural que vivencia. Questiona, assim, o pressuposto liberal alegando que a universalidade dos direitos humanos emerge da cogência dos fatos que, irresistível e naturalmente se impoem.

Os pressupostos liberais seriam os seguintes: 1) os direitos antecedem as lutas pelos bens; haveria um ordenamento universal, neutro, para aplacar a luta pela distribuição da riqueza; 2) o mais valioso da vida

---

<sup>76</sup> SEN, Amartya. *Op. cit.*, p. 336- 337.

<sup>77</sup> HERRERA FLORES, Joaquín. *El Vuelo de Anteo. Derechos Humanos y Crítica de la Razón Liberal. Hacia una visión compleja de los derechos humanos*, p. 41- 67.

residiria na esfera privada; 3) a ação política atuaria como um meio para levar adiante fins econômicos que não se submeteriam ao debate, e 4) a cidadania se resumiria aos direitos e às garantias assegurados pelo Estado Nação, devendo ser repelida qualquer tentativa de se politizar a sociedade e de se reconhecer válida qualquer manifestação política à margem do Estado. Em seu entender, as premissas acima enunciadas revelam um cunho eminentemente ideológico que, no entanto, se fazem ver como processos naturais irreversíveis, incutidos pela constante reiteração. Instala-se, ainda segundo o autor, uma perspectiva ontológica, apartada da realidade das pessoas. Os direitos humanos se reduzem, no final, à ótica dos proprietários que atuam no mundo por meio do mercado. As pessoas submetem-se às relações do mercado.

Esse prisma mercadológico justificaria, então, as políticas que efetivamente agridem os direitos humanos, levadas a cabo sob a denominação de Planos de Ajuste Estrutural: abertura aos capitais estrangeiros, sobrepujando as necessidades reais dos povos; aprofundamento na nova fase de acumulação do capital, apoiada em privatizações e em vendas aos grandes consórcios dos espaços públicos de produção e de democracia; desregulamentações normativas que favorecem os interesses dos poderosos e as conseqüentes anulações de direitos trabalhistas, de seguridade social, de proteção e de promoção da saúde, da educação, do meio ambiente e de outros mais. Descrevendo a realidade que decorre daqueles pressupostos ideológicos, consigna que o mercado converte-se em sinônimo de democracia, de família, de amizade e, inclusive, da própria economia. Desse modo, qualquer reivindicação que confronte os interesses do mercado apresenta-se como distorção, e nesse rol, incluíram-se os direitos humanos que implicam custos ao mercado. Passa a ser esse um processo natural, e qualquer visão contrária estigmatiza-se.

O fato mais nefasto, segundo o autor, é que os direitos têm sido esbulhados e as pessoas, aflitivamente, mobilizam-se à cata dessas prerrogativas que se esvaem, e, no afã de recuperá-las, valem-se da retórica e da ideologia dos esbulhadores. Deve-se rechaçar essa inexorabilidade dos

fatos e sustentar uma ação de resistência que não apenas se oponha firmemente a interpretações tendenciosas, mas também administre as realidades históricas e contextualizadas dos direitos humanos. “Esta alternativa deve passar pelos seguintes passos: 1)- Recuperar a ação política de seres humanos corporais; 2) a formulação de uma filosofia ‘impura’ dos direitos e; 3)- a recuperação de uma metodologia ‘relacional’ ”<sup>78</sup>. A mais importante estratégia de resistência centraliza-se na mobilização política, dentro e perante a *polis*, eis que possibilitará o resgate democrático da gênese dos direitos humanos, que não pairariam, prévia e superiormente, sobre cada realidade em que incidissem. A inclusão dos direitos humanos na esfera prévia à construção política desviou rumos que se enveredaram para a uma visão restritiva desses direitos e da ação social, separando-se ideais subjetivos dos fatos sociais em suma, resvalou para uma concepção estreita, pois confronta os direitos com uma realidade imutável, inquestionável.

Os direitos humanos não se inserem em uma categoria normativa que paira sobre um mundo ideal, que espera ser posto em prática pela vontade política dos governantes; criam-se e recriam-se “(...) à medida que vamos atuando no processo de construção social da realidade”<sup>79</sup>. Reivindica HERRERA FLORES uma ação política que não apenas resgate as realidades de cada povo, mas que recupere, sobretudo, a inteireza das pessoas, sob o ponto de vista mental e corporal. Contesta a idéia de que as liberdades individuais precedam aos demais direitos, bastando inseri-las nos textos normativos, sem se fazer referência às necessidades corporais que dizem respeito à habitação, ao vestuário, à moradia e outros mais. Logo, tudo que diz respeito ao corpo é imprescindível para que se conceitue um indivíduo livre. A separação do indivíduo de seu corpo, o mental do corporal, cria uma perspectiva em que cada sujeito se afigura uma ilha de consciência e de ação, como se a realidade, o mundo em que ele habita existisse como uma realidade alheia, sem relação com esse mesmo sujeito. Há que se reverter essa perspectiva. A própria interpretação dos direitos humanos e

---

<sup>78</sup> HERRERA FLORES, Joaquín. *Op. cit.*, p. 27, tradução do autor.

<sup>79</sup> HERRERA FLORES. *Idem*, p. 27, tradução do autor.

fundamentais deve romper esse dualismo, conduzindo-se às Cortes de Justiça corpo e mente em unicidade, juntos, coesos.

Exorta-se, assim, para que se pugne por três tipos de direito: direito à integridade corporal, contra qualquer tipo de tortura, de agressões, de mortes violentas ou evitáveis; direito à satisfação das necessidades, como os sociais e econômicos; direitos de reconhecimento, dos gêneros étnicos e culturais ou da diversidade humana. É hora, portanto, de se inventar um direito que resista à força coercitiva dos fatos, ideologicamente imposta, e que nos saque dessa jaula de ferro por meio de um *habeas corpus* que preserve corpos e subjetividades, necessidades, debilidades e forças todas incluídas. Ao defender a edificação de uma teoria impura do direito, sublinha que, desde os primórdios da civilização ocidental, valoriza-se a metodologia da separação do objeto analisado para que se possa afastá-lo de qualquer contaminação que lhe conspurque a pureza. A teoria pura do direito, o véu da ignorância de John RAWLS não condizem com a realidade conhecida, que é rugosa, áspera, díspar e pluralista. “Só o impuro pode ser objeto de nosso conhecimento”<sup>80</sup>.

O conceito de puro é abstrato, decorre de uma aspiração, não dos fatos, não da realidade. Só o impuro é conhecível, palpável, concreto. A filosofia do impuro resgata a realidade histórica, o presente e projeta para o futuro possível, concreto. Posto que desconhecido, tem suas origens, todavia, no conhecido, no palpável. Resgata, outrossim, o outro que se reflete em cada um de nós, pela mescla das ações humanas, ou pelos matizes da ação, da pluralidade e do tempo. Há que se considerarem os direitos humanos no espaço (ação), no tempo (história) e na pluralidade (corporalidade). Para tanto, deve-se aplicar uma metodologia que possibilite uma inter-relação entre esses conceitos e com os processos sociais em que estão contextualizados. Desse modo, os direitos humanos devem ser apreendidos de forma interativa entre os processos sociais e econômicos. Há que observar “(...) os contextos e as possíveis experiências discrepantes que se dão na realidade plural e dinâmica em que levamos adiante nossas vidas”<sup>81</sup>.

---

<sup>80</sup> HERRERA FLORES, Joaquín. *Op. cit.*, p. 31, tradução do autor.

<sup>81</sup> HERRERA FLORES, Joaquín. *Idem*, p. 41, tradução do autor.

Inserem-se, assim, os direitos humanos em um contexto concreto por ele denominado “diamante ético”. Repudia-se a fuga do futuro que, segundo ele, sempre se adotou como estratégia para que a humanidade escapasse do temor do abstrato, do nada que representa o porvir. A filosofia, desde PLATÃO, construiu conceitos abstratos, imutabilidades estupefacientes, como o “mundo das idéias” de PLATÃO, ou o Deus do cristianismo. Essa busca de entorpecentes ideológicos envolve a própria concepção dos direitos humanos, que se incluíam entre eles.

Há que se forjar, portanto, uma nova concepção acerca dos direitos humanos para possibilitar sua concretude. A destruição do meio ambiente, as injustiças propiciadas pelo consumo e pelo comércio desigual, a continuidade da cultura das violências e das guerras, bem como a realidade do multiculturalismo e das deficiências em questões de saúde e de convivência individual e social obrigam a uma perspectiva nova, integradora, crítica e contextualizada.

A novidade e a contextualização já foram devidamente expostas linhas acima. Tratar-se-á, agora, da mais relevante, que é a perspectiva integradora. Para o autor, com o que se concorda integralmente, inexistem divisões entre os direitos humanos. Não há outrossim, que falar em proeminência de uns sobre outros; as liberdades não subsistem sem as igualdades e vice-versa. Nas palavras do autor: “são faces da mesma moeda. (...); não há gerações de direitos; há gerações de problemas que nos obrigam a ir adaptando e readaptando nossos anseios e necessidades as novas circunstâncias”<sup>82</sup>. Nesse trabalho, pretende-se demonstrar que a construção dos direitos humanos forja-se com avanços e com retrocessos, mas de forma sólida e indivisível. Aborda-se a questão das normas trabalhistas contrárias à discriminação de pessoas com deficiência, discriminando-as positivamente, para que a elas sejam estendidos esses direitos a que, em razão de preconceitos milenares, não tiveram acesso até o presente.

Desde a criação dos direitos sociais são eles alvo da crítica que ganhou muita força nas últimas décadas. O pensamento neoliberal

---

<sup>82</sup> HERRERA FLORES. *Op. cit.*, p. 46- 47, tradução do autor.

prevaleceu, mas no interior do liberalismo também se ouvem vozes em favor dos direitos sociais. As posições de John RAWLS e Amartya SEN convergem, em grande medida, para o mesmo foco, sendo de se frisar que o pensador indiano dá um passo além, ao defender não apenas a concessão de oportunidades iguais, mas políticas permanentes de apoio e de valorização social dos desfavorecidos, respeitando-se as peculiaridades e as realidades concretas de cada povo. Nisso harmoniza-se, integralmente, com o pensamento anti-liberal de HERRERA FLORES, para quem os direitos humanos, como se viu, constitui um “diamante ético” indivisível, no que parece mais exato que os primeiros, aproximando-se da idéia de “feixe de direitos” cogitada por Robert ALEXANDER. A exatidão de HERRERA FLORES, porém, sobrepõe-se ao pensamento daquele constitucionalista em face da negação da hierarquia entre os direitos, já que o segundo privilegia o indivíduo e a liberdade.

O “diamante ético” de HERRERA FLORES reflete-se nas idéias de vários pensadores<sup>83</sup>, inclusive no pensamento do constitucionalista brasileiro Paulo BONAVIDES que, não obstante utilize a expressão “gerações”, ao se referir aos direitos humanos, em cada momento de seu texto sublinha a unidade que tais gerações guardam entre si. Referindo-se aos direitos sociais como garantes das liberdades individuais e vice-versa, assim pronuncia:

*Todos os princípios da Constituição que obrigam o legislador são garantias institucionais na acepção ampla de Carl SCHMITT. Mas*

---

<sup>83</sup> MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. “Princípios universais de direitos humanos e o novo Estado Democrático de Direito”. *Revista Jus Navigandi*, a. 1, n. 12, maio. 1997. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=74>>. Acesso em: 06 de setembro de 2004.

SÁNCHEZ RUBIO, David. *El Vuelo de Anteo. Derechos Humanos y Crítica de la Razón Liberal*. Universalismo de Confluencia, derechos humanos y procesos de inversión. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2000, p. 215- 244. “Acrescente-se ainda que a nossa Constituição, assim como todas as Constituições modernas, tem uma vinculação com um modelo socio-econômico específico, seja liberal, social ou socialista como visto anteriormente. O texto de 1988, traz uma ordem econômica que tem como princípios a livre iniciativa, a livre concorrência, a propriedade privada, princípios de origem liberal que ao lado de princípios de origem socialista, como a função social da propriedade, o pleno emprego, a dignidade do trabalho humano, somam-se a direitos humanos de terceira geração como o direito do consumidor e o meio ambiente, para apontar para uma ordem econômica que embora avançada, pois incorpora o que há de mais atual em termos de direitos fundamentais, pode no máximo ser interpretada como uma ordem econômica neoliberal em sentido amplo, com um modelo de Estado Social não clientelista, dentro de um modelo intervencionista estatal com a finalidade de promover a diminuição das desigualdades sociais e regionais dentro de um capitalismo social”.

Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (texto Revista UFMG Revista Ciência Política).

*em verdade a maior das garantias constitucionais (e não apenas das garantias institucionais) seria indubitavelmente aquela que produzisse os pressupostos fáticos, indispensáveis ao pleno exercício da liberdade, e sem os quais esta se converteria numa ficção, conforme ficou sobejamente demonstrado depois que se ultrapassou a universalidade abstrata dos direitos humanos fundamentais da primeira geração*<sup>84</sup>.

Em sua análise, menciona, ademais, os direitos de terceira e quarta gerações, que corresponderiam, na concepção de HERRERA FLORES, às últimas facetas lapidadas do “diamante ético”. Assinala o constitucionalista brasileiro que os direitos fundamentais de terceira geração dizem respeito à solidariedade social, para que se implemente a fraternidade, já que a liberdade e a igualdade foram inspiradoras dos direitos de primeira e segunda geração. Cuida-se do direito ao desenvolvimento, do direito à paz, do direito ao meio ambiente, do direito à propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e do direito à comunicação. Os direitos de quarta geração, ao seu turno, correspondem aos direitos políticos de soberania do povo sobre os respectivos Estados nacionais; dizem respeito, portanto, ao direito à democracia, ao direito à informação e ao direito ao pluralismo.

Nos capítulos seguintes, analisar-se-á a unidade ética e histórica dos direitos fundamentais concernentes ao Direito do Trabalho e às normas de ação afirmativa a esse ramo de Direito pertinentes, cuja natureza revela o primado da solidariedade social, como aperfeiçoamento das bases éticas que geraram e que justificaram a própria criação do Direito Social Laboral.

## **1.6 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Neste capítulo lançam-se as bases teóricas para a apreciação do Direito do Trabalho, a fim de que se verifiquem as circunstâncias que o geraram e a crise por que passa esse ramo do conhecimento jurídico. O processo histórico foi analisado, não sob a perspectiva de um determinismo linear e inexorável, mas, sobretudo, por uma observação dialética do jogo de forças que propiciaram o surgimento do Direito do Trabalho e que o

---

<sup>84</sup> BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 567.

ameaçam. O processo de constitucionalização dos direitos laborais e o do novo Direito Constitucional impõem-se como fenômenos quase simultâneos e que consolidam os direitos humanos, na medida em que a dignidade da pessoa assume a centralidade dos sistemas jurídicos.

Este estudo desenvolverá, nos próximos capítulos, uma análise concernente ao Direito Internacional e Comparado do Trabalho da pessoa com deficiência; uma perquirição sobre o princípio da igualdade para justificar as normas de ação afirmativa; uma abordagem sobre o novo Direito Civil, forjado por princípios do Direito do Trabalho e que refluíu para atualizá-lo e, finalmente, um apanhado das normas constitucionais e legais acerca das pessoas com deficiência no Brasil. Busca-se, deste modo, demonstrar os fundamentos que instrumentalizaram a emergência do Direito do Trabalho mediante aplicação de normas de ação afirmativa. Tais normas circunscrevem-se a grupos específicos, de caráter compensador, tanto quanto aquele.

Quer-se, assim, afirmar a unidade e a indivisibilidade dos direitos humanos que se constituem pela interdependência de cada um deles e que, a despeito de serem estabelecidos em épocas distintas, lastreiam-se uns nos outros, eis que as demandas históricas exigem constante criação de direitos humanos, não só para atender às inovações que o tempo registra, como, primordialmente, para que os direitos conquistados, isto é, que já se construíram permaneçam íntegros. Se o Direito do Trabalho surgiu não apenas para atender à correlação de forças entre capital e trabalho, dialeticamente, mas, também, para legitimar a venda da força de trabalho e, ainda, para salvaguardá-la como fruto da energia humana; se o último quarto do século XX viu surgir sérios abalos nas estruturas do próprio Direito do Trabalho, este se revigora pelo novo rumo do Direito Constitucional e da ética em prol da dignidade da pessoa, que lança raízes em favor das minorias. Ou seja, desde que se descobriu a necessidade de se instituírem normas em favor de uma classe, tal necessidade se impôs justamente para equilibrar as relações de força, como se deu com a gênese do Direito do Trabalho, em que o caminho para as normas em favor de minorias, como

negros, mulheres, índios e pessoas com deficiência se abriu. Os capítulos subsequentes demonstrarão este posicionamento.

## 2. AS AÇÕES AFIRMATIVAS PARA O TRABALHO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO DIREITO INTERNACIONAL E COMPARADO

### 2.1. A HISTÓRIA DO TRABALHO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Restringe-se, doravante, o foco de investigação para um tema específico do Direito do Trabalho, que se firma desde a segunda metade do século XX, e se corporifica por intermédio de leis de ação afirmativa em favor de pessoas com deficiência.

Desde a Antigüidade remota, registros existem para comprovar o tratamento que se dedicava a pessoas com deficiência. Os povos primitivos tratavam-nas das mais diversas formas: muitos, simplesmente, eliminavam-nas, como empecilhos que representavam para a caça e para a marcha natural entre os nômades; outros, ao contrário, protegiam-nas, sustentando-as, no afã de conquistar a simpatia dos deuses, ou como medida de recompensa por mutilações sofridas durante a caça ou durante a guerra. Rubens Valtecidos ALVES<sup>85</sup> ilustra, nesta constatação, pelo exemplo dos Sirionos (tribo seminômade que habita a selva amazônica boliviana, próximo à fronteira com o Brasil) que costumam abandonar as pessoas com deficiência, idosas, ou com doenças que impeçam ou dificultem a movimentação da tribo. Os balineses (nativos da Indonésia), por sua vez, são impedidos de manter contato amoroso com pessoas que fujam do padrão estético ou comportamental em vigor. Sabe-se, ademais, que os astecas, de acordo com determinação expressa de Montezuma, confinavam as pessoas com deficiência em campos semelhantes a zoológicos para exposição e para escárnio público. Os hebreus proibiam as pessoas com deficiência de atuarem em atividades religiosas, por considerá-los pecadores atávicos punidos por Deus. A Lei das XII Tábuas previa, expressamente, autorização para que os *pater familias* eliminassem os filhos com deficiência, o mesmo ocorrendo em Esparta, onde as crianças portadoras de alguma deficiência

---

<sup>85</sup> ALVES, Rubens Valtecidos. *Deficiente físico: novas dimensões da proteção ao trabalhador*, p. 18- 32.

eram projetadas, em cerimônia religiosa, do alto do Taigeto (abismo de mais de 2.400 metros de profundidade, próximo de Esparta).

Valtecidos ALVES, conforme já se dizia, relata o fato de que alguns povos antigos ou primitivos protegiam as pessoas com deficiência, sendo exemplo os hindus que, diferentemente dos hebreus, julgavam que as pessoas cegas reuniam condições de maior sensibilidade espiritual, justamente pela ausência da visão, e as escolhiam, preferencialmente, para o desempenho de funções religiosas. Os atenienses, por influência da concepção aristotélica da igualdade geométrica, no sentido de atender a cada um segundo o seu merecimento, desenvolveram um sistema semelhante a uma previdência social, contribuindo para o cuidado dos heróis de guerra e de suas famílias. Mantinham-nos, porém, afastados do convívio social, para que sua “saga” não influenciasse o moral das tropas. Por influência ateniense, também os romanos imperiais agiam da mesma forma. Discutiam, esses dois povos se a conduta adequada seria a assistencial, ou a readaptação desses deficientes para o trabalho que lhes fosse apropriado.

Válida parece uma análise da figura mitológica de Hefesto, retratada nos poemas *Ilíada* e *Odisséia* de Homero. Tratava-se de um deus, cuja peculiaridade consistia na capacidade de superar a deficiência física nos membros inferiores, tornando-se exímio na metalurgia e nas artes marciais. Registra a mitologia que foi ele responsável, como deus do fogo, por forjar, no centro dos vulcões, os raios de Zeus, o tridente de Poseidon, a couraça de Herácles, as flechas de Apolo e as armas de Aquiles. Tal símbolo mitológico traduz o ideal humano de que as deficiências, em geral, não constituem limitações, por elas mesmas, ao trabalho da pessoa com deficiência. As capacidades dessas pessoas podem fazer-se notar desde que se abra espaço e se municie a pessoa com instrumentos adequados.

Durante a Idade Média, já sob a influência do cristianismo, os senhores feudais amparavam as pessoas com deficiência e os doentes em casas de assistência por eles mantidas. Progressivamente, no entanto, com a perda da influência do feudalismo, veio à tona a idéia de que os portadores de deficiência deveriam ser engajados no sistema de produção ou assistidos

pela sociedade que contribuía, compulsoriamente, para tanto. Em 1723, na Inglaterra, fundou-se a *Work House*, que se destinava a proporcionar trabalho aos deficientes, mas foi ocupada pelos pobres que alijaram os primeiros daquele programa. Na França, instituiu-se, em 1547, por Henrique II, assistência social obrigatória para amparar pessoas com deficiência por meio de coletas de taxas.

Mas foi com o Renascimento que a visão assistencialista cedeu lugar, definitivamente, à postura profissionalizante e integradora de pessoas com deficiência. Uma percepção da realidade daquela época sob ótica científica derrubou o piegas estigma social que influenciava o tratamento das pessoas com deficiência, e na busca racional da sua integração promulgaram-se várias leis.

Na Idade Moderna, a partir de 1789, vários inventos se forjaram com o intuito de propiciar meios de trabalho e de locomoção às pessoas com deficiência, tais como a cadeira de rodas, bengalas, bastões, muletas, coletes, próteses, macas, veículos adaptados, camas móveis e outros. O sistema Braille, criado por Louis Braille, propiciou a perfeita integração das pessoas com deficiências visuais ao mundo da linguagem escrita. O despertar da atenção para a questão da habilitação e da reabilitação das pessoas com deficiência para o trabalho aguçou-se a partir da Revolução Industrial, quando guerras, epidemias e anomalias genéticas deixaram de representar as causas únicas das deficiências; o trabalho em condições precárias, ao ocasionar acidentes mutiladores e doenças profissionais, centralizou a preocupação para a questão de pessoas com deficiência, sendo necessária a própria criação do Direito do Trabalho e um sistema eficiente de seguridade social, com atividades assistenciais, previdenciárias e de atendimento da saúde, bem como de reabilitação dos acidentados. Fundaram-se organismos nacionais de apoio a pessoas com deficiência, nos séculos XIX e XX, entre os quais o *Relief of Ruptured and Crippled*, atual Hospital de Manhattan, nos Estados Unidos, e a *Society and Home for Cripples*, na Dinamarca.

O panorama contemporâneo do trabalho da pessoa com deficiência encontra-se registrado, com muita proficiência, pela OIT, em

manual<sup>86</sup> recentemente divulgado no Brasil, o qual informa que, nas últimas décadas do século XX, muitos países vêm adotando políticas de inclusão social e laboral de pessoas com deficiência, políticas essas que se manifestam por meio de reservas de vagas ou de cotas para trabalhadores com deficiência em empresas ou na administração pública. Em alguns países, diante da impossibilidade de atendimento das cotas por parte das empresas, facultam-lhes as determinações legais, uma contribuição com recursos financeiros direcionados para programas de formação profissional para pessoas com deficiência. São os seguintes: na Europa – França, Alemanha e Itália e, na Ásia – China, Japão e Tailândia. Em outros países, ainda existe legislação que se limita a proibir a discriminação em termos de critério de admissão e de conservação do emprego, bem como de remuneração e de garantia de progresso na carreira, como se constata na Austrália, no Canadá, na Nova Zelândia, em países escandinavos, na África do Sul, no Reino Unido e nos Estados Unidos. As medidas governamentais de implementação de políticas de emprego consistem em benefícios financeiros para empregadores e assessoramento técnico disponível.

A OIT atesta que o resultado dessas políticas implicou sensível crescimento da empregabilidade das pessoas com deficiência nos últimos vinte anos, em setores que incluem atividades competitivas do mercado de trabalho, com muito mais ênfase do que se dava em relação às oficinas protegidas. Há empresas que contratam diretamente pessoas com as mais diversas deficiências, enquanto outras adotam contratos experimentais ou de estágio. Também aqueles trabalhadores reabilitados de acidentes do trabalho ou de doenças profissionais são contratados ou readmitidos em suas empresas de origem. Ressalta, finalmente, que lições valiosas foram apreendidas a partir da experiência concreta da atividade de pessoas com deficiência no trabalho e que tanto empregadores como entidades que lidam com pessoas com deficiência devem assegurar desempenho eficaz dessas pessoas no trabalho.

---

<sup>86</sup> OIT – Organização Internacional do Trabalho. *Gestão de questões relativas à deficiência no local de trabalho*, p. 49- 50.

A Organização Internacional do Trabalho destinou ao assunto duas Recomendações – nº 99, de 1955 e nº 168, de 1983 – e uma Convenção – nº 159, de 1983. Todas essas Recomendações e Convenções decorreram da Convenção e Recomendação nº 111, de 1958, que trata de critérios gerais de antidiscriminação no trabalho e, também, da decisão da Organização das Nações Unidas – ONU – de consagrar o ano de 1981 como o ano das pessoas com deficiência<sup>87</sup>, a fim de iniciar um movimento em prol da sociedade inclusiva, movimento que perdura e se materializa nas diversas Convenções e Declarações que doravante se analisam.

## 2.2 CONVENÇÕES E RECOMENDAÇÕES DA OIT<sup>88</sup>

Convém, agora, expor-se o conteúdo da Convenção nº 111<sup>89</sup>, de 1958, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 62.150, de 19/01/68, adotada na 42ª Conferência Geral da OIT, que fixa critérios gerais sobre discriminação no trabalho.

Em seu preâmbulo, a Convenção em apreço toma por referência axiológica a Declaração de Filadélfia<sup>90</sup> para sublinhar que todos os

---

<sup>87</sup> ONU – Organização das Nações Unidas. *Centro de Informação da ONU em Portugal*. Disponível em: <<http://www.onuportugal.pt/anos.html>>. Acesso em 02 de novembro de 2004.

<sup>88</sup> A Emenda Constitucional nº 45/2005 acrescentou o § 3º ao art. 5º da Constituição, dispondo, acerca da hierarquia dos tratados e convenções dentro do ordenamento jurídico brasileiro, nos seguinte termos:

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

<sup>89</sup> OIT, *Convenios y recomendaciones...* op. cit., p. 1.037- 1.040.

<sup>90</sup> “Em maio de 1944, a Conferência Internacional do Trabalho – a Assembléia- Geral da Organização – reunida em Filadélfia, nos Estados Unidos, aprovou uma declaração relativa aos fins e objetivos da OIT, conhecida pela Declaração de Filadélfia. Numa época do pós- guerra e da reconstrução, a Declaração reafirma os princípios orientadores da OIT, nos quais se deveria inspirar a política dos países- membros. São esses princípios os seguintes: o trabalho não é uma mercadoria; a liberdade de expressão e de associação é uma condição indispensável para um progresso constante; a pobreza, onde quer que exista, constitui um perigo para a prosperidade de todos; todos os seres humanos, qualquer que seja a sua raça, a sua crença ou o seu sexo, têm direito de efetuar o seu progresso material e o seu desenvolvimento espiritual em liberdade e com dignidade, com segurança econômica e com oportunidades iguais” (Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/html/oit.htm>> Acesso em: 14 de setembro de 2004).

seres humanos, sem distinção de raça, de crença ou de sexo, têm direito a perseguir seu bem-estar material e seu desenvolvimento espiritual em condições de liberdade e dignidade, de segurança econômica e em igualdade de oportunidades. Regula, destarte, os critérios de combate à discriminação no trabalho em catorze artigos. Define o termo discriminação (art. 1º), para fins de aplicação de seus dispositivos, da seguinte forma:

*a) qualquer distinção, exclusão ou preferência baseada em motivos de raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social que tenha por efeito anular ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento no emprego e na ocupação; b) qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito anular ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento no emprego ou ocupação que poderá ser especificada pelo Membro interessado mediante prévia consulta às organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas organizações existam, e a outros organismos apropriados*<sup>91</sup>.

Exclui da esfera da discriminação qualquer exigência concernente à qualificação profissional específica a determinados postos de trabalho. Exorta os membros signatários (arts. 2º e 3º) a adotarem políticas públicas, em parceria com representantes de empregadores e trabalhadores, com o fito de proporcionar igualdade de oportunidades para empregos e ocupações, eliminando, assim, qualquer forma de discriminação a esse respeito. Excluem do campo da discriminação (arts. 4º e 5º) medidas adotadas em face de pessoas que exerçam atividades prejudiciais ao Estado, assim como medidas de proteção que se adotem em outras convenções ou recomendações da OIT, além de outras (medidas) decorrentes de consultas prévias a organizações de empregados e empregadores em favor de pessoas, cuja situação acarrete necessidade de compensação em face de discriminação notória, como o sexo, a deficiência, os encargos de família ou o nível social ou cultural. Estabelece critérios para a sua vigência (arts. 6º a 10º), determinando, para tal, um lapso de tempo de doze meses após a ratificação por parte de, pelo menos, dois membros e, em cada país, doze meses após o registro da respectiva ratificação pelo Diretor- Geral da OI, o qual deve sempre ser comunicado das ratificações e comunicar a todos os membros o universo das ratificações ocorridas, para que a Convenção se faça obrigatória

<sup>91</sup> OIT – Organização Internacional do Trabalho. *Convenios y recomendaciones internacionales del trabajo – 1919- 1984 – adoptados por la Conferencia Internacional del Trabajo*, p. 1.037.

em todo o território do país- membro. A denúncia da Convenção poderá ser feita após dez anos da sua entrada em vigor. Finalmente (arts. 11 a 14), cuida dos procedimentos de revisão e de divulgação internacional de suas normas.

No mesmo ano, editou a OIT a Recomendação nº 111<sup>92</sup> sobre discriminação em empregos e em ocupações, justamente regulamentando a Convenção de mesmo número. Compõe-se de três partes concernentes a definições, formulação e aplicação da política e coordenação da prevenção da discriminação em todos os campos.

A primeira parte (art. 1º) repete, literalmente, as disposições da Convenção regulamentada, conforme acima se expôs. O art. 2º da segunda parte (arts. 2º a 9º) exorta a que os países- membros implementem políticas antidiscriminatórias nos empregos e nas ocupações, por meio de legislação e de convenções coletivas, considerando os seguintes princípios: a) fomento da igualdade de oportunidades e tratamento em matéria de emprego é questão de ordem pública; b) tratamento igual e idênticas oportunidades a todas as pessoas em face do i) acesso aos serviços de orientação e colocação profissional, ii) acesso aos meios de informação e admissão ao trabalho, conforme as aptidões e escolhas pessoais, iii) progresso profissional de acordo com a conduta, experiência, capacidade e operosidade de cada pessoa, iv) segurança no emprego, v) remuneração compatível e uniforme, correspondente ao valor do trabalho e vi) direitos a condições mínimas de trabalho como: jornada, períodos de descanso, férias anuais remuneradas, segurança e higiene no trabalho, seguridade social; c) políticas de emprego não discriminatórias implantados por órgãos oficiais; d) não tolerância de discriminação pelos empregadores quanto aos critérios de admissão, promoção e de dispensa em relação a qualquer pessoa ou ao fixar suas condições de trabalho e, em sendo assim, aqueles empregadores que agirem desta forma devem ser isentos de qualquer interferência ou intervenção de órgãos públicos ou privados; e) os princípios aqui contidos deveriam ser objeto de limites e de incremento das negociações coletivas; f) as

---

<sup>92</sup> OIT – Organização Internacional do Trabalho. *Convenios y recomendaciones internacionales del trabajo...* Op. cit., p. 1.041- 1.043.

organizações de empregados e empregadores não deveriam tolerar cláusulas discriminatórias em relação aos respectivos associados e não associados.

Os governos dos países-membros deveriam evitar discriminações contra orientação profissional e serviços de colocação no mercado de trabalho, tanto em face da iniciativa privada, quanto em face da administração pública, criando-se organizações compostas por comissões paritárias de empregados e empregadores ou outras interessadas em promover políticas antidiscriminatórias, com a finalidade de divulgar os princípios aqui constantes, bem como em receber e em examinar denúncias sobre discriminação, emitindo opiniões e sugestões sobre medidas de caráter corretivo. Qualquer medida legal ou de políticas públicas incompatíveis com a Recomendação deveria ser revogada ou interrompida por parte dos países-membros. O art. 6º, pela sua importância neste trabalho, será agora destacado:

*Art. 6. A aplicação da política de não discriminação não deveria desconsiderar as medidas especiais destinadas a satisfazer as necessidades particulares das pessoas que, por razões tais como sexo, idade, deficiência, origem familiar ou condição social ou cultural, façam jus, reconhecidamente, à necessidade de proteção ou assistência especial (tradução deste autor).*

O art. 7º também exclui do conceito de discriminação medidas que afetem pessoas sobre as quais recaiam suspeitas fundadas de atividades contrárias aos interesses do Estado. O art. 8º dirige-se aos trabalhadores imigrantes, incitando ao cumprimento dos princípios estabelecidos pela Convenção e pela Recomendação de 1949, a eles dirigidas. Encerrando a segunda parte, instiga a uma colaboração permanente entre autoridades, representantes de empregados e empregadores, além de organizações interessadas no implemento e no aperfeiçoamento de políticas antidiscriminatórias no trabalho. O art. 10º regula a parte final concernente à coordenação da prevenção e da discriminação, nos seguintes termos:

*Art. 10. As autoridades encarregadas da luta contra a discriminação em matéria de emprego e ocupação deveriam cooperar estritamente e de maneira contínua com as autoridades encarregadas da luta contra a discriminação em outros setores, a fim de que possam coordenar-se medidas adotadas a este respeito (tradução nossa).*

A Convenção nº 159, de 1983, assume importância primordial, de vez que representa a posição mais atual do organismo internacional em comento e será, por isso, verificada. O seu princípio basilar esteia-se na garantia de um emprego adequado e da possibilidade de integração ou reintegração das pessoas com deficiência nas sociedades.

Em razão das condições práticas e das possibilidades nacionais, todo Estado que a ratificar deve formular e aplicar uma política nacional sobre readaptação profissional e emprego de pessoas com deficiência e garantir que as medidas, efetivamente, beneficiem as pessoas com deficiência de todas as categorias. Essa política deve basear-se no princípio da igualdade de oportunidades entre os trabalhadores com deficiência, de um ou de outro sexo, e os demais trabalhadores (sem excluir a possibilidade de que se tomem medidas positivas especiais em favor daqueles). A Convenção dispõe a obrigatoriedade da consulta às organizações representativas de empregadores e de trabalhadores, assim como as que representam as pessoas com deficiência, acerca da aplicação dessa mesma política. As pessoas com deficiência devem dispor de serviços de orientação, de formação, de colocação, de emprego ou de outras finalidades, bem adaptados às suas necessidades. Tais serviços devem promover-se igualmente nas zonas rurais e nas comunidades apartadas. O Convênio dispõe, além disso, medidas em favor do desenvolvimento da formação e da disponibilidade de assessores especializados<sup>93</sup>.

Regulamentando a Convenção acima, editou a OIT, durante a 69ª Conferência em Genebra, em 1º de junho de 1983, a Recomendação nº 168, que trata da reabilitação profissional e do emprego de pessoas com deficiência.

A Recomendação em apreço incorpora os conceitos da Recomendação nº 99, de 1955, sobre habilitação e reabilitação profissional, que se deixará, por esse motivo, de colacionar. Considera a Recomendação nº 168 o fato de que a Organização das Nações Unidas elegeu o ano de 1981 como o Ano Internacional das Pessoas com Deficiência e que, desde então,

---

<sup>93</sup> OIT – Organização Internacional do Trabalho. *Resúmenes de normas internacionales del trabajo*, p.29.

explicitou-se a necessidade de implementação de políticas públicas em âmbitos nacional e internacional, para garantir a plena participação das pessoas com deficiência na sociedade, bem como sua efetiva igualdade. Considerou, também, a conveniência de se observarem os progressos havidos na compreensão acerca das necessidades das pessoas com deficiência, em relação tanto ao trabalho quanto à cidadania.

Apresenta-se, assim, com as seguintes partes: I – Definições e campo de aplicação; II – Reabilitação profissional e oportunidades de emprego; III – Participação da coletividade; IV – Reabilitação profissional nas zonas rurais; V – Formação de pessoal; VI – Contribuição das organizações de empregadores e de trabalhadores ao desenvolvimento dos serviços de reabilitação profissional; VII – Contribuição das pessoas com deficiência e suas organizações ao desenvolvimento dos serviços de reabilitação profissional; VIII – Reabilitação profissional como parte dos regimes de seguridade social; IX – Coordenação <sup>94</sup>.

Ao delimitar o campo de aplicação das diretrizes sugeridas, a Recomendação define pessoas com deficiência da seguinte forma: “toda pessoa cujas possibilidades de obter e conservar um emprego adequado e de nele progredir estão substancialmente reduzidas em razão de uma deficiência de natureza física ou mental devidamente reconhecida” (item 1). Estabelece, outrossim, no item 2, que a reabilitação e a habilitação profissional permitam a uma pessoa com deficiência obter e conservar um emprego adequado e nele progredir, e que se promova, assim, a integração ou reintegração dessa pessoa na sociedade. Preceitua que as medidas de reabilitação profissional sejam universais, por meio de programas de orientação e de formação profissional permanente, oferecidas o quanto antes possível (itens 4 a 6). Quanto à parte referente à reabilitação profissional e a oportunidades de emprego, sugere o princípio da igualdade de oportunidades entre homens e mulheres com deficiência, tanto para acesso quanto para conservação do emprego correspondente a escolha pessoal do interessado (itens 7 e 8).

---

<sup>94</sup> OIT – Organização Internacional do Trabalho. *Convenios y recomendaciones internacionales del trabajo... Op. Cit.*, p. 1.710- 1.717.

O item 9 é bastante importante, por isso se coloca em destaque. Reza que: “as ações afirmativas especiais destinadas a assegurar a igualdade efetiva de oportunidades e de tratamento entre os trabalhadores com deficiência e os demais trabalhadores não deveriam ser consideradas discriminatórias com respeito aos últimos”<sup>95</sup>. Pugna, também, pela adoção de medidas que equiparem as pessoas com deficiência às demais no trabalho, sugerindo as seguintes: a) incentivos governamentais para que os empregadores contratem pessoas com deficiência e adaptem o meio ambiente de trabalho às necessidades dos trabalhadores com deficiência; b) estímulo governamental para a criação de empregos protegidos para as pessoas que não tenham acesso aos empregos comuns; c) fomento da cooperação entre as oficinas protegidas de produção e linhas comuns de produção; d) estímulo governamental à orientação e à formação profissional de pessoas com deficiência; e) estímulo para a criação de cooperativas incluindo sócios com deficiência e pessoas em geral; f) estímulo para a criação de pequenas empresas, cooperativas ou oficinas de produção; g) eliminação das barreiras físicas e arquitetônicas que atuarem como obstáculo ao trabalho da pessoa com deficiência; h) adaptação dos meios de transportes; i) divulgação de experiências bem-sucedidas de emprego de pessoas com deficiência; j) isenção de impostos para importação de equipamentos e instrumentos que possibilitem o emprego de pessoas com deficiência; k) criação de empregos em tempo parcial; l) estudos sobre os resultados de trabalhos de pessoas com deficiência; m) o governo deve impedir experiências que impliquem exploração de pessoas com deficiência durante a orientação e a formação profissional.

O governo deve implementar medidas de apoio e instrumentalização personalizada de pessoas com deficiência, a fim de possibilitar-lhes a obtenção, a manutenção e o progresso no emprego (itens 12 e 13). Nos itens 15 a 19 regula a terceira parte, qual seja, a da participação da coletividade. Exorta a que as questões concernentes à habilitação e à reabilitação profissional, tanto em comunidades urbanas quanto em rurais, ainda que distantes dos grandes centros, devem ser partilhadas por

---

<sup>95</sup> OIT – Organização Internacional do Trabalho. Idem, p. 1.711, tradução do autor.

representantes do governo, de empresários e das pessoas com deficiência, com ampla publicidade quanto aos direitos das pessoas com deficiência e suas capacidades profissionais, bem como o apoio financeiro, material e técnico e reconhecimento oficial de organizações não governamentais bem-sucedidas.

Nos itens 20 e 21 trata da quarta parte, qual seja a habilitação e reabilitação profissional na área rural, fixando a idéia de que deve ser garantida a isonomia de direitos e oportunidades a pessoas com deficiência que residam no campo ou na cidade. A quinta parte cuida da formação de pessoal, abrangendo os itens 22 a 30. Assinala a idéia de que os profissionais que lidam com a formação profissional de pessoas com deficiência devem receber treinamento específico e qualificado, tanto com relação às deficiências, quanto às possibilidades de trabalho nas oficinas protegidas de produção ou nas empresas, percebendo remuneração compatível e equiparada a outras áreas de formação profissional. Estimula, outrossim, a criação de cursos permanentes de qualificação e requalificação desses profissionais e seus auxiliares.

A sexta parte, a seu turno, estimula a cooperação das organizações de trabalhadores e de empregadores, convidando-as a fixarem políticas de formação e de orientação profissional de pessoas com deficiência, nos itens 31 a 37, em conjunto com as entidades de pessoas com deficiência, compondo, sempre que possível, conselhos e comissões paritárias constituídas em caráter permanente, para orientação, formação profissional e criação efetiva de empregos ou de atividades de empreendedorismo protagonizadas por pessoas com deficiência. As organizações de empregadores devem assessorar seus membros para estimular a contratação de pessoas com deficiência por meio de adequações materiais e atitudinais, o que também deve ser feito por organizações de trabalhadores. A sétima parte trata da contribuição das pessoas com deficiência e suas organizações (item 38), recomendando incentivos para que participem no desenvolvimento de atividades comunitárias e estímulos governamentais a fim de promover o desenvolvimento dessas organizações e, por meio delas, criar programas de instrução da população, com o intuito de

demonstrar uma imagem positiva das pessoas com deficiência e suas capacidades.

Nos itens 39 a 41, traça a oitava parte, cujo objeto é a inclusão da habilitação e reabilitação profissional nos regimes de seguridade social, instigando, os membros a adotarem os ditames contidos nos arts. 35 da Convenção sobre a Seguridade Social (de 1952), 26 da Convenção sobre as Prestações no Caso de Acidentes de Trabalho e Enfermidades Profissionais (de 1964) e 13 da Convenção sobre as Prestações de Invalidez, Velhice e Sobreviventes (de 1967). Finalmente, na parte nona, o item 42 estabelece que, na medida do possível, deverá haver uma coordenação entre as políticas de reabilitação profissional e as de desenvolvimento social e econômico, as de promoção de emprego, de formação profissional geral, de integração social, de seguridade social, de cooperativas, de desenvolvimento rural, as de pequenas indústrias, as de segurança e de higiene no trabalho e as de adaptação dos métodos de trabalho às necessidades pessoais e à melhoria das condições de trabalho.

### **2.3 A COMUNIDADE EUROPÉIA**

A Comunidade Européia propõe interessantíssimo desafio às bases tradicionais do Direito, uma vez que coloca em xeque, de forma curiosamente positiva, os antigos conceitos de soberania territorial da lei e do próprio Estado- Nação. Parece ser positiva, tomando por consideração as palavras de J.J. Gomes CANOTILHO e de Amartya SEN<sup>96</sup>, que já foram aqui estudadas, a idéia no sentido de que as regras da Comunidade Européia alavancaram a implementação dos direitos fundamentais, uma vez que atuaram elas como dormentes que alinharam os citados direitos aos trilhos das decisões econômicas e, se por um lado, implicam uma certa renúncia à soberania territorial, acabam, por outro, dialeticamente, fortalecendo- a,

---

<sup>96</sup> Ambos citados no Capítulo 1, item 1.5.

justamente porque impõe aos Estados Membros condutas mínimas a partir das estratégias fixadas pelos dirigentes coletivos.

Com relação ao trabalho, tema da presente verificação, diversas estratégias existem cujos conteúdos interessam. O Conselho Europeu costuma estabelecer, anualmente, um conjunto de orientações que fixam prioridades comuns e objetivos individuais para as políticas de emprego dos Estados-Membros. O objetivo geral abrange a criação de empregos, melhoria da respectiva qualidade, facilidades para o equilíbrio entre as exigências profissionais e a vida familiar, promoção de um envelhecimento ativo e garantia de que a raça, o sexo ou a deficiência não limitem as oportunidades de emprego no quadro da economia formal<sup>97</sup>. O processo de implantação e de acompanhamento dessas diretrizes é executado por cada governo e toma por referência cem indicadores, desde os principais índices económicos (Produto Interno Bruto - PIB, níveis de crescimento e de emprego) às possibilidades de interrupção de carreira e à assistência aos filhos.

A União Europeia faz questão de preservar suas tradições concernentes às garantias de cidadania, o que trouxe aos países menos desenvolvidos uma série de exigências que acarretaram melhoria geral nas condições de vida das respectivas populações. A política laboral compreende medidas que asseguram condições gerais de trabalho digno e salvaguarda dos direitos dos trabalhadores. Sugere a adoção de normas mínimas comuns em matéria de condições de trabalho e de higiene e segurança, bem como da promoção de relações laborais modernas e do diálogo entre os representantes dos trabalhadores e dos empregadores. A Comissão Europeia propõe a responsabilidade social das empresas por meio da promoção da ideia de que integrem estratégias de ordem social e ambiental nas decisões de gestão. Propõe, ademais, o fim da discriminação em razão do sexo quanto à prestação de bens e serviços.

---

<sup>97</sup> “A Estratégia Europeia de Emprego”. *Europa: o portal da união europeia*. Disponível em: <[http://www.europa.eu.int/pol/socio/overview\\_pt.htm](http://www.europa.eu.int/pol/socio/overview_pt.htm)>. Acesso em: 15 de setembro de 2004.

A estratégia da União Européia quanto à discriminação consiste, destarte, no apoio e na complementação das ações dos Estados-Membros de luta contra as formas de discriminação<sup>98</sup>. O Tratado de Amsterdã impôs-se como a norma internacional que alterou o Tratado original da União Européia, no sentido de incluir-lhe disposições cogentes em relação aos direitos fundamentais individuais e sociais, bem como outorgou ao Tribunal de Justiça Europeu o poder de tomar medidas em face de Estados-Membros que descumprirem os direitos fundamentais individuais e sociais. Na verdade, o Tratado em questão estendeu a todos os membros da Comunidade Européia a Convenção Européia dos Direitos do Homem (CEDH), assinada em Roma, em 1950, a Carta Social Européia de 1961 e a Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores de 1989. O Tratado de Amsterdã resultou da Conferência Intergovernamental, lançada em 29 de março de 1996, durante o Conselho Europeu de Turim. Foi adotado no Conselho Europeu de Amsterdã, ocorrido em 16 e 17 de junho de 1997, e passou a vigor após a ratificação por todos os países-membros a partir de 1º de maio de 1999.

Para este trabalho interessa, especialmente, a alteração de alguns dispositivos do Tratado da União Européia, inclusive de seu Preâmbulo. Os efeitos jurídicos do Tratado de Amsterdã tocam, portanto, à inclusão do respeito obrigatório aos direitos fundamentais individuais e sociais, bem como do combate a qualquer forma de discriminação naquele Tratado. Incluiu no seu Preâmbulo menção expressa às Cartas Sociais de 1961 e 1989 e alterou os arts. 12 e 13 do mesmo Tratado original para generalizar o combate às formas de discriminação quanto a sexo, raça ou origem étnica, religião ou crenças, deficiências, idade ou orientação sexual.

Embora as normas internacionais careçam de cogência, em regra, evidência que se constata em face das Recomendações e Convenções da OIT, no que concerne à União Européia, tal realidade parece atenuar-se e, até certo modo, reverter-se, porque o vínculo econômico que levou à formação da Comunidade Européia, iniciado pela CECA (Comunidade

<sup>98</sup> Decisão do Conselho, de 27 de novembro de 2000, que estabelece um programa de ação comunitário de luta contra a discriminação (2001- 2006).

Européia do Carvão e do Aço) e aperfeiçoado nos primórdio pela Comunidade Econômica Européia, os quais inspiraram o interesse inicial dos Estados-Membros, findaram por consolidar preocupações de ordem social e jurídica que se colocaram como regras éticas tão fortemente assimiladas que forçaram os países que se filiaram, e viessem a se filiar à Comunidade Européia, a considerá-las princípios acima do comércio e que se revestem de questões de respeito mínimo obrigatório. Trata-se de inusitada utilização dos interesses comerciais em favor dos direitos fundamentais.

A Comunidade Européia dedica profunda atenção ao trabalho das pessoas com deficiência e materializa esse cuidado editando normas que decorrem da realidade observada com relação àquelas pessoas. Trata-se da Recomendação 86/379/CEE do Conselho, de 24 de julho de 1986, sobre o emprego das pessoas com deficiência na comunidade e Resolução do Conselho, de 17 de junho de 1999, sobre a igualdade de oportunidades de emprego para pessoas com deficiência. Essas normas tomam por referência as Convenções da OIT, linhas atrás analisadas, bem como a Recomendação R (92) 6 do Conselho da Europa, relativa a uma política coerente para as pessoas com deficiência e as disposições-quadro em matéria de igualdade de oportunidades para as pessoas com deficiência, aprovadas sob a forma de uma resolução da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 20 de dezembro de 1993.

Adotou, assim, uma série de medidas em prol da inclusão da pessoa com deficiência e, de acordo com essas medidas, preconiza a [Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores](#), de 9 de dezembro de 1989, que reza que “todas as pessoas com deficiência, seja qual for a origem e a natureza da sua deficiência, devem poder beneficiar-se de medidas adicionais concretas tendentes a favorecer a sua integração profissional e social”.

Também o Conselho Europeu adotou a Recomendação de 24 de julho de 1986, no sentido de que os Estados-Membros: a) assegurem o tratamento equitativo às pessoas com deficiência em matéria de emprego e de formação profissional (formação inicial e primeiro emprego/readaptação e

reinserção) e ;b) prossigam as suas políticas em favor das pessoas com deficiência. Em 1999, expediram-se diretrizes que determinaram que os Estados- Membros prestassem atenção especial às necessidades das pessoas com deficiência desenvolvendo, nomeadamente, "formas adequadas de políticas preventivas e ativas que fomentem a sua inserção no mercado de trabalho".

Realizou-se, também, em Dresden, em fevereiro de 1999, uma conferência sobre "a política europeia para o emprego das pessoas com deficiência" no sentido de incentivar o debate a respeito do assunto. Nessa conferência chegou-se à seguinte conclusão: a política em prol do emprego das pessoas com deficiência deve incluir vários instrumentos, tais como: as diretrizes, o Fundo Social Europeu, o diálogo social e, ainda, propostas com o objetivo de lutar contra as discriminações do mercado de trabalho e contra a exclusão social; além de uma abordagem global no âmbito comunitário, a igualdade de oportunidades das pessoas com deficiência implica a instituição de uma verificação mais apropriada para responder aos fatores inerentes a certas desvantagens próprias dessas pessoas; a abordagem global deve basear-se muito mais no princípio da igualdade de direitos e nos princípios de não-discriminação que na proteção social das pessoas com deficiência.

A consequência mais significativa da Convenção de Dresden consagrou-se no reconhecimento, por parte do Conselho Europeu, de que os Estados- Membros despenderam esforços frutíferos para a inclusão das pessoas com deficiência no emprego. Concluiu o Conselho, então, pela conveniência de estimular tais esforços que se revelaram imprescindíveis. Indicou, para tanto, as seguintes linhas estratégicas: a) promover mais oportunidades de emprego para pessoas com deficiência e desenvolver abordagens positivas e preventivas adequadas as suas políticas nacionais em colaboração com os parceiros sociais e com organizações não-governamentais; b) explorar plenamente todas as possibilidades, atuais e futuras, dos [fundos estruturais](#), designadamente do Fundo Social Europeu, bem como explorar iniciativas comunitárias relevantes; c) prestar uma

atenção especial às possibilidades oferecidas pelo desenvolvimento da sociedade da informação em termos de novas oportunidades de emprego.

Em dezembro de 2000, editou-se a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia com um capítulo intitulado “Igualdade”, em que se reiteram os princípios de não-discriminação, igualdade entre homens e mulheres, diversidade cultural, religiosa e lingüística. Trata, também, dos direitos da criança, das pessoas idosas e das pessoas com deficiência. Em matéria de não-discriminação, a Carta estipula o seguinte: “É proibida a discriminação em razão, designadamente, do sexo, raça, cor ou origem étnica ou social, características genéticas, língua, religião ou convicções, opiniões políticas ou outras, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento, deficiência, idade ou orientação sexual”<sup>99</sup>.

Como se vê, a União Europeia empenha-se, efetivamente, em fixar critérios eficazes de respeito aos direitos fundamentais e sociais, submetendo os interesses econômicos a tais direitos. Impõe, ademais, o combate frontal e decisivo a qualquer forma de discriminação, estimulando políticas compensatórias em prol das minorias: imigrantes, idosos, crianças e pessoas com deficiência. Trata-se do direito internacional eficaz. Não adota tergiversações comuns às Declarações e Convenções que lhe antecedem. Não há mais expressões como “na medida do possível” ou “de acordo com as conveniências”. Estabelece estratégias, diretrizes que se sobrepõem aos ordenamentos locais, exercendo sobre eles coerção moral e juridicamente irresistível.

## 2.4 A CONVENÇÃO DA GUATEMALA

No âmbito das Américas, voltando à centralização do tema, há que se frisar a Convenção Interamericana para Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência – Convenção da Guatemala, de 1999. Posto que geral e enunciativa, fez-se cogente no Brasil em face de sua ratificação em 2001, por meio do Decreto Legislativo nº 198,

---

<sup>99</sup> Luta contra as discriminações. “Igualdade de oportunidades”. *Europa: o portal da comunidade europeia*. *Op. cit.*, Acesso em: 15 de setembro de 2004.

de 13 de junho de 2001, e promulgado pelo Decreto nº 3.956, de 08 de outubro de 2001, e do fato de que instiga os signatários à implantação de políticas compensatórias de caráter inclusivo.

Em seu Preâmbulo, reafirma que as pessoas com deficiência detêm os mesmos direitos fundamentais das demais, reconhece que a paz e a justiça social alicerçam a base necessária para uma paz duradoura e que as pessoas com deficiência persistem sistematicamente alijadas do acesso às condições e aos direitos sociais mínimos; invoca a Convenção sobre a readaptação profissional e o emprego de pessoas com deficiência da Organização Internacional do Trabalho (Convenção 159), a Declaração dos Direitos do Retardado Mental (AG.26/2856, de 20 de dezembro de 1971), a Declaração das Nações Unidas dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência (Resolução 3.447, de 9 de dezembro de 1975), o Programa de Ação Mundial para as Pessoas Portadoras de Deficiência, aprovado pela Assembléia Geral das Nações Unidas (Resolução 37/52, de 3 de dezembro de 1982), o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, "Protocolo de San Salvador" (1988), os princípios para a proteção dos doentes mentais e para a melhoria do atendimento de saúde mental (AG.46/119, de 17 de dezembro de 1991), a Declaração de Caracas da Organização Pan-Americana da Saúde, a resolução sobre a situação das pessoas portadoras de deficiência no Continente Americano [AG/RES.1249 (XXIII-O/93)], as Normas Uniformes sobre igualdade de oportunidades para as pessoas portadoras de deficiência (AG.48/96, de 20 de dezembro de 1993), a Declaração de Manágua, de 20 de dezembro de 1993, a Declaração de Viena e Programa de Ação aprovados pela Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, das Nações Unidas (157/93), a resolução sobre a situação das pessoas portadoras de deficiência no hemisfério americano [AG/RES. 1356 (XXV-O/95)] e o Compromisso do Panamá com as pessoas portadoras de deficiência no continente americano [AG/RES. 1369 (XXVI-O/96)].

Lastreada no compromisso categórico de “eliminar a discriminação, em todas suas formas e manifestações, contra as pessoas

portadoras de deficiência”, estabelece, em seus artigos, que se considera deficiência, para os fins desta Convenção, “uma restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária, causada ou agravada pelo ambiente econômico e social”; que se considera discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência “toda diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, antecedente de deficiência, consequência de deficiência anterior ou percepção de deficiência presente ou passada, que tenha o efeito ou propósito de impedir ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício, por parte das pessoas portadoras de deficiência, de seus direitos humanos e suas liberdades fundamentais”; explicita, ademais, que “não constitui discriminação a diferenciação ou preferência adotada pelo Estado Parte para promover a integração social ou o desenvolvimento pessoal dos portadores de deficiência, desde que a diferenciação ou preferência não limite em si mesma o direito à igualdade dessas pessoas e que elas não sejam obrigadas a aceitar tal diferenciação ou preferência”; e, finalmente, que “nos casos em que a legislação interna preveja a declaração de interdição, quando for necessária e apropriada para o seu bem-estar, esta não constituirá discriminação” (art. I).

Reforça, no art. II, a afirmação de seu objetivo categórico de eliminar e de prevenir qualquer forma de discriminação contra as pessoas com deficiência e de propiciar a sua plena integração à sociedade.

O art. III fixa as diretrizes para que os objetivos, acima traçados, implementem-se nos seguintes termos:

*Artigo III. Para alcançar os objetivos desta Convenção, os Estados Partes comprometem-se a:*

*1. Tomar as medidas de caráter legislativo, social, educacional, trabalhista, ou de qualquer outra natureza, que sejam necessárias para eliminar a discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência e proporcionar a sua plena integração à sociedade, entre as quais as medidas abaixo enumeradas, que não devem ser consideradas exclusivas:*

*a) medidas das autoridades governamentais e/ou entidades privadas para eliminar progressivamente a discriminação e*

*promover a integração na prestação ou fornecimento de bens, serviços, instalações, programas e atividades, tais como o emprego, o transporte, as comunicações, a habitação, o lazer, a educação, o esporte, o acesso à justiça e aos serviços policiais e as atividades políticas e de administração;*

*b) medidas para que os edifícios, os veículos e as instalações que venham a ser construídos ou fabricados em seus respectivos territórios facilitem o transporte, a comunicação e o acesso das pessoas portadoras de deficiência;*

*c) medidas para eliminar, na medida do possível, os obstáculos arquitetônicos, de transporte e comunicações que existam, com a finalidade de facilitar o acesso e uso por parte das pessoas portadoras de deficiência; e*

*d) medidas para assegurar que as pessoas encarregadas de aplicar esta Convenção e a legislação interna sobre esta matéria estejam capacitadas a fazê-lo.*

*2. Trabalhar prioritariamente nas seguintes áreas:*

*a) prevenção de todas as formas de deficiência preveníveis;*

*b) detecção e intervenção precoce, tratamento, reabilitação, educação, formação ocupacional e prestação de serviços completos para garantir o melhor nível de independência e qualidade de vida para as pessoas portadoras de deficiência; e*

*c) sensibilização da população, por meio de campanhas de educação, destinadas a eliminar preconceitos, estereótipos e outras atitudes que atentam contra o direito das pessoas a serem iguais, permitindo desta forma o respeito e a convivência com as pessoas portadoras de deficiência.*

O art. IV fixa o princípio da cooperação recíproca entre os Estados- Membros para que se combatam todas as formas de discriminação.

O art. V instiga à participação colegiada de pessoas com deficiência, de organizações não governamentais e de autoridades, na elaboração, na execução e na avaliação de medidas e de políticas eficazes, além de estimular a criação de canais de comunicação e divulgação ampla dos objetivos e meios para alcançá- los.

O art. VI cria uma comissão internacional de acompanhamento da implantação da Convenção nos diversos Estados- Membros, bem como dos métodos de sua operacionalização.

O art. VII é norma de exegese, na medida em que impõe que, na aplicação dos artigos da presente Convenção, tais artigos devem ser interpretados de forma a não restringir nem limitar o gozo dos direitos das pessoas portadoras de deficiência reconhecidos tanto pelo Direito Internacional consuetudinário quanto pelos instrumentos internacionais vinculantes para um determinado Estado Parte.

Os arts. VIII a XIV tratam dos requisitos formais para vigência, ratificação, denúncia e publicidade da Convenção.

## **2.5 OUTRAS DECLARAÇÕES E CONVENÇÕES RELEVANTES**

A Resolução 45/91 da Organização das Nações Unidas – ONU, aprovada em 14/12/90, assume especial relevância porque certamente influenciará a própria Convenção da Guatemala. A Resolução em questão, em 1990, revertera a política de meras declarações ou afirmações de direitos das pessoas com deficiência para encetar políticas concretas e eficazes de inclusão.

A Organização das Nações Unidas preconiza a chamada sociedade inclusiva, ou seja, aquela que acolhe a diversidade humana e se direciona para as necessidades dos diversos grupos sociais, estendendo-lhes caminhos e braços abertos. As meras declarações de direitos acabavam por inviabilizar a efetiva inserção, porque os meios materiais para a obtenção daqueles direitos permaneciam inacessíveis, ou inexistentes. A sociedade inclusiva, ao contrário, decorre de políticas públicas, regras de compensação, que envolvem transportes, barreiras arquitetônicas, barreiras atitudinais e cidadania.

A Resolução 45/91 define o objetivo no sentido de que até 2010 instale-se uma sociedade global para todos. Em 1993, a Assembleia Geral da ONU editou as Regras Gerais sobre Igualdade de Oportunidades para Pessoas com Deficiência<sup>100</sup>, que se formalizaram por intermédio da Resolução 48/96, de 20 de dezembro. Lastreiam-se, tais *Regras*, na Declaração

<sup>100</sup> “Regras Gerais”. *Centro de Informação da ONU em Portugal*. Disponível em: <<http://www.onuportugal.pt/Regrasgerais.pdf>>. Acesso em: 27 de setembro de 2004.

Universal dos Direitos do Homem, no Pacto Político e Civil, no Pacto Econômico e Social, nas Convenções 111 e 159 da OIT, na Resolução 1990/26 do Conselho Econômico e Social, expondo normas que preconizam a total aplicação dos direitos humanos às pessoas com deficiência, observadas as respectivas necessidades peculiares.

Observando, outrossim, que grande parte da população mundial consiste de pessoas com deficiência e que estão severamente alijadas das conquistas sociais e dos direitos humanos, objetivando, também, dar cumprimento ao Programa de Ação Mundial relativo às Pessoas com Deficiências, adotado pela Assembléia Geral na sua Resolução 37/52, de 3 de Dezembro de 1982. A referida Assembléia editou a presente Declaração que consiste de 22 regras com diversos subitens, distribuídas em quatro títulos: I – Requisitos para a Igualdade de Participação; II - Áreas Alvo da Igualdade de Participação; III - Medidas de Aplicação, e IV - Mecanismo de Controle.

O primeiro título (Requisitos para a Igualdade de Participação), por sua vez, divide-se em: Regra 1 – Sensibilização (itens 1 a 9), diz respeito a medidas de sensibilização que consistem em providências para a divulgação de informações sobre necessidades e possibilidades das pessoas com deficiência; Regra 2 – Cuidados Médicos (itens 1 a 6), que pugna pela prestação estatal de cuidados médicos eficazes às pessoas com deficiência; Regra 3 – Reabilitação (itens 1 a 6), insta à prestação estatal de serviços de reabilitação para que as pessoas com deficiência adquiram e mantenham um nível ótimo de autonomia concernente à capacidade funcional; Regra 4 – Serviços de Apoio (itens 1 a 7), aos programas de reabilitação devem suceder-se serviços estatais de apoio permanente para que as pessoas com deficiência ampliem cada vez mais o respectivo nível de autonomia na vida cotidiana e exerçam seus direitos.

O título II (Áreas Alvos da Igualdade de Participação) abrange as seguintes regras: Regra 5 – Acessibilidade (itens 1 a 11), trata da acessibilidade física a ser providenciada pelo Estado com relação a todas as deficiências, bem como da acessibilidade à informação; Regra 6 – Educação (itens 1 a 9), enuncia o princípio de que as pessoas com deficiência, de

qualquer natureza, devem ser incluídas nas escolas regulares, sendo dever do Estado prepará-las, as escolas e as pessoas, para a consecução deste mister; Regra 7 – Emprego (itens 1 a 9), quanto ao emprego, recomenda que as pessoas com deficiência tenham acesso amplo ao mercado de trabalho, tanto urbano quanto rural, com igualdade de oportunidades e de remuneração; Regra 8 - Garantia de Rendimentos e Segurança Social (itens 1 a 7), sugere a ação estatal no sentido de assegurar previdência social e renda mínima assistencial às pessoas com deficiência; Regra 9 - Vida familiar e Integridade Pessoal (itens 1 a 4), exorta para a edição de leis que preservem o direito à vida familiar, ao casamento, à sexualidade e à integração social e plena da pessoa com deficiência; Regra 10 – Cultura (itens 1 a 3), na mesma ótica, a presente regra estimula a participação cultural das pessoas com deficiência em condições de igualdade com todos os cidadãos; Regra 11 - Lazer e Desporto (itens 1 a 5), o princípio dominante centra-se no estímulo estatal ao lazer e ao desporto dirigido a pessoas com deficiência, por meio de acesso a equipamentos e locais adaptados; Regra 12 – Religião, estímulo estatal para a participação das pessoas com deficiência em atividades de índole religiosa desenvolvidas nas comunidades.

O título III versa sobre as Medidas de Aplicação. Compreende as regras 13 a 22, cujos teores sintetizam-se nas seguintes diretrizes gerais: cabe aos estados escolher e divulgar informações adequadas com relação às pessoas com deficiência; estabelecer políticas públicas planejadas em relação às pessoas com deficiência; todos os requisitos acima sugeridos devem ser implementados por meio de legislação hábil aos fins colimados; deve, também, o estado financiar, com recursos públicos, as políticas de implementação dos princípios aqui enfocados; devem, também, criar comitês, conselhos paritários com a função de fiscalizar, coordenar as políticas destinadas às pessoas com deficiência; devem os Estados, igualmente, valorizar e ouvir em caráter consultivo as organizações de pessoas com deficiência para a condução das medidas estatais; as pessoas que trabalhem no desenvolvimento de tais atividades devem ser adequadamente preparadas por meio de ações estatais para este fim canalizadas; o controle e a aplicação

das políticas públicas impõe-se como mister estatal permanente e que deve ser executado, inclusive, mediante cooperação internacional.

O título IV enumera treze itens destinados a disciplinar os Mecanismos de Controle, traçando um roteiro interessante para conduzir a ação dos poderes executivos dos Estados- Membros.

Há que se citar, também, a Declaração de Washington, aprovada em 25 de setembro de 1999, no Encontro “Perspectivas Globais em Vida Independente para o Próximo Milênio”, realizado em Washington, DC, EUA, no mesmo sentido das anteriores <sup>101</sup>.

Retomando o art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, a Declaração Internacional de Montreal sobre inclusão, aprovada em 5 de junho de 2001, pelo Congresso Internacional Sociedade Inclusiva, realizado em Montreal, Quebec, Canadá, reafirma que “todos os seres humanos nascem livres e são iguais em dignidade e direitos”. Para que tal igualdade se materialize, afirma que o acesso igualitário a todos os “espaços da vida” constitui pré-requisito indispensável. Refere-se, aqui, a espaços materiais, sociais e de cidadania, logo, a construção de uma sociedade inclusiva funda o alicerce desta universalidade dos direitos humanos. Entende-se por sociedade inclusiva aquela que abre acessos por meio de políticas públicas eficazes <sup>102</sup>.

A Declaração de Caracas, de 18 de outubro de 2002, corporifica as metas de organizações não governamentais e de familiares de pessoas com deficiência, considerando que a maior parte das pessoas com deficiência dos países americanos encontra-se em estado de extrema pobreza e considerando, igualmente, que pretende elevar-lhes a qualidade de vida e a condição social, em termos de saúde, educação, moradia e trabalho, pugnando por sistemas públicos integrais e universais gratuitos de

---

<sup>101</sup> “Declaração de Washington”. *Entre Amigos – Vida independente*. Disponível em: <<http://www.entreamigos.com.br/textos/vidaind/declaracaowashinton.htm>>. Acesso em: 20 de setembro de 2004.

<sup>102</sup> “Declaração Internacional de Montreal sobre Inclusão”. *Ministério da Educação – Secretaria de Educação Especial: Legislação Específica*. Disponível em: <<http://www.mec.gov.br/seesp/legislacao.shtm>>. Acesso em 20 de setembro de 2004.

seguridade social, escola inclusiva, desportos, políticas de habitação e emprego. Dirige-se, por isso, não só a pessoas com deficiência, mas também a crianças, a idosos e a indígenas. Exorta à construção de uma sociedade equitativa e solidária.

Constrói, para tanto, a:

*'Rede Ibero-Americana de Organizações Não-Governamentais de Pessoas com Deficiência e suas Famílias' como uma instância que promove, organiza e coordena ações para a defesa dos direitos humanos e liberdades fundamentais das pessoas com deficiência e suas famílias; promovendo a organização e o fortalecimento dos movimentos associativos de âmbito nacional e sua composição mais ampla e participativa possível, constituindo-se em um interlocutor válido perante organismos governamentais e não-governamentais, nacionais e internacionais*<sup>103</sup>.

Finalmente, entre outras sugestões, instiga os países latino-americanos a ratificarem a Convenção da Guatemala.

A Declaração de Madri<sup>104</sup>, aprovada em Madri, Espanha, em 23 de março de 2002, no Congresso Europeu de Pessoas com Deficiência, comemorando a proclamação de 2003 como o Ano Europeu das Pessoas com Deficiência, exorta à extensão dos direitos fundamentais universais para as pessoas com deficiência, para romper com as políticas caritativas e caminhar rumo à edificação de uma sociedade aberta a todos, devidamente estruturada para a inclusão de todas as diversidades.

A Declaração de Sapporo<sup>105</sup>, Japão, aprovada em 18 de outubro de 2002, por ocasião da 6ª Assembléia Mundial da *Disabled People's Internacional – DPI*, uma das maiores organizações não-governamentais de âmbito internacional de pessoas com deficiência, que reuniu três mil pessoas, na maioria deficientes, representando cento e nove países, traduz o sentimento generalizado deste grupo, no sentido de se fazer ouvir, acima de tudo, em relação às políticas públicas a ele dirigidas. Inicialmente, lembra

<sup>103</sup> “Declaração de Caracas”. *Rede Ibero-americana de Organizações Não-governamentais*. Disponível em: <[http://www.educacaoonline.pro.br/doc\\_declaracao\\_de\\_caracas.asp](http://www.educacaoonline.pro.br/doc_declaracao_de_caracas.asp)>. Acesso em 20 de setembro de 2004.

<sup>104</sup> “Declaração de Madri”. *Portal do Cidadão com Deficiência – Biblioteca*. Disponível em: <[http://www.pcd.pt/biblioteca/docs.php?id=326&id\\_doc=170&id\\_cat=18&PHPSESSID=843648c2bfe3e39a37afcd122f1b5ffc](http://www.pcd.pt/biblioteca/docs.php?id=326&id_doc=170&id_cat=18&PHPSESSID=843648c2bfe3e39a37afcd122f1b5ffc)>. Acesso em 20 de setembro de 2004.

<sup>105</sup> “Declaração de Sapporo”. Disponível em: < [http://www.adefi.org.br/decla\\_sapporo.html](http://www.adefi.org.br/decla_sapporo.html)>. Acesso em: 21 de setembro de 2004.

que as guerras, a violência urbana e o terrorismo internacional, além de abalarem a paz mundial, revelam-se fatores que ocasionam deficiências em pessoas em todo o planeta, fato que suscita a necessidade de políticas preventivas em face das deficiências e em prol da paz. Reitera, ademais, a importância de que as pessoas com deficiência atuem como protagonistas das ações em seu favor. Suscita, ainda, discussões sobre bioética, como a importância das experiências com células-tronco para a reabilitação definitiva de pessoas com deficiências físicas, a clonagem terapêutica e outras medidas. Posiciona-se em favor da prática da vida independente das pessoas com deficiência que, para tanto, necessitam de transporte, de educação, de equipamentos, entre outras providências. Insiste na idéia da escola inclusiva, para que as crianças com deficiências sensoriais, mentais ou físicas sejam matriculadas e freqüentem escolas regulares, públicas ou privadas e para que a diversidade seja materializada objetivamente na educação. Finalmente, sugere que as organizações internacionais recebam recursos para a implementação de políticas públicas paritárias.

No mesmo sentido se coloca a Declaração de Quito, de 11 de abril de 2003, em que representantes das pessoas com deficiência insistem na importância não apenas das políticas públicas compensatórias para a construção da sociedade inclusiva, mas, também, do acolhimento a pessoas com deficiência e a toda a gama da diversidade humana<sup>106</sup>.

Ainda nesse diapasão, cite-se a Ata da Conferência Internacional do Direito das Pessoa com Deficiência, de 9 de maio de 2003<sup>107</sup>, realizada em Havana, Cuba, que ressalta a premência da necessidade de uma atenção especial às demandas das pessoas com deficiência, para que a extensão dos direitos fundamentais se faça plena a todos os grupos sociais. Reafirma a gravidade da exclusão que se impõe às pessoas com deficiência. Pugna, por isso, por políticas públicas de emprego, de educação, de

---

<sup>106</sup> “Declaração de Quito”. *REDE SACI: solidariedade, apoio, comunicação e informação*. Disponível em: <<http://www.saci.org.br/index.php?modulo=materia&parametro=5116>>. Acesso em 20 de setembro de 2004.

<sup>107</sup> “Declaración Final de la IV Conferencia Internacional sobre los Derechos de las Personas”. *Organización Mundial de Personas con Discapacidad*. Disponível em: <[http://www.dpi.org/sp/resources/topics/human\\_rights/06-12-03\\_declaracion.htm](http://www.dpi.org/sp/resources/topics/human_rights/06-12-03_declaracion.htm)>. Acesso em: 20 de setembro de 2004.

acessibilidade e de eliminação de barreiras, prevenção, saúde, proteção, reabilitação e novas tecnologias.

Verificar-se-á, nos próximos itens, o direito positivo de alguns países membros da Comunidade Européia e de outros do continente americano, apenas para exemplificar, à guisa de referência, o tratamento que as diversas legislações conferem ao direito ao trabalho das pessoas com deficiência.

## 2.6 O DIREITO COMPARADO

### 2.6.1 O Direito Português

A dirigente Constituição portuguesa, de 02 de abril de 1976, no dizer de J.J. CANOTILHO<sup>108</sup>, estabelece defesa incontestada da dignidade da pessoa como primado essencial (art. 1º), primado este lastreado no Estado Democrático de Direito, nas liberdades e direitos fundamentais, com aspiração socialista<sup>109</sup>. A soberania portuguesa, a seu turno, respalda-se na vontade popular e na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, conforme também estabelece o art. 1º, mas a ordem constitucional portuguesa abre-se à influência direta do Direito Internacional, uma vez que o art. 8º assim estabelece:

*1. As normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português. (...)*

*3. As normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte vigoram diretamente na ordem interna, desde que tal se encontre estabelecido nos respectivos tratados constitutivos.*

*4. As disposições dos tratados que regem a União Européia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respectivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático.*

---

<sup>108</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Texto Anais do III Congresso de Direito Constitucional, out/2002.

<sup>109</sup> O preâmbulo da Carta Política portuguesa descreve as circunstâncias históricas revolucionárias que propiciaram a Constituição e propõe a meta da construção de um Estado socialista, fundado na liberdade, nos direitos fundamentais e na democracia.

Como se vê, as disposições referentes às políticas públicas, conforme requisitos mínimos fixados pela Comunidade Européia, fazem-se lei instantaneamente no Estado português, o que reforça o privilégio que se atribui aos direitos fundamentais, tanto na ordem interna, quanto na externa. Para implementar esses desígnios constitucionais, o art. 9º da Constituição determina que o Estado deve:

*b) Garantir os direitos e liberdades fundamentais e o respeito pelos princípios do Estado de Direito Democrático; (...)*

*d) Promover o bem-estar e a qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses, bem como a efetivação dos direitos económicos, sociais, culturais e ambientais, mediante a transformação e modernização das estruturas económicas e sociais;*

Deste modo, o Estado português assume uma postura pró-ativa no sentido de construir uma sociedade cuja característica dominante assente-se na igualdade real entre as pessoas, todas elas. Não apenas enuncia, a Constituição, a igualdade, mas impõe a busca permanente de sua efetivação, daí a importância da expressão “igualdade real”, que se materializa muito além da mera afirmação formal da igualdade de todos perante a lei. A igualdade real pressupõe o acesso aos bens da vida, bens mínimos para se assegurar a igualdade em dignidade e em direitos. O art. 13, nesse mister, propugna:

*1. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei.*

*2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual.*

Esse desejo de igualdade, como se constata, domina intensamente a vontade constitucional portuguesa e, certamente, acolhem inclusive as pessoas com deficiência, embora não se mencione expressamente tais pessoas no item 2. Explique-se que a lista, dele constante, mostra-se meramente exemplificativa, e a disposição constante do art. 8º incorpora, automaticamente, as regras da Comunidade Económica

Européia, bem como as das Nações Unidas, como demonstrado linhas acima. Ademais, o art. 50, da mesma carta política, determina que:

*1. Todos os cidadãos têm o direito de acesso, em condições de igualdade e liberdade, aos cargos públicos.*

*2. Ninguém pode ser prejudicado na sua colocação, no seu emprego, na sua carreira profissional ou nos benefícios sociais a que tenha direito, em virtude do exercício de direitos políticos ou do desempenho de cargos públicos.*

*3. No acesso a cargos electivos a lei só pode estabelecer as inelegibilidades necessárias para garantir a liberdade de escolha dos eleitores e a isenção e independência do exercício dos respectivos cargos.*

O art. 58, ao seu turno, declara a universalidade do direito ao trabalho. Impõe que o Estado promova, para tanto, “a) políticas de pleno emprego; b) a igualdade de oportunidades na escolha da profissão ou gênero de trabalho e condições para que não seja vedado ou limitado, em função do sexo, o acesso a quaisquer cargos, trabalho ou categorias profissionais; c) a formação cultural e técnica e a valorização profissional dos trabalhadores”. O artigo subsequente assegura a universalidade dos direitos sociais do trabalhador, determinando que o Estado assegure:

*(...) as condições de trabalho, retribuição e repouso a que os trabalhadores têm direito, nomeadamente: a) O estabelecimento e a atualização do salário mínimo nacional, tendo em conta, entre outros fatores, as necessidades dos trabalhadores, o aumento do custo de vida, o nível de desenvolvimento das forças produtivas, as exigências da estabilidade econômica e financeira e a acumulação para o desenvolvimento; b) A fixação, a nível nacional, dos limites da duração do trabalho; c) A especial proteção do trabalho das mulheres durante a gravidez e após o parto, bem como do trabalho dos menores, dos diminuídos e dos que desempenhem atividades particularmente violentas ou em condições insalubres, tóxicas ou perigosas; d) O desenvolvimento sistemático de uma rede de centros de repouso e de férias, em cooperação com organizações sociais; e) A proteção das condições de trabalho e a garantia dos benefícios sociais dos trabalhadores emigrantes; f) A proteção das condições de trabalho dos trabalhadores estudantes.*

Mas o corolário constitucional do direito das pessoas com deficiência revela-se no art. 71 que, pela importância, será transcrito integralmente.

*Artigo 71.º (Cidadãos portadores de deficiência)*

*1. Os cidadãos portadores de deficiência física ou mental gozam plenamente dos direitos e estão sujeitos aos deveres consignados na Constituição, com ressalva do exercício ou do cumprimento daqueles para os quais se encontrem incapacitados.*

*2. O Estado obriga-se a realizar uma política nacional de prevenção e de tratamento, reabilitação e integração dos cidadãos portadores de deficiência e de apoio às suas famílias, a desenvolver uma pedagogia que sensibilize a sociedade quanto aos deveres de respeito e solidariedade para com eles e a assumir o encargo da efetiva realização dos seus direitos, sem prejuízo dos direitos e deveres dos pais ou tutores.*

*3. O Estado apóia as organizações de cidadãos portadores de deficiência*

Verifica-se, pelo teor do dispositivo, a postura inclusiva da Constituição Portuguesa em relação às pessoas com deficiência, eis que lhes outorga todos os direitos e deveres de cidadãos plenos, em capacidade de exercício e gozo de direitos. Impulsiona, assim, a ação estatal, para que tais direitos sejam efetivos, instando às ações afirmativas públicas e particulares para compensar as maiores adversidades inerentes à vida das pessoas com deficiência. O art. 74, ao tratar da educação, assegura no item 2, alíneas g e h, o acesso das pessoas com deficiência às escolas regulares, bem como à oficialização da língua gestual portuguesa.

Regulamentando o art. 50, combinado com o art. 71 da Constituição, há o Decreto-Lei<sup>110</sup> 29, de 3 de fevereiro de 2001, que estabelece cota de trabalhadores com deficiência, com um grau de incapacidade igual ou superior a 60%, nos serviços e nos organismos da administração central e local, bem como nos institutos públicos que se revistam da natureza de serviços personalizados do Estado ou de fundos públicos. Considera deficiência, assim, aquela prevista na revogada Lei 9/89, de 2 de maio, as pessoas que, apresentando quaisquer limitações funcionais, possam superá-las mediante adaptação do posto de trabalho ou

<sup>110</sup> PORTUGAL. “Decreto-Lei 29 de 3 de fevereiro de 2001”. *Universidade do Porto – Biblioteca*. Disponível em: <[http://paginas.fe.up.pt/demegi/Tec\\_Sup\\_DR.pdf](http://paginas.fe.up.pt/demegi/Tec_Sup_DR.pdf)>. Acesso em: 28 de setembro de 2004.

de concessão de instrumento hábil. As deficiências relacionadas acolhem as áreas de paralisia cerebral, orgânica, motora, visual, auditiva e mental.

O art. 3º do Decreto fixa a cota de 5% de vagas, em todos os concursos públicos, cujo número mínimo de postos abertos seja dez. Nos concursos em que o número de cargos a preencher seja inferior a dez e igual ou superior a três, garante-se a reserva de uma vaga para candidatos com deficiência. Em concursos que ofereçam uma ou duas colocações, ao candidato com deficiência, em situação de igualdade em classificação, concede-se direito de preferência, a qual prevalece sobre qualquer outra preferência ou disposição legal. Assinala-se exceção apenas a concursos referentes a carreiras com funções de natureza policial das Forças e dos serviços de segurança e do Corpo da Guarda Prisional, para os quais não se aceitam pessoas com deficiência.

Finalmente, regulando o art. 71, combinado com os arts. 58 e 59, da Constituição, a recentíssima Lei nº 38, de 18 de agosto de 2004, fixa políticas de prevenção, de habilitação, de reabilitação e de participação da pessoa com deficiência. O conceito de pessoa com deficiência estabelecido na lei, agora também aplicável aos cargos públicos, em vista da revogação da Lei nº 9/89, consiste em :

*Art.2.º Noção. Considera-se pessoa com deficiência aquela que, por motivo de perda ou anomalia, congênita ou adquirida, de funções ou de estruturas do corpo, incluindo as funções psicológicas, apresente dificuldades específicas susceptíveis de, em conjugação com os fatores do meio, lhe limitar ou dificultar a atividade e a participação em condições de igualdade com as demais pessoas.*

Importante especificar que o conceito de pessoa com deficiência engloba aspectos fisiológicos, psicológicos, mentais, físicos, sensoriais e sociais. A expressão final do dispositivo contempla a inserção social da pessoa em razão de limitação congênita ou adquirida. Busca, deste modo, assegurar igualdade de oportunidades permanentes que se

implementam por meio de políticas de constante acompanhamento da vida e da cidadania dessas pessoas, conforme consagra o art. 3º.

Os arts. 4º a 15 tratam dos princípios fundamentais que pautam a política referente às pessoas com deficiência, que são os princípios da singularidade, cidadania, não discriminação, autonomia, informação, participação, globalidade, qualidade, primado da responsabilidade pública, transversalidade, cooperação e solidariedade. Sintetizam-se tais princípios em quatro vertentes básicas: a) da independência e autonomia, b) da universalidade das ações, c) da não discriminação e d) das políticas públicas interdisciplinares de ação e informação. As pessoas com deficiência devem ser respeitadas nas suas necessidades peculiares e opções pessoais, mas a atenção a elas dirigida deve derivar de políticas coletivas e paritárias, estabelecidas entre o Estado, as empresas e a sociedade civil organizada. A vertente da não-discriminação assegura proteção contra a discriminação direta ou indireta e impõe, para tanto, ações afirmativas. Finalmente, o princípio da transversalidade e globalidade revela o mister estatal de coordenar ações multidisciplinares articuladas para o atendimento dos objetivos firmados pelo legislador português.

O capítulo II (arts. 16 a 24), em consequência, traça o *modus operandi* do Estado na condução articulada da política paritária em prol da pessoa com deficiência, regulando a intervenção do Estado, intensidade e oportunidades; cria a entidade coordenadora das políticas públicas estabelecendo as funções centrais; dimensiona o grau recíproco de intervenção das entidades públicas e privadas; estimula o apoio às organizações não-governamentais que dispõem de função consultiva na condução das políticas públicas e, finalmente, estabelece regras de apoio à família da pessoa com deficiência.

O Capítulo IV cuida da prevenção, habilitação, reabilitação e participação propriamente ditas, sendo de se ressaltar o art. 28 que estabelece a cota de até 2% de trabalhadores com deficiência, considerando-se as dimensões respectivas, o que se estabelecerá por meio de norma regulamentar. Com relação à administração pública, a lei fixa o percentual de, no mínimo, 5%, conforme vier a ser regulado.

O quinto capítulo (arts. 41 a 47) disciplina as políticas transversais, alinhavando interessantíssimo modelo de interação dos órgãos públicos entre si e destes com a iniciativa privada para ampliar possibilidades e capacidades.

Os arts. 48 a 50, das disposições finais preconizam a criação de um fundo de apoio a pessoas com deficiência, com verbas advindas da coima em processos judiciais, em face de transgressores dos direitos das pessoas com deficiência; outrossim; preconiza a dotação orçamentária de recursos públicos para as políticas aqui estabelecidas, bem como impõe ao Estado a regulamentação da presente Lei, sem fixar prazos.

Segundo CANOTILHO, o Direito Constitucional português garante proteção contra a discriminação para as pessoas com deficiência, e tal proteção assume dupla perspectiva. A primeira diz respeito ao fator negativo da discriminação, louvando-se as pessoas com deficiência com leis e dispositivos constitucionais que as preservam de qualquer ação excludente de direitos ou de deveres, correspondente, destarte, ao direito à igualdade. A segunda refere-se à ação positiva estatal e se materializa no direito de exigir do Estado a consubstanciação das condições fáticas que viabilizem o acesso aos bens da vida e aos direitos mesmos das pessoas com deficiência<sup>111</sup>. António de ARAÚJO sublinha os aspectos indicados por CANOTILHO e Vital MOREIRA, na medida em que considera que a parte um do art. 71 refere uma dimensão preceptiva e outra programática, utilizando os mesmos argumentos já delineados pelos autores supracitados. Citando Joseph RAZ, assinala que: “(...) o Estado tem o dever não apenas de assegurar protecção contra as ameaças à liberdade, mas também de providenciar as condições para o desenvolvimento da autonomia dos indivíduos”<sup>112</sup>.

O aspecto peculiar à doutrina de António ARAÚJO, porém, reside na oportuna lembrança de que a revisão constitucional de 1997 abandona o conceito de “pessoa deficiente” e insere, no texto constitucional, o conceito de “cidadão portador de deficiência”, caminhando, assim, de

---

<sup>111</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital. “Constituição da República Portuguesa Anotada” apud ARAÚJO, António de. *Cidadãos Portadores de Deficiência – O seu lugar na Constituição da República*, p. 19- 20.

<sup>112</sup> RAZ, Joseph. “The morality of freedom” apud ARAÚJO, António de. *Op. cit.*, p. 114.

forma resoluto, para a concepção da sociedade inclusiva. Afirma, com razão, que não se trata de mera alteração semântica irrelevante, eis que as diversas definições possíveis de deficiência plenificam-se de carga ideológica evidente. A deficiência pode ser analisada sob vários discursos, que se alternam nas diversas legislações e períodos históricos. Pode ser vislumbrado, por exemplo, sob o ponto de vista de um médico, de um leigo, de uma pessoa caritativa, de um profissional de direito ou de gestão. Expressões como “acometido por deficiência”, “pessoa fisicamente diminuída”, “inválida”, “incapaz”, “aleijada”, e tantas outras, enfocam o aspecto excludente da deficiência, que pode efetivamente negar direitos ou assegurá-los de forma meramente assistencial.

Na verdade, a definição implica o poder de captar a realidade do objeto definido, segundo a ótica de quem define, e esta, no caso da pessoa com deficiência, tem sido curiosamente alterada conforme se alternem os ângulos da visão política que analisa a questão. A sociedade inclusiva, plenamente cidadã e acolhedora das diversidades humanas, acolhe-as apenas como referência, não como elementos distintivos de direitos ou de deveres, nem como referência para a tomada de medidas de proteção negativa ou afirmativa.

### 2.6.2 O Direito Espanhol

Segundo a doutrina<sup>113</sup>, na Espanha, o espectro jurídico constitucional que sustenta os direitos das pessoas com deficiência decorre da combinação dos arts. 9º, 14, 40, 41 e, finalmente, o art. 49 daquela Carta Política, sendo o último aquele que versa especificamente a respeito da matéria. O art. 9º da Constituição Espanhola (CE), de 27 de dezembro de 1978, no seu número 1, declara que todos os cidadãos espanhóis estão sujeitos à Constituição e às leis comuns; estabelece, no seu número 2, ainda, que:

---

<sup>113</sup> VILLATORE, Marco Antônio César. “A pessoa portadora de deficiência no Direito do Trabalho brasileiro e o tema no Direito do Trabalho comparado”. *Genesis: Revista de Direito do Trabalho*. Nº 15 (88) – abril 2000, p. 552- 563;

ARAÚJO, António de. *Op.cit.*, p. 20; 81- 85

GARCÍA MURCIA, Joaquín. “El trabajo de los incapacitados”. *Tribuna Social: revista de seguridad social y laboral*. Número 91 – monográfico, julio de 1988, p. 25- 40.

*Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social*<sup>114</sup>.

O número 3, por sua vez, trata do princípio da legalidade, da hierarquia das leis, da irretroatividade, da publicidade das normas e outros.

Observa-se, portanto, que o número 2 da norma em análise cuida de projetar a postura pró-ativa do Estado espanhol, no sentido de fixar atitude efetiva para que se propicie igualdade real entre os cidadãos, mister tipicamente estatal. Fica, assim, o Estado incumbido da remoção dos obstáculos físicos, atitudinais, políticos e econômicos, para que toda e qualquer pessoa na Espanha usufrua a igualdade de direitos e de deveres. O art. 14, fazendo eco à disposição supra, afirma o princípio da igualdade ao dispor que: “*Artículo 14. Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*”.

Trata-se da afirmação da igualdade formal de todos perante a lei, correspondente ao *caput* do art. 5º da Constituição brasileira. É bom lembrar que o art. 9º, tal qual o 3º da Constituição brasileira, confere ao Estado a missão de garantir que a igualdade extrapole a mera declaração de intenção formal e se converta em realidade.

Os arts. 40 e 41, da mesma Carta Política, elencam os direitos trabalhistas do povo espanhol. O primeiro consagra o direito ao pleno emprego, por meio de políticas públicas que garantam oportunidades a todos para o trabalho e pugna por leis que implementem a segurança e a higiene no trabalho. O art. 41 trata da seguridade social universal e ampla em termos da cobertura das contingências, em especial do desemprego.

O art. 49, por sua importância, será transcrito:

*Artículo 49.*

---

<sup>114</sup> “Constitución Española”. *La Constitución Española*. Disponível em: <[http://www.constitucion.es/constitucion/castellano/titulo\\_preliminar.html](http://www.constitucion.es/constitucion/castellano/titulo_preliminar.html)>. Acesso em: 30 de setembro de 2004.

*Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos.*

Joaquín García MURCIA<sup>115</sup> afirma, com razão, que a leitura combinada dos arts. 14 e 49 permite não só reafirmar a igualdade formal de todos os cidadãos, inclusive os com deficiência, mas também assegurar igualdade substancial em termos de oportunidades de trabalho às pessoas com deficiência. Isto decorreria, segundo o autor, das Convenções da OIT (111 e 159) e da Carta de Direitos Sociais Fundamentais, da Comunidade Européia.

No que concerne às normas ordinárias, constata-se uma profusão de regras que serão apenas enumeradas, indicando-se os respectivos assuntos, para se sedimentar a análise da regra que assegura reserva de vagas em órgãos públicos ou empresas privadas: o art. 7<sup>a</sup>, § 1<sup>o</sup>, da Lei 13/1982 (LISMI) traz a definição de pessoa com deficiência nos seguintes termos: “(...) entender-se-á por deficiente toda pessoa cujas possibilidades de integração educativa, laboral ou social se encontrem diminuídas em resultado de uma deficiência, previsivelmente permanente, de carácter congénito ou não, nas suas capacidades físicas, psíquicas ou sensoriais”<sup>116</sup> e dispõe a respeito da necessidade de adaptação dos transportes coletivos públicos; o *Real Decreto* 7/1989 assegura vantagens a deduções fiscais às pessoas com deficiência; o *Real Decreto* 620/1981 regulamenta concessão de apoio financeiro a pessoas com deficiência para a aquisição de cadeiras de rodas ou de veículos motorizados; o *Real Decreto* 20028/1985 igualmente regula a concessão de redução tributária para a aquisição de veículos; o *Real Decreto* 383/1984, executando a Lei 13/1982, trata de subsidiar o transporte de deficientes; o *Real Decreto* 3250/1983 determina o acompanhamento de deficientes visuais por servidores públicos em repartições e transportes públicos; a Lei 30/1984, alterada pela Lei 23/1988, determina que toda oferta de emprego público deve reservar 3% dos lugares para as pessoas com

---

<sup>115</sup> GARCÍA MURCIA, Joaquín. *Op. cit.*, p. 30.

<sup>116</sup> ARAÚJO, António de. *Op. cit.*, p. 84.

deficiência que possuam uma incapacidade de, no mínimo, 33%; o *Real Decreto* 364/1995 assegura a adaptação dos locais de trabalho das pessoas com deficiência; Lei 38/1992 isenta de impostos veículos matriculados em nome de pessoas com deficiência; Lei 25/1998 – regulamenta benefícios tributários sobre sucessões e doações em relação às pessoas com deficiência; *Real Decreto* 6/1999 estende benefícios concernentes à famílias numerosas para aquelas as quais tenham pelo menos dois filhos, e, dentre eles, um com deficiência; *Real Decreto* nº 1.971/1999 estabelece procedimentos para reconhecimento, declaração e qualificação da deficiência; Lei 3/1997 promove acessibilidade e supressão de barreiras arquitetônicas, urbanísticas, de transportes e de comunicação.

No que diz respeito ao trabalho, realça a doutrina, como precursoras, destacam-se a LISMI (Lei 13/1982) e a Lei de Seguridade Social (LGSS/74), mas, sobretudo, o Decreto Real nº 1.451/1983, que as regulamenta e lança as bases para a ratificação legislativa operada em 1997 pelas Leis nº 63 e nº 66. O art. 4º, do Decreto Real citado, reza que “as empresas públicas e privadas com mais de 50 trabalhadores fixos deverão contratar 2% ou mais de trabalhadores portadores de deficiência”<sup>117</sup>. Os arts. 5º e 6º do Decreto nº 1.451/83 delineiam procedimentos para a tabulação de postos de trabalho já ocupados, ou que virão a ser, por pessoas com deficiência, tanto por meio de tabelas oficiais a serem supridas por informações das empresas, quanto por meio de negociação coletiva. A Lei nº 66, de 1997, ratificou, com esse processo legislativo, a dicção do art. 4º do Decreto Real 1451/83.

Finalmente, o Decreto Real nº 1/95, que contempla o Estatuto dos Trabalhadores da Espanha, teve sua redação alterada, na segunda parte das disposições adicionais, pela Lei nº 63/97, para que se concedesse uma gama de incentivos fiscais a empresas que contratassem pessoas com deficiência em tempo integral e/ou para a formação profissional, com a redução de 50% das cotas patronais da seguridade social respectivas<sup>118</sup>.

<sup>117</sup> VILLATORE, Marco Antônio César. *Op. cit.*, p. 559.

GARCÍA MURCIA, Joaquín. *Op. cit.*, p. 38.

<sup>118</sup> “Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo de 1995”. *Ley del estatuto de los trabajadores*. Disponível em: <<http://www.igsap.map.es/cia/dispo/6031.htm#adi>>. Acesso em

É interessante destacar, à guisa de conclusão do estudo do direito espanhol, a doutrina de Ricardo Esteban LEGARRETA<sup>119</sup>. Segundo LEGARRETA, o Direito laboral na Espanha, no final do século XX, atravessava um processo de flexibilização e de desregulamentação acentuado, mas, em contrapartida, traduzia uma atenção especial a determinados grupos de trabalhadores e empregadores que merecessem tratamento diferenciado no tocante à contratação individual. As pessoas com deficiência, certamente, incluíam-se nesse rol e, com efeito, têm, por força do art. 49 da Constituição, o direito a prestações estatais peculiares de compensação, concernentemente à empregabilidade. Essas compensações dizem respeito não apenas aos contratos individuais, mas, sobretudo, à própria garantia do direito ao trabalho, no âmbito geral da cidadania espanhola. Tal posicionamento justifica a edição de uma norma especial de emprego ao cidadão com deficiência, a qual isenta-se de caráter discriminatório.

Prossegue discutindo o direito ao trabalho. Reconhece que se trata de um direito complexo, pois decorre de uma série de circunstâncias fáticas favoráveis ou adversas e também do direito subjetivo do empregador de empregar ou não. Desenvolve, assim, seu estudo enveredando por duas vertentes que jorram da análise de decisões do Tribunal Constitucional espanhol.

A primeira vertente toca ao direito individual do trabalhador de obter e de manter seu posto de trabalho, desde que habilitado para tanto. Uma vez que o trabalhador individualmente não teria como exigir um emprego, tanto do Estado como de um empregador, deve preparar-se e ingressar no mercado de trabalho obedecendo às exigências do mercado. Conforme os arts. 35 e 40 da Constituição, porém, o empregador não pode, simplesmente, despedir o trabalhador unilateralmente, sem justa causa, garantindo-se ao prejudicado a reivindicação judicial de sua estabilidade. A segunda dimensão orbita na esfera coletiva. Nesse sentido, compete ao

---

13 de outubro de 2004.

<sup>119</sup> ESTEBAN LEGARRETA, Ricardo. “La relación laboral especial de los minusválidos”. *Tribuna Social: revista de seguridad social y laboral*. Número 91 – monográfico, julio de 1988, p. 41-43.

Estado envidar esforços e políticas permanentes visando o pleno emprego, o que se afiguraria um pressuposto indispensável à efetividade do direito constitucional ao trabalho. As garantias de emprego especial às pessoas com deficiência destinam-se, destarte, não apenas à superação dos obstáculos inerentes à condição de pessoa com deficiência, mas, sobretudo, à validação do direito amplo dos cidadãos espanhóis às políticas que implementem o princípio do pleno emprego.

### 2.6.3 O Direito Francês

Não há, na Constituição da República da França, de 4 de outubro de 1958, qualquer menção específica acerca dos direitos das pessoas com deficiência, mas a França desenvolve, desde a Primeira Guerra Mundial, um amplo sistema de proteção jurídica aos cidadãos com deficiência. Inicialmente, atenderam-se os heróis de guerra, para, logo a seguir, estenderem-se benefícios aos acidentados no trabalho e, progressivamente, a toda a população de pessoas com deficiência.

A doutrina refere-se à Lei 75-534, de 30 de junho de 1975, a qual concentra as medidas de apoio e de ação afirmativa dirigidas a esses cidadãos, outorgando-lhes todos os direitos civis e políticos por meio, inclusive, de ações afirmativas que viabilizem a consagração de tais direitos. A norma em questão define pessoas com deficiência como: “(...) qualquer pessoa com menos de 60 anos de idade é considerada como ‘deficiente’ quando sua capacidade residual de trabalho é reduzida para 2/3”<sup>120</sup>. Esse percentual de alteração da capacidade física, mental, sensorial ou múltipla é auferido por um órgão oficial, cuja missão consiste em avaliar as restrições e, acima de tudo, a vocação dessas pessoas com deficiência, para que, tomando-se como referencial as tendências vocacionais identificadas, indiquem-se postos de trabalho adequados (art. L. 323-11, do Código do Trabalho francês, de 1973). As deficiências são classificadas, então, em níveis que oscilam entre os graus leve, moderado e sério.

Revelando a voz corrente da doutrina, mostra VILLATORE que o Código do Trabalho francês, em seu art. L. 323-1, reserva postos de

---

<sup>120</sup> ALVES, Rubens Valtecidos. *Op. cit.*, p. 75.

trabalho no importe de 6% dos trabalhadores empregados em empresas com mais de vinte empregados<sup>121</sup>. Rubens Valtecidos ALVES afirma que a legislação francesa estabelece incentivos à contratação de pessoas com deficiência e que se corporificam na redução da cota patronal da previdência para subsídio dos salários; bônus para contratação de pessoas com deficiência na condição de aprendizes; subsídios para entidades filantrópicas ligadas às pessoas com deficiência; salários mínimos assegurados por lei, que variam de acordo com a ocupação.

José PASTORE<sup>122</sup>, por seu turno, aponta outras peculiaridades que considera incentivadoras da contratação. A primeira delas diz respeito às pessoas que apresentam deficiências graves, as quais equívalem a 1 ½, 2 ou 2 ½ pessoas, para fins de cumprimento da cota; pontua-se, outrossim, adicionalmente, a contratação de pessoas com deficiência que acusem idade inferior a 25 e superior a 50 anos; a de pessoas que receberão treinamento no interior das empresas; ou a daquelas que receberão o mesmo treinamento em entidades especializadas, mas mantidas e remuneradas pelo empregador. Logo, a empresa poderá contratar trabalhadores para postos de trabalho em oficinas protegidas ou, até mesmo, para trabalhos em domicílio. Realça o sociólogo a possibilidade de que as empresas que, por alguma razão não possam contratar diretamente pessoas com deficiência, tenham a perspectiva de pagar uma taxa, uma contribuição, que reverterá para um fundo daquele órgão oficial destinado à formação e à orientação profissional de pessoas com deficiência.

Outra medida louvada pelo autor diz respeito à contratação terceirizada de pessoas com deficiência, que pode ser estabelecida pela empresa nas mesmas condições já mencionadas. A peculiaridade reside no fato de que, se a empresa exigir de seus fornecedores terceirizados a contratação de pessoas com deficiência, será tal trabalhador considerado empregado da empresa tomadora, para fins de preenchimento da respectiva cota. Os trabalhadores terceirizados, no entanto, não podem ultrapassar o percentual de 50% da cota obrigatória. Aduz que: “Cerca de 63% das

---

<sup>121</sup> VILLATORE, Marco Antônio César. *Op. cit.*, p. 560.

<sup>122</sup> PASTORE, José. *Oportunidades de Trabalho para Portadores de Deficiência*, p. 165- 167.

empresas pagam a contribuição; 12% contratam toda a cota; 20% contratam uma parte e pagam contribuição para completar a cota; as demais fazem outras combinações. As grandes empresas preferem contratar diretamente ou através de entidades de ‘trabalho protegido’. A maioria das pequenas paga a contribuição. As médias combinam cota com contribuição”<sup>123</sup>. PASTORE acrescenta, ainda, os mesmos subsídios apontados por Valtecídes ALVES e sublinha o estímulo que se concede ao trabalho autônomo por meio de benefícios previdenciários de renda mínima, bem como de seguro-desemprego e a fruição de recursos públicos para empresas que implantem programas de formação profissional, habilitação ou reabilitação de pessoas com deficiência.

Mencionam-se, ainda, pela doutrina de António de ARAÚJO, as Leis 87-517 e 91-663, respectivamente, referentes a emprego e acesso à habitação, a locais de trabalho e a espaços públicos para as pessoas com deficiência. Cita, também, o art. 52 da já mencionada Lei 75-534, sobre o acesso a transportes coletivos ou, em casos de necessidade, transportes individuais. Lembra a Lei 90-602, que é relativa à proteção contra discriminação em razão do estado de saúde ou da deficiência.

#### 2.6.4 O Direito Italiano

O art. 3º da Constituição italiana, de 27 de dezembro de 1947, consagra o princípio da igualdade de todos perante a lei, bem como o princípio da dignidade da pessoa e o da eliminação do preconceito de sexo, raça, língua, religião, opinião política e condição pessoal e social. Em sua segunda parte, o referido artigo diz ser dever do Estado italiano a remoção dos obstáculos de ordem econômica e social que, limitando de fato a liberdade e a igualdade dos cidadãos, impedem o pleno desenvolvimento da pessoa e a efetiva participação de todos os trabalhadores na organização política, econômica e social do país.

Também o art. 4º, em sua primeira parte, afirma que a República reconhece o direito ao trabalho de todos e promove as condições que rendam efetivo esse direito. A segunda parte, do mesmo artigo, outorga a

---

<sup>123</sup> PASTORE, José. *Op. cit.*, p. 166.

cada cidadão o dever de desenvolver uma atividade produtiva, conforme escolhas e aptidões de cada um, para que concorram ao progresso material ou espiritual da sociedade <sup>124</sup>.

Convém, outrossim, ressaltar que o art. 38, da mesma Carta assegura aos incapazes e às pessoas com deficiência o direito à educação e ao encaminhamento profissional.

A Lei nº 482, de 2 de abril de 1968, estabelecia, para ocupação de vagas em empresas com mais de 35 empregados, uma cota de 15% de pessoas com deficiência. Constatou-se, porém, que a população de pessoas com deficiência hoje na Itália é de 3,5%<sup>125</sup>, o que evidenciava o caráter hiperestimativo das cotas vigentes. Desse modo, em 12 de março de 1999, editou-se a Lei nº 68 que, no seu art. 3º, estabelece que os empregadores públicos e privados deverão contratar pessoas com deficiência na proporção de 7% de seus trabalhadores, no caso de empresas com mais de 50 empregados, duas pessoas com deficiência, no caso de empresas com 36 a 50 trabalhadores, e uma, se a empresa possuir entre 15 e 35 trabalhadores.

Em atividades que exijam aptidão física plena, as pessoas com deficiência podem ser contratadas para desenvolver trabalhos na área administrativa. Segundo a doutrina italiana, manifesta no entendimento de Maria Cristina CIMAGLIA<sup>126</sup>, a Lei em apreço preocupa-se, acima de tudo, com a adequação entre as habilidades e as preferências das pessoas com deficiência e a demanda do mercado de trabalho. Na opinião de Maurizio CINELLI<sup>127</sup>, faz-se relevante observar que a cota de 7% não é obrigatória, mas sugerida por lei, o que implica uma postura construtiva, progressiva, pró-ativa do Estado e da sociedade, no sentido de se galgar, passo a passo, a inclusão das pessoas com deficiência, cuidando-se de inseri-las em atividades efetivamente produtivas e satisfatórias ao empregador e ao trabalhador.

---

<sup>124</sup> VILLATORE, Marco Antônio César. *Op. cit.*, p. 557.

<sup>125</sup> STELLUTI, Carlo. “Le nuove norme per il diritto al lavoro dei disabili”. *Lavoro Informazione*. Nº 6, ano XVIII - 31 de março de 1999, p. 9.

<sup>126</sup> CIMAGLIA, Maria Cristina. “Gli aspetti giuridici della legge sul diritto al lavoro dei disabili”. *Lavoro Informazione*. Nº 9, ano XVIII - 15 de maio de 1999, 1999, p.14.

<sup>127</sup> CINELLI, Maurizio. “Profili del collocamento obbligatorio ‘riformato’ ”. In: Maurizio Cinelli e Pasquale Sandulli (Coord.). *Diritto al lavoro dei disabili*, p. 3- 16.

## 2.6.5 O Direito das Pessoas com Deficiência na América Latina

### 2.6.5.1 Da Argentina

A Constituição da República da Argentina, de 22 de agosto de 1994, nada declara especificamente a respeito das pessoas com deficiência, apesar de afirmar a cidadania plena do povo argentino, o que também incluiu as pessoas com deficiência.

A doutrina brasileira, na voz de Marcos VILLATORE, ressalta a Lei nº 24.465, de 15 de março de 1995, que não impõe ações afirmativas, mas exorta e estimula a contratação de pessoas com deficiência por meio de um contrato especial de trabalho, por prazo determinado de seis meses, que pode ser prorrogado, sucessivamente, até o máximo de 2 anos. Concede isenção de 50% da contribuição previdenciária patronal com relação a tais contratos, cujo percentual obedece à seguinte tabela (art. 3º, § 6º da referida Lei): “o número de trabalhadores contratados nessa modalidade não poderá superar 10% do total de trabalhadores no estabelecimento. Nas empresas constituídas de 6 a 25 trabalhadores, a percentagem máxima admitida será de 50%; quando não supere os 5 trabalhadores, o percentual admitido poderá ser de 100%, não podendo exceder do número de 3 trabalhadores sob esse tipo de contrato especial (...)”<sup>128</sup>.

### 2.6.5.2. Do Chile

O art. 1º da Constituição Política da República do Chile, de 21 de outubro de 1980, vaza-se nos seguintes termos:

*Artículo 1º.- Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.*

*La familia es el núcleo fundamental de la sociedad.*

*El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos.*

*El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.*

*Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con*

<sup>128</sup> VILLATORE, Marco Antônio César. *Op. cit.*, p. 559.

*igualdad de oportunidades en la vida nacional*<sup>129</sup>.

Promove-se um programa nacional, justamente com a meta de cumprir o que dispõe o art. 1º, acima indicado, denominado “Programa de Colocação de Pessoas com Deficiência no Mercado de Trabalho”.

O governo chileno executa-o por meio do *Fonadis*<sup>130</sup> – *Fondo Nacional de Discapacidad*. Trata-se de atividade pioneira que se implementa por meio de oficinas de intermediação de mão-de-obra de pessoas com deficiência. Instalam-se essas oficinas em nove regiões do país, havendo perspectivas de ampliação. O programa preocupa-se em aproximar o trabalhador com deficiência, maior de 18 anos, chileno ou residente autorizado no Chile, das empresas públicas ou privadas, orientando empregados e patrões no sentido de viabilizar opções recíprocas, tomando em conta as necessidades do mercado e as habilidades das pessoas cadastradas.

A Lei nº 19.284<sup>131</sup>, de 1994, cuida dos direitos das pessoas com deficiência. Contém 65 artigos e 4 dispositivos transitórios. Dispõe-se da seguinte forma: Título I – Normas Preliminares; Título II – Da Qualificação e do Diagnóstico das Deficiências; Título III – Da Prevenção e da Reabilitação; Título IV – Da Equiparação de Oportunidade; Título V – Do Registro Nacional da Deficiência; Título VI – Procedimento e Sanções; Título VII – Do Fundo Nacional da Deficiência; Título VIII – Das Disposições Gerais; e Disposições Transitórias.

O Capítulo III do Título IV trata da capacitação e da inserção laborais das pessoas com deficiência, inseridas nos arts. 33 a 38. Inexistem cotas, tanto nas empresas como na Administração, mas o governo empenha

---

<sup>129</sup> “Constitución Política da República de Chile, de 21 de octubre de 19980”. *Gobierno de Chile*. Disponível em: <<http://www.gobiernodechile.cl/documentacion/constitucion.asp>>. Acesso em: 10 de janeiro de 2005.

<sup>130</sup> “Fondo Nacional de la Discapacidad – Programa de colocación de personas con discapacidad en um puesto de trabajo”. *Gobierno de Chile*. Disponível em: <[www.fonadis.cl/index.php?seccion=76#centro](http://www.fonadis.cl/index.php?seccion=76#centro)>. Acesso em: 10 de janeiro de 2005.

<sup>131</sup> “Ley 19.284, de 14 de enero de 1994”. *Congreso Nacional*. Disponível em: <[http://www.bcn.cl/publicadores/pub\\_leyes\\_mas\\_soli/admin/listado\\_leyes\\_mas\\_soli.php](http://www.bcn.cl/publicadores/pub_leyes_mas_soli/admin/listado_leyes_mas_soli.php)>. Acesso em: 10 de janeiro de 2005.

seus esforços para a inclusão laboral das pessoas com deficiência por meio do programa acima referido, com espeque nos dispositivos legais retrocitados.

### 2.6.5.3. Da Colômbia

A Constituição da Colômbia, de 6 de julho de 1991, declara, nos arts. 2º e 13, a função estatal de promoção da justiça social e da igualdade entre as pessoas, determinando no parágrafo terceiro deste artigo que:

*Artículo 13. (...)*

*(...)*

*El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan*<sup>132</sup>.

Reitera-se a mesma diretriz nos arts. 47 e 54 os quais estabelecem, sucessivamente, a função estatal de garantir a habilitação e reabilitação profissional, formação profissional e colocação de pessoas com deficiência no mercado de trabalho.

Para legitimar exeqüibilidade aos dispositivos constitucionais supra, a Lei 361/97<sup>133</sup> estabelece mecanismos para a integração das pessoas com deficiência E, mediante os arts. 22 a 34, disciplina a integração laboral, regulando as providências estatais no sentido de estimular a contratação de pessoas com deficiência por empresas pública ou privadas. O art. 24, por sua vez, assegura aos empregadores que contratarem pessoas com deficiência as seguintes garantias: a) para aqueles que tiverem em seus quadros pelo menos um mínimo de 10% de seus empregados em condições de deficiência, nos termos desta lei, devidamente certificados pelo Ministério do Trabalho na região, e com contratos anteriores a um ano, terão preferência, em igualdade de condições, nos processos de licitação, adjudicação e celebração de contratos, sejam estes públicos ou privados; b) prevalência na concessão de crédito subsidiado de organismos estatais e; c)

---

<sup>132</sup> “Constitución Política de la República de Colombia, de 6 de julio de 1991”. *Colombia - Senado Federal*. Disponível em: <[www.senado.gov.co](http://www.senado.gov.co)>. Acesso em: 11 de janeiro de 2005.

<sup>133</sup> “Ley 361, de 11 de febrero de 1997”. *Colombia - Senado Federal*. Disponível em: <[http://www.secretariasenado.gov.co/leyes/10361\\_97.htm](http://www.secretariasenado.gov.co/leyes/10361_97.htm)>. Acesso em: 11 de janeiro de 2005.

taxas de importação reduzidas para a aquisição de equipamentos destinados ao trabalho da pessoas com deficiência.

O art. 26 garante o acesso, a manutenção e o progresso no emprego às pessoas com deficiência, vedando despedida dessas pessoas em razão da própria deficiência, salvo autorização expressa do Ministério do Trabalho que deverá declarar a absoluta incompatibilidade da deficiência com a função, bem como a inexistência de meios para a superação de tal incompatibilidade. O art. 27 assegura preferência em caso de empate na classificação em concursos públicos. O art. 29 confere benefício assistencial de prestação continuada a pessoas com deficiência que sejam impossibilitadas de se sustentar. O art. 33, a seu turno, garante a manutenção do benefício assistencial, mesmo em caso de ingresso no mercado de trabalho. O art. 31 garante a dedução, para fins de imposto de renda, de 200% do valor dos salários pagos a pessoas com deficiência, bem como a redução em 50% na cota obrigatória de aprendizes. O art. 32 cuida do trabalho protegido em oficinas, enquanto o art. 34 garante o subsídio de crédito para pequenas ou médias empresas que produzam bens para deficientes e que possuam pelo menos um empresário com deficiência e no mínimo 80% dos empregados com deficiência.

#### **2.6.5.4 De Honduras**

A Constituição da República de Honduras<sup>134</sup>, de 11 de janeiro de 1982, consagra, em seu art. 60, o princípio da igualdade, afirmando-o em relação a todos os cidadãos hondurenos. Declara, também, em sua segunda parte, ser punível qualquer discriminação de sexo, raça, classe e qualquer outra lesiva a dignidade humana, o que é normatizado pelo art. 12 do Código Hondurenho do Trabalho<sup>135</sup>.

---

<sup>134</sup> “Constitución de la República de Honduras, de 1º de janeiro de 1982”. *Honduras – Congreso Nacional*. Disponível em: <<http://www.congreso.gob.hn/constitucionesycodigos/honduras/1982.pdf>>. Acesso em: 17 de janeiro de 2005.

<sup>135</sup> “Código del Trabajo - Decreto 189- 59, de 15 de julho de 1989”. *Honduras – Congreso Nacional*. Disponível em: <<http://www.congreso.gob.hn/constitucionesycodigos/codigos/codigodeltrabajo.pdf>>. Acesso em: 17 de janeiro de 2005.

O art. 127 da Constituição, ao seu turno, estende o direito ao trabalho a todo cidadão hondurenho, assegurando- se- lhe, para isso, a oportunidade de escolher livremente uma ocupação, a ela renunciar, bem como a de ter acesso a condições satisfatórias e eqüitativas de trabalho e a proteção contra o desemprego.

Não obstante inexista qualquer dispositivo constitucional que proteja, especificamente, as pessoas com deficiência, Honduras alinha- se ao Brasil, em sendo o único país, além do brasileiro, na América Latina, a fixar cotas obrigatórias para pessoas com deficiência em empresas públicas e privadas. Sacramento- o por intermédio da Lei de Promoção de Emprego de Pessoas com Deficiência<sup>136</sup>, Decreto nº 17/91<sup>137</sup>, que, em seu art. 2º, preceitua:

*Artículo 2. Las entidades de la Administración Pública y las Empresas de carácter privado quedan obligadas a contratar un número de trabajadores minusválidos o discapacitados, de conformidad con la tabla siguiente:*

*De 20 a 40 trabajadores, un discapacitado;  
De 50 a 74 trabajadores, dos discapacitados;  
De 75 a 99 trabajadores, tres discapacitados; y,  
Por cada 100 trabajadores, cuatro discapacitados.*

A Lei em questão contém vinte e quatro artigos distribuídos em quatro capítulos, quais sejam: Capítulo I – De Sua Finalidade e De Seu Campo de Aplicação; Capítulo II – Da Opção pelas Vagas Reservadas e Das Condições de Admissão; Capítulo III – Da Comissão de Avaliação das Condições Pessoais para o Emprego e; Capítulo IV – Das Alternativas Laborais para as Pessoas com Deficiência.

Entre as finalidades da Lei, destaca- se, como principal, a integração das pessoas com deficiência no mercado de trabalho comum e, em caso de impossibilidade, a procura de formas alternativas de trabalho ou de

<sup>136</sup> “Ley de Promoción de Empleos para Personas Minusválidas - Decreto nº 17- 91, de 25 de abril de 1991”. *Honduras–Congreso Nacional*. Disponível:<<http://www.congreso.gob.hn/PDF/DECRELEY/HN2504199101.PDF>>. Acesso em: 17 de janeiro de 2005.

<sup>137</sup> O Diário Oficial da República de Honduras, La Gaceta, indica como referência à Lei em epígrafe o Decreto nº 17, de 1991, do Poder Legislativo hondurenho.

atividade produtiva, estabelecendo-se processos gradativos de inserção do trabalhador com deficiência no mercado competitivo, se assim se fizer necessário, de modo que as oficinas protegidas sejam consideradas meras etapas preparatórias, sempre que possível. Nesse desiderato, a Lei considera nulos de pleno direito dispositivos contratuais individuais ou coletivos que lesem os direitos constitucionais e legais das pessoas com deficiência.

O segundo capítulo dispõe a respeito da inserção laboral das pessoas com deficiência, respeitando-se respectivas habilidades pessoais e demandas de mercado, sendo, para isso, criada a Comissão de Avaliação das Condições Pessoais para o Emprego, cujo papel é o de intermediá-las, priorizando as pessoas com deficiência com maior responsabilidade familiar. O fomento do emprego das pessoas com deficiência também se impõe como mister atribuído a essa Comissão que poderá sugerir isenções e demais incentivos fiscais. Assegura-se ao trabalhador acidentado no trabalho a manutenção do emprego e o direito à reabilitação. Institui-se, para tanto, ação coordenada entre o Instituto Hondurenho de Habilitação e Reabilitação de Pessoas com Deficiência e a Secretaria de Trabalho e Previsão Social.

No capítulo III estrutura-se a Comissão mencionada, que é composta de sete membros, sendo cinco de órgãos públicos ligados à saúde, previdência e formação profissional e dois que representam os trabalhadores e os empregadores. Estabelecem-se, outrossim, as atividades dessa comissão, que consistem na avaliação, em cada caso, das habilidades pessoais do trabalhador com deficiência e de suas possibilidades no mercado e, ainda, o cadastramento de seguimento de trabalhadores reabilitados ou habilitados para que se acompanhe o seu desempenho.

O capítulo IV, finalmente, aponta as alternativas ao emprego, que consistem em trabalho autônomo, cooperativas, microempresas, emprego protegido e outras formas de trabalho. Trata-se do mais longo capítulo da lei, dirigido que é à efetiva inserção produtiva da pessoa com deficiência. Admite, por exemplo, a criação de centros especiais de trabalho, por empresas ou pelo governo, sugerindo a criação e a implantação de oficinas protegidas que poderão contar com subvenção pública; caso as

empresas privadas canalizem investimentos e mantenham essas oficinas protegidas, o respectivo valor será dedutível do imposto de renda. Assinale-se que, cumprindo o espírito da lei, as oficinas protegidas funcionarão sob constante avaliação de uma comissão paritária, para que cada um dos trabalhadores logre conquistar a possibilidade de promoção e acesso à atividade competitiva, tanto no que tange a emprego, quanto no campo do empreendedorismo. A última disposição normativa da lei em tela impõe ao Instituto Nacional de Formação Profissional procedimentos destinados à preparação de pessoas com deficiência.

#### 2.6.6 O Direito do Reino Unido

A proteção legal de pessoas com deficiência no Reino Unido é recente. Segundo a doutrina, prevaleceu, historicamente, o tratamento assistencial desenvolvido em hospitais, asilos e materializado por meio de pensões pagas pelo Estado <sup>138</sup>.

O primeiro diploma legal caracterizando as pessoas com deficiência como um “grupo” individualizado foi o *Disabled Persons (Employment) Act*, de 1944, que procurou fixar os direitos laborais das pessoas com deficiência, apresentando uma linha, apenas, de conduta patronal em face de trabalhadores com deficiência, linha esta que tratava de aspectos da dinâmica de trabalho, para que as empresas se adaptassem, em termos materiais e comportamentais, mas não garantiu absoluta isonomia de tratamento quanto a salários. Tanto é verdade que se editou, no mesmo ano, o *Education Act*, de forte inspiração paternalista, preceituando que as crianças com deficiência deveriam freqüentar as aulas com os seus pares, com outras crianças com deficiência, em salas e em escolas especiais, durante o primeiro e segundo graus de sua formação educacional. A política assistencial, no entanto, notabilizou-se, de forma cabal, por meio do *National Assistance Act*, de 1948, o qual impunha, em sua Seção 29, caber às autoridades locais o dever de “arranjar serviços” (“*arrange services*”) para as pessoas com deficiência, tolhendo a essas mesmas pessoas o direito à livre escolha de um trabalho.

---

<sup>138</sup> DOYLE, Brian. “Employment rights, equal opportunities and disabled persons: the ingredients of reform”. *Industrial Law Journal*. Vol. 22, n. 2, June 1993.

Em 1970, editou-se o *Chronically Sick and Disabled Persons Act*, numa tentativa de racionalização do caos assistencial durante décadas instalado, o que, no dizer Ian BYONE, conferiu garantia às pessoas com deficiência apenas aos direitos “a passar fome, de congelar ou de morrer sozinha”<sup>139</sup>. A norma em questão almejava atuar como a “Carta dos Deficientes”. Quase nada acrescentou, porém, em relação ao *National Assistance Act*, de 1948, impondo às autoridades locais apenas o dever de compilar um registro das pessoas com deficiência e oferecer serviços públicos essenciais, identificados na lei. Apresentava, entretanto, a ressalva de que esses serviços deveriam ser providos “apenas onde fosse praticável e razoável fazê-lo”. Logo, na prática, não se propunha exigível na maior parte das situações. Como se vê, o Ato de 1970 apenas enfatizou o assistencialismo de provisões básicas.

Inegáveis se mostraram, reconheça-se, os aspectos positivos da política assistencial britânica que, em certa medida, possibilitou uma relativa inclusão das pessoas com deficiência no convívio social. Tal proposta de inclusão, porém, não se completava integralmente, posto que eficaz apenas no tocante à sobrevivência mínima, não alterou o comportamento preconceituoso, paternalista, até então imperante<sup>140</sup>.

Nos anos 80, nada se alterou, apesar da edição das leis *Education Act*, de 1981, e *Disabled Persons (Services, Consultation and Representation) Act*, de 1986, as quais mantiveram a linha assistencialista e excludente das escolas especiais segregadas.

Três fatores implicaram, mais tarde, a reforma do sistema: o Movimento pelos Direitos Civis (*The Civil Right Movement*), nos Estados

---

<sup>139</sup> BARNES, Colin; OLIVER, Mike. “Discrimination, disability and welfare: from needs to rights”. In: BYONE, Ian, et al. *Equal rights for disabled people – The case for a new law.*, p. 7- 16, tradução do autor.

<sup>140</sup> Parafraseando Colin BARNES e Mike OLIVER, por um lado, não se pode dizer que o assistencialismo tenha sido de todo mal para o país, uma vez que garantiu às pessoas com deficiência, no Reino Unido, um maior acesso a uma extensa gama de serviços, reduzindo-se, drasticamente, o número de pessoas segregadas em instituições. Por outro lado, as referidas pessoas pagavam um preço por esses serviços, abdicando de suas intimidades, constantemente violada por um exército de profissionais, tendo que aceitar serviços com cujas responsabilidades não queriam ou não poderiam arcar, mas que o Estado acreditava que desses encargos essas pessoas necessitavam, no lugar daqueles realmente necessários, além da socialização que se pautava pela dependência. BARNES, Colin e OLIVER, Mike. *Op. cit.*, p. 9.

Unidos da América, desencadeado pelos negros em meados dos anos 50, primeiramente na luta pelos direitos civis básicos, como o direito de votar e ser votado e de ser julgado pelos seus pares, depois pelos direitos sociais, alcançando outros grupos excluídos, como as mulheres e as pessoas com deficiência; a aprovação pelo Parlamento Britânico de outras leis (*Acts*) tratando da questão da igualdade efetiva, como o *Sex Discrimination Act*, de 1975; o *Race Relations Act*, de 1976, foi a segunda grande causa pela demanda de um tratamento justo, igualitário e efetivo contra a discriminação das pessoas com deficiência, que se tornou claramente inconcebível na sociedade britânica<sup>141</sup>; o terceiro fator foi a criação de organizações de pessoas com ou sem deficiência que, em prol das causas das primeiras, dirigiam-se à discussão política, conscientização, informação e divulgação na sociedade dos direitos e das necessidades das pessoas com deficiência, bem como da urgência de uma legislação apropriada que dispusesse sobre tais direitos.

As organizações tradicionais em prol das pessoas com deficiência, que se revestiam de um caráter fortemente paternalista, erguiam a bandeira contra uma legislação antidiscriminatória, alegando ser esta totalmente desnecessária, uma vez que a discriminação não se afigurava um problema para as pessoas com deficiência. Todavia, os milhares de atos genuinamente discriminatórios contra as pessoas com deficiência atraíram a atenção do governo para a iminente essencialidade de se promulgar a legislação.

A criação de conselhos e de organizações que identificassem, quantificassem e avaliassem as necessidades das pessoas com deficiência, bem como de entidades que lutassem pela efetivação da legislação, tanto pelo governo quanto pela sociedade civil, viabilizaram, em 8 de novembro de 1995, a edição do *Disability Discrimination Act* (DDA).

---

<sup>141</sup> BARNES, Colin e OLIVER, Mike. *Idem*, p. 11.

Especificamente quanto ao trabalho das pessoas com deficiência, o *Disability Discrimination Act* consagra que tais pessoas gozam dos mesmos direitos conferidos a todos os trabalhadores britânicos. Elege, porém, algumas garantias especiais.

A Lei em tela indica, nas considerações iniciais de seu Capítulo 50, Parte I, *Long Title*, as correspondentes finalidades, quais sejam, a de tornar ilegal qualquer tipo de discriminação em face das pessoas com deficiência com relação a emprego, provisão de bens, facilidades e serviços, eliminação dos pressupostos administrativos que tolham sua livre escolha interativa. Criou, outrossim, o Conselho Nacional da Deficiência.

Apresenta, ainda, na seção 2 do mesmo Capítulo, as definições de “deficiência”, que descem a minúcias, cujo conteúdo se dispensa pela brevidade que ora se exige. Estabelece, ademais, que, em caso de dúvida quanto à existência ou não da deficiência, delegue-se a necessária confirmação ao Poder Judiciário, único legitimado para interpretar a definição legal.

Na Parte II, que trata de Emprego, na seção 3A, o DDA conceitua a discriminação para a incidência de seus efeitos, normatizando desde a candidatura do trabalhador com deficiência ao emprego, tais como, preenchimento de fichas de candidatos, entrevistas, testes de proficiência, ofertas de emprego, passando pelos termos do contrato, promoção, transferência, treinamentos concedidos pela empresa, benefícios relacionados com o trabalho, até sua demissão. Até outubro de 2004, esses dispositivos, bem como o DDA, aplicavam-se apenas a empregadores com mais de quinze empregados; a partir de então, o DDA aplica-se a todos os empregadores britânicos, incluem-se tais empregadores entre empresas de pequeno, médio ou grande porte.

Na seção 4A, a Lei em questão determina, como dever do empregador, que se promovam os ajustes razoáveis ao ambiente de trabalho, de modo a não submeter o trabalhador com deficiência a posições de desvantagem substancial em decorrência da organização das atividades desenvolvidas, ou por qualquer outro detalhe físico do local de trabalho, tais

como: adaptação das instalações; transferência do trabalhador para outro local acessível, se necessário; flexibilidade quanto aos horários, com aplicação de carga horária diferenciada, avaliação do trabalhador não pelas horas, mas pelo trabalho realizado, bem como licença para que a esse trabalhador se conceda permissão para o exercício de atividades referentes à reabilitação ou tratamento; promoção do devido treinamento do trabalhador com deficiência; uso de equipamento adaptado; promoção de instruções e manuais mais acessíveis; e uso de leitores ou intérpretes, o que demonstra, nesse passo, a grande influência da ADA americana. A garantia do cumprimento da Lei quanto aos ajustes razoáveis (*reasonable adjustments*), bem como a prestação de informações aos trabalhadores com deficiência e, até, a ajuda de custo para a adaptação do local de trabalho, em caso de início de um negócio próprio, encontram respaldo em um programa do governo denominado *Access to Work* (acesso ao trabalho).

A seção 17A dispõe que qualquer queixa referente ao descumprimento dos dispositivos da Parte II, ou da seção 57 ou 58, deverá ser apresentada à Justiça do Trabalho (*Employment Tribunal*).

Em 25 de novembro de 2001, como resultado do encontro *Government's 2001 Manifesto*, o Parlamento britânico introduziu o *Disability Discrimination Bill*, como prova de seu comprometimento de estender direitos e oportunidades às pessoas com deficiência. Essa Declaração emendou o *Disability Discrimination Act* – DDA –, conferindo aos órgãos públicos novos deveres, estendendo a obrigação de realizar os ajustes razoáveis aos proprietários de imóveis, quanto às barreiras arquitetônicas; adaptação de veículos e transporte público; e passou a incluir, no rol das pessoas com deficiência, as pessoas com HIV, câncer ou esclerose múltipla e eliminou a necessidade da comprovação clínica da deficiência mental.

A Emenda ao DDA, de 2003 — *Regulations 2003* — acarretou significativas alterações à *Disability Discrimination Act*, estendendo a abrangência da Lei a pequenos empregadores, com menos de quinze empregados, outrora dispensados, e a inclusão de ocupações às quais o DDA não se aplicava (ex: polícia, carcereiro, trabalhadores em câmaras de pressão

e sócios em sociedades). Estabeleceu, finalmente, o preceito de que nenhuma discriminação seria justificável se motivada por preconceito, inclusive no que concerne às escolas especiais, fixando-se o entendimento, hoje imperante, de que toda e qualquer criança deve freqüentar a escola regular, comum, seja de que tipo e intensidade for a deficiência física, mental ou sensorial que eventualmente ocorra.

#### 2.6.7 O Direito Estadunidense

A Constituição americana, que se notabiliza entre as demais constituições por sua marcante natureza sintética, nada expressa em respeito a pessoas com deficiência. As normas que se estabeleceram sobre o assunto cravam seu fulcro nas Emendas V e XIV, ambas de 1868, que tratam do princípio da igualdade e dos direitos inerentes à liberdade, à propriedade e à dignidade da pessoa, instituindo, portanto, tais Emendas, as bases da cidadania americana.

Em 1990, editou-se a *ADA - The Americans with Disabilities Act (United States Code – Title 42, Chapter 126: Equal Opportunities for Individuals with Disabilities)*<sup>142</sup>. A ADA, Lei dos Americanos Portadores de Deficiência, contém quatro capítulos que tratam sucessivamente de emprego, de barreiras arquitetônicas e de comunicação, de discriminação e de disposições gerais.

Nas conclusões e nas finalidades da Lei (§ 12.101), que equivalem à exposição de motivos, usual no modelo brasileiro, o Congresso americano observa que as pessoas com deficiência constituem uma minoria muito apartada do convívio social, que tem sido submetida a tratamento injusto e relegada a uma posição de inferioridade (§ 12.101, “a”, 2) fato que se evidencia em relação ao trabalho, à moradia, à hospedagem e ao uso de instalações públicas, além de educação, transporte, recreação, internação em hospitais e clínicas, atendimento médico, votação e acesso aos serviços públicos (§ 12.101, “a”, 3). Observa, ademais, o Congresso estadunidense, que

---

<sup>142</sup> “The Americans with Disabilities Act – ADA, 1990 - US CODE, Title 42, Chapter 126”. *Cornell University*. Disponível em: <[http://fatty.law.cornell.edu/uscode/html/uscode42/usc\\_sup\\_01\\_42\\_10\\_126.html](http://fatty.law.cornell.edu/uscode/html/uscode42/usc_sup_01_42_10_126.html)>. Acesso em: 19 de janeiro de 2005.

a discriminação em face das pessoas com deficiência materializa-se por normas e por políticas superprotetoras, segregação ou relegação a serviços ou programas menores, tendência à exclusão, exclusão intencional declarada e uma série de barreiras físicas (§ 12.101, “a”, 4 e 5). Constata-se, ainda, no documento de motivação da Lei, que, à época de sua edição, a população estadunidense de pessoas com deficiência quantificava-se em torno de 43 milhões, cujas características concentravam os maiores índices de problemas sociais, eis que se encontram entre os mais idosos, os que têm menos escolaridade e menos emprego do que as pessoas que não possuem deficiência, estando presentes, também, em todos os seguimentos raciais e econômicos daquela sociedade (§ 12.101, “a”, 6).

Traduzem-se como propósitos da presente Lei (§ 12.101, “b”, 1-4): 1) proporcionar uma política nacional clara e evidente em prol da eliminação da discriminação contra as pessoas com deficiência; 2) promover ações uniformes claras, eficientes e consistentes para combater a discriminação contra as pessoas com deficiência; 3) assegurar-se que o governo federal atue no papel central nas ações uniformes estabelecidas nesse capítulo em favor dos indivíduos com deficiência e; 4) invocar a autoridade do Congresso para fazer valer a Emenda XIV, no sentido de regular o comércio de produtos e tecnologias direcionados a sanar as maiores dificuldades enfrentadas na vida diária das pessoas com deficiência.

O conceito legal de pessoa com deficiência implica as seguintes características (§ 12.101, *Definitions*, 2): a) existência de limitação de ordem física ou mental que restrinja de maneira substancial uma ou mais atividades fulcrais, tais como a audição, a visão, a locomoção, a respiração ou a fala; b) existência de um histórico dessa limitação substancial a uma das principais atividades da vida e; c) ocorrência de imagem social que faça a pessoa ser vista como portadora de deficiência. Tal definição impõe-se abrangente por princípio. O Congresso optou por não criar uma lista de deficiências que tivesse o objetivo de enquadrar as pessoas na ADA.

No subcapítulo primeiro é relevante notar a prioridade que se atribui ao trabalho como fator de efetivação da cidadania. Na seção § 12.112,

*Discrimination*, “a”, consubstancia-se o princípio geral de que não pode ocorrer discriminação, nem mesmo menção expressa à deficiência, não somente quando da admissão dos trabalhadores com deficiência, mas em todo o processo em que se desenrole a relação de emprego, ou seja, testes, atribuição de funções, avaliação, ações disciplinares, treinamento, demissão, indenização e administração de licenças e benefícios.

Na seção § 12.112, *Discrimination*, “b”, 5, A, fixa-se a compreensão de que a empresa que não adapta suas estruturas físicas e organizacionais para incluir pessoas com deficiência, discrimina-as. As adaptações exigidas não devem, necessariamente, implicar dispendiosos custos para o empregador ou perda de eficiência do processo produtivo, mas, de forma detalhada, a Lei enumera, nos parágrafos seguintes, as adaptações necessárias e exigíveis em face das deficiências declaradas pelos empregados, quais sejam: providências para que o local de trabalho se torne fisicamente acessível; aquisição ou modificação de equipamentos ou dispositivos; reestruturação da função ou modificação da programação de trabalho; ajuste ou modificação de materiais ou políticas de treinamento; e a disponibilização de letores ou intérpretes qualificados. Segundo consigna a Agência de Informações dos Estados Unidos<sup>143</sup>, em 1995, apenas 28% das pessoas com deficiência em condições produtivas inseriam-se no mercado de trabalho, o que, em relação ao Brasil, revela-se um índice altíssimo.

Os subcapítulos II e III tratam, sucessivamente, de transportes públicos e de remoção de barreiras arquitetônicas em locais públicos ou em edificações, sempre afirmando ser discriminatório o comportamento que implique omissão, ou que seja comissivo, em face de obstáculos de natureza física para o acesso e para acomodação de pessoas com deficiência.

O subcapítulo IV cuida de disposições gerais acerca dos efeitos da Lei, prazos de vigência em relação a cada direito concedido, revogação de dispositivos específicos e correlação da presente Lei com outras, como por

---

<sup>143</sup> “Sociedade e Valores dos EUA”. *Revista Eletrônica da Agência de Informações dos Estados Unidos*. Volume 4, nº 01, janeiro de 1999. Disponível em: <<http://usinfo.state.gov/journals/itsv/0199/ijsp/toc.htm>>. Acesso em: 19 de janeiro de 2005.

exemplo, a Lei de Reabilitação de 1973<sup>144</sup>, cujo conteúdo foi incorporado em grande medida.

Comentando a doutrina americana<sup>145</sup>, a juíza brasileira Regina Maria Vasconcelos Dubugras classifica as formas de discriminação, para fins de avaliação judicial, em três tipos: a) discriminação individual, que se caracteriza pela ação dirigida contra um ou mais indivíduos, em razão de raça, cor, religião, gênero, nacionalidade, idade ou outras bases legalmente protegidas. A ocorrência de fato discriminatório, ainda que isolado e perpetrado por trabalhador contra colegas, acarreta responsabilidade solidária da empresa, ou por inexistirem nessa mesma empresa medidas coibidoras de política de tolerância zero contra discriminação ou por falhar na aplicação de tais medidas; b) discriminação sistemática que consiste em manifestações concernentes a grupos específicos, também delineados por raça, gênero, cor, religião, nacionalidade ou outras bases protegidas pela legislação. Pode ser explícita ou implícita, ocorrendo a primeira “quando a empresa literalmente define o tratamento diferenciado”<sup>146</sup>, como anúncios de contratação de pessoas com idade inferior a 40 anos ou critérios de dispensa ou contratação que tomem em conta a filiação sindical. A segunda, por seu turno, opera-se quando há evidência costumeira que implique prática excludente; c) discriminação reflexiva, também é genérica, dirige-se a grupos específicos, mas se distingue da anterior pelo fato de manifestar-se de forma inconsciente, involuntária, materializando-se em dados estatísticos, que demonstrem, por exemplo, inexistirem trabalhadores de determinada raça ou condição de gênero, origem ou deficiência nos quadros respectivos.

Segundo a mesma autora, caracterizando-se formas de discriminação, o modelo jurídico americano impõe, como medida de reparação, a indenização dos lesados diretamente e/ou a contratação,

---

<sup>144</sup> “Rehabilitation Act, 1973 - US CODE, Title 29, Chapter 16, Subchapter V”. *Cornell University*. Disponível em: <[http://assembler.law.cornell.edu/uscode/html/uscode29/usc\\_sup\\_01\\_29\\_10\\_16\\_20\\_V.html](http://assembler.law.cornell.edu/uscode/html/uscode29/usc_sup_01_29_10_16_20_V.html)>. Acesso em: 20 de janeiro de 2005.

<sup>145</sup> DUBUGRAS, Regina Maria Vasconcelos. “Discriminação no Emprego – Formas, Defesas e Remédios Jurídicos”. *Revista LTr*, vol. 66, nº 11, novembro de 2002, p. 1.334- 1.336.

<sup>146</sup> DUBUGRAS, Regina Maria Vasconcelos. *Idem*, p. 1.334.

reintegração, das pessoas atingidas ou de políticas afirmativas voltadas aos grupos afetados.

No mesmo sentido, o ministro Joaquim Barbosa Gomes<sup>147</sup> informa que, por via judicial, torna-se possível a fixação de cotas para contratação em empresas, desde que se demonstre, por qualquer meio de prova, inclusive a estatística, que os quadros respectivos não contemplam as minorias existentes em determinada localidade. Tal ação afirmativa vigorará até que os devidos percentuais sejam atendidos na empresa. Tem sido esse o entendimento da Suprema Corte americana com relação às pessoas com deficiência e negros, tanto pela via individual quanto coletiva<sup>148</sup>.

---

<sup>147</sup> GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade – O Direito como Instrumento de Transformação Social. A Experiência dos EUA*, p. 58.

<sup>148</sup> Jurisprudência da Suprema Corte estadunidense: 1) SCHOOL BOARD OF NASSAU COUNTY V. ARLINE – 480 U.S. 273 (1987) – A professora Gene Arline foi demitida da escola em que trabalhava por ter tuberculose. A Corte entendeu que somente o fato de portar uma doença contagiosa, mesmo que seus sintomas estivessem controlados, já implicava a caracterização de “pessoa com deficiência”, de acordo com a ADA, ficando adstrita a seus efeitos, inclusive o constante da § 504 (que determina que nenhuma pessoa com deficiência poderá ser excluída, negada ou discriminada em qualquer programa ou atividade que receba incentivo financeiro federal). Trata-se da imagem social que se impõe em face de determinadas situações, pois uma pessoa que se encontra tuberculosa é vista como portadora de deficiência e tem, por isso, notória dificuldade de inclusão social. ZIMMER, Michael J. e outros. *Cases and Materials on Employment Discrimination, Fifth Edition*, p. 744-749. UNITED STEELWORKERS OF AMERICA AFL-CLC V. WEBER – 443 U. S. 193 (1979) – o caso consiste na verificação da legalidade de um plano de ação afirmativa, objeto de acordo coletivo, que prevê a reserva de 50% das vagas de um programa interno de treinamento para metalúrgicos para empregados negros, até que o percentual de trabalhadores negros qualificados da fábrica seja proporcional à percentagem de negros na força de trabalho local. Weber, trabalhador branco, sentiu-se prejudicado pela política de ação afirmativa, pois, embora mais antigo, foi preterido na vaga em favor de negros contratados em razão da política em questão. Alegava, desse modo, que o acordo coletivo em tela feria o Título VII do Estatuto dos Direitos Civis de 1964, o qual proibiria cláusulas como a questionada, porque a base dos direitos civis, segundo o demandante, fundava-se no direito à igualdade de todos perante a lei. A Suprema Corte, reformando as decisões de primeira e de segunda instâncias, entendeu que as políticas de ação afirmativa não contrariam o princípio da igualdade legal, muito pelo contrário, reforçam-no. GRIGGS V. DUKE POWER CO. – 401 U.S. 424 (1971) – empregados negros da demandada impugnaram judicialmente uma exigência regulamentar que impunha testes de avaliação de inteligência para contratação e promoção, bem como a apresentação de diploma de segundo grau. Segundo os autores, essas exigências não eram aptas a avaliar a capacidade de aprendizagem, concernente à função ou grupo de funções, mas findava por se caracterizar como obstáculo concreto à contratação ou à promoção dos negros, o que se evidenciava nos dados estatísticos. Tratava, assim, da discriminação reflexiva, eis que não voluntária. A Corte Suprema decidiu que: “1) o Estatuto dos Direitos Civis, de 1964, em seu Título VII, impõe a eliminação de barreiras artificiais, arbitrárias e desnecessárias ao acesso ao emprego, as quais operam discriminatoriamente no sentido de excluir com base em raça, e se, como no presente caso, uma prática empregatícia que exclui negros não pode ser vista como relacionada ao desempenho da atividade, esta prática é proibida, não obstante a ausência de intenção discriminatória por parte do empregador; 2) o Estatuto não interdita o uso de teste ou mecanismos de avaliação, mas proíbe que se lhes dê uma força decisiva, a menos que eles comprovadamente constituam uma medida razoável de

## 2.7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A busca pela unidade dos direitos fundamentais, cuja completude depende de uma visão integrada e interdependente desses direitos, ganha expressivo impulso com a breve análise que este autor dispôs-se a efetuar, por rápida amostragem, tomando como método a verificação da origem internacional dos direitos das pessoas com deficiência, cujo fulcro se sedimenta, justamente, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, na França, e na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, da ONU. Nada se comentou sobre elas, até o presente, visto que se pretende alinhar, por meio delas, e do fio condutor da História, os sistemas jurídicos gerados segundo as Declarações Internacionais de Direito que repercutem, sem sombra de dúvida, no momento da fixação dos princípios norteadores da aplicação das diversas disciplinas legais.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de Paris, embora não se esperasse, inicialmente, tornou-se universal ao estabelecer as liberdades civis e políticas básicas, como o princípio da isonomia, o princípio da legalidade, o princípio da propriedade, o princípio do devido processo legal, enfim, das liberdades públicas e da participação política. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, a seu turno, evidencia, 159 anos depois da primeira, que não basta uma afirmação de igualdade de todos perante a lei, sendo necessária a consagração da idéia de que qualquer pessoa, que exista como tal, detém, naturalmente, direitos inalienáveis que devem ser pautados pela busca da afirmação da dignidade de todos, o que não pode prescindir de instrumentos operados pelo Estado e pela sociedade para que condições mínimas, que incluem moradia, vestuário, alimentação, educação, saúde, atuem como direito a cada cidadão inerente, e que o tratamento discriminatório, excludente, que segrega minorias, deve ser banido, exigindo-se, por sua vez, ações repressivas e de instigação social efetivas por parte do Estado.

---

avaliação do desempenho da atividade. Reformado em parte o julgado da Corte de Apelação”. GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Op. cit.*, p. 296- 343, citação p. 334.

A construção de uma monolítica estrutura unitária dos direitos fundamentais demanda, outrossim, o exercício de novas revisões e de novas reafirmações periódicas, como aquelas que se operaram, por exemplo, por meio dos pactos internacionais dos direitos civis e políticos e dos direitos econômicos, sociais e culturais de 1966. Estes últimos retomaram a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e a Declaração Universal dos Direitos Humanos e amalgamaram uma unidade conceitual lógico-jurídica, assegurando-se, entre as primeiras, liberdades civis e políticas, e chancelando, entre os segundos, direitos econômicos, sociais e culturais, no sentido de se concretar um suporte recíproco a tais direitos.

A própria Convenção 111, da OIT, contra a discriminação no trabalho, reafirmara, em 1958, medidas de proteção, exatamente para assegurar a liberdade de trabalho e o livre acesso ao trabalho, inspirada tal Convenção que foi na Declaração Universal dos Direitos Humanos. Depois da Segunda Guerra, como se vê, as declarações internacionais, as constituições e as leis reproduzem a afirmação contida na Declaração Universal de 1948 de que todo ser humano nasce livre e igual em direitos e dignidade, cabendo ao Estado providenciar mecanismos que efetivem esses direitos que contemplam a igualdade e a dignidade.

As normas que incluem as pessoas com deficiência consagram-se, portanto, como o ápice do processo, o aperfeiçoamento mesmo, no sentido de que possibilitam o engajamento social desse grupo minoritário mas representativo, cujas necessidades impõem-se como específicas e amplas e que, em certa medida, porém, beneficiam a todos os cidadãos, a idosos, àqueles que adquirem limitações temporárias em razão de lesões ou acidentes, às mulheres gestantes, e transmudam toda essa realidade, tornando a sociedade mais aberta, mais acessível, a toda pessoa humana abrangente.

Essas normas vieram a lume depois de 1981, justamente porque a ONU decidira eleger aquele ano como o marco histórico do início da aproximação das pessoas com deficiência para que se fizesse manifestar e, com isso, possibilitar a elaboração e a multiplicação de leis em favor dessas

peessoas. Décadas antes, tal intenção já se operara com mulheres e com negros em alguns países, com mais ou menos intensidade e eficácia, mas a superação do paradigma assistencialista que sempre se dedicou às pessoas com deficiência ainda engatinha, sendo de se registrar que a visão paternalista, caritativa, impõe a tônica, eis que atávica ao comportamento milenar da civilização.

A Convenção 159 da OIT, de 1983, e o Tratado de Amsterdã, que passou a vigorar a partir de 1999, ano em que também vigorou a Convenção da Guatemala, delinearão a estrutura axiológica de toda a legislação que se veio a editar nos anos 80 e 90<sup>149</sup>. Tanto nos países de tradição codificada, quanto naqueles de tradição consuetudinária, fez-se evidente a necessidade da adoção de ações afirmativas que, nos primeiros, dá-se pela lei especificamente e, nos segundos, pela lei e pela jurisprudência.

As ações afirmativas para o trabalho da pessoa com deficiência, a seu turno, assumem diversas características distintas que transitam pela fixação de políticas de formação profissional, incentivos fiscais, cotas obrigatórias, cotas estimuladas por incentivos fiscais, até o delineamento legal de requisitos comportamentais da empresa para admissão e para o desenvolvimento dos contratos com pessoas com deficiência. As ações afirmativas importam, assim, uma postura pró-ativa do Estado, manifestada pela lei ou pelo Judiciário, no sentido de compensar o déficit histórico que gerou a exclusão evidente desse grupo específico de cidadãos e, diferentemente do que muitos pensam, não acarreta ruptura do princípio da igualdade de todos perante a lei. Ao contrário, reafirma-se na medida em que propicia condições materiais para que a igualdade ventilada no século XVIII seja eficaz, como se quis propor em declarações

---

<sup>149</sup> Portugal: Decreto- Lei 29, de 2001; Lei 38, de 2004. Espanha: Decreto Real 1451 de 1983; Lei 13/1982 (LISMI), de 1982; Decreto Real 1/95, de 1995; Leis 63 e 66, de 1997. França: Lei 75- 534, de 1975; Lei 87- 517, de 1987; Lei 90- 602, de 1990; Lei 91- 663, de 1991. Itália: Lei 482, de 1968; Lei 68, de 1999; Argentina: Lei 24.465, de 1995. Chile: Lei 19.284, de 1994. Colômbia: Lei 361/97, de 1997; Honduras: Decreto nº 17/91, de 1991. Estados Unidos da América: ADA - *The Americans with Disabilities Act* (United States Code – Title 42, Chapter 126: *Equal Opportunities for Individuals with Disabilities*, de 1990. Reino Unido: *Disabled Persons (Employment) Act*, de 1944; *Chronically Sick and Disabled Persons Act*, 1970; *National Assistance Act*, de 1948; *Disabled Persons (Services, Consultation and Representation) Act*, de 1986; *Disability Discrimination Act (DDA)*, de 1995; *Disability Discrimination Bill*, de 2001; *DDA Amendment*, de 2003 – *Regulations 2003*.

internacionais de direito do século XX e que agora, no século XXI, vêm-se implementando reiterada e serenamente. Todas as declarações internacionais que contemplam o combate à discriminação, aliás, expressam claramente a idéia de que não se impõe como discriminatória a medida legal ou judicial de cunho compensatório que implique prerrogativas a determinados grupos sociais.

Doravante, o foco de investigação convergirá para a apreciação do princípio da igualdade sob o ponto de vista filosófico e jurídico, a fim de se enquadrarem medidas antidiscriminatórias como remédio juridicamente extirpador da segregação social e cultural.

### **3 A IGUALDADE, A DISCRIMINAÇÃO E AS AÇÕES AFIRMATIVAS**

#### **3.1 DA IGUALDADE ARISTOTÉLICA À IGUALDADE REAL**

##### **3.1.1 A Construção Política da Igualdade**

A igualdade entre cidadãos e escravos, nacionais e estrangeiros, homens e mulheres, igualdade racial, em todos os seus aspectos, aperfeiçoa-se, com avanços e retrocessos, ganhos e perdas, mas persiste em constante discussão, desde o início da história humana, sem que se esgote o ímpeto da trajetória em tal direção. As raízes do pensamento filosófico, aliás, residem na busca da posição do ser humano entre os outros seres da natureza e deles mesmos em face dos objetos naturais e sociais e das relações interpessoais.

Embora já delineadas algumas idéias no Capítulo 1, crucial se cumpre a essas idéias retornar neste momento, para que se possa discutir o alcance das políticas antidiscriminatórias preconizadas pelo Direito Internacional e efetivamente implantadas no ordenamento jurídico de diversos países, para que, futuramente, empreenda-se a compreensão do modelo brasileiro, em relação às pessoas com deficiência no trabalho. Não se pretende aprofundar em demasia a discussão concernente a aspectos filosóficos, em face das características deste trabalho, mas imprescindível se afigura o tracejamento dos alicerces do pensamento humano que culminaram em políticas de ação afirmativa.

A afirmação da equidade como parâmetro ou de justiça ou de “equilíbrio dos pratos da balança social” assumiu diversos aspectos ao longo do caminho que a História demonstrou e que se imantou pela energia atrativa das relações de força impostas pelo processo evolutivo, guiada essa força, por sua vez, pelas circunstâncias políticas e econômicas de cada povo, em cada momento de sua história. Confúcio, Buda e Zoroastro comungavam a idéia de que a fraternidade, o direito, a justiça e a generosidade sobrepunham-se aos demais como valores supremos, cujo ensinamento

moldaria o caráter dos povos e possibilitaria a construção de uma sociedade equilibrada, justa<sup>150</sup>.

Na Grécia, duas concepções básicas acerca do fim supremo dos esforços humanos se consagravam: a primeira, mecanicista, defendida pelos sofistas e por Epicuro, separava as questões da natureza dos problemas humanos, atribuindo aos seres humanos, a busca incessante da felicidade e do prazer; a segunda concepção, finalista, defendida por PLATÃO e ARISTÓTELES, alinhava a conduta humana à observância das leis naturais, cujos efeitos, se bem observados, refletiriam a justiça social almejada. O cosmos espelhava o equilíbrio harmônico dos corpos naturais, fazendo-se imprescindível o respeito à harmonia das leis que o regiam. Como já foi referido, no entanto, a igualdade aristotélica, talvez partindo mesmo da observância do cosmos, reafirmava a iniquidade e a distância social que imperava entre as classes na Grécia. A justificativa encontrada incidiria sobre o merecimento de cada um, sua afinidade maior ou menor com as leis harmônicas do cosmos. Nesse sentido, como enquadrar, então, as pessoas com deficiência, de quem o corpo ou os sentidos são diferentes do padrão tido por normal? Seriam as deficiências transgressões à lei natural ou dela decorrentes?

De certo modo, a resposta parece positiva, na concepção aristotélica, porque, naquela sociedade, a princípio, os mais fortes e hábeis se imporiam, justamente por ser este o princípio natural, mas a figura mitológica de Hefesto, também referida no Capítulo 2, milita no sentido oposto, revelando uma tendência a se atribuir às pessoas com deficiência uma respeitabilidade em razão de sua condição e das potências produtivas que delas se poderia esperar. ARISTÓTELES, mesmo, afirmava que é “mais fácil ensinar um aleijado a desempenhar uma tarefa útil do que sustentá-lo como indigente”<sup>151</sup>. Isso porque, como se sabe, havia leis na Grécia Antiga que asseguravam aos soldados feridos de guerra proteção, amparo e sustento, a eles e a suas famílias.

---

<sup>150</sup> GENEVOIS, Margarida. *Op. cit.*

<sup>151</sup> SILVA, Otto Marques da. “A epopéia ignorada: a pessoa com deficiência na história do mundo de ontem e de hoje”. São Paulo: Centro São Camilo de Desenvolvimento em Administração da Saúde, 1986 apud ALVES, Rubens Valtecides. *Op.cit.*, p. 21.

Foi este o tratamento milenar que se conferiu às pessoas com deficiência e, curiosamente, as concepções sobre os princípios filosóficos e jurídicos da igualdade ligam-se diretamente às percepções acerca do inter-relacionamento dos grupos sociais.

A contribuição aristotélica para o direito, portanto, é inestimável, embora não perfeita sob o ponto de vista social. Apesar disso, contribuiu para a concepção de equidade, como fonte do direito ou método de integração do ordenamento jurídico. Fê-lo na medida em que influenciou o próprio direito romano. A idéia de equidade alicerça-se na base da concepção de justiça. Estabelecem-se duas correntes tradicionais acerca da conceituação da equidade. A primeira tem origem grega (*epiquéia*), aristotélica, e se revela como uma forma de corrigir as distorções da lei abstrata para se buscar a solução justa aplicável ao caso concreto. A segunda deriva da concepção romana (*aequitas*), que interpreta a equidade como um mecanismo de criação da lei. Concedia-se aos pretores o poder de criar critérios prévios para aplicação do direito positivo, aos quais deveriam dar publicidade ao assumir o posto. A linha romana parece ter influenciado a *common law*, na medida em que os juízes detêm, neste sistema, amplo poder de construção do direito, em que a lei atua suplementarmente, consolidando as decisões pretorianas reiteradas. No modelo da *civil law*, especificamente quanto à equidade, adota-se o critério aristotélico, grego, que atuaria como mecanismo de adequação da letra genérica da lei às peculiaridades do caso concreto, eventualmente não coberto pela norma. Nas palavras de Maurício Godinho DELGADO, que confirma esse entendimento acerca da inaplicabilidade do critério romano ao Brasil, adiante da amplitude do poder que conferia aos pretores, a equidade traria inestimável contribuição como um método de integração do ordenamento jurídico.<sup>152</sup>

<sup>152</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, p. 173. “O art. 127 do Código de Processo Civil estabelece que o recurso à equidade somente se deve produzir quando a lei expressamente autorizá-lo. A CLT, contudo, faz remissão mais aberta à equidade, arrolando-a como fonte normativa subsidiária, a ser invocada em situações de lacuna normativa no conjunto das fontes principais do Direito do Trabalho (art. 8º, CLT). Não há, na verdade, tão largo distanciamento entre os dois preceitos legais. É que a jurisprudência, hoje, tem compreendido que, diante de texto exposto e inequívoco da norma jurídica, descaberia recurso à equidade para se suprimir ou tangenciar o efeito legal pretendido pela ordem jurídica. Como fonte normativa subsidiária (no sentido romano, portanto), a equidade deve, efetivamente, ser contingenciada ao máximo, inclusive por não ser esse instituto hábil a produzir fórmula jurídica

Durante a Idade Média, a idéia de igualdade por merecimento perdurou. Os senhores feudais e o clero dividiam com o rei o poder político, lastreando tal prerrogativa à vontade divina que os teria aquinhoado melhor, em razão das conquistas de suas famílias nas guerras contra os bárbaros. Tornavam-se senhores da terra e de tudo mais que disso derivasse.

A própria revolução burguesa, firmada sob a primazia dos direitos individuais, civis, políticos e do valor supremo da liberdade, para que se concedessem oportunidades iguais a todos e, assim, assegurasse-se a igualdade contida na palavra de ordem francesa (liberdade, igualdade e fraternidade) não superava a questão das habilidades naturais, dos talentos individuais que se notabilizaram nos valores do empreendedorismo, da ousadia e da capacidade de trabalho, os quais, novamente, mantinham excluída a maioria. Logo, tratava-se de igualdade de todos perante a lei. Uma igualdade meramente formal, “segundo a qual a lei genérica e abstrata deve ser igual para todos, sem qualquer distinção ou privilégio, devendo o aplicador fazê-la incidir de forma neutra sobre as situações jurídicas concretas e sobre os conflitos interindividuais”<sup>153</sup>.

Posto que signifique uma afirmação de vital importância para a consolidação das liberdades individuais e da generalização da participação política, esta, aliás, somente mediante duras lutas elástica para mulheres, analfabetos e pobres apenas no século XX e, ainda assim, não de forma universal, não logrou e logo se percebeu que não lograria atender à diversidade humana. As pessoas não são iguais em sua plenitude; sua igualdade essencial reside na condição humana que, de per si, lhes atribui direito à dignidade, à liberdade e à igualdade, como quer a Declaração Universal de 48, mas as condições sociais, pessoais diferenciam as pessoas, e dessa peculiar singularidade mesma emerge a riqueza do universo humano.

A afirmação da igualdade formal, política e civil, a da fruição e a da sujeição de todos à primazia da lei sedimenta um dos alicerces

---

geral e universal – e, portanto, democrática. Entretanto, como mecanismo adequador da generalidade, abstração e impessoalidade do preceito normativo às particularidades do caso concreto, a equidade (no sentido grego, pois) sempre tenderá a auxiliar o operador jurídico a concluir com sensatez e equilíbrio sua atuação específica”.

<sup>153</sup> GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Op. cit.*, p. 2.

imprescindíveis da unidade dos direitos fundamentais, mas a insuficiência dessa afirmação desvelou-se poucas décadas depois da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Impôs-se a meritocracia burguesa e, com ela, todos os valores estéticos, morais e éticos. A iniquidade em face da maioria perdurou, apesar de se afirmar que a lei geral e abstrata revelava a vontade dessa maioria ou, pelo menos, deveria fazê-lo.

A construção dos direitos sociais fundamentais fez-se urgente, mas também não se generalizou até a época atual, atingindo certa universalidade um século depois da instituição das primeiras leis de cunho social. Avançava-se para a superação, sem o abandono da igualdade formal, para a obtenção da igualdade material. O Estado, antes ausente, mínimo, toma partido, manifestando-se por meio de leis de solidarismo social, como as de previdência social, educação universal e gratuita, acesso à moradia, à saúde pública e a normas trabalhistas.

### 3.1.2 A Concepção Liberal

Ao longo do século XX, travava-se um embate ideológico entre a liberdade e a igualdade em que se pretendia estabelecer uma relação de supremacia entre uma e outra. Aqueles que entendiam que a liberdade impunha-se como valor supremo rebelavam-se, de forma radical, contra o Estado de Bem-Estar Social ou contra o Estado Socialista, pregando a volta ao Estado mínimo, liberal, o que se firmou no Consenso de Washington.

O Consenso de Washington chancelou-se em reunião ocorrida em 1944, em que compareceram 44 países, aliados contra o nazifascismo, inclusive a União Soviética, para que se disciplinasse a economia mundial do pós-guerra que estava por vir. Partia-se do pressuposto ideológico de que a Segunda Guerra Mundial eclodira em razão do excesso de intervencionismo estatal na economia e de que as medidas a serem adotadas para a regulação da economia restringir-se-iam à eliminação da inflação, privatização das empresas públicas, com a redução do papel do Estado na regulação do mercado, com o intuito de valorizar a atuação das grandes corporações internacionais.

Essa proposta esvaziou-se ao longo das décadas seguintes, mormente em se considerando a grande relevância do keynesianismo<sup>154</sup> no Ocidente, para a reconstrução da Europa e do Japão, e a instalação da Guerra Fria pelo fortalecimento do Estado Soviético, com o espólio de guerra dividido com os estadunidenses. A crise do petróleo dos anos 70 e a queda da União Soviética, bem como o processo de globalização e de automação da produção, incitaram líderes mundiais conservadores dos anos 80 a retomarem as linhas ideológicas traçadas no Consenso de Washington, o que encontrou guarida no Brasil durante o mesmo período.

Um dos principais ideólogos do neoliberalismo nas relações de trabalho no Brasil é José PASTORE<sup>155</sup>, cujas idéias sintetizam a ofensiva ideológica que vigeu no período. Afirma que o custo dos encargos sociais no Brasil remonta a 103,49% do valor do salário pago ao trabalhador, o que inviabilizaria as contratações. Propõe, então, que se flexibilizem e se desregulem os direitos trabalhistas para que se possam negociar férias, décimo terceiro salário, aviso prévio, reduzindo, assim, o valor dos encargos sociais em prol da empregabilidade.

---

<sup>154</sup> Disponível em: < [http://www.economiabr.net/teoria\\_escolas/teoria\\_keynesiana.html](http://www.economiabr.net/teoria_escolas/teoria_keynesiana.html)>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2005. Conjunto de idéias que propunham a intervenção estatal na vida econômica com o objetivo de conduzir a um regime de pleno emprego. As teorias de John Maynard Keynes influíram enormemente na renovação das teorias clássicas e na reformulação da política de livre mercado. Acreditava-se que a economia seguiria caminho rumo ao pleno emprego, afigurando-se o desemprego uma situação temporária que desapareceria graças às forças do mercado. O objetivo do keynesianismo elegia a manutenção do crescimento da demanda em paridade com o aumento da capacidade produtiva da economia, de forma suficiente para garantir o pleno emprego, mas sem excesso, pois tais exageros provocariam um aumento da inflação. Na década de 1970, o keynesianismo sofreu severas críticas por parte de uma nova doutrina econômica: o monetarismo. Em quase todos os países industrializados, o pleno emprego e o nível de vida crescente, alcançados nos 25 anos posteriores à II Guerra Mundial, foram seguidos pela inflação. Os keynesianos admitiram que seria difícil conciliar o pleno emprego com o controle da inflação, considerando-se, sobretudo, as negociações dos sindicatos com os empresários por aumentos salariais. Por essa razão, tomaram-se medidas que evitassem o crescimento dos salários e dos preços, mas, a partir da década de 1960, os índices de inflação aceleram de forma alarmante. A partir do final da década de 1970, os economistas têm adotado argumentos monetaristas em detrimento daqueles propostos pela doutrina keynesiana; mas a recessão, em escala mundial, das décadas de 1980 e 1990, reflete os postulados da política econômica de John Maynard Keynes.

<sup>155</sup> PASTORE, José. “Muitos direitos e poucos empregos”. *O Jornal da Tarde*. 25 de maio de 1994. Disponível em: <<http://www.josepastore.com.br/artigos/emprego/003.htm>>. Acesso em: 02 de março 2004.

\_\_\_\_\_. “Legislação trabalhista é mais cara”. *A Notícia*. Joinville, 02 de dezembro 2001. Disponível em: <<http://an.uol.com.br/2001/dez/02/0pai.htm>>. Acesso em: 03 de março 2004.

Márcio POCHMANN<sup>156</sup> demonstra, porém, que desde 1990, quando se iniciou o processo de liberalização da economia e o de privatização com o desmonte estatal, bem como o processo de flexibilização e de desregulamentação da legislação trabalhista, os principais sintomas de desequilíbrio econômico no Brasil agravaram mais e mais, promovendo, ao mesmo tempo, o aumento de concentração de riqueza, o desemprego e a “financeirização da riqueza”. No que concerne às medidas de precarização e desregulamentação trabalhista, reafirma sua ineficácia, pois o índice de desemprego não se reduziu ao longo dos anos 90, ao contrário, aumentou progressivamente, o que se consumou em caráter simultâneo com a perda da capacidade aquisitiva do consumidor.

Alude, outrossim, à incorreção metodológica do índice defendido por PASTORE, eis que tais parâmetros padecem de imprecisão conceitual, “confundindo cotização patronal (encargo social ou custo não salarial) com rendimento do trabalho (custo salarial ou salário bruto)” e, conseqüentemente, acarretando evidentes equívocos técnicos. A afirmação concernente ao custo da folha revela-se como seriamente questionável, uma vez que a remuneração do trabalho jamais pode ser considerada encargo, visto que, sem a contribuição do exercício do trabalho, o capital não se reproduz; logo, trata-se de investimento imprescindível à própria manutenção do sistema.

Por outro lado, o índice indicado por PASTORE denuncia-se incorreto sob o ponto de vista jurídico, já que se compõe de elementos alusivos à contraprestação do trabalho propriamente dita. As férias, o descanso semanal remunerado e os momentos de repouso em geral são por ele computados como custo adicional, mas o valor recebido pelos trabalhadores quando em repouso destina-se à preservação de correspondente saúde física, mental e necessidade de convívio social e político, valores ínsitos à dignidade humana, inestimáveis sob o ponto de vista econômico e cuja inobservância implica elevado custo social que se reverte em acidentes do trabalho e em afastamentos por motivos de saúde

---

<sup>156</sup> POCHMANN, Márcio. *Op. cit.*

que acarretam elevadíssimos custos à previdência social e, portanto, para toda a sociedade.

Contrariamente ao método adotado pelo referido autor, há que se afastar do índice mencionado o cômputo do aviso prévio, pelo fato de que os valores despendidos com esse item restringem-se a casos de despedida imotivada apenas, incorrendo em hipóteses de pedido de demissão, de aposentadoria, de acidente do trabalho com invalidez, de morte do trabalhador e, mesmo, quando o contrato se mantém. A crise da empregabilidade não deve ser atribuída aos valores pagos aos trabalhadores, como equivocadamente ocorre,. Como se viu, e como deveria ser entendida a questão, a capacidade de consumo adere-se, sim, ao processo de reprodução do capital como inalienável elemento contributor, imprescindível a esse mesmo processo de reprodução, e o custo social da informalidade expõe-se, sem dúvida, muito mais intenso que qualquer atribuição legal que se possa exigir concernentemente ao emprego. Trata-se de atributo inerente à função social da livre iniciativa e da propriedade dos bens de produção, princípios constitucionais basilares.

O fundamento jurídico-filosófico da concepção da igualdade na linha de pensamento liberal pode, no entanto, bem pautar-se pela construção teórica de John RAWLS. É conveniente, portanto, retomar suas idéias em linhas muito gerais, a partir do que já se propôs no Capítulo 1<sup>157</sup>. De fato, RAWLS estabelece as bases de sua teoria de justiça de acordo com o que denomina posição original, plano social ideal em que se concebe que todo ser humano se desapega de suas origens históricas, não sofre influências conjunturais políticas, culturais ou almeja conquistas de qualquer natureza. Justifica essa opção de um ponto de vista epistemológico, para que se possa auferir uma concepção média de justiça eqüitativa, cuja caracterização deflui do ser humano médio, livre de ambições e de pressões, que tem em mente apenas o que lhe seria conveniente e o que, em conseqüência, seria prejudicial a ele mesmo.

---

<sup>157</sup> ver Capítulo I, item 1.5.

Tomando-se como referencial o ponto de vista do indivíduo e a ele retornando como destinatário direto, propõem-se dois princípios centrais de justiça: o da liberdade e o da igualdade, estabelecendo-se uma relação de supremacia do primeiro sobre o segundo. Dessa forma, a liberdade condicionaria a materialização da igualdade e, na medida em que se garantissem opções livres a cada indivíduo, respeitando-se a liberdade do outro, a igualdade seria naturalmente atingida, desde que o Estado permitisse, com normas de compensação ampla e abertura de oportunidades iguais para todos.

Com relação à igualdade, fixa três níveis de avaliação. O primeiro concerne à administração das instituições como sistemas públicos de regras; trata-se da maneira equânime da interpretação de regras preexistentes, aplicadas de forma imparcial, no caso concreto, tal como se deve portar o Poder Judiciário. O segundo nível refere-se à estrutura substantiva das instituições, segundo ele, de mais difícil aferição e consecução; o significado da igualdade especificar-se-ia pela destinação efetiva de direitos básicos iguais a todas as pessoas; seriam elas, portanto, sujeitos desses direitos em nível pleno de igualdade. O terceiro nível da proposta metodológica de RAWLS decorre justamente da posição original e do véu da ignorância, pois pressupõe que a igualdade emerge de pessoas éticas, que almejam seus direitos e oportunidades, mas preservam e respeitam direitos e oportunidades que aos demais se impõem<sup>158</sup>.

Como se observa, embora John RAWLS reconheça a necessidade de que se atendam às peculiaridades dos indivíduos por meio de normas compensatórias, sua teoria não supera a visão individualista, pois a justiça emergiria do indivíduo com personalidade ética, livre de qualquer injunção fática, histórica, pautando-se por um positivismo muito próximo da proposta kelseniana de um direito isento do fato social, científico em si mesmo e metodologicamente puro. Para RAWLS, a personalidade ética identifica um potencial realizado em um dado tempo, mas que se afere pela posição original e constitui “uma condição suficiente para que se tenha

---

<sup>158</sup> RAWLS, John. *Uma teoria da Justiça*, p. 560- 561.

direito à justiça igual”<sup>159</sup>; refere-se, destarte, aos direitos naturais que estão jungidos à condição humana e que tais direitos nascem do senso comum.

Recorre-se, como ponto de reflexão crítica à teoria formalista de RAWLS, às idéias de Enrique DUSSEL que, em se tratando dos tópicos até aqui expostos, e movido pela preocupação de construir uma “ética da libertação” que amparasse as vítimas oprimidas cultural e economicamente, insurge-se o pensador argentino contra os pressupostos formalistas, positivistas, da teoria jurídico-filosófica de John RAWLS.

Inicialmente, sublinha o fato de que a ética proposta por RAWLS aparta-se dos aspectos factíveis materiais, o que o obriga a construir cenários artificiais, absolutamente não factíveis e a alterar, posicionamentos ao longo da evolução de suas idéias, deixando-se guiar ao talante das críticas. A posição original incluiria sujeitos egoístas, na medida em que essas pessoas privilegiariam os próprios interesses em detrimento dos interesses de outrem, pessoas com necessidades e capacidades iguais para reivindicar e se defender e, de modo sobre-humano, não seriam invejosas e se proporiam a um compromisso de concessões recíprocas até que se chegasse a uma sociedade justa. É, assim, o véu da ignorância um princípio analítico, hipotético, de impossível factibilidade. Outra crítica, bastante interessante, destaca a sua concepção de que as pessoas teriam de abdicar da memória, olvidando, assim, sua posição social, mas, acima de tudo, a sua própria língua, componente essencial do diálogo proposto, não apenas do ponto de vista do instrumento de comunicação que é, mas, sobretudo, quanto à forma de percepção da realidade e de sua exposição.

As bases da teoria renegam a história e impõem o modo de pensar liberal estadunidense como padrão médio da personalidade ética sugerida por John RAWLS. As distintas perspectivas de visão de classes sociais, povos, culturas e raças são imotivadamente afastadas e o modelo econômico ideológico estadunidense é tido como natural, como se não decorresse de opções políticas e não segregasse grande parte do povo norte-americano. Do ponto de vista da aplicação da justiça, portanto, trata RAWLS

---

<sup>159</sup> Ibid, p.561.

de estabelecer um método imparcial, estritamente formal, que não absorve as contradições da vida nem as geradas pela história dos povos vencedores em detrimento dos vencidos. Segundo DUSSEL, “Uma posição puramente formal não pode nunca decidir princípios materiais, por definição, a não ser que esta materialidade tenha entrado no processo sub-repticiamente, sem ser notada”<sup>160</sup>. A própria existência do princípio distributivo, inerente à idéia de igualdade em RAWLS, expõe a condição desigual que discrimina pessoas e busca compensá-la, mas não desce às profundezas da origem das desigualdades, limitando-se a flutuar, a manter-se à tona de questões de ordem genética ou familiar, como se estas não derivassem, por sua vez, de opções políticas ou de influências dos instrumentos de dominação das classes melhor aquinhoadas.

Outra contradição reside na artificialidade, quer da posição original quer da posição alusiva ao véu da ignorância. Renegam-se diferenças sociais, culturais, como ponto de partida, mas também não se propõe, por outro lado, um ponto de partida econômico equânime. As desigualdades econômica são tidas por naturais, como se não fossem fruto de políticas governamentais ou de opções ideológicas claras. Afirma DUSSEL que “Rawls tem uma cegueira especial em compreender que: a) um aspecto é a ‘sorte’ de nascer em uma família mais ou menos afortunada (isto é pura causalidade), mas b) outro, que haja estruturas históricas (não naturais) e sociais em que nos cabe nascer, perfeitamente analisáveis, determináveis pelas ciências sociais críticas”<sup>161</sup>.

Ainda, segundo Enrique DUSSEL, não obstante RAWLS reconheça que as diferenças sociais são, em relação aos desfavorecidos, imerecidas, jamais as admite injustas, “porque este juízo deitaria por terra algo que ‘não esqueceu o véu da ignorância’: que os participantes mais afortunados eram materialmente ricos liberais norte-americanos, enquanto os mais pobres não deveriam ter ‘inveja’ alguma contra os liberais”<sup>162</sup>. Por

---

<sup>160</sup> DUSSEL, Enrique. *A ética da libertação: na idade da globalização e da exclusão*. Trad. Epharaim Ferreira Alves, Jaime A. Clasen, Lúcia M. E. Orth. Petrópolis: Editora Vozes, 2000, p. 177.

<sup>161</sup> DUSSEL, Enrique. *A ética...* Op. cit., p. 179.

<sup>162</sup> Ibidem.

outro lado, o véu da ignorância também encobre, como sói acontecer, as peculiaridades de grupos historicamente segregados, cuja devida reparação não se pode olvidar aprioristicamente, tampouco as características de outros, como as singularidades das pessoas com deficiência, cujas limitações demandam atenção específica, não apenas quanto às oportunidades iniciais, mas permanentes, transcendendo à esfera das oportunidades e impondo medidas de compensação que perdurem no tempo.

Forçoso é lembrar, finalmente, que em seu livro “Liberalismo Político” John RAWLS reverte suas prioridades para ceder precedência ao princípio da distributividade sobre o da liberdade. Sem abandonar seu formalismo de partida, aprimora-o para admitir a necessidade de regras de compensação que incidam de forma constante e permanente, ou seja, a correlação entre igualdade e liberdade atinge, na teoria liberal de RAWLS, um equilíbrio finalístico em prol de sua visão de justiça, embora seus pressupostos, na opinião do autor deste trabalho, não atendam à gama da diversidade social, cultural, de gênero, racial, física, sensorial e mental em sua totalidade.

### 3.1.3 A Concepção Socialista

Aqueles que defendem o Estado socialista, em uma leitura ortodoxa do marxismo, pregam que a sociedade não se compõe de indivíduos, mas de classes, cujo confronto traçaria a dinâmica social, o que conduziria à negação dos direitos humanos, por assumir uma forma de dominação hegemônica da ideologia burguesa assentada no individualismo liberal, cuja finalidade ideológica pretenderia obnubilar a percepção do fato primordial, qual seja, a da luta de classes e a da necessária articulação coletiva da classe trabalhadora. Para Louis ALTHUSSER:

*Toda ideologia burguesa, desde a ideologia jurídica até a ideologia moral, passando pela ideologia filosófica difundidas durante séculos, sustenta essa evidência dos direitos do homem: que cada indivíduo é livre de escolher em política suas idéias e o âmbito de sua atuação (seu partido) e, sobretudo, sustenta a idéia, subjacente à anterior e que, no fundo, não passa de uma impostura, de que uma sociedade está composta de indivíduos (...), que a vontade geral sai das urnas do escrutínio majoritário e que é essa vontade geral, representada pelos deputados dos partidos, que faz a política da nação – quando,*

*em definitivo, a única coisa que faz sempre é a política de uma classe, da classe dominante*<sup>163</sup>.

Para esse autor francês, portanto, a construção dos direitos humanos fundamentais atende apenas aos interesses burgueses, os quais se fazem absolutos pelo aparelhamento do Estado que se põe a serviço dessa classe em detrimento das demais. No seu modo de ver, há que tomar o Estado para que os aparelhos de Estado sejam colocados a serviço da classe operária, suprimindo-se, assim, o aparato burguês de Estado liberal ou social. A contribuição de ALTHUSSER, para a presente discussão, não elege exatamente esta participação até aqui exposta, mas a sua idéia acerca da inter-relação entre infra-estrutura e superestrutura e a conseqüente dinâmica que se estabeleceria entre o modo de produção (forças produtivas + relações de produção)<sup>164</sup> e a superestrutura composta pelo Estado, pelas instituições civis e pelas relações políticas.

Com efeito, ao interpretar a proposta marxista, o referido autor explica que a infra-estrutura social equivale ao modo de produção dominante em determinada sociedade, em um dado tempo; a superestrutura implicaria, a seu turno, as instituições sociais, manifestadas por intermédio do Estado, do Direito e da ideologia, compreendendo o aparato de poder estatal, a família, a escola, os partidos, as associações, a religião, e outras entidades mais. Ensina que a concepção tradicional acerca da presente descrição das sociedades reflete uma metáfora tópica meramente descritiva concernente à estrutura de um edifício que sugere a superposição de várias organizações sociais.

Sua grande contribuição, entretanto, centra-se na ruptura com a idéia clássica, ortodoxa, de que o modo de produção, infra-estrutura econômica, condiciona toda a superestrutura, justamente por alicerçar a base da “construção social”. Para o autor, não se deve atribuir à infra-estrutura

---

<sup>163</sup> ALTHUSSER, Louis. Aparelhos ideológicos de Estado: nota sobre os aparelhos ideológicos de Estado (AIE). 8ª ed., Rio de Janeiro: Edições Graal, 2001, p.117- 118.

<sup>164</sup> Segunda Althusser, ainda, força produtiva = meios de produção (matéria prima e instrumentos) + força de trabalho; relações de produção são as que se travam entre os agentes da produção (capitalistas, trabalhadores, comerciantes e consumidores); as relações de produção capitalistas expressam-se na seguinte equação: relação de produção = mais-valia + monopólio do conhecimento, parqueamento social e repressão fabril.

uma função condicionante exclusiva da superestrutura, uma vez que ambas interagem, apesar de a primeira fundar a base para a segunda (índice de eficácia). O índice de eficácia condiciona a determinação de efeito da infraestrutura sobre os “andares” da superestrutura, mas revela dois efeitos inerentes à superestrutura: 1) autonomia dos “andares” da superestrutura; 2) efeito de retorno da superestrutura para a infra-estrutura.

ALTHUSSER preocupa-se em superar a metáfora espacial marxista, analisando os efeitos da reprodução das forças produtivas e das relações de produção. Não se aparta da doutrina, pretende apenas aprimorá-la. Logo, o Estado, aparelhado ou não, destaca-se como espaço de transformação em que se pode e em que se deve empreender a confrontação dos interesses de classes, inclusive a de categorias e a de grupos que o abordem por vieses distintos, não apenas considerando o capital e o trabalho.

A dicotomia capital-trabalho, numa perspectiva contemporânea, segundo opinião do autor deste trabalho, cede espaço a perspectivas plurais, concernentes às condições sociais, culturais, raciais, de gênero ou de pessoas com deficiência, compelindo o Estado a que, utilizando os respectivos aparelhos, atue como uma alavanca catapultadora dos objetivos de todos, inclusive o de participar mais intensamente do processo político, econômico ou social.

Nesse mesmo sentido milita Antonio GRAMSCI. A maior contribuição deste autor ao marxismo consiste na sistematização de uma ciência da ação política, baseada no que está implícito em Carl MARX. GRAMSCI desenvolveu um enfoque marxista alternativo de Estado, em razão da situação histórica na qual viveu e participou, como líder intelectual do movimento proletário de massa de Turim, durante a Primeira Guerra Mundial, assistindo, ao final da guerra, ao fracasso desse movimento diante da vitória do fascismo em 1922.

Trabalhando com o conceito de sociedade civil, GRAMSCI foi além de MARX, de ENGELS, de LÊNIN e de TROTSKI, ao definir tal sociedade e elevar a hegemonia burguesa, “predomínio ideológico dos valores e normas

burguesas sobre as classes subalternas”<sup>165</sup>, a uma posição de destaque na ciência política. Para MARX e para ENGELS, a sociedade civil e o Estado mostram-se em posições distintas, em que a primeira abriga o domínio das relações econômicas e o segundo detém a ordem política, subordinada àquela. A estrutura domina a superestrutura. Justamente aí Antonio GRAMSCI inovou: para ele, a sociedade civil atua como elemento partícipe da superestrutura que, por meio da ação política, condiciona a ação econômica estrutural. Inverte, desse modo, a teoria marxista tradicional. Primeiro, enfatiza a supremacia das superestruturas ideológicas sobre a estrutura econômica; depois, realça a supremacia da sociedade civil sobre a sociedade política.

A coerção exercida pelo sistema não se consuma mediante violência da classe dominante, mas, sobretudo, cristaliza-se nos dominados mediante a tácita aceitação que os move a assimilar valores que não lhes pertencem, mas aos dominadores. O foco da investigação de GRAMSCI, assim, situa-se na compreensão do mecanismo pelo qual os valores da classe dominante se fizeram incorporáveis aos dominados<sup>166</sup>. Na concepção marxista-leninista, o Estado atuaria como um instrumento de coerção essencial para a extensão do poder da classe dominante. Há, no entanto, para aquele autor, várias definições de hegemonia e do lugar que nela ocupa o Estado: 1) a hegemonia diz respeito à sociedade civil e a coerção, ao Estado; 2) o Estado inclui a sociedade civil – a hegemonia é a síntese de consentimento e repressão; 3) o Estado e a sociedade civil são idênticos (é essa definição que ALTHUSSER usa em seus aparelhos ideológicos de Estado, em que todas as superestruturas ideológicas e políticas são aparelhos de Estado, ou aparelhos hegemônicos).

Segundo Martin CARNOY, a segunda definição oferece-se mais útil para a análise das sociedades capitalistas avançadas. A hegemonia se expressa tanto na sociedade civil como no Estado, mantendo, assim, a autonomia dos aparelhos hegemônicos privados diante do Estado. A visão que GRAMSCI tinha de Estado era sobretudo ideológica.

---

<sup>165</sup> CARNOY, Martin. *Estado e Teoria Política*. Campinas: Papirus, 1986, p. 90.

<sup>166</sup> *Ibid.*, ob. cit., p. 93-94.

*A burguesia utiliza todos estes elementos e sua expansão ilusória para incorporar a classe operária como classe operária, sem consciência de sua posição de classe no desenvolvimento global da burguesia. Ao tomar parte do poder e do controle burgueses, os trabalhadores permanecem como uma classe explorada, contribuindo essencialmente para o enriquecimento de uma minoria (que permanece como minoria) às custas dos trabalhadores*<sup>167</sup>.

Para o autor, o controle da consciência se desvela e se identifica com o controle das forças de produção como área de luta política, haja vista o desenvolvimento burguês que não se logrou conquistar apenas por meio do desenvolvimento das forças de produção, mas pela hegemonia que se instalou, prevalecendo sobre a consciência. Se a luta principal entre a classe dominante e a subordinada trava-se no palco da consciência, como superar a hegemonia da burguesia? GRAMSCI propõe, para tanto, três planos.

O primeiro verifica-se na evidência da crise da hegemonia burguesa que surge como resultado de atos impopulares das classes dirigentes e do intensificado ativismo político de massas, anteriormente passivas, e não somente como resultado de uma crise econômica. Para MARX, o empobrecimento econômico que se dissemina mediante intensificadora exploração do trabalho fortalece a capacidade de um partido revolucionário para elevar a consciência da classe trabalhadora até o ponto de conduzir essa mesma classe a um confronto com o poder do Estado. No pensamento gramsciano, o empobrecimento cada vez maior contribui apenas com um pequeno quinhão dentro das possibilidades de se elevar essa consciência. Mais importante para ele é “a desintegração da capacidade do Estado de estender e manter a hegemonia burguesa...”<sup>168</sup>

O segundo ponto materializa-se na idéia da guerra de posições, que consiste na disputa institucional por espaço de atuação que se estabelece entre as classes sociais. A “guerra de posições”, assim, exhibe quatro elementos importantes: a) ao contrário da posição internacionalista de MARX, de ENGELS e de TROTSKI, de que se impõe uma “revolução permanente” para a tomada do poder, em que todos os trabalhadores do mundo fariam um ataque frontal ao Estado, Antonio GRAMSCI entende que

<sup>167</sup> Ibid., p. 101.

<sup>168</sup> CARNOY, M. *Estado e teoria...* Op. cit, p. 107.

cada país, em particular, deve desenvolver um plano de ataque, levando-se em consideração o contexto político de sua sociedade; b) é necessário sitiar o aparelho do Estado com uma contra-hegemonia, criada pela organização de massa da classe trabalhadora e pelo desenvolvimento das instituições e da cultura da classe operária; c) a guerra de posições, segundo o autor, transmuda-se para uma luta pela consciência da classe operária, em que se reconhecem os vários níveis da consciência política coletiva, tal qual o nível da identificação profissional, o nível da consciência da solidariedade de interesses entre todos os membros de uma classe social e o nível em que o indivíduo se torna consciente de que seus próprios interesses corporativos transcendem aos limites corporativos de uma classe econômica e abrigam a todos os grupos subordinados, que podem unir-se para formar uma contra-ideologia que os libertará dessa subordinação <sup>169</sup>; d) a presença de um partido político como instrumento de elevação de consciência e de educação a mover a classe trabalhadora.

Inclui na guerra de posições o papel a ser desempenhado pelos intelectuais. Existem, em seu pensamento, dois tipos de intelectuais: os profissionais tradicionais (literários, cientistas, ...), que atuam para construir a hegemonia da classe em que “nasceram”, e os orgânicos, entre estes, qualquer pessoa possuidora de uma capacidade técnica específica. “Todos os homens são filósofos” <sup>170</sup>, segundo GRAMSCI. E estes estimularão e mobilizarão os trabalhadores para a consecução das respectivas possibilidades intelectuais, dentro de um partido político. Infere-se, então, conclusivamente, que:

*A ênfase na influência da superestrutura – nas influências intelectuais e culturais, mais do que as econômicas – habilitou Gramsci a explicar como o capitalismo, nas sociedades industriais mais avançadas do Ocidente, era capaz, a despeito da atividade de movimentos revolucionários, de reter seu controle e aceitação junto a uma parcela tão significativa da classe trabalhadora <sup>171</sup>.*

A classe dominante não depende apenas do poder coercitivo do Estado para manter seu domínio, podendo exercê-lo, também, pela

---

<sup>169</sup> Ibid., p. 111/112.

<sup>170</sup> Ibid., p. 115.

<sup>171</sup> Ibid., p. 116.

hegemonia expressa na sociedade civil e no Estado. O conceito de hegemonia centraliza o pensamento gramsciano, que conclui pela necessidade de se lutar por transformações estruturais fundamentais promovendo-se o desenvolvimento de novas instituições superestruturais, ou seja, uma guerra de posições com a atuação direta dos intelectuais orgânicos. A consciência política traduz-se como a fonte de poder para o proletariado, assim como a ausência de tal condição legitima a principal razão pela qual a burguesia permanece em posição dominante.

Também, Nico POULANTZAS realça que, “na realidade, as lutas populares atravessam o Estado de lado a lado, e isso não acontece porque uma entidade intrínseca penetra-o do exterior. Se as lutas políticas que ocorrem no Estado atravessam seus aparelhos, é porque essas lutas estão desde já inscritas na trama do Estado do qual elas esboçam a configuração estratégica”<sup>172</sup>. Defende, portanto, que, embora o aparelho de Estado seja colocado a serviço da dominação da classe hegemônica, aparece o Estado como espaço político onde se desenvolvem as lutas de classe, retomando, deste modo, as posições de Louis ALTHUSSER e de Antonio GRAMSCI.

POULANTZAS almeja a construção de um Estado que reflita o socialismo democrático, tomando como referência a socialdemocracia e a União Soviética, justamente para propor algo novo. Depois de analisar a composição institucional do Estado e a relação entre os aparelhos ideológicos e o exercício do poder hegemônico pela classe dominante, bem como as reivindicações contra-hegemônicas da classe trabalhadora, cujo espaço de manifestação de consumam no interior do Estado, searas em que se desenvolvem as relações de força, verificando, ademais, as relações entre economia e Estado, como enfraquecimento deste pela crescente atuação do poder das corporações transnacionais que gera, inclusive, um declínio da democracia nas duas vertentes fascista e soviética, aponta o que entende ser um caminho para a construção do um socialismo democrático.

Para evitar o centralismo estatal, comum à social-democracia e ao estalinismo, em favor da construção de um Estado aberto aos clamores

---

<sup>172</sup> POULANTZAS, Nico. *O Estado, o poder, o socialismo*. Traduzido por Rita Lima. São Paulo: Paz e Terra, 2000, 4ª edição, p. 143.

das massas populares devidamente organizadas, ressalta a correção da opção comunista direta na base. Propõe, assim, o abandono do leninismo e a opção firme pela linha popular de consulta direta por um socialismo autogestor. Inicialmente, afirma que o primeiro equívoco da 3ª Internacional Socialista foi o de pretender universal o conjunto de ações que se impuseram para a ruptura revolucionária com a Rússia czarista. Além do mais, afirma que a intenção primeira de LÊNIN pugnava pela imediata ruptura com a concepção burguesa de democracia parlamentar representativa, ao nortear-se pela democracia direta de base mediante implementação dos *Soviets*; no entanto, denunciou-se, na realidade, como se constatou, um Estado extremamente centralizador e autoritário. O diagnóstico premonitório desse desastre, segundo o autor, já se fizera pela voz de Rosa LUXEMBURGO, que sempre defendera a democracia direta de base, sendo, por isso, vítima política na Alemanha socialdemocrata.

O esmagamento da vida política no interior dos *Soviets* em prol da máquina burocrática que transmitia as decisões do gabinete central, a falta de eleições gerais, de liberdade de imprensa, de liberdade de reunião e de livre debate de idéias aniquilou a vida política dos *Soviets*, fazendo triunfar a máquina burocrática, que impunha à classe operária as decisões da elite revolucionária intelectual. A crítica de Rosa LUXEMBURGO apontava, justamente, essas mazelas que fizeram surgir o partido único, a burocratização do partido, a confusão do partido do Estado, o estadismo e o fim dos próprios *Soviets*.

Conclui o autor que, embora inconhecível o caminho exato para a construção do socialismo democrático, sabe-se que as experiências até hoje empreendidas indicaram o que não se fazer e que não há socialismo sem democracia, ou seja, nos termos em que se pretende demonstrar, não se estabelece igualdade sem liberdade de participação política plena de todos.

### 3.1.4 A Igualdade Contemporânea

“A palavra ‘igualdade’ deriva da raiz grega *isos* que significa ‘igual’, ‘mesmo’, ‘correspondente’, ‘justo’ ”<sup>173</sup>. Desse prefixo deriva, por exemplo, o termo “isonomia”, que significa tratamento igual de situações ou de pessoas em face da lei. A palavra “isotimia” significa, por sua vez, direitos iguais dos cidadãos a ocupar cargos públicos. Conforme se viu, linhas atrás, a base do conceito de igualdade repousa na concepção filosófica de PLATÃO e ARISTÓTELES. Segundo aquele, a igualdade assume duas feições, em que a primeira avalia peso, medida, quantidade, tamanho, e a segunda contempla os desiguais como forma de compensação social; confere-se, assim, a justa medida a cada um. Fala, então, de igualdade aritmética e de igualdade geométrica, sendo a primeira aquela referente à matemática e à geometria; a segunda a concernente à distribuição social de tarefas e riquezas, para que se atribua a cada um o que cada um pode suportar, na perspectiva tanto dos deveres quanto dos direitos.

A concepção aristotélica adota a mesma terminologia. O justo deve ser simultaneamente proporcional, enquanto o injusto viola a proporção, a correta medida. Logo, “a igualdade permite que se trate desigualmente o desigual, na exata proporção da diferença”<sup>174</sup>. A crítica já mencionada à filosofia aristotélica deve-se ao fato de que não superou a absurda distância social que se travava entre os cidadãos gregos e as mulheres, e os escravos, e os estrangeiros. Justificava-se a existência da escravidão, como já mencionado, pela idéia de mérito, merecimento, o que imperou ao longo da Idade Média e subsidiou a construção da igualdade formal, liberal, iluminista.

A igualdade assume feição constitucional no Estado Moderno e, segundo Arion Sayão ROMITA, forja-se por três distintas perspectivas: a igualdade formal, a igualdade material e a igualdade real. Até aqui, tratou-se da igualdade formal e da igualdade material. Elegeu-se a igualdade formal para a formação dos direitos individuais civis e políticos, sendo a idéia de

---

<sup>173</sup> ROMITA, Arion Sayão. *O acesso ao trabalho das pessoas deficientes perante o princípio da igualdade*. Revista Gênesis, nº 15 (86), fevereiro de 2000. Curitiba: Gênesis, 2000, p. 184.

<sup>174</sup> Ibid., ob. cit., p. 185.

aplicação imparcial da lei para todos a maior afirmação da concepção liberal da igualdade, que concebe uma lei geral e abstrata que a todos submeta, governantes e governados, nacionais e estrangeiros, homens e mulheres, e outros mais. Aponta-se, ainda, a insuficiência do conceito de igualdade formal, que se evidenciou pela criação dos direitos sociais, os quais empenharam o Estado na busca de condições substanciais que propiciassem igualdade material, mas esta também se tornou insuficiente, porque o mero dever genérico de obtenção de condições gerais mínimas de dignidade mostrou-se insuficiente à atenção que se deve atribuir às necessidades específicas de determinados indivíduos ou grupos.

Passa-se, desta maneira, à construção do que ROMITA<sup>175</sup> denomina ser a igualdade real, ponto que interessa, uma vez que já se comprovou a falácia imperante ao longo do século XX implicando uma pseudodicotomia que se instalou entre a liberdade e a igualdade. Parece ter sido bem acentuada a percepção para liberais e para socialistas, protagonistas que foram das discussões até então dominantes, que uma não exclui a outra; ao contrário, ambas se complementam numa estreita relação de interdependência. A igualdade material consiste na viabilização de recursos que compõem as necessidades mínimas do ser humano e, por conseguinte, asseguram a dignidade de todos.

A igualdade real, preconizada por ROMITA, calca um passo adiante rumo à especificidade da dignidade humana, especificidade que se corporifica na atenção às minorias, uma vez que a lei da maioria, formalmente justa, transmutou-se em substancialmente injusta, por excluir do conceito de maioria a infundável diversidade humana. Como já se disse, essas leis formalmente justas ascenderam o nazismo e o fascismo ao poder, regimes estes que oprimiram, legitimados pela lei, determinados grupos e,

---

<sup>175</sup> FRANCE, Anatole. *O Lírio Vermelho* apud ROMITA, Arion Sayão. *O acesso ao trabalho das pessoas deficientes perante o princípio da igualdade*. Op. cit., p. 185.

WESTMORELAND-TRAORE, Juanita. *Estudo* IN Rodrigue Blouin apud ROMITA, Arion Sayão. *O acesso ao trabalho das pessoas deficientes perante o princípio da igualdade*. Op. cit., p. 185.

DRAY, Guilherme Machado. *O princípio da igualdade no Direito do Trabalho* apud ROMITA, Arion Sayão. *O acesso ao trabalho das pessoas deficientes perante o princípio da igualdade*. Op. cit., p. 185.

inclusive, solaparam os direitos gerais de cidadania, de igualdade social e de liberdade.

A igualdade formal, também segundo esse autor, e de acordo com tudo que já se disse até aqui, consagra-se nas constituições do século XIX; brandiram-na como arma contra o despotismo estatal absolutista, como salvaguardando as liberdades individuais. A criação dos direitos sociais fundamentais suplementou a igualdade formal, ao subverter, pela primeira vez, a concepção aristotélica, porque buscou, por meio dos direitos sociais, atribuir condições dignas a todos, colocando o Estado a serviço dos mais necessitados econômica e socialmente, movido pela aspiração de aproximar as classes sociais, romper as distâncias culturais, na justa medida das desigualdades e da justeza dessa atributiva. As normas de ação afirmativa em favor de minorias prosseguem sua trajetória rumo à justiça atributiva, compensatória, mas exibindo-se como normas talhadas sob medida, imbuem-se de caráter menos genérico, eis que dirigidas a grupos específicos para atender-lhes as peculiaridades, a fim de permitir-lhes acesso aos direitos civis e políticos e aos direitos sociais fundamentais. Segundo ROMITA, “o conceito de igualdade de oportunidades em sentido material assume nova feição quando necessário, por motivo de justiça social, regular determinados casos concretos em particular, e não um conjunto indeterminado de situações abstratas”<sup>176</sup>.

A igualdade preconizada por Boaventura de SOUSA SANTOS<sup>177</sup> supera a igualdade formal, persegue a emancipação das vítimas do racionalismo da modernidade. Descreve o paradigma sociocultural da modernidade por intermédio de dois pilares filosóficos: a) regulação: constituído pelos princípios do Estado (Thomas HOBBS), do mercado (John LOCKE e Adam SMITH) e da comunidade (J.J. ROUSSEAU) e; b) emancipação: caracterizado pelas três fundamentações lógicas da racionalidade definidas por WEBER – racionalidade estético-expressiva das artes e da literatura,

---

<sup>176</sup> Ibid., ob. cit., p. 185.

<sup>177</sup> SOUSA SANTOS, Boaventura de. *A crítica da razão indolente*. São Paulo: Editora Cortez, 2002, p. 47- 54.

racionalidade cognitivo- instrumental da ciência e da tecnologia e racionalidade moral- prática da ética e do Direito.

Diagnosticando os aspectos que denotam as razões da crise liberal, afirma que se instala um forte desequilíbrio entre esses pilares e os elementos que os compõem. O pilar da regulação incorporou o da emancipação, desequilibrando as relações de forças. O Estado foi absorvido pelo mercado, relegando a um plano inferior a vertente concernente às relações entre Estado e comunidade. No que concerne ao pilar da emancipação, o cientificismo e o legalismo positivista sobrepujaram o estético- expressivo.

Desse modo, os interesses mercantis conduziram à racionalização do processo econômico, maximizando os valores do mercado em detrimento dos valores comunitários, e a própria ciência emaranhou- se em preceitos epistemológicos inflexíveis, positivistas, que tolheram o Direito e sufocaram a criação estético- expressiva.

Aponta, assim, como solução epistemológica: i) o incremento dos princípios da comunidade (no pilar da regulação) e da racionalidade estético- expressiva (no pilar da emancipação) que, segundo SOUSA SANTOS, estruturam as representações que merecem maior atenção, preconizando, então, a exploração das potencialidades dessas vertentes; ii) deve- se, outrossim, incrementar o pilar da emancipação em relação ao da regulação, estimulando- se medidas de longo prazo em prol da solidariedade global; iii) deve- se procurar eliminar a distinção entre o sujeito e o objeto, incorporando- se à ciência o conhecimento do senso comum, das crenças, dos valores, pois inexistente hierarquia entre conhecimento científico e os demais; iv) deve- se, também, romper com a separação natureza e a cultura, e, então, todas as ciências serão concebidas como ciências sociais; v) com isso, a ciência assumirá outros campos de percepção, superando os padrões ocidentais racionais; vi) faz- se mister, ainda, superar a generalidade de conceitos pretensamente totalizantes, conduzindo- se a pesquisa com olhar atento e cauteloso para com esses novos campos de emanção de cultura; vii) finalmente, deve- se propiciar a fusão das ciências naturais e das ciências

sociais revalorizando as humanidades presentes na racionalidade estético-expressiva.

Esse prognóstico detalhado e perspicaz pode respaldar-se na própria materialização dos direitos sociais. Sua implantação fez-se exatamente quando se constatou que o Estado deveria abandonar a posição “olímpica”, imparcial, pretensamente garantidora da igualdade de todos perante a lei. Desceu do pedestal e passou a ministrar regras que tomaram partido em nome de grupos sociais inferiorizados, compensando-os com um sistema legal capaz de outorgar-lhes força jurídica emancipadora em face do poder econômico.

A sugestão de se enfatizar o pilar da emancipação e de, no interior do pilar da regulação, priorizarem-se as relações comunitárias milita em prol da igualdade material e da concretização da igualdade real defendida por Arion Sayão ROMITA, uma vez que a observação do senso comum desperta atenção para as peculiaridades de grupos minoritários, e não apenas da maioria economicamente desfavorecida. A racionalidade estético-expressiva, em SOUSA SANTOS, evidencia a valorização da arte, da expressão cultural, que também deve conter a diversidade humana e a observação da diferença, preservada da uniformidade racional tecnicista de padrões preestabelecidos. O incremento de medidas emancipadoras em prol da solidariedade global revela-se exatamente na busca pela unidade solidária, que deriva do respeito a toda gama de peculiaridades humanas individuais ou sociais, para que se libertem os oprimidos justamente do jugo da opressão, o que a todos irmanaria, a todos, em pé de igualdade efetiva. Sua preocupação com uma ciência mais humanizada e com uma racionalidade mais flexível também visa alcançar maior clareza à observação da realidade, eliminando-se a lente totalizante do racionalismo que finda por rotular situações e pessoas. Pugna, assim, por uma mudança de prisma para a observação das realidades, que deverá tomar em conta não valores pré-estabelecidos, mas aqueles que emergem da voz de todos os grupos humanos.

Joaquim BARBOSA GOMES também defende as ações afirmativas, conforme se verá no próximo item. Convém, aqui, sublinhar, todavia, que o Ministro do Supremo Tribunal Federal entende que as ações afirmativas são fruto da superação do modelo da igualdade jurídica “oitocentista” que se caracteriza como mera ficção, importante, mas não suficiente. Citando Guilherme Machado DRAY, *in verbis*:

*A concepção de uma igualdade puramente formal, assente no princípio geral da igualdade perante a lei, começou a ser questionada quando se constatou que a igualdade de direitos não era, por si só, suficiente para tornar acessíveis a quem era socialmente desfavorecido as oportunidades de que gozavam os indivíduos socialmente privilegiados. Importaria, pois, colocar os primeiros ao mesmo nível de partida. Em vez de igualdade de oportunidades, importava falar em igualdade de condições*<sup>178</sup>.

Quer-se demonstrar, com tudo isso, que a implementação da igualdade real depende de uma escolha política precisa para que cada um possa ter o que lhe é devido, a fim de que todos caminhem efetivamente juntos. É sabida profunda polêmica que se instala, por exemplo, em face das cotas, curiosamente não todas. Ninguém se rebela contra o percentual de 5 a 15% de contratação de jovens aprendizes, fixado pela Lei 10.097/2000, percentual este que não se aplica às pequenas e microempresas; não há qualquer dúvida sobre a disposição constitucional que determina sejam reservadas vagas para pessoas com deficiência nos concursos públicos; tampouco a Lei 9.504/97, que estabelece normas para as eleições, é questionada quando determina (art. 10, § 3º) que cada partido ou coligação, ao registrar os candidatos para os cargos eletivos de deputado federal, estadual, distrital e vereadores, reserve o mínimo de trinta e o máximo de setenta por cento das candidaturas para mulheres e homens, respectivamente; o que significa dizer, na prática, que devem concorrer às eleições, em cada partido, pelo menos 30% de mulheres do efetivo respectivo, compensando-se, assim, a histórica supremacia de candidaturas masculinas e conseqüente discriminação contra as mulheres. A lei também fixa cotas para a contratação, pelas empresas, de pessoas com deficiência no Brasil, o

---

<sup>178</sup> DRAY, Guilherme Machado. *O princípio da igualdade no Direito do Trabalho*. In GOMES, Joaquim B. Barbosa. *O debate constitucional sobre as ações afirmativas*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 18 de fevereiro de 2005.

que tem gerado certa polêmica, porque os empresários ainda associam o trabalho da pessoa com deficiência a um viés assistencialista, talvez decorrente da desinformação acerca do potencial produtivo que esse grupo social tem a oferecer.

### 3.1.5 A Igualdade Real e a Sociedade Inclusiva

Uma interessante construção dos estudiosos da igualdade, mormente daqueles que trabalham com grupos específicos, embasa o conceito de “sociedade inclusiva”. Tomando-se por referência a história das pessoas com deficiência<sup>179</sup>, constata-se que o impulso de exclusão, até hoje presente em maior ou em menor grau nas diversas sociedades, tem seu moto contínuo de instigação acionado por medidas de integração das pessoas com deficiência, primordialmente sob o ponto de vista assistencial. Depois do século XVIII, porém, diante da edificação da igualdade formal e dos direitos civis e políticos, nota-se a implantação de políticas de integração das pessoas com deficiência. A chamada “sociedade integrativa”<sup>180</sup> é aquela que se abre relativamente à diversidade, desde que a pessoa efetivamente excluída supere obstáculos, os quais são eventualmente removidos por uma política genérica de igualdade de oportunidades. O esforço individual, um conjunto de circunstâncias pessoais, familiares, favoráveis, possibilita a aceitação dessas minorias que, por episódios marcadamente individualizados, manifesta relativo sucesso. O princípio da igualdade atua na sociedade inclusiva como a viga mestra que sustenta todas as condutas e ações em prol da inclusão. Luiz Alberto David ARAÚJO alude, neste sentido, a que:

*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*

---

<sup>179</sup> Vide item 2.1.

<sup>180</sup> FÁVERO. Eugênia Augusta Gonzaga. *Direitos da pessoa com deficiência: garantia de igualdade na diversidade*. Rio de Janeiro: WVA – Ed, 2004, p. 37- 38. “Na Integração, a sociedade admite a existência das desigualdades sociais e, para reduzi-las, permite a incorporação de pessoas que consigam ‘adaptar-se’, por méritos exclusivamente seus. Ainda, a integração pressupõe a existência de grupos distintos que podem vir a se unir.(...) Enquanto que, incluir, significa, antes de tudo, ‘deixar de excluir’. Pressupõe que todos fazem parte de uma mesma comunidade e não de grupos distintos. Assim, para ‘deixar de excluir’, a inclusão exige que o Poder Público e a sociedade em geral ofereçam as condições necessárias para todos. Portanto, diferentemente da integração, não se espera a inserção apenas daquele que consegue ‘adaptar-se’, mas garante a adoção de ações para evitar a exclusão. E, diante da desigualdade já presente, exige que se faça uso de medidas positivas, quotas aliadas a políticas públicas, por exemplo, para a sua redução”

*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 as pessoas sem deficiência*<sup>181</sup>.

A sociedade inclusiva 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, as escolas inclusivas e, ainda, a inclusão nos esportes, turismo, lazer, recreação, nas artes, cultura e religião revelam um impulso social no sentido do acolhimento, como se a sociedade abraçasse a todos, agindo em favor de atrair eficazmente todos os grupos sociais, que abandonam, então, os “guetos institucionais” e passam a conviver em todos os espaços públicos<sup>182</sup>.

A primeira manifestação em prol da sociedade inclusiva deu-se pela Resolução 45/91, da Organização das Nações Unidas, conforme já se apresentou no capítulo anterior<sup>183</sup>, e nasceu justamente das demandas das

<sup>181</sup> ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência*. 2. ed., Brasília: CORDE, 1996, p. 45.

<sup>182</sup> SASSAKI, Romeu Kazumi. *Inclusão: construindo uma sociedade para todos*. Rio de Janeiro: WVA, 1997. O autor explica que essa “inclusão (na escola, no trabalho, no lazer, nos serviços de saúde, etc.) significa que a sociedade deve adaptar-se às necessidades da pessoa com deficiência para que esta possa desenvolver-se em todos os aspectos de sua vida” (p. 167- 168). Ademais, explica que o imperativo da inclusão é consequência de uma série de fatores e tendências irreversíveis, tais como: 1) solidariedade humanitária, perceber a pessoa com deficiência como parte da humanidade; 2) consciência de cidadania, pela sociedade como um todo, de seus deveres e direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais; 3) necessidade de melhoria da qualidade de vida, com o acesso dos portadores de deficiência a produtos e serviços destinados à habilitação e reabilitação, bem como seu constante melhoramento; 4) investimento econômico, pois, uma vez que pessoas com deficiência produtivas e saudáveis custam menos para si mesmas, suas família e para a sociedade, a inclusão social têm um retorno econômico significativo para esta sociedade como um todo; 5) necessidade de desenvolvimento da sociedade, justa e saudável, na medida em que todos os seus membros são atendidos nas suas necessidades, sem exclusão; 6) pressão internacional, face ao em face do consenso que se estabelece em todos os países acerca do respeito e da implementação de medidas de equiparação de oportunidades para todas as pessoas com deficiência de qualquer grau; 7) cumprimento da legislação, pois, cada vez mais, órgãos públicos em todas as esferas da Federação estão aprovando normas em prol da garantia de direitos às pessoas com deficiência; 8) combate à crise no atendimento, em virtude da péssima qualidade dos serviços essenciais prestados à população sem e com deficiência, fortalecendo a idéia de combate à crise por meio de parcerias público/privadas, ongs, associações e; 9) crescimento do exercício do *empowerment*, que consiste no processo pelo qual uma pessoa ou um grupo de pessoas utiliza o seu poder pessoal, inerente à sua condição, para fazer escolhas, tomar decisões e assumir o controle de sua vida, o que vem sendo experimentado por um número cada vez maior de pessoas com deficiência (p. 168- 169).

Ainda sobre o tema: ARANHA, Maria Salete Fábio. Paradigma da relação entre a sociedade e as pessoas com deficiência. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, março/2001, p. 160- 173.

<sup>183</sup> Vide item 2.5.

pessoas com deficiência, cujas vozes se fizeram ouvir, até mesmo pela linguagem de sinais; a visão se fez sentir pelos programas de leitura sonora mediante computadores; os passos conduziram-nas por rampas acessíveis às cadeiras de rodas e muletas e; a compreensão se iluminou por intermédio de espaços abertos às pessoas com deficiências mentais.

Notou-se, com isso, que a todas as pessoas, seja por um acidente episódico, com efeitos provisórios, seja porque todos envelhecem, seja porque as pessoas podem tornar-se definitivamente portadoras de uma deficiência em razão de acidentes ou da violência urbana, impõe-se a necessidade de uma estética social incluyente, para a qual o imóvel com degraus inatingíveis por todos torna-se deselegante e agressivo; o espetáculo de teatro que não conta com o texto vertido para a linguagem de sinais faz-se vazio de comunicação; a escola que não aceita as crianças e os jovens surdos, cegos ou com deficiências mentais nega cidadania não só a eles, mas a todos os seus alunos, que perdem, assim, a oportunidade de aprender com as diferenças. Há que se invocar, neste ponto da argumentação do autor deste trabalho, a proposta de Boaventura de Souza Santos pelo incremento do pilar da emancipação social, por meio da estética inclusiva, que incorpora as diferenças humanas ao padrão de normalidade, e da busca do senso comum, atenuando-se a racionalidade capitalista pela maximização dos lucros, diminuindo-se o tráfego acelerado de todos pela grande “avenida social”, para que todas as “ruas vicinais” convirjam no sentido do acolhimento de todos, como preconiza a jornalista brasileira Cláudia WERNECK<sup>184</sup>.

*A sociedade para todos, consciente da diversidade da raça humana, estaria estruturada para atender às necessidades de cada cidadão, das maiorias às minorias, dos privilegiados aos marginalizados. Crianças, jovens e adultos com deficiência seriam naturalmente incorporados à sociedade inclusiva, definida pelo princípio: ‘todas as pessoas têm o mesmo valor’. E assim trabalhariam juntas, com papéis diferenciados, dividindo igual responsabilidade por mudanças desejadas para atingir o bem comum*<sup>185</sup>.

---

<sup>184</sup> WERNECK, Cláudia. *Ninguém mais vai ser bonzinho na sociedade inclusiva*. Rio de Janeiro: WVA, 1997, p. 19- 20.

<sup>185</sup> *Ibid.*, ob. cit., p. 21.

Essa manifestação acima transcrita elucida os conflitos provocados pela idéia de sociedade inclusiva, porque ela representa um verdadeiro avanço em relação à mera igualdade de oportunidades para todos e milita em prol da igualdade de condições preconizada por Guilherme DRAY. Insiste Cláudia WERNECK, e o título da obra ora enfocada bem o demonstra (“Ninguém mais será bonzinho na sociedade inclusiva”), na idéia de que as medidas de caráter meramente assistencial, caritativo, em face das pessoas com deficiência, idosas, ou quaisquer outras minorias excluídas, nada resolvem, apenas intensificam a exclusão, porque criam “guetos” de segregação física ou psicológica, atitudinal, tanto em face do excluído, cuja auto-estima se aniquila, quanto em relação ao benemérito, que se coloca numa posição de superioridade benevolente.

No campo do trabalho, o conceito de sociedade inclusiva assume capital importância, porque acarreta uma reversão de paradigmas, na medida em que as pessoas antes tidas por carentes, em razão de deficiência, passam a ser vistas como cidadãos hábeis. Suas potências são valorizadas, respeitadas as limitações físicas, mentais ou sensoriais. Pessoas com deficiências severas, que normalmente são favorecidas por políticas de assistência social pela simples razão da deficiência, passam a vislumbrar oportunidade real de trabalho e produtividade extrapolando o âmbito tutelar das organizações assistenciais, ou das chamadas oficinas protegidas de trabalho. Emerge, assim, o conceito de emprego apoiado:

*(...) trabalho competitivo, em recintos inclusivos, desempenhado por: (a) pessoas com deficiências graves que nunca trabalharam fora das entidades sociais ou (b) pessoas para quem o emprego competitivo tem sido intermitente ou interrompido em consequência de deficiências graves e que, por causa dessas deficiências, necessitam serviços de apoio contínuo para desempenhar tal trabalho*<sup>186</sup>.

Emprego competitivo é aquele existente no mercado de trabalho que assegura ao trabalhador todos os direitos trabalhistas, em condições de igualdade, e que se realiza com a utilização de apoios humanos ou instrumentais para suprir as limitações do trabalhador. O emprego apoiado é, deste modo, uma derivação do emprego competitivo, porque

<sup>186</sup> SASSAKI, Romeu Kazumi. *Emprego apoiado como forma de inclusão de pessoas com deficiência severa no mercado de trabalho*. São Paulo: novembro de 2003.

implica um grau mais intenso de instrumentalização da pessoa com deficiência. Insere-se, na verdade, em termos de legislação brasileira, no conceito de trabalho seletivo, que se contém no art. 35 do Decreto nº 3.298/99, que assim se lê:

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

*(...)*

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

*(...)*

*§ 2º Consideram-se procedimentos especiais os meios utilizados para a contratação de pessoas que, devido ao seu grau de deficiência, transitória ou permanente, exija condições especiais, tais como jornada variável, horário flexível, proporcionalidade de salário, ambiente de trabalho adequado às suas especificidades, entre outros.*

*§ 3º Consideram-se apoios especiais a orientação, a supervisão e as ajudas técnicas entre outros elementos que auxiliem ou permitam compensar uma ou mais limitações funcionais motoras, sensoriais ou mentais da pessoa portadora de deficiência, de modo a superar as barreiras da mobilidade e da comunicação, possibilitando a plena utilização de suas capacidades em condições de normalidade.*

As ações afirmativas que decorrem de lei ou de decisões judiciais atuam, portanto, como instrumentos imprescindíveis para que as sociedades dirijam-se à busca dos excluídos, abrindo atalhos, rompendo tabus, justamente para propiciar caminhos livres para todos. A sociedade inclusiva impõe-se, então, como aquela que, pela observância da realidade, propicia efetiva igualdade, cujo lastro equilibra a construção histórica moldada pelas liberdades civis individuais, equivalente à igualdade formal de todos perante à lei, pela igualdade substancial genérica, propiciada pelos direitos humanos de caráter social, equivalente à igualdade material do Estado Providência e pelas ações afirmativas, por intermédio das quais atingem-se medidas peculiares em prol das especificidades humanas para que todos tenham acesso às liberdades individuais e à igualdade material.

Neste passo, procede-se, para prosseguimento da argumentação, à análise das lutas antidiscriminatórias e das conquistas dos

primeiros grupos minoritários que consolidaram os avanços no sentido da sociedade inclusiva, especialmente, para mulheres e para negros.

### 3.2 A DISCRIMINAÇÃO E AS LUTAS ANTIDISCRIMINATÓRIAS

#### 3.2.1 O Conceito de Discriminação

A palavra discriminação revela, no vernáculo, diversos sentidos<sup>187</sup>, mas o direito, mormente o internacional, como vimos, construiu sentido específico que implica exclusão ou preferência preconceituosas, conscientes ou inconscientes, expressas ou tácitas, de pessoa ou de grupo específico, por motivos étnicos ou raciais, de gênero, de origem, de características físicas, de opção sexual, além de outros tantos, mas a discriminação também é constantemente utilizada como um recurso compensatório, positivo, por meio do qual a lei ou o Judiciário municiam com instrumental jurídico pessoas ou grupos de pessoas historicamente vitimados pela discriminação negativa, como se vê nas diversas convenções internacionais já estudadas e outras<sup>188</sup>. Convém aqui retornar, pela afinidade do tema, ao art. 1 da Convenção 111 da OIT, que trabalha com o conceito de discriminação, considerando-se como tal o ato que implique distinção, exclusão ou preferência por motivo de raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social que implique anulação ou prejuízo da igualdade de oportunidades ou de tratamento no emprego e na ocupação; assim como aqueles atos que, em razão de sua natureza inusitada, suscitem consulta prévia às organizações de trabalhadores e empregadores, além de outras, quando se fizerem necessários<sup>189</sup>. A mesma Convenção também instiga à adoção de políticas públicas que favoreçam pessoas ou

<sup>187</sup> “discriminação. (do lat. *discriminatione*.) V. t.d. 1. Ato ou efeito de discriminar. 2. Faculdade de distinguir ou discernir; discernimento. 3. Separação, apartação, segregação: *discriminação racial*. 4. *Eletrôn*. Eliminação de todos os sinais que entram num circuito, exceto aqueles que têm uma determinada característica de fase, de frequência ou de amplitude. (Cf. Discriminação). FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da Língua Portuguesa*. 2 ed., rev. e aum. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1986, p. 596.

<sup>188</sup> Convenção da ONU sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial; Convenção da ONU sobre Eliminação de todas as formas de discriminação contra a Mulher. LIMA FILHO, Francisco das C. “A discriminação do trabalhador no contrato de trabalho e o princípio constitucional da igualdade”. *Revista LTr*. Vol. 65, nº 10, outubro de 2001. São Paulo: LTr, 2001, p. 1200.

<sup>189</sup> OIT Convenios y recomendaciones... op. cit., p. 1037.

grupos historicamente vitimados, para que se compensem prejuízos notoriamente verificados.

Observa-se, assim, que a ação antidiscriminatória pode acarretar, e muitas vezes acarreta, discriminação efetiva, mas de caráter positivo, e que essa conduta não lesa o princípio da antidiscriminação, mas o reforça, torna-o eficaz. O recurso em questão, ou seja, a discriminação positiva, foi reiterado pela Convenção 159 da OIT, de 1983, que tratou de ação antidiscriminatória em face de pessoas com deficiência no trabalho, a qual não só reitera as técnicas adotadas pela Convenção 111, como as reforça, na medida em que se volta para as pessoas com deficiência. Qual seria a razão desse procedimento, uma vez que a Convenção 111 certamente já acarretara cabedal jurídico suficiente a qualquer grupo ou pessoa eventualmente discriminado no trabalho?

A resposta parece ser atribuída ao fato de que, depois de quase duas décadas e meia, apesar da Convenção 111, as pessoas com deficiência continuarem segregadas. Tal se deve à cultura assistencial que imperou até o Ano Internacional da Pessoa com Deficiência, em 1981, quando a ONU despertou para a necessidade de incluir esse grupo que representa um efetivo avaliado em cerca de 10% da população mundial.

### 3.2.2 Modalidades de Discriminação

A doutrina adota diversos enfoques para classificar as modalidades de discriminação. Procura-se neste trabalho delinear alguns deles, para abranger o maior número possível de hipóteses. Há pontos convergentes entre os doutrinadores, mas, dependendo do tipo de enfoque, na abordagem de aspectos distintos, realçam-se relevâncias.

Elege-se uma primeira forma de analisar os critérios para as modalidades de discriminação, trazida pelo professor Pinho Pedreira<sup>190</sup>. Pareceu interessante sua abordagem porque implica sistemas distintos, de acordo com a tradição jurídica que emana da América do Norte, mais

---

<sup>190</sup> PEDREIRA, Pinho. *A discriminação indireta*. Revista LTr, vol. 65, n° 04, Abril de 2001, p. 402-406.

especificamente dos Estados Unidos e Canadá, e da Europa, em especial da França e Inglaterra. A origem histórica da luta antidiscriminatória deu-se, justamente, nessas nações e delas irradiarou para os modelos dos ordenamentos jurídicos de todo o planeta. Propõe o autor três formas de discriminação, no campo do trabalho, justamente a sede desta investigação, quais sejam, discriminação direta, indireta e oculta.

### **3.2.2.1 Discriminação direta**

A discriminação direta é proposta por Pinho Pedreira tomando-se como referência os ensinamentos de Pessin, os quais assim se lêem: “(...) qualquer ato, ou comportamento produtivo de um efeito diferencial prejudicial aos trabalhadores discriminados em razão do sexo e/ou em violação do princípio de uniformidade de tratamento entre sujeitos que têm as mesmas características”<sup>191</sup>.

Roger Raupp Rios<sup>192</sup>, invocando o direito estadunidense, trabalha a idéia de discriminação direta (*disparate treatment*) como sendo as práticas intencionais e conscientes que acarretem prejuízos, exclusões, que anulem direitos de pessoa ou de grupo de pessoas determinado. Regina Dubugras<sup>193</sup> também estuda a doutrina estadunidense e associa à discriminação direta o conceito de discriminação sistemática explícita, que sintetiza na definição literal, pela empresa, do tratamento diferenciado em favor ou em prejuízo de grupos específicos, exemplificando-a por meio de classificados de empregos com previsão de vagas para pessoas com idade inferior a 40 anos.

A discriminação direta, ou intencional, é explícita, consciente, e pode, é claro, ocorrer em todos os setores da sociedade.

### **3.2.2.2 Discriminação indireta**

A discriminação indireta é avaliada por Pinho Pedreira, de acordo com decisão da Suprema Corte canadense, que a define como “uma regra neutra à primeira vista e que se aplica igualmente a todos os

---

<sup>191</sup> PESSIN, Roberto. *Lavoro e Discriminazione Femminile*. In PEDREIRA, ob. cit., p. 402.

<sup>192</sup> RIOS, Roger Raupp. *O princípio da igualdade e o direito da antidiscriminação: discriminação direta, discriminação indireta e ações afirmativas no direito constitucional estadunidense*. Porto Alegre, 2004, 248 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

<sup>193</sup> DUBUGRAS, ob. cit.

empregados, mas que tem efeito discriminatório por um motivo proibido para um só empregado ou um grupo de empregados”<sup>194</sup>. Lembra, também, da Diretiva 97/80 da Comunidade Européia, vazada nos seguintes termos:

*Existirá uma discriminação indireta quando uma disposição, critério ou prática, aparentemente neutra afetar uma proporção substancialmente maior de membros de um mesmo sexo, salvo quando dita disposição, critério ou prática resultar adequada e necessária e puder se justificar com critérios objetivos que não estejam relacionados com o sexo.*

Embora a norma em questão trate de discriminação de gênero, indica referências seguras para a detecção da discriminação indireta, a qual se caracterizará pela falta de intenção declarada do agente discriminador, mas se evidenciará de acordo com os resultados práticos, dos efeitos de uma determinada regra ou decisão vigente em uma instituição ou empresa. É a discriminação por impacto desproporcional (*Disparate Impact Doctrine*) do Direito estadunidense<sup>195</sup>, que se caracteriza, no dizer de Joaquim Barbosa Gomes, como:

*toda e qualquer prática empresarial, política governamental ou semi-governamental, de cunho legislativo ou administrativo, ainda que não provida de intenção discriminatória no momento de sua concepção, deve ser condenada por violação do princípio constitucional da igualdade material, se em consequência de sua aplicação resultarem efeitos nocivos de incidência especialmente desproporcional sobre certas categorias de pessoas*<sup>196</sup>.

O estudo da discriminação indireta assume particular relevância, uma vez que se torna muito freqüente, nos dias de hoje, a adesão, pelo menos aparente, aos preceitos contrários à discriminação. Dificilmente alguém assumiria uma intenção declarada, contrária a qualquer grupo social, tendo em vista a larga divulgação das conquistas antidiscriminatórias que refletem, no senso comum, a compreensão de que as minorias merecem acolhimento.

Ocorre, porém, que determinadas políticas empresariais ou institucionais acabam, muita vez, por impedir o acesso de largas camadas da população mediante disposição de regras aparentemente neutras e, sob o

<sup>194</sup> PROULX, Daniel. “La discriminations dans l’Emploi: les Moyens de Défense” *Apud* PEDREIRA, Pinho, Op. Cit., p. 403.

<sup>195</sup> GOMES, *Ação Afirmativa...*, p. 23- 26.

<sup>196</sup> *Ibid*, ob. cit., p. 24.

ponto de vista discriminatório, inofensivas. Seus efeitos, entretanto, em se considerando a realidade social de cada povo ou daquele sujeito à regra, podem ser nefastos e, efetivamente, discriminatórios. A discriminação indireta é, portanto, reflexiva, no dizer de Regina Dubugras<sup>197</sup>, porque opera efeitos concretos afetando coletividades, mas não é consciente ou intencional por parte do agente que discrimina.

### **3.2.2.3 Discriminação oculta**

A discriminação oculta distingue-se da indireta apenas no aspecto intencional. A primeira submerge-se na intenção, ao passo que na segunda, a intenção inexistente. É implícita a discriminação oculta, porque não declarada, mas consciente, camuflada por medidas aparentemente neutras.

Será oculta, por exemplo, a discriminação que decorrer da decisão empresarial de contratar apenas membros de uma determinada religião. A jurisprudência estadunidense considerou oculta a discriminação ocorrida em uma escola na qual o número de professores negros acusava-se sensivelmente inferior ao de professores brancos, mesmo em se considerando que a escola atendia a um número expressivo de alunos negros<sup>198</sup>.

### **3.2.2.4 Discriminação pela tradição e discriminação institucional**

Outro critério da doutrina estadunidense<sup>199</sup> quanto às formas de classificar as possibilidades de discriminação, passíveis de inserção entre as formas de discriminação indireta, porque implícito, mas inerente à origem da motivação discriminatória, incide na análise da tradição e das instituições sociais.

Menciona a doutrina da discriminação pela tradição que decorreria tal manifestação do comportamento costumeiramente discriminatório perante determinados grupos, mas assim avaliado tomando-se como referencial o ponto de vista do indivíduo que discrimina. Este reproduziria costumes reiterados, dirigindo-se a determinada pessoa ou grupo de pessoas uma série de tabus aprendidos de geração a geração. Quanto a este aspecto da discriminação, afirma Roger Raupp Rios, com

<sup>197</sup> DUBUGRAS, ob. cit., p. 1335.

<sup>198</sup> Ibid, ob. cit., p. 1335.

<sup>199</sup> RIOS, R.R. *o princípio da igualdade...* Op. cit., p. 143- 148.

razão, que o desenvolvimento cultural, político e social da sociedade acabará por mitigar os efeitos dessa inércia discriminatória.

A discriminação institucional, também citada pela doutrina, arraiga-se na própria estrutura organizacional da sociedade; o modo de relacionamento entre os grupos sociais; os critérios de aceitação dos indivíduos nesses mesmos grupos ou em relação ao acesso das pessoas aos espaços sociais de atuação profissional, política, religiosa, esportiva, recreativa, associativa ou educacional, entre outras. Não se realça, aqui, o aspecto volitivo ou consciente, mas a própria dinâmica social, segundo a qual os excluídos assim o são, não por decisão consciente daqueles que os excluem, mas em razão dos obstáculos sociais que se impõem de forma intransponível.

As teorias da discriminação tradicional e institucional não são contraditórias: antes, completam-se, na medida em que se colocam como faces distintas da mesma moeda e que se evidenciam justamente pelo contraste que as caracteriza. Tal análise, portanto, impõe-se como primordial para a correta aplicação da teoria do *disparate impact* ou do impacto desproporcional. A ocorrência de discriminação consciente, tradicional, tem sido combatida e efetivamente mitigada por políticas públicas compensatórias, mas o que se tem observado é que, apesar de leis e de decisões judiciais contrárias à discriminação deliberada, as exigências sociais atinentes aos mecanismos de funcionamento e de acesso aos espaços participativos findam por gerar mais discriminação, desta feita, não declarada, sobrelevando, deste modo, a importância da teoria institucional, que dispensa a relevância dada pela teoria tradicional à perspectiva volitiva na discriminação. Se em uma determinada instituição, portanto, objetivamente, observa-se presença díspar de pessoas, há que se corrigir tal disparidade, independente da intenção dos membros daquele referido grupo.

### **3.2.2.5 Discriminação na aplicação do direito**

A discriminação na aplicação do direito expõe-se como uma derivação da discriminação indireta institucional, mas que se revela na edição de normas legais, infralegais ou privadas. Inexiste intencionalidade ostensiva de discriminação, mas seus efeitos concretizam-se de forma discriminatória.

Constatam-se dois tipos de discriminação na aplicação do Direito, como expõe o Ministro Joaquim Barbosa Gomes. O primeiro caso deriva do efeito puro e simples da norma. Embora o texto normativo vaze-se em termos neutros, genéricos, o impacto desproporcional da norma no mundo dos fatos evidencia-se objetivamente. A segunda hipótese consiste, mais uma vez, na intenção oculta, não revelada, de discriminar e que não se nota no texto explícito da norma.

Mais uma vez aqui, tanto em uma hipótese quanto em outra, aplica-se a teoria do impacto desproporcional, para que se corrijam os efeitos conscientes ou inconscientes não declarados na norma jurídica. A Constituição atua como mecanismo de regulação jurídica.

### **3.2.2.6 A discriminação manifesta ou presumida**

A discriminação manifesta ou presumida decorre, manifestamente, da observação objetiva de que em uma determinada empresa ou órgão público inexistem representantes de grupos específicos. Objetivamente, portanto, do ponto de vista estatístico, a discriminação se patenteia. Cabe, portanto, ao acusado, discriminar o ônus da prova do contrário. Como se constata, incide aqui, no campo do emprego, a materialização da teoria da discriminação indireta institucional<sup>200</sup>.

### **3.2.2.7 Discriminações legítimas**

A doutrina aponta hipóteses de discriminação que se justificam jurídica e pragmaticamente, pois o tipo de atividade, por exemplo,

---

<sup>200</sup> “Nos Estados Unidos, partiu inicialmente do Governo Federal, por meio da EEOC (*Equal Employment Opportunity Commission*), a iniciativa de levar em conta o critério estatístico como instrumento de aferição e de subsequente tentativa de solução dos problemas de discriminação em matéria de emprego. Ulteriormente, também as cortes federais passaram a fazer uso desse instrumento de análise, tendo a Corte de Apelação do 10º Circuito sido pioneira na matéria, ao declarar expressamente, por ocasião do julgamento do caso *Jones v. Lee Way Motor Freight*, nos anos 60, o seguinte: ‘Em ações de discriminação racial, as estatísticas sempre provam muito mais do que o depoimento de várias testemunhas, e os Tribunais devem dar-lhes os devidos efeitos’. GOMES, J. B. B. *Ação afirmativa & princípio da igualdade...* Op. cit., p. 32.

em um determinado emprego ou em uma determinada empresa, excluiria a possibilidade do acesso de grupos específicos, como aquelas atividades em que o desempenho físico ou os sentidos sejam essenciais. Outro aspecto é a seleção de gênero, também em razão do tipo de atividade profissional a ser desempenhada. Tem sido justificativa válida em hipóteses específicas, como guarda em presídio feminino, atividades que empenhem força física muito intensa, embora a perspectiva de acesso feminino para o enfrentamento de tais hipóteses aos poucos encontre os rumos da não-discriminação, tanto em razão da tecnologia, que vem inserindo robôs ou instrumentos de precisão no trabalho, quanto em razão da demonstração patente da capacidade das mulheres para funções antes tidas como masculinas, como no exército ou na construção civil.

A verdade é que as convenções internacionais da OIT admitem tais exceções, como se observou na Convenção 111 e na 159. A Convenção 111 exclui do campo da discriminação no trabalho medidas restritivas quanto às exigências técnicas para o cargo a ser ocupado (art. 1), bem como quanto a pessoas cuja atividade implique ameaça à segurança nacional, ou, ainda, quanto àquelas atividades indicadas como excepcionais, do ponto de vista das restrições, após consulta às organizações sindicais (arts. 4 e 5). A Convenção 159, por seu turno, também prega o acesso de pessoas com deficiência a empregos adequados (art. 1). A palavra, aqui, acredita-se, deve ser interpretada em sentido duplo. Adequado às peculiaridades da deficiência apresentada pelo trabalhador, mediante adoção dos instrumentos hábeis a propiciar produtividade profissional, e, adequado no sentido de que o emprego deve propiciar ao trabalhador oportunidades iguais de remuneração, progresso profissional, dignidade e cidadania. Outra exceção expressa em ambas as Convenções é o reconhecimento de que as políticas de ação afirmativa que imprimam prerrogativas em favor de grupos específicos não se consideram discriminatórias (Primeira parte do art. 5 da Convenção 111 e última parte do art. 4 da Convenção 159).

As ações afirmativas efetivamente discriminam, mas compensam a discriminação negativa que notoriamente, ao longo dos anos,

afeta determinados grupos. São conhecidas no Direito americano por *reverse discrimination*, no Direito europeu como discriminação positiva. Delas se tratará no item subsequente.

### 3.2.3 O Legado da Luta Antidiscriminatória das Mulheres

O movimento feminista surgiu em meados do século XIX, provocado pelas lutas inerentes ao processo de produção. A organização da classe operária e a divisão social do trabalho levaram à inserção das mulheres nas linhas de produção em condição de inferioridade em face dos homens, tidas que foram como meias-forças. Por outro lado, a estrutura familiar, tradicionalmente centralizada na figura materna, especificamente no que toca aos cuidados com o lar e com a prole, ficaria abalada pela saída da mãe que, aliás, continuaria a manter os encargos com esses cuidados, cumulando-os com a jornada na fábrica. As mulheres assumem papéis econômicos produtivos, mas continuam submissas ao poder dos maridos, tanto que o Código Civil de 1916, no Brasil, atribuía a eles o papel de cabeça do casal. Não possuíam elas direitos políticos ou civis; a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1789, não lhes foi bastante.

A luta pela igualdade inicia pelo direito ao sufrágio universal, na Europa e nos EUA, nas primeiras décadas do século XX, chegando ao Brasil apenas na Constituição de 34, que lhes assegurou o direito de voto. Superada a perspectiva liberal inerente aos direitos civis e políticos, passam as mulheres, sob uma perspectiva marxista, a discutir a divisão social do trabalho na fábrica ou no lar. As relações interpessoais, do ponto de vista da psicanálise, também são revistas a partir do trabalho de Sartre e Simone de Beauvoir, bem como reavaliam-se as relações de poder familiar justamente pelos critérios da psicanálise. A própria linguagem submete-se à ótica da teoria estruturalista da psicanálise, enfocando a linguagem feminina na perspectiva da sexualidade. Muitas estudiosas feministas preocupam-se com as relações de poder, a partir de Simone de Beauvoir, e enfocam a condição feminina e os efeitos da opressão masculina nas relações interpessoais e familiares, fatos que repercutem no trabalho, na sexualidade, no acesso à cidadania, e em outras situações mais.

Na década de 1960- 1970, ampliam as mulheres o rol de suas reivindicações e conquistas: discutem “a escolarização da mulher, os estereótipos sexuais, o trabalho feminino, os papéis da mulher na família”<sup>201</sup>. No período de 1970- 1990, o movimento feminista adquire uma tendência mais cultural, social: busca a qualidade da inserção feminina no trabalho, na educação, nos partidos políticos, nos sindicatos, e em outras áreas. Não se mais pela mera entrada da mulher no espaço público; visa-se o poder de decisão, de influência, a possibilidade de transformar as relações sociais encetando a perspectiva feminina.

Enquanto nos países ocidentais do capitalismo central a luta de engajamento feminino na cidadania desbrava trincheiras de vanguarda, ainda há, como é sabido, povos que consideram as mulheres cidadãs de segunda categoria, submetendo- as a um poder masculino absoluto que lhes tolhe a sexualidade, chegando, às vezes, a procedimentos radicais de castração e de ocultação das feições e demais características do corpo feminino, em que, para casamento, filhas se submetem a escolhas que os pais julgam convenientes, sendo conferidas às mulheres profissões restritas, principalmente para cuidados com outras mulheres. Mas há, também, aqueles países intermediários, nos quais as mulheres conquistaram certos direitos gerais e, todavia, o acesso a esses direitos não é uma realidade palpável. No Brasil, por exemplo, registra- se oficial<sup>202</sup> o fato de as mulheres acumularem mais anos de escola que os homens, aumentando sua participação no mercado de trabalho e, no entanto, percebem salários 30% (trinta por cento) inferiores na realização das mesmas atividades.

Não por outra razão é que a própria Constituição e legislação ordinária brasileiras contêm vários dispositivos de ação afirmativa que reconhecem a posição diferenciada da mulher, não só quanto à própria

---

<sup>201</sup> GOSDAL, Thereza Cristina. *Discriminação da mulher no emprego: relações de gênero no direito o trabalho*. Curitiba: Gênese, 2003, p. 33.

<sup>202</sup> Folha OnLine. *Mulheres estudam mais, mas ganham 30% menos que homens* Matéria publicada na Folha OnLine de 25 de fevereiro de 2005. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u93713.shtml>>. Acesso em: 01 de março de 2005. “As mulheres aumentaram sua participação no mercado de trabalho, acumularam mais anos de estudos e ainda assim recebem uma remuneração média cerca de 30% menor do que os homens. Isso é o que revela a *Síntese dos Indicadores Sociais*, divulgada hoje pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística)”.

condição feminina, como ocorre com a licença-maternidade, mas em decorrência de sua condição social, historicamente desvantajosa. O art. 7º, XX, da Constituição determina que a lei proteja o trabalho da mulher, mediante políticas de incentivo, o que se fez pela Lei nº 9.029/95, que proíbe discriminação no emprego com relação a “sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade”. Além disso, criminaliza a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou estado de gravidez; a adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador, que configurem: indução ou instigamento à esterilização genética e promoção do controle de natalidade, assim não considerando o oferecimento de serviços e de aconselhamento ou planejamento familiar, realizados por instituições públicas ou privadas, submetidas às normas do Sistema Único de Saúde – SUS.

Em recente alteração do Código Penal, por meio da Lei n. 10.224/2001, o art. 216-A preceitua: “Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente de sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função.”

A inclusão do tema na esfera penal não é suficiente para abarcar todos os aspectos a ele comuns, e muito menos para resolver as questões de prevenção e de reparação de danos morais advindos do assédio sexual. A conduta penal serve como mera referência que, no entanto, não exclui a gravidade da perpetração do assédio sexual cometido por colegas do mesmo nível hierárquico e, mesmo, de subordinados para superiores. A doutrina e a jurisprudência aos poucos reconhece a culpa da empresa por não vigiar adequadamente a conduta de seus trabalhadores ou de não estabelecer critérios adequados de seleção de pessoal, ou seja, a conhecida culpa *in eligendo* ou *in vigilando*<sup>203</sup>.

Embora o tipo legal não se refira a vítimas femininas do assédio sexual, admitindo-o em relação a homens também, no que está correto, é notório o conhecimento de que as mulheres são as maiores vítimas

---

<sup>203</sup> NASCIMENTO, Ob. Cit., p. 913- 916

do assédio sexual no trabalho e em razão delas justamente que a discussão veio à baila, não só neste país, mas, também em todos os outros.

A Lei nº 9.799/99 estimula planos de formação profissional para as mulheres, e sugere a proposição de convênios para que as empresas estabeleçam políticas de incentivo ao trabalho feminino. No que concerne à condição materna, a CLT, a jurisprudência e as negociações coletivas asseguram intervalos para amamentação, oferecimento de creches no interior das empresas ou convênio com o mesmo fim ou auxílios salariais para o custeio de creches, além da licença-maternidade, acima mencionada, que também se estende para mães adotivas.

A Lei 7.855/89 já revogara uma série de disposições que não se justificavam desde 1988, pois, antes da Constituição daquele ano, às mulheres proibiam-se o trabalho noturno, insalubre ou perigoso, o que não encontrava a mínima plausibilidade diante das conquistas que já se vinham travando.

Todas essas ações afirmativas no trabalho da mulher respaldam-se na Convenção 100, da OIT, de 1951, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo 41.721, de 25/06/57; na Convenção 111, da OIT, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo 62.150, de 19/01/68; e na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, da ONU, de 1979, ratificada no Brasil pelo Decreto 4.377, de 13/09/02.

O feminismo cumpriu seu papel, transformou a sociedade e, hoje, atravessa crise, sai da “ribalta”, como se evidencia na ascensão, nas últimas décadas, da ideologia liberal individualista, mas sua contribuição foi inestimável. A família abriu-se pela divisão de poder familiar entre o pai e a mãe, multiplicou-se, sendo cada vez mais crescentes unidades familiares dirigidas por mulheres; as relações de produção feminilizaram-se, eis que o espaço da força física vem sendo ocupado por robôs, prevalecendo a necessidade da argúcia profissional, da inteligência emocional e relacional no trabalho, espaços que vêm sendo ocupados pelo ponto de vista feminino, tanto na organização do aspecto produtivo, quanto no direcionamento da

produção para o consumo da mulher, cada vez mais crescentes no mercado. A sociedade plural sintetiza a maior vitória da ação das mulheres.

Não há, no que se expõe, nenhuma ilusão de que as lutas pela igualdade tenham atingido o seu ápice; tal realidade mostra-se, porém, inegável que, ao menos nos países do capitalismo central, patamares sociais ocupados por mulheres destacam-se como referências a serem atingidas com a transformação cultural e interpessoal nas relações de poder. A subversão da sociedade machista, imperante há séculos, distende o rumo da História, inaugurando a possibilidade de que a guerra seja substituída pelo diálogo. O apreço pela vida é muito forte e comum ao instinto materno, cuja influência deveria atuar mais presentemente nas decisões políticas que militam em favor da indústria bélica. Talvez, assim, o impulso de morte, que até hoje domina as relações internacionais, possa ser substituído pelo impulso de vida. Esta é uma esperança que reside na fé, na grandeza natural do corpo feminino, que gera, alimenta e libera vida. Isso não quer dizer que a mulher, apenas porque o é, não seja agressiva, ou competitiva, ou, mesmo, belicosa. O governo de Margareth Thatcher, por exemplo, mostrou-se extremamente hostil às conquistas do Estado de Bem-Estar Social. Defendem-se aqui, apenas, os aspectos favoráveis da participação recíproca de homens e de mulheres nas decisões políticas, cada um com a sua experiência cultural e, até, fisiológica.

A superação da opressão machista liberta a todos indistintamente, porque permite experimentar-se liberdade, pluralidade e igualdade real entre os seres humanos que dividem entre si a bela tarefa de amar, de gerar vida, de cuidar da vida. Outra possibilidade é o respeito à liberdade de opção hetero ou homossexual, uma vez quepois a perspectiva trazida pela sexualidade feminina, atualmente exposta e discutida, abre campo para toda a gama que a sexualidade humana pode conter, antes restrita às imposições da dominação da força física masculina. Mais uma vez, aqui se evidencia, como se vê, a unicidade dos direitos humanos fundamentais; as conquistas do movimento feminista suplementam os direitos humanos sociais, são direitos de uma minoria, antes oprimida, que

transpassam os aspectos inerentes às classes sociais, às relações entre capital e trabalho. Trata-se da metade da população humana que é vista como minoria, porque não ascendeu, em grande parte do planeta, à condição da respeitabilidade cidadã. As diferenças substanciais entre homens e mulheres evidenciam-se, não só quanto à sexualidade, mas quanto à perspectiva de mundo; não se pretende negá-las, o que se almeja, ao menos assim parece, é promover o somatório dessas diferenças, para que se possa constituir uma humanidade mais una, mais inteira.

No que diz respeito à construção dos direitos humanos, o papel da mulher consolida, de uma vez por todas, a idéia de igualdade na diferença e de aceitação dessa diferença<sup>204</sup>.

#### 3.2.4 O Legado da Luta Antidiscriminatória dos Índios

Também os povos da terra americana foram vítimas de violentos massacres no processo de apropriação da terra instaurado pelo colonialismo europeu. Dezenas de milhões de índios foram mortos e sua cultura subjugada. Culturas sofisticadas, como os astecas, os incas, os maias e as demais sul-americanas que influenciaram a língua, a nossa alimentação, a conduta brasileiras, música, arte e literatura sobrevivem apenas na memória cultural, já que aos seus protagonistas não se concedeu o direito de prosseguirem jornada, nem em terras que eram suas, nem em qualquer outro espaço, por mais confinado que pudesse existir. A preservação dos povos indígenas não prescinde de reservas territoriais e respeito cultural capaz de preservá-la e possibilitar que usufruam das conquistas tecnológicas da cultura branca. Já se superou o paradigma do “índio feliz na mata”. Já se sabe que há que preservá-lo em suas origens culturais, mas abrir-lhe portas para as cidades brancas, portas em todos os sentidos. Talvez a reparação possível seja ínfima. É, porém, imprescindível.

---

<sup>204</sup> “Enquanto movimento histórico de transformação social, o feminismo já passou actualmente da moda, vítima, nas nossas sociedades ditas pós-modernas, da crise das ideologias de processo e da ascensão dos individualismos. Mas mantém-se bem presente na cena pública, por vezes sob a forma de um feminismo institucionalizado, mas mais frequentemente através de debates renovados, nomeadamente sobre a necessidade de defender o múltiplo e de não confundir igualdade e identidade ou sobre os desvios da indiferenciação entre o pessoal e o político; e através também de novas mobilizações, contra o assédio sexual no trabalho, por exemplo”. THÉBAUD, Françoise. *Desafios: introdução*. In GOSDAL, ob. cit., p. 34.

O Estatuto do Índio, Lei nº 6.001/73, visa preservar a cultura dos silvícolas e integrá-los, “progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional” (art. 1º). Deste modo, estabelece que “aos índios e às comunidades indígenas se estende a proteção das leis do País, nos mesmos termos em que se aplicam aos demais brasileiros, resguardados os usos, costumes e tradições indígenas, bem como as condições peculiares reconhecidas nesta Lei” (art. 1º, parágrafo único). É por essa razão que o parágrafo único do art. 4º do Código Civil estabelece que a capacidade dos índios será disciplinada em lei própria, atualmente a Lei 6.001/73. Na medida em que ocorra a aproximação entre a cultura nacional e a indígena, os critérios legais podem se flexibilizar. O art. 4º do Estatuto classifica os índios de acordo com a condição de proximidade entre sua comunidade e a comunhão nacional, apontando os seguintes critérios:

*I - Isolados - Quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional; II - Em vias de integração - Quando, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservam menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vão necessitando cada vez mais para o próprio sustento; III - Integrados - Quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura.”*

Como se observa, justifica-se a proteção para a prática de atos da vida civil em razão das diferenças culturais, da falta de proximidade entre a cultura geral e a indígena. Cessada esta, atenua-se a condição de incapacidade relativa, concedendo-se, progressivamente, a plena capacidade civil, tão mais próxima seja a convivência, o entrelace cultural. Estendem-se, assim, aos índios, todos os direitos inerentes à cidadania, respeitada, todavia, a carga cultural que os caracteriza, tanto que o art. 6º da lei em epígrafe determina que, para efeito das relações de família, da ordem de sucessão, do regime de propriedade e dos atos ou negócios realizados entre índios, apliquem-se as normas de seus costumes, o que também valerá para as pessoas estranhas que com eles negociarem, salvo se optarem pelo direito comum, havendo de prevalecer a regra mais favorável aos índios, sempre.

Estabelece-se, destarte, um regime de tutela para as relações entre índios e não-índios, tutela esta exercida pela FUNAI, sendo nulo qualquer ato praticado por índio não integrado e qualquer pessoa estranha à sociedade indígena, sem a devida assistência, salvo se o índio revelar consciência sobre o ato praticado, desde que este não lhe seja prejudicial (art. 8º da Lei). O art. 9º, por sua vez, estabelece os requisitos para a liberação da tutela, que sempre ocorrerá quando o indígena atingir a maioridade civil, atualmente 18 anos, obtiver conhecimento da língua portuguesa, habilitação para o exercício de atividade útil para comunhão nacional e adquira razoável compreensão dos usos e dos costumes da vida nacional. O aperfeiçoamento da liberação da tutela dá-se por meio de decisão judicial, pela ciência da respectiva decisão por parte da FUNAI e pela homologação em cartório de registro de títulos e documentos.

Os arts. 14 a 16, da Lei 6.001/73 cuidam dos direitos laborais, sendo o princípio medular o da não-discriminação entre indígenas e demais trabalhadores, sendo asseguradas aos primeiros as proteções trabalhistas e previdenciárias e eventual adaptação das condições de trabalho aos usos e aos costumes indígenas. Os índios isolados não podem contratar a locação de serviços ou contrato de emprego, sendo nulo o contrato, aplicando-se, porém, todos os direitos, interrompendo-se a prestação de serviços. Quanto aos índios integrados, ou em vias de integração, presume-se a autorização para o trabalho pela emissão da Carteira Profissional (CTPS), sendo necessária a assistência da União, quando da rescisão contratual. Isto tudo quando se tratar de trabalho de índio para qualquer pessoa não indígena. As relações internas às comunidades indígenas seguem os usos e costumes, critério este que se atenuará de acordo com o grau de integração da respectiva comunidade à cultura nacional do Brasil. A contratação, no entanto, sempre dependerá de aprovação prévia da FUNAI, sendo estimulada a contratação por equipe ou a domicílio.

Esta exposição do Estatuto do Índio fez-se, unicamente, para indicar o caminho jurídico da sua inclusão. Sabe-se, contudo, que as perspectivas exterminatórias começam, apenas, a se reverter no Brasil, e o

sucesso dessa reversão ainda é questionável, mormente em face da sociedade globalizada, neoliberal, em que recrudescer a espoliação da diversidade biológica nas matas brasileiras, submetendo, mais ferozmente, os povos indígenas à sanha do capitalismo internacional. De qualquer modo, a democratização e a possibilidade de diálogo institucional entre índios e brancos também atuarão como fatores de enriquecimento recíproco, se bem conduzidas.

### **3.2.5 O Legado da Luta Antidiscriminatória dos Negros**

A África apresenta-se hoje, como o mais esquecido dos continentes, a provar a insuficiência das teorias de mercado para o acolhimento das necessidades humanas. As nações africanas sofrem guerras tribais permanentes; o HIV dizima populações sem qualquer resistência organizada de saúde pública; e as relações interpessoais e grupais distanciam-se das conquistas mais elementares, no que concerne a direitos humanos, o que leva a reflexões, diante do processo de globalização, quão iníquas têm sido as conquistas civilizatórias. Todos os índices de pobreza absoluta são culminantes no continente negro, apesar da inestimável contribuição dos próprios povos negros para a construção das bases do capitalismo de mercado.

A vinda dos negros para a América impulsionou o desenvolvimento mercantilista europeu e a própria Revolução Industrial, já que as riquezas cavadas no solo americano, tanto nas minas, quanto na agricultura do açúcar e do café, na América do Sul, e do algodão, na América do Norte, financiaram os investimentos que possibilitaram o desenvolvimento da indústria. O trabalho escravo dos negros foi alimentado enquanto útil para a lógica da maximização do lucro. Quando passou a ser anacrônico, em razão da necessidade de incremento do mercado de consumo e do combate ao *dumping* social, evidenciado nas colônias portuguesas e espanholas, em detrimento das inglesas, holandesas e francesas que, no século XIX, já não admitiam o trabalho escravo, este progressivamente extinto, abolido, ao menos no plano formal. A igualdade formal não se compadecia mais com a idéia de subjugar povos ou raças e, frise-se, o

próprio mercado já não se satisfazia com a falta de perspectiva de consumo de larga massa da população americana.

A despeito da opressão secular que visava anular a cultura e a dignidade desses povos africanos, a pujança racial e cultural que os movia impôs-se irrefreável, forjando todo o arcabouço da estética artística contemporânea. A dança, a música, a literatura, as artes plásticas, o teatro, a moda e até mesmo as religiões absorveram a contribuição negra que hoje predomina em todos esses campos e, no dizer de Gilberto Freyre<sup>205</sup>, subjaz, inclusive, à manifestação do temperamento que caracteriza o povo brasileiro. A saga dos povos negros nas Américas, porém, evidencia dor, exploração e crueldade que a Europa branca colonizadora moveu contra aqueles povos africanos. Nos EUA, o sul escravocrata, monocultor, oprimiu seus negros e impôs uma cultura de *apartheid* que gerou a Guerra Civil de Secessão e que, apesar da derrota desse modelo produtivo em favor do norte industrial e abolicionista, deitou profundas raízes, cujas conseqüências começaram a se atenuar apenas na segunda metade do século XX, com os movimentos de cidadania negra estadunidense. O Estatuto dos Direitos Civis<sup>206</sup> foi forjado

<sup>205</sup> “Na ternura, na mímica excessiva, no catolicismo em que se deliciam nossos sentidos, na música, no andar, na fala, no canto de ninar menino pequeno, em tudo que é expressão sincera de vida, trazemos quase todos a marca da influência negra. Da escrava ou sinhama que nos embalou. Que nos deu de mamar. Que nos deu de comer, ela própria amolengando na mão o bolão de comida. Da negra velha que nos contou as primeiras histórias de bicho e de mal-assombrado. Da mulata que nos tirou o primeiro bicho-de-pé de uma coceira tão boa. Da que nos iniciou no amor físico e nos transmitiu, ao ranger da cama-de-vento, a primeira sensação completa de homem. Do moleque que foi o nosso primeiro companheiro de brinquedo.” FREYRE, Gilberto. *Casa-grande & Senzala*. São Paulo: Global, 2004, 49ª edição, p. 367.

<sup>206</sup> UNITED STATES OF AMERICA. Civil Rights Act Of 1964. Disponível em: <<http://usinfo.state.gov/usa/infousa/laws/majorlaw/civilr19.htm>>. Acesso em: 03 de março de 2005. Em seu Preâmbulo declara: “Uma Lei para reforçar o direito constitucional ao voto, conferir jurisdição a todas as cortes distritais dos Estados Unidos para promover medidas judiciais reparatórias contra a discriminação em acomodações públicas, autorizar o ajuizamento de ações como intuito de proteger os direitos constitucionais nos serviços públicos e educação pública, estender a Comissão responsável sobre os Direitos Civis, prevenir a discriminação em programas assistenciais federais, implementar a Comissão sobre Igualdade de Oportunidades no Emprego, e outros propósitos.

Em 1991 nova Lei dos Direitos Civis (*US – Civil Right Act of 1991*). Disponível em: <[usinfo.state.gov/usa/infousa/laws/majorlaw/civil91.htm](http://usinfo.state.gov/usa/infousa/laws/majorlaw/civil91.htm)>. Acesso em: 03 de março de 2005.) aperfeiçoa a de 1964, e tem como propósitos implementar os remédios apropriados contra a discriminação intencional e perseguição ilegal no local de trabalho, codificar os conceitos de *business necessity* e *job related* enunciados pela Suprema Corte Americana nos casos *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971), e em outra decisão da Suprema Corte em *Wards Cove Packing Co. v. Antonio*, 490 U.S. 642 (1989), para confirmar a autoridade estatutária e proporcionar as linhas gerais estatutárias para o julgamento dos processos que versem sobre as *disparate impacts* sob o Título VII do *Civil Rights Act* de 64 e para responder as recentes decisões da Suprema Corte ampliando o alcance dos estatutos de direitos civis relevantes para

em 1964, justamente impulsionado pela luta do movimento negro americano para o acesso aos espaços públicos nas escolas, nos hospitais, nos transportes públicos, nos logradouros, e em outros espaços, porque em algumas cidades do sul havia calçadas para brancos e outras para negros, escolas para uns e escolas para outros, prevalecendo um verdadeiro estado de segregação.

Mas o negro norte-americano vem, progressivamente, conquistando espaços de cidadania e fazendo irradiar pelo mundo a cultura africana. O *blues*, o *rock*, o *jazz*, o *soul*, o *hip hop* têm origens no ritmo cadenciado da percussão africana e no anseio de liberdade. Segundo os estudiosos<sup>207</sup> da música popular, o *blues* e o *jazz* nascem, no século XIX, da utilização pelos músicos negros de instrumentos em mau estado de conservação, já abandonados pelos brancos e adquiridos de segunda ou de terceira mão pelos negros. Esses instrumentos de sopro já não se afinavam com a precisão necessária, o que produzia notas até meio tom abaixo da escala normal, obrigando-os a desenvolverem uma escala musical até então desconhecida pela música culta: a escala pentatônica, cuja peculiaridade reside na inclusão da chamada *blue note* que imprime aos acordes um aspecto de lamento, de dor. A dissonância e as terças em bemol são as características básicas da estrutura do *jazz* e do *blues*. Subvertem-se, assim, as bases da música européia e o *jazz* refluí, posteriormente, no início do século XX, para a própria música erudita<sup>208</sup>, que o incorpora como música culta, a mais culta construção musical popular.

Curiosamente, embora o *blues* e o *jazz* exaltem melodias inicialmente melancólicas, a partir de um dado tema melódico proposto pelo compositor, colocam-se os músicos sob o desafio da improvisação de notas que derivam do tema melódico inicial, respeitando a estrutura dos acordes da música, de sua harmonia, mas flutuando livres pela escala. Rompem-se, assim, os grilhões da partitura, da música escrita até então conhecida,

---

proporcionar proteção adequada às vítimas de discriminação.

<sup>207</sup> STROFF, Stephen M. *Descobrimdo o melhor do Jazz* (Discovering great jazz, 1991). Rio de Janeiro: Ediouro, 1994.

<sup>208</sup> Compositores como Debussy, Satie, George Gershwin, Stravynsk e o próprio Villa-Lobos, ou Camargo Guarnieri, no Brasil, assimilam a dissonância e a fluidez melódica do Jazz.

extrapolando para o inefável infinito melódico que somente a liberdade de criação pode acessar. Os músicos cultuam a liberdade e a coesão coletiva do grupo; cada um é individualmente livre, mas o *jazz* e o *blues* só se produzem bem em grupo pelo somatório dos indivíduos. Toda a música popular contemporânea, como o *rhythm and blues*, o *rock- 'n- ' roll*, o *soul* e o *hip hop*, são filhos diretos da estrutura cadenciada, livre e energética do *blues* e do *jazz*, gêneros musicais que suscitam a liberdade corporal, a contestação de valores preestabelecidos e a manifestação tribal, grupal desses anseios de contestação e alegria por todo o Ocidente.

No Brasil, movimento semelhante deu-se com o gênero musical denominado choro<sup>209</sup>. Aos escravos não era permitido o acesso aos bailes e saraus brancos, como sói acontecer. Ouviam a música que lá se produzia e, utilizando-se de instrumentos que lhes eram mais acessíveis, como os de percussão, o violão, a viola, o bandolim e o cavaquinho, reproduziram a estrutura melódica da música branca, acrescentando-lhe, todavia, o ritmo negro. O choro é, portanto, a soma do batuque, do lundu, com a música portuguesa, a polca, a valsa, o minueto, e de outros mais. Dele derivam o samba, o samba-canção, a bossa nova e o próprio rock- 'n- 'roll brasileiro, enfim, toda a construção da música popular brasileira contemporânea. A própria música produzida no norte e no nordeste do Brasil também originou-se da fusão do ritmo africano com as melodias portuguesas, tal como se deu com o baião, com o chachado, com o bumba meu boi, com o axé baiano, com o frevo pernambucano e com tantos outros.

O choro também, como o nome expressa, é, tal como o *blues*, lamento resistente. Tomando como referencial um tema melódico mais complexo que os do *jazz* e do *blues*, porque composto por duas ou três partes estruturadas rigorosamente sob o aspecto formal, os músicos também improvisam em alternância coletiva. Este se destaca como o ponto de contato entre a música estadunidense e a brasileira, o improvisado e a coesão coletiva, a liberdade estruturada coletivamente; a música alegre, contestadora, livre. O samba, versão mais simplificada e mais ritmada da música negra brasileira,

---

<sup>209</sup> TINHORÃO, José Ramos. *Pequena história da música popular: da modinha ao tropicalismo*. 5ª ed., São Paulo: Art Editora, 1986.

teve origem na Bahia, inspirado em uma dança africana denominada umbigada, mas tomou vulto no sudeste, principalmente nos morros cariocas, onde os negros foram segregados após a abolição da escravidão. Produziu gênios, como havia feito o choro, de Pixinguinha, considerado um marco universal da música popular. Cartola, Nelson do Cavaquinho, entre outros, lançaram as bases de toda a estrutura contemporânea da música que se produz no Brasil, hoje, em todos os seus gêneros.

Também a literatura do mulato<sup>210</sup> Machado de Assis consagra-se exuberante em definitivo, como a maior manifestação da arte escrita no Brasil e referência mundial; a escultura barroca de José Francisco Lisboa, filho de escrava<sup>211</sup> e, posteriormente, deficiente físico por consequência da hanseníase, avultou-se como expressão absoluta do gênio universal; enfim, expressões da genialidade negra brasileira são incontáveis e conhecidas por todos: Gilberto Gil, Paulinho da Viola, Djavan, Milton Nascimento, e tantos outros, e que brotam por toda parte no solo brasileiro, apesar da realidade excludente que o país não ostenta mas exercita.

A abolição formal da escravatura, em 1888, veio a se tornar razão da segregação. Baniu-se a mão-de-obra negra das fazendas, substituída por imigrantes italianos, alemães e poloneses. Por outro lado, o processo subsequente de industrialização também não contou com o aporte dos negros, já que os industriais, se não eram eles mesmos imigrantes, preferiam optar por esse pessoal imigrante, tendo em vista o conhecimento e a experiência que já acumulavam do convívio em terras da Europa. Por todo o século XX os negros foram mantidos em favelas, nos morros ou nas periferias das cidades, sem acesso à educação, ao trabalho qualificado, a serviços públicos de saúde ou à moradia adequada. Foram quatro séculos de escravidão oficial e um século de abandono, sem a reparação que lhes seria devida.

---

<sup>210</sup> Releituras – Resumo Biográfico e Bibliográfico. Disponível em: <[http://www.releituras.com/machadodeassis\\_bio.asp](http://www.releituras.com/machadodeassis_bio.asp)> Acesso em: 04 de março de 2005.

<sup>211</sup> Moderna On Line. Disponível em: <<http://www.moderna.com.br/moderna/arte/aleijadinho>> Acesso em: 04 de março de 2005.

Os índices de violência nos centros urbanos, o crescimento incontrolável do tráfico de drogas e armas escancaram sintomas dessa doença social, dessa dívida secular da nação brasileira. Os dados oficiais da OIT materializam-se em estatísticas incontestes, denunciadoras do elevado grau de desemprego dos negros, baixa remuneração e escolaridade, índices que se agravam quando se trata de mulheres negras<sup>212</sup>. A teoria do impacto desproporcional tem sido aplicada nas universidades onde as estatísticas evidenciam o absoluto distanciamento dos negros do ensino superior, o que tem sido objeto de atenção por meio de políticas de cotas<sup>213</sup>.

A política de cotas provoca muita polêmica<sup>214</sup>, discussão, inclusive no âmbito acadêmico, social e judicial. Alega-se que as cotas atuariam como um paliativo, cuja implementação acarretará uma

---

<sup>212</sup> Os negros recebiam cerca de 50% do salário de um branco, já as mulheres negras, 39%, em 2001. O índice de desemprego das mulheres negras, em 2001, alcançou 13,8%, em flagrante crescimento com relação a 92, quando o índice atingiu 8,6%. A pesquisa da OIT baseou-se em dados do Pnad (Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios), do IBGE, em 1992 e 2001. *Salários de negros são 50% mais baixos*. Folha de São Paulo de 13/05/2003, p. C1.

<sup>213</sup> A adoção de cotas raciais nas universidades brasileiras constitui um tema, ainda bastante polêmico, tanto entre a população em geral, quanto na comunidade acadêmica. Entre as universidades que se posicionaram a favor das cotas para negros, adotando-as em seus vestibulares, a partir de 2001, estão a Universidade de Brasília (UnB) (nesta as cotas são reservadas para negros e índios – 10%) e as universidades públicas dos Estados da Bahia, Rio de Janeiro e Ceará; a partir do vestibular de 2005, a Universidade Federal do Paraná e da Universidade Federal de São Paulo, também adotaram o sistema de cotas. A Unicamp, Unesp e a USP defendem políticas de ação afirmativa consistente em reforço do ensino médio, com a criação de uma espécie de cursinho dirigido aos alunos do terceiro ano, com a isenção do pagamento de taxas ou concessão de bolsas de estudos aos alunos carentes. (“Reitor quer política de inclusão sem cotas”. *Folha de São Paulo*, 6 de dezembro de 2003, Caderno Brasil: Especial, p. A 6; “Federal barra 3 aprovados por cota indígena”. *Folha de São Paulo* de 16 de fevereiro de 2005, Caderno: Cotidiano, p. C1.)

<sup>214</sup> Defendendo o sistema de cotas e refutando as medidas propostas pelas universidades estaduais paulistas (vide nota 197), a diretora do Centro de Estudos Afro-Brasileiros da Universidade Cândido Mendes, Rosana Heringer, afirma, no jornal *Folha de São Paulo*, ser necessária a tomada de medidas imediatas, e não de médio e longo prazo, em prol da inclusão dos afro-descendentes no ensino superior brasileiro. No mesmo sentido, a professora Fúlvia Rosemberg ressalta as dificuldades enfrentadas pelos negros para completarem seus estudos em decorrência da barreira da herança histórica do passado escravagista, que impedia o acesso dos negros à escola; para tanto afirma que “é preciso dar um tratamento preferencial aqueles que historicamente foram discriminados para que ultrapassem as barreiras que o sistema vem impondo. Eles precisam ter condições de competição similares às dos brancos”(Folha, 6/12/2003, p. A 6). Ainda a favor das cotas, em resposta a opinião do antropólogo Hermano Viana no jornal *Folha de São Paulo* - o qual afirmou serem as cotas uma ameaça à mestiçagem existente no Brasil, uma apologia à separação racial (Folha, 27/06/2004, *Mais!*, p. 6) – o professor Fernando Conceição clama pela união dos mestiços do Brasil em prol da implementação das ações afirmativas, ainda que pontuais e circunscritas a metas preestabelecidas e monitoradas, ainda que não acabem, por si sós, com o racismo, agitam o debate sobre o tema e tornam o país mais humanitário e digno à sua população (Folha, 4/07/2004, *Mais!*, p. 18).

institucionalização do racismo e não solucionará o problema, que residiria na má qualidade do ensino fundamental e médio. Alguns defendem, por isso, a melhoria das condições reais de ensino ou a adoção de cotas para alunos egressos de escolas públicas. Os que defendem a adoção das cotas evocam, justamente, a teoria do impacto desproporcional, que evidencia a presença de alunos de classe média ou rica em detrimento de negros ou pobres. Entre os últimos, os negros se destacam como os mais prejudicados, porque, embora se constate, ainda que de forma muito tímida, a presença de estudantes pobres nas universidades, dentre esses, os que conseguem ingressar são brancos.

Na esfera judicial, alega-se que a Constituição, no art. 208, não autorizaria a política de cotas, eis que o dispositivo constitucional exigiria a satisfação de requisitos educacionais mínimos, os quais se avaliariam pelo mérito aferido pela nota obtida no vestibular; alega-se, ademais, que o art. 5º estabelecerá um critério de isonomia emanado do preceito de igualdade de todos perante a lei, o qual se abalaria pelas decisões das universidades no sentido de privilegiar uma classe social ou um grupo racial. As decisões ainda não se sedimentaram, mas tem prevalecido o entendimento em prol da constitucionalidade das cotas, tanto pela autonomia universitária, assegurada pelo art. 207 da Constituição, quanto pelo art. 3º, III e IV, da Carta Política, que asseguram a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais, com a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Interpreta-se o art. 5º da Constituição transcendendo o aspecto da igualdade meramente formal para assegurar a igualdade real entre

as pessoas <sup>215</sup>. A matéria ainda não chegou ao Superior Tribunal Federal, mas suscitará a discussão dos pontos aqui abordados.

De qualquer modo, a contribuição dos povos negros para a civilização contemporânea insere-se na agricultura, na indústria, nas artes e na cultura e o que está em jogo, agora, é a reparação das agressões historicamente perpetradas contra eles e no contexto da globalização; a inclusão do continente africano, que certamente demandará ações afirmativas de índole econômica, política e cultural.

### **3.3 AS AÇÕES AFIRMATIVAS**

#### **3.3.1 As Diferentes Abordagens Teóricas sobre as Ações Afirmativas**

Adotar-se, para a análise das teorias que se levantam em torno da discussão sobre um direito antidiscriminatório, a linha de verificação sugerida por Roger Raupp RIOS<sup>216</sup>. As teorias doutrinárias propostas tripartem-se em grupos, cujas perspectivas muitas vezes são excludentes entre si e, em outras, complementam-se. Para entendimento da construção teórica, explique-se que a própria oposição entre os grupos ideológicos em confronto firma a dialética imprescindível para a consolidação dos alicerces teóricos que vieram a se refletir em decisões judiciais e na edificação dos ordenamentos jurídicos. A perspectiva procedimentalista confrontada com a substancialista; a antidiferenciação e a anti-subordinação; bem como a

---

<sup>215</sup> “Por fim, sei exatamente o grau de frustração que a jovem impetrante está passando. Sei que lutou e perseverou para alcançar a disputadíssima vaga no curso de Medicina da UFPR. Não conseguiu concretizar, ainda, o seu sonho, em função das cotas reservadas aos negros, que podem, é verdade, ter alcançado, na segunda fase, média inferior à sua. No entanto, é chegada a hora de todos nós, brancos e aquinhoados pela vida em abundância, repartirmos o valor da dívida com o povo negro, que, pela sua escravidão, contribuiu significativamente para a construção das bases do nosso País. Nosso débito é alto. Você está pagando por ele agora. Meus filhos certamente o pagarão. E é possível que meus netos também o paguem. Mas não é possível negar essa dívida ou retribuir-lhes com a ingratidão ou o egoísmo. Conforme-se. Não há injustiça nisso, pelo contrário, é a justiça que ora é proclamada. Tente novamente. Você certamente conseguirá. E quando estiver nos bancos universitários e olhar para o lado, vendo seus colegas negros lá sentados com você, preenchendo um vazio de cor que antes existia, compreenda que você mesma ajudou a construir essa nova realidade, para que o Brasil começasse a se tornar uma sociedade mais livre, justa e solidária.” Decisão denegatória de liminar em processo nº 2005.70.00.001963-0, 1ª Vara Federal de Curitiba – PR; impetrante: Camila Carvalho de Gouveia, impetrado: Reitor da Universidade Federal do Paraná. Juiz Federal Vicente de Paula Ataíde Júnior.

<sup>216</sup> RIOS, ob. cit.

apuração dos critérios de proibição em face de atitudes discriminatórias excluem-se dos pontos de análise que se destacam no presente trabalho.

### 3.3.1.1 Os procedimentalistas versus os substancialistas

O direito estadunidense lança a discussão sobre discriminação tomando por objeto de análise o próprio processo democrático. Segundo John Hart Ely<sup>217</sup>, o procedimento democrático de verificação da vontade da maioria, devidamente estruturado no Poder Legislativo e manifesto na aprovação das leis, pode acarretar, e freqüentemente acarreta, discriminação deliberada contra grupos que, em razão da tradição cultural, são normalmente excluídos. A demonstração inequívoca de que determinada lei implica exclusão demanda reparação imediata pelo Judiciário, por afronta à isonomia constitucional. A crítica mais veemente a esta teoria, que não pretende eliminá-la, mas supri-la, evidencia-se a partir das hipóteses em que não se caracterize discriminação intencional, claramente dirigida, mas que o efeito da lei finda por discriminar. Também se levantam os críticos contra o fato de que o procedimentalismo não se detém na análise das origens históricas da exclusão, passa ao largo dos aspectos sociológicos de factibilidade imprescindível, segundo eles, para o real alcance do efeito discriminatório, na maior parte das vezes não declarado, impreciso.

Os substancialistas suscitam, deste modo, outra abordagem. Mobilizam-se impulsionados pela simples constatação histórica de que existem grupos apartados das benesses sociais e que essa apartação constitui um mal em si mesma. Tal constatação veio à lume a partir da decisão do caso *Brown v. Board of Education*, de 1954, justamente no auge das lutas pelos direitos civis que se travavam naquele país. A teoria foi instituída por importantes constitucionalistas, tais como Kenneth Karst, Paul Brest, Alan Freeman, Owen Fiss, Laurence Tribe, Gerald Gunther, Bruce Ackerman e Cass Sunstein, que desenvolveram a chamada *equal protection clause*, cada um sob uma perspectiva distinta, que se dividem em duas teorias básicas: a teoria do estigma e a teoria da desvantagem dos grupos discriminados.

---

<sup>217</sup> A teoria procedimentalista veio a lume, pela primeira vez, no caso *Carolene Products*, julgado em 1938. Neste caso, “a Suprema Corte assentou as bases para a abordagem procedimentalista, ao afirmar que atos legislativos discriminatórios, produzidos em desfavor de grupos politicamente fracos e sem representação adequada, devem desencadear um exame rigoroso por parte do tribunal, em atenção ao princípio democrático”. Ibid., p. 18.

A teoria do estigma constata o efeito cultural, tradicionalmente transmitido, de determinados estigmas que se impingem em face de alguns indivíduos ou grupos. São estereótipos que pesam sobre a vida dessas pessoas. A *equal protection clause* deve compensá-las. O estigma, em si mesmo, constitui um dano, instituindo-se uma reparação *prima facie*. A teoria da desvantagem observa a impossibilidade de que os grupos discriminados avancem no espaço social, seja em razão dos prejuízos culturais sofridos, seja pela impossibilidade de participação política, tanto pelo voto, quanto pela inexistência de candidatos aos cargos públicos que representem os interesses dessas classes, sendo necessária a institucionalização de mecanismos que viabilizem a aproximação entre esses grupos e os canais institucionais.

O ponto em comum entre os procedimentalistas e os substancialistas reside, seja pelo combate às distorções do regime legislativo democrático, seja pela eliminação dos estigmas e desvantagens, na idéia de que a igualdade é um bem jurídico concreto que extrapola os meros limites da afirmação da isonomia. Como pontua A. Koppelman, procedimentalistas e substancialistas abordam o mesmo problema analisando-o por facetas distintas que se complementam, já que a falta de observância das fontes de que se originam os problemas de discriminação, comum aos procedimentalistas, vem a ser suprida pelo viés substancialista que, no entanto, também se socorre de métodos de equalização formal da lei. Deste modo, embora aparentem oposição epistemológica, as teorias em foco complementam-se nos resultados, sendo primordial a utilização parcimoniosa da contribuição de ambas.

### **3.3.1.2 As perspectivas da antidiferenciação e da anti-subordinação**

Trata-se de abordagem inerente ao direito dogmático, referindo-se, portanto, aos critérios de elaboração e de aplicação da lei. Construiu-se a teoria da antidiferenciação para se refutar qualquer tratamento diferenciado, prejudicial ou de favorecimento em face de aspectos proibidos. A diferenciação em razão da raça, da origem, do gênero, da deficiência, da opção sexual já apresenta sinais claros de vedação jurídica.

Trata-se, assim, de encetar ações efetivas em face das diferenciações proibidas pela lei ou pela sedimentação da jurisprudência, garantindo-se a neutralidade das instituições, protegendo-se indivíduos vítimas de discriminação intencional. Em princípio esta corrente sugere-se “hostil”, nas palavras de Roger Raupp RIOS: “a idéia de ações afirmativas em favor de certos grupos, considerando-as discriminatórias em relação aos grupos não-beneficiados”<sup>218</sup>. Os adeptos desta teoria repelem qualquer norma em favor de grupos, por considerá-la produto de um direito especial, contrário à isonomia genérica. Constitui-se como manifestação absoluta da igualdade formal, liberal e finda por prestar bons serviços, porém apenas em face da discriminação direta intencional, explícita, ignorando a discriminação indireta, implícita, estatística do impacto desproporcional.

A teoria da antidiferenciação mostra-se positiva, não só em face da discriminação direta, mas também porque apresenta procedimentos juridicamente conhecidos que se adaptam ao combate à discriminação. Reforçam-se os princípios da imparcialidade, da universalidade e da objetividade, tão caros ao direito e à dogmática jurídica; valorizam-se o individualismo e as liberdades individuais afirmadas pelos méritos pessoais de cada um, afastando-se os estereótipos e os preconceitos comuns às visões coletivistas ou grupais. Advoga, destarte, uma aplicação simétrica do princípio da igualdade formal, positivista. Os críticos dessa teoria, no entanto, demonstram a insuficiência desta, apontando para a ausência de conteúdo de realidade, o mesmo vácuo de conteúdo já observado ao longo deste trabalho acerca da igualdade formal. A pseudo-universalidade das políticas antidiscriminatórias formais, se levada às últimas conseqüências, não eliminaria as políticas públicas flagrantemente discriminatórias, pois ao invés de se adequarem as instituições às demandas das minorias, haveria instituições extintas, pela impossibilidade de atendimento. Ao invés, por exemplo, de se obrigar um clube a admitir brancos e negros, a única resposta possível, diante desta teoria, seria o fechamento do clube, ou a extinção da previdência social, porque esta última não estende benefícios a homossexuais. Quais seriam os parâmetros, então, de aferição da igualdade?

---

<sup>218</sup> RIOS, R. R. Op. cit., p.

Como se comparar pessoas e grupos sociais? Qual o paradigma? Talvez o do Estado original, de John RAWLS, sendo de se invocar, novamente, as críticas de Henrique DUSSEL<sup>219</sup>.

A teoria da anti-subordinação reprova tratamentos que perpetuem situações de subordinação, admitindo tratamentos diferenciados, justamente para superar situações concretas de discriminação, atendendo, assim, as situações em que a discriminação é implícita, não intencional, mas real, estatística. É a estrutura jurídica da teoria do impacto desproporcional assumindo a perspectiva do discriminado, preocupando-se, assim, com grupos socialmente subordinados, subjugados. A palavra subordinação, então, deve ser vista do ponto de vista da submissão social e política em que são colocados alguns grupos em relação a outros dominantes. Lastreia, portanto, as ações afirmativas sempre que estas se revelarem necessárias e eficazes para equilibrar o jogo social, eliminado o jugo a que são submetidos os oprimidos. Os adeptos da teoria da anti-subordinação repelem esta visão formalista de igualdade, considerando-a nefasta, injusta, uma vez que se preocupa com a dinâmica da igualdade a partir da visão histórica, contrastando, desse modo, com a olímpica visão da teoria da antidiferenciação. Os defensores das ações afirmativas preocupam-se, conforme dito, com a promoção da igualdade real, objetiva. A principal evidência de confronto entre essas teorias reside no formalismo e no individualismo da primeira em face do realismo e do coletivismo social da segunda.

### 3.3.1.3 Critérios proibidos de discriminação

Um aspecto teórico complementar imprescindível diz respeito à aferição dos critérios de proibição de discriminação e, subseqüentemente, de que grupos devam ser protegidos. Este rol, por vezes, dependendo do ordenamento jurídico, é expresso, taxativo; em outras, é presumido e decorrente de disposições constitucionais genéricas. Situações existem em que se adota um regime misto, em que a lei enumera determinadas proibições, mas a Constituição elastece-as recorrendo a disposições

---

<sup>219</sup> Vide item 3.1.2 do capítulo III.

genéricas. É comum, com o amadurecimento atual das teorias antidiscriminatórias, a indicação de proibição de discriminação de gênero, raça, estado civil, deficiência, origem. Novas demandas, porém, reiteram-se permanentemente, na medida em que os grupos sociais se organizam e impõem sua presença, protestando, exigindo condições de igualdade, tal como ocorre com os homossexuais. Há, ainda, demandas singularmente específicas, como as que atingem mulheres negras que acumulam razões de perdas sociais. Cabe, então, indagar qual o melhor meio de indicação das proibições: se taxativa, genérica ou mista.

A doutrina norte-americana, até em razão da natureza marcadamente jurisprudencial desse direito, não se preocupa com a fixação taxativa de proibições, mas elege critérios de aferição, que se bifurcam. Protegem-se situações pessoais notoriamente marcadas, concernentes à origem, à raça, ao gênero, e a outros, e protegem-se, outrossim, escolhas ou condutas pessoais estigmatizadas, como religião, opção sexual, e outras. A eleição dos grupos sociais protegidos em razão de condições pessoais imutáveis e involuntárias, faz-se pela verificação da “história de tratamento desigual prejudicial, estigmatização, preconceito e hostilidade difusos, estereotipagem, imutabilidade dos atributos de identidade e irrelevância destes”<sup>220</sup>. Quanto às escolhas, visa-se garantir a liberdade de opção, a manifestação livre da vontade. A liberdade fundamental, aqui tutelada, é a religiosa.

### 3.3.2 O Conceito de Ação Afirmativa

Como se verificou, a luta antidiscriminatória sacramenta-se, historicamente, pela mobilização dos grupos discriminados e pela progressiva incorporação institucional dos anseios de inclusão. O direito, inicialmente, ignora, depois, proíbe a discriminação e, com a finalidade de operacionalizar medidas que supram desvantagens históricas, passa a discriminar positivamente. As ações afirmativas ou discriminações positivas vêm a lume neste terceiro momento, portanto, quando se instala a percepção de que a igualdade real transcende a mera aspiração formal igualitária ou a

---

<sup>220</sup> RIOS, R.R. Op. cit., p. 68.

meritocracia dos desiguais, porque as sociedades, histórica e culturalmente, são excludentes <sup>221</sup>.

Segundo ensina Joaquim Barbosa GOMES<sup>222</sup>, as ações afirmativas, em um primeiro momento, instigam, encorajam as autoridades públicas, sem as obrigar, a tomarem decisões em prol de grupos flagrantemente excluídos, considerando a raça, cor, sexo e origem nacional das pessoas, fatores que, até então, consideravam-se irrelevantes. A pressão organizada desses grupos evidenciou as injustiças e impulsionou o estímulo a políticas públicas compensatórias de acesso à educação e ao mercado de trabalho. Nas décadas de 60 e 70, diante da constatação da inoperância das normas de mera instigação, e tendo em conta o aumento da pressão dos grupos discriminados, adotaram-se cotas rígidas, obrigatórias, que vieram a compor nas escolas, no mercado de trabalho e em outros setores da vida social um quadro mais representativo da diversidade dos povos. A estatística era o principal instrumento de prova da discriminação objetiva, restando superada a preocupação com a intencionalidade na discriminação, de difícil prova, e que inviabilizava os avanços no sentido da sociedade inclusiva.

Chega-se, assim, à conclusão de que as ações afirmativas contêm elementos concernentes à compensação, à mobilização de grupos privados, à pró-atividade do Estado na direção dessa compensação e à materialização da igualdade real, concreta, objetiva. Joaquim Barbosa GOMES apresenta um conceito bastante abrangente, que define as ações afirmativas como:

*(...) as ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego.*<sup>223</sup>

---

<sup>221</sup> LORENTZ, Lutiana Nacur. “A luta do Direito contra a discriminação no trabalho”. *Revista LTr*, Vol. 65, nº 05, maio de 2001, p. 519- 531.

CORRÊA. Lélío Bentes. “Discriminação no trabalho e ação afirmativa no Brasil”. *Boletim científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, a. I, n. 2, jan./mar. 2002, p. 83- 90.

<sup>222</sup> GOMES J. B. B. Op. cit., p. 35- 38.

<sup>223</sup> GOMES, J. B. B. Op cit., p. 40.

Trata-se, então, de superar a proibição pura e simples da discriminação, que possibilitava, tão somente, a reparação de danos *a posteriori*, muitas vezes impossível diante da exigência quase sempre intransponível da prova do ânimo discriminatório. As ações afirmativas compensam danos oriundos do passado, de condutas imemoráveis ou de raízes históricas profundas, e podem decorrer de imposição legal, judicial ou de ações voluntárias de entidades privadas instigadas ou não por leis abertas, de política de isenções fiscais, por exemplo, ou bolsas de ensino, e outras tantas. Há que acrescentar à definição acima exposta outras perspectivas de proteção que abarquem outros grupos, tais como as pessoas com deficiências, os homossexuais ou aquelas situações em que a pessoa pertença a mais de um grupo discriminado, como as mulheres negras com deficiência.

As ações afirmativas são, assim, na opinião do autor deste trabalho, medidas que visam a 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. Podem, portanto, decorrer da lei que institua cotas ou que promova incentivos fiscais, descontos de tarifas; podem advir de decisões judiciais que também determinem a observância de cotas percentuais; mas sempre em favor de grupos, porque o momento histórico da criação das medidas afirmativas foi o da transcendência da individualidade e da igualdade formal de índole liberal e também da mera observância coletiva dos direitos sociais genéricos, que implicavam uma ação estatal universal buscando uma compensação social em favor dos hipossuficientes social e economicamente. As ações afirmativas, como se constatou ao longo deste trabalho, representam um corte de observação da realidade que incide na maioria desvalida, mas observa as peculiaridades das minorias que a compõem, tendo-se em vista a insuficiência das ações genéricas em si mesmas.

Convém, aqui, à guisa de reforço argumentativo, considerar a densa abrangência da lição da professora Carmen Lúcia Antunes Rocha, reproduzi-la:

*(...) a definição jurídica objetiva e racional da desigualdade dos desiguais, histórica e culturalmente discriminados, é concebida como uma forma para se promover a igualdade daqueles que foram e são marginalizados por preconceitos encravados na cultura dominante na sociedade. Por esta desigualação positiva promove-se a igualação jurídica efetiva; por ela afirma-se uma fórmula jurídica para se provocar uma efetiva igualação social, política, econômica no e segundo o Direito, tal como assegurado formal e materialmente no sistema constitucional democrático. A ação afirmativa é, então, uma forma jurídica para se superar o isolamento ou a diminuição social a que se acham sujeitas as minorias.*<sup>224</sup>

As ações afirmativas, como já se verificou, tomam por finalidade atender aos direitos dos indivíduos, levando em consideração a historicidade do grupo social a que pertencem, e reconhecem a concretude de comportamentos preconceituosos, atávicos, culturalmente dominantes nas sociedades. O direito assume, assim, o papel ousado de instrumento pró-ativo que desiste da proibição eloqüente e desce ao mundo da realidade tocando-a, transformando-a, materializando as aspirações grandiloqüentes da liberdade, da igualdade, por meio da fraternidade, como se o Estado agisse como verdadeiro pai que encaminha os filhos de forma a se entenderem, ainda que por medidas coercitivas.

Espera-se que as medidas coercitivas ou facultativas da igualdade assumam caráter provisório, pois, o que se supõe, é que a convivência entre as pessoas, enriquecida pela diversidade, ensine, por si só, a tolerância e supra as distâncias sociais até então intransponíveis, em razão da pesada carga de preconceito herdada de condutas seculares. Assume-se o tratamento desigual aos desiguais na justa medida da desigualdade. No dizer de Joaquim Barbosa GOMES, as políticas de ação afirmativa propiciam igualdade de oportunidades, mas oferecem condições permanentes, enquanto necessárias, para que essas oportunidades se concretizem.

---

<sup>224</sup> ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Ação Afirmativa – O Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica*. In GOMES, *Ação Afirmativa...*, p. 42.

### 3.3.3 Modalidades de Ação Afirmativa

A doutrina brasileira segue a trilha da construção jurisprudencial e doutrinária estadunidense, não só para conceituar as ações afirmativas, como também para classificá-las. Ao longo desta exposição já se delinearam as fontes das ações afirmativas, tanto formais quanto materiais, bem como o objeto da tutela por elas almejada. Estes são os critérios basilares de aferição das normas e medidas de discriminação positiva, ou ação afirmativa. Deste modo, indicam-se inicialmente as origens das fontes formais, como critério de classificação, que implica a verificação do sujeito institucional editor da medida protetiva. Pode essa medida emanar de órgãos públicos, como o Poder Executivo, o Legislativo e o Judiciário; pode decorrer de órgãos privados, como empresas ou organizações não-governamentais. Outro critério de aferição diz respeito à obrigatoriedade ou facultatividade das medidas, eis que as estratégias de inclusão mostrar-se-ão cogentes ou meramente instigadoras, estas por meio de políticas de incentivo fiscal, portanto, de renúncia fiscal do Estado. Outra forma de abordagem diz respeito ao critério de eleição dos grupos tutelados, de acordo com a realidade de cada povo ou com os movimentos desencadeados pelo direito internacional: raça, gênero, deficiência, opção sexual, ou outros.

#### 3.3.3.1 As ações afirmativas decorrentes do Estado

Há que se observar, inicialmente, a natureza de cada direito. Em países da *Common Law*, onde prevalece a jurisprudência como fonte formal do direito, vindo a lei em segundo plano, o Poder Executivo e o Judiciário comandam o processo inerente às ações afirmativas. O primeiro estabelece políticas públicas em relação à educação, aos cargos públicos, aos benefícios da previdência e assistência social, elegendo os grupos cuja necessidade de compensação deve ser atendida. O Poder Judiciário, por seu turno, diante da provocação do Ministério Público, de associações ou de indivíduos lesados, e adotando a teoria da antidiferenciação e da anti-subordinação, combinando, assim, a verificação da intenção discriminatória ou da discriminação direta com a própria teoria da anti-subordinação, em

que prevalecem os aspectos objetivos em detrimento dos subjetivos, intencionais, determina a adoção de cotas para que se componha adequadamente o rol de participantes de empresas, escolas, ou qualquer outro. O Judiciário pode, inclusive, reparar ações discriminatórias que derivem da lei ou do Executivo, desde que se verifiquem efeitos discriminatórios indiretos, até mesmo não intencionais. A lei, no modelo da *common law*, indica parâmetros gerais que decorreram da jurisprudência reiterada, como que ratificando tal jurisprudência. É o que se deu, por exemplo, com o ADA – *The Americans with Disabilities Act* –, o Estatuto dos Direitos Civis e o DDA – *Disability Discrimination Act* –, o primeiro nos EUA e o último no Reino Unido.

Nos países da *Civil Law*, como se constatou, as ações afirmativas de ordem pública emanam, primordialmente, da lei. As constituições elegem critérios e princípios prioritários que se refletem na ação do Poder Legislativo, vindo a lei a estabelecer a eleição dos grupos protegidos e a forma da proteção. O Poder Judiciário apenas atua interpretando as leis, harmonizando-as à Constituição e, a partir delas, impondo condutas aos particulares.

### **3.3.3.2 As ações afirmativas na esfera privada**

Em todo o mundo, vê-se crescente movimento do terceiro setor, assim entendido como o das organizações não-governamentais sem fins lucrativos, que refletem uma organização espontânea da sociedade civil, a qual se mobiliza em razão de motivação assistencial, religiosa, política e ideológica, a fim de patrocinar interesses que lhes digam respeito diretamente. Agrupam os movimentos que imprimem respostas até mesmo no âmbito público. A atuação da sociedade civil é, portanto, voluntária e se dissemina, muitas vezes, em empresas, clubes, escolas, partidos que espontaneamente adotam cláusulas regulamentares de ação afirmativa.

### **3.3.3.3 As ações afirmativas cogentes**

Estas decorrem sempre do Estado, manifestando-se por meio de normas jurídicas ou decisões judiciais, e implicam a utilização de cotas ou a eleição de preferências na destinação de recursos públicos, cuja finalidade

visa atender a grupos sociais específicos. Dirigem-se ao próprio Estado ou aos particulares e comumente exibem caráter provisório, perdurando até que os dados estatísticos reflitam a superação da discriminação que se propunha aplacar. É da natureza, portanto, dessas medidas o resgate histórico de danos perpetrados a grupos específicos, o caráter excepcional e transitório e a finalidade integrativa do quadro social inclusivo<sup>225</sup>.

#### **3.3.3.4 As ações afirmativas facultativas**

As ações afirmativas facultativas decorrem de medidas espontâneas ou estimuladas pelo Estado. Verifique-se, alhures, que os diversos ordenamentos jurídicos podem adotar estratégias distintas, como as cotas, no caso das obrigatórias, ou incentivos, por meio de renúncia fiscal ou desconto em tarifas públicas, para que os particulares, empresas, escolas, e outros, incluam grupos específicos. Há, também, aquelas iniciativas espontâneas, que independem de qualquer incentivo ou obrigatoriedade, mas que operam com o intuito de afirmar posições políticas no sentido de pressionar as instituições públicas. Assim, nada impede, por exemplo, que empresas adotem políticas específicas de contratação de grupos sociais notoriamente discriminados, sendo imprescindível observar se a conduta dos particulares não implicaria uma discriminação injustificada ou preconceituosa. Isso é facilmente observável em se considerando a realidade histórica de cada povo.

#### **3.3.3.5 Os critérios de eleição**

Tradicionalmente, as ações afirmativas seguiram a trilha que se insinua neste Capítulo. A luta das mulheres e dos negros, principalmente nos países de Primeiro Mundo, findou por se refletir na edição de leis, na consolidação da jurisprudência e da doutrina acerca das ações afirmativas. Logo, as primeiras levaram em consideração os aspectos de raça, origem, etnia, gênero e, posteriormente, a elas incorporaram-se outras, referentes às pessoas com deficiências, os idosos, os homossexuais, e sabe-se que o avanço da história e dessa consciência cívica e política advirão novos grupos que merecerão ações afirmativas, talvez não mais no âmbito interno de cada

---

<sup>225</sup> AZEVEDO, Dorotéia Silva de. *Discriminação positiva: o trabalho das pessoas com deficiência e dos obesos*. *Vistos etc*, n. 03, p.37- 42.

nação, mas em um mundo globalizado, tomando-se como referência discussões inerentes à fome e à exclusão de povos inteiros das benesses do mercado, ações afirmativas internacionais em prol de um mundo inclusivo. Tudo leva a crer que tal se consumará, desde que se supere o individualismo competitivo de mercado.

### **3.4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Procurou-se demonstrar, neste Capítulo, que a construção dos direitos humanos perpassa toda a história da cultura e é ínsita à natureza conflitiva do próprio ser humano, e a essa formulação histórica liga-se intimamente a construção do conceito de justiça. A justiça eqüitativa, nascida na Grécia aristotélica, lançou as bases da idéia de aplicação da lei adequada às necessidades peculiares de cada um, mas foram necessários vinte séculos para que se consolidasse a distributividade jurídica eficaz. A consolidação da igualdade formal mediante a afirmação de que a lei deveria ser aplicada igualmente para todos, conforme se estabeleceu na revolução burguesa e se lançou a todas as constituições contemporâneas, afirmou os direitos civis e políticos, protegendo o cidadão das arbitrariedades do Estado absoluto, garantiu limitação do poder em favor das liberdades individuais. O indivíduo emerge dessa consolidação da igualdade formal como sujeito de direito, singular, absoluto em si mesmo.

A individualidade, porém, e a abstração genérica da lei, pela mera afirmação de que todos são sujeitos a tais determinações e ao mesmo tempo beneficiários, não se mostrou suficiente, pois, embora liberasse o indivíduo do jugo opressor do poder de minorias, não trouxe a todos a cidadania prometida, mantendo-se o império da meritocracia grega, que desenvolvera a eqüidade, mas não superara a irrefutável clivagem social daquela sociedade, em que se supunham cidadãos apenas os homens gregos, estreita minoria. Essa condição perdurou ao longo da Idade Média e legitimou o poder absoluto da nobreza e da igreja e, mesmo, apesar das declarações libertárias da burguesia, manteve-se inalterada na prática. Não obstante o asseguramento dos direitos civis se proclamasse universal, apenas uma

minoria, a burguesia, usufruía acesso a tais direitos. A grande maioria padecia pela fome, pela ausência de moradias dignas, de saúde, educação, enfim, direitos básicos inerentes à dignidade. Fez-se, assim, necessária a concepção de um Estado ativo, não mais ausente, e esta ausência pretendida pelo iluminismo perdurou menos que um século, porque o mercado, além de nada regular nas relações jurídicas, gerou profunda iniquidade. A lei da oferta e da procura subjugou, como nunca, a maioria dos homens e grande parte das mulheres e crianças que já se haviam libertado do jugo da escravidão havia séculos.

O Direito do Trabalho, as políticas de educação pública e gratuita, a previdência social, a saúde pública, foram a resposta estatal imprescindível para a retomada do equilíbrio social pela adoção do instrumento caracterizado pelos direitos sociais fundamentais, também impressos em todas as constituições contemporâneas como conquistas inarredáveis, imprescindíveis. Surgem, ao longo do século XX, todavia, várias concepções acerca dessa intervenção do Estado: a socialdemocracia, o nazifascismo e os Estados de inspiração marxista-leninista, que desembocaram, segundo o autor deste trabalho, em falaciosa confrontação, pretensamente ideológica, porque verdadeiramente política, do embate entre a igualdade e a liberdade, como se os direitos sociais ou a intervenção estatal para assegurá-los implicasse uma ameaça às liberdades necessárias, intrínsecas à intervenção do Estado. O fim dos regimes que suprimiram as liberdades individuais por uma ou por outra inspiração política, a partir dos anos 90, suscitou, de forma açada, a tentativa de resgate do liberalismo puro do século XVIII, que afirmou a idéia de que os direitos sociais seriam anacrônicos, acarretando custo econômico decorrente do peso dos impostos, o que também se mostrou rapidamente equivocado, porque os países que implementaram as idéias neoliberais não lograram cumprir as promessas dos defensores dessa retomada liberal.

O que se evidenciou, ao contrário, é que nem mesmo os direitos sociais genéricos, que a boa parte da população assegurariam dignidade concernente aos bens da vida, estenderam-se a todos, realidade

que se patenteou na economia globalizada do final do século XX. A maior parte dos seres humanos não teve acesso àqueles bens , não só pela má distribuição econômica da riqueza, mas pelo uso inadequado da tecnologia, que suprimiu postos de trabalho, aumentou o tempo de atividade laboral daqueles que se mantiveram no processo produtivo e reduziu- lhes os ganhos, curvando- se a economia aos ditames do neoliberalismo.

Paralelamente à ameaça aos direitos sociais, o último quarto do século XX viu nascer a luta antidiscriminatória das minorias secularmente marginalizadas. As mulheres, os índios, os negros, as pessoas com deficiência, entre outros grupos, conquistaram direitos a eles sempre negados em razão de tabus, preconceitos culturalmente atávicos. As políticas de ação afirmativa reforçam a construção da igualdade real que se iniciara nos primórdios do século. Decorrem da percepção de que o Estado interveniente não suprime as liberdades, antes, reafirma-as, na medida em que assegura dignidade substancial a todos. A generalidade das políticas públicas de proteção, contudo, mostrou-se insuficiente para atender às peculiaridades de grupos específicos, como o é o das pessoas com deficiência, o das mulheres, dos índios e o dos negros, ou como serão a de outros grupos que se apresentem como sujeitos específicos de atenção, conforme vem se dando com os idosos, diante do envelhecimento das populações pela melhoria do sistema de saúde, que garante maior longevidade, ou dos homossexuais, que reivindicam o direito de oficialização das relações de mesma natureza, com as repercussões previdenciárias e civis decorrentes. Ou, ainda, o caso dos consumidores, a quem se que conferem direitos processuais e substanciais peculiares, pela condição desfavorável que se colocam perante os produtores e prestadores de serviço. No próximo Capítulo, analisaremos a influência do Direito do Trabalho no novo Direito Civil, nos direitos do consumidor e buscaremos demonstrar a proposta a que nos propusemos acerca da integração que ocorre entre o Direito do Trabalho e as normas de ação afirmativa, mormente aquelas que contemplam o trabalho da pessoa com deficiência, que levam os princípios básicos do Direito do Trabalho a sua realização plena, completando o quadro da própria conformação dos direitos humanos, interdependentes e indivisíveis.

## 4 O DIREITO DO TRABALHO: UMA AÇÃO AFIRMATIVA

### 4.1 O DIREITO DO TRABALHO E O DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

Estabelece-se uma divisão clássica no direito que enseja uma apreciação acerca da origem das normas e da finalidade da tutela jurídica, segundo doutrina de *Ulpiano*<sup>226</sup>. Trata-se de uma bipartição que se origina, desde os primórdios, da preocupação de se verificar a fonte jurídica de emanção da lei, bem como o direito objeto da proteção jurídica. Haveria, assim, o direito público e o direito privado. Este, tutelando os interesses subjetivos dos indivíduos e decorrente da lei e das normas contratuais, agasalhadas pela lei, em oposição, muitas vezes, ao Estado e inerente à cidadania e às relações patrimoniais e familiares. Aquele, emanado do Estado, regulador do interesse público no sentido estrito, limitador, portanto, da esfera jurídica dos indivíduos, externo a ela, mas ao mesmo tempo continente das normas de ação afirmativa, que impõe condutas, como vimos, em prol, mesmo, dos indivíduos ou grupos específicos.

Orlando de Carvalho<sup>227</sup> aponta esta divisão bilateral no direito. Utiliza, para tanto, uma classificação criteriosa, percuciente. Menciona o grupo dos comandos ou o das prescrições jurídicas e o grupo dos poderes ou o das faculdades jurídicas. O primeiro grupo contém normas impositivas que derivam da lei ou das decisões judiciais, determinando condutas ou autorizando-as. Exemplifica este ramo jurídico com expressões, tais como: “o ‘direito’ é que impõe-me a conduta x ou o juiz é que dita o ‘direito’”. Como exemplo do segundo grupo, indica as seguintes referências: “tenho ‘direito’ a contrair matrimônio e cedi meu ‘direito’ à propriedade y”. Assinala, no entanto, o autor, que não pretende estabelecer uma dicotomia radical entre as potestades e as prescrições legais. Primeiro, porque compreende que

---

<sup>226</sup> MASCARO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho: História e teoria geral do direito do trabalho, relações individuais e coletivas do trabalho*. 8ª ed., atual.; São Paulo: Saraiva: 1989, p. 117. “*publicum jus est quod ad statum rei romanae spectato, privatum quod ad singulorum utilitatem (D.I., jus et de jure, 1,2)*”.

<sup>227</sup> CARVALHO, Orlando de. *A Teoria Geral da Relação Jurídica – seu sentido e limites*. 2ª ed. atual. Coimbra: Centelha, 1981.

o direito não se esgota absolutamente nesses dois grupos; segundo, porque, conforme ressalta, estabelece-se uma relação de suplementação entre as normas prescritivas e as faculdades, uma vez que, em síntese, a lei origina tanto as prescrições, quanto os poderes subjetivos, havendo, portanto, uma relação de causa e consequência entre ambas<sup>228</sup>. Ademais, as faculdades geram as normas, persistindo, em qualquer hipótese, essa relação de causalidade.

Há, ainda, outras correntes teóricas que sequer vislumbram a dicotomia entre direito público e privado. Os *institucionalistas*<sup>229</sup> e os *ordinalistas*<sup>230</sup> identificam nas células da organização social elementos de constrangimento jurídico que suscitam as prescrições e as faculdades, o mesmo ocorrendo em relação aos *decisionistas*<sup>231</sup> e aos *existencialistas*<sup>232</sup> que,

<sup>228</sup> No mesmo sentido: MAGANO, Otávio Bueno. *Manual de Direito do Trabalho – Parte Geral*. São Paulo: LTr: Editora da Universidade de São Paulo, 1980., p. 64- 66; VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1968, p. 57.

<sup>229</sup> Segundo Orlando de CARVALHO, os institucionalistas defendem a idéia de que o homem é um ser gregário, cujas iniciativas dependem essencialmente do grupo a que está vinculado. O grupo é uma entidade normativa que impõe condutas às quais o indivíduo adere espontaneamente. A materialização dessa imposição dá-se por meio das instituições que são as idéias que perduram no meio social, espontaneamente, das quais são exemplo a família, a religião, etc. Cita os seguintes autores: SAVIGNY (*Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, de 1814 e *System des heutigen römischen Rechts*, Vol. I, de 1910), HAURIUO e RENARD (Teoria da Instituição), Otto V. GIERKE (*Genossenschafts- theorie*), SALEILLES (*De la personnalité juridique – Histoire et théories*, de 1910) e CASTANHEIRA NEVE (*Questão de facto – questão de direito*, Vol. I). CARVALHO, O., Op. cit., p. 19- 20.

<sup>230</sup> Ainda segundo Orlando de CARVALHO, os doutrinadores ordinalistas são: DAHM (Escola de Kiel), Carl SCHMITT e LARENZ (*Über Gegenstand und Methode des Völkischen Rechtsdenkens*, de 1938). O ordinalismo deriva da idéia de que o direito obedece às “ordens vitais”, das quais fazem parte as ordens sociais, por meio das quais o homem assume a sua dignidade de cidadão. Trata-se de concepção politizada que gira em torno da idéia da dignidade que se obtém pela cidadania. Não se preocupa com a humanização do direito, mas com um Estado que propicie condições objetivas de dignidade. Segundo o autor, os ordinalistas propiciaram as bases teóricas do nacional- socialismo; difere-se do institucionalismo, porque nesta corrente as hierarquias sociais ditam, as regras. acatadas por todos: hierarquias materializadas ou corporificadas no Partido Político, no chefe, etc. CARVALHO, O., op. cit., p. 20.

<sup>231</sup> O decisionismo, segundo o autor retrocitado, constitui uma doutrina muito “mais neutra” que a ordinalista; cita como expoentes dessa doutrina os autores que pensam ser o direito criado no nível da decisão, quando do julgamento, da solução do litígio pelo juiz e não no nível da norma, tais como ISAY (“bem como seus predecessores na tendência para uma ‘Escola do Direito Livre’ ou ‘Teoria do Direito Livre’”), BÜLOW (*Gesetz und Richteramt*), EHRLICH (“livre investigação do Direito”), KANTOROWICZ (“aplicação do direito pelo juiz não é uma autêntica aplicação é um acto de livre decisão, um autêntico acto de vontade”). CARVALHO, O., Op. cit., p. 21- 22.

<sup>232</sup> Consoante CARVALHO, ainda, o existencialismo é menos politicamente empenhada e menos culturalmente atrasada que as demais doutrinas acima descritas e procura averiguar a origem ou o ser do Direito; “o direito aparece como norma, ou, pelo menos, como um comando ou uma autorização, e aparece como um sentimento de que se pode ou se quer alguma coisa”. Refere-se como doutrina: FECHNER (*Rechtsphilosophie*, Tübingem, 1956, p. 251) e MAIHOFER – “integração da filosofia da existência – existencialismo – no mundo do Direito”; ao contrário

por seu turno, não distinguem os direitos nos dois grupos mencionados, preferindo referir-se ao direito como expressão do poder de decisão do juiz, do indivíduo, ou como imposição do poder daquelas decisões. O direito seria, assim, imposição e expressão de poder.

Essa argumentação que confronta a tradicional dicotomia entre direito público e privado, acentuando o destinatário do direito, o ser humano, visapreocupa-se em questionar as bases do direito civil que se engendraram na modernidade. O Código Napoleônico, de 1804, revelava os interesses da classe burguesa que não mais refletiam o homem “abstrato” dos enciclopedistas iluministas; defendia, isto sim, a preocupação com a consolidação da propriedade, com a garantia de sua manutenção e de sua transmissão perpétua no seio da família, que era dominada pelo *pater-familias* em razão dos interesses da preservação da propriedade. Embora o Código Napoleônico centralizasse gozos e fruições dos direitos na figura do indivíduo, do homem livre, tratava-se de um homem artificial, ideologizado, centralizado nesse homem que é proprietário, *pater-familias*. Não cuidava daquele de “carne e osso”, oprimido pelo poder econômico e pelas necessidades humanas.

A par da influência napoleônica, os códigos oitocentistas também se uniram na concepção pandectista alemã, que se converteu em lei no Código Alemão, de 1900, o BGB<sup>233</sup>, cuja base doutrinária desenvolvera-se ao longo da segunda metade do século XIX. Os pandectistas ou as *pandectas* buscavam refletir o ideal kantiano de um direito isento da carga jusnaturalista e de qualquer outro influxo ideológico. Segundo KANT<sup>234</sup>, regras de conduta não se impõem, mas, tão-somente, estabelecem-se os critérios para a sua elaboração, os quais devem ser gerais, imparciais.<sup>235</sup> Os pandectistas, destarte, construíram um código extremamente sedutor sob o

---

desta idéia está WELZEL que considerava esta integração impossível, pois, para ele, do ponto de vista existencialista, todo o Direito seria inautêntico.

<sup>233</sup> *Bürgerliches Gesetzbuch* – Livro do Direito Civil.

<sup>234</sup> Sobre o assunto: RAWLS, J., Op. cit., p. 275- 283; explica, esse autor, que esta interpretação deriva da noção de autonomia de Kant. ALEXY, R. Op. cit., p. 57- 58.

<sup>235</sup> Ana Paula de BARCELLOS afirma que, em sendo cada homem um fim em si mesmo, com toda a organização política dirigida a esse homem, o valor humanista seria o valor fundante do Estado. Dessa forma, “não era preciso que a Constituição o dissesse; sua própria existência decorria desse axioma”. BARCELLOS A.P., Op. cit., p.23.

aspecto epistemológico. Trabalhando em torno dos institutos do Direito Romano, elaboraram um sistema civilista exclusivamente conceitual, segundo eles, livre de conteúdo ideológico<sup>236</sup>.

O positivismo pandectista criou uma perspectiva artificial das relações fáticas, estabelecendo uma moldura jurídica, dentro de cujos limites desenvolveu algumas relações jurídicas contempladas pela lei e, somente no estrito âmbito dessas relações conformou os direitos subjetivos, subjugando os fatos sociais, uma vez que o que estava fora da moldura institucional não se legitimava juridicamente. O ser humano, sujeito de direitos, então, deveria conformar a sua conduta às instituições preestabelecidas pelo direito; os atos humanos que não se enquadrassem, portanto, careciam de juridicidade. Ficava o ser humano em segundo plano em relação aos institutos jurídicos idealmente balizadores da conduta social<sup>237</sup>.

Ambas as correntes, a napoleônica e a pandectista, não obstante se pretendessem antagônicas, findaram por servir a mesma finalidade de sustentação da ideologia burguesa, centralizada na patrimonialidade do Direito Civil. Os civilistas do século XX beberam das duas fontes e forjaram os códigos de acordo com a concepção ideológica napoleônica, em cujo modelo alça-se o ser humano como um dos institutos ao mesmo patamar de outros mais relevantes, mormente aqueles que cercam o direito à propriedade. E, tudo isso, norteando-se pela clássica divisão

---

<sup>236</sup> Nas palavras de Orlando de Carvalho: “ (...) fácil foi aos pandectistas construir o Direito como um sistema de conceitos, sistema em que cada conceito inferior se procura reduzir a um conceito superior - a um conceito ainda mais simples, mais puro, mais distante da vida - (...)” e prossegue referindo-se ao sistema pandectista como: “ (...) um sistema fechado a toda a penetração de humanismo jusnaturalista, já porque na sua base tem apenas as regras de um direito pouco sensível a essa espécie de infiltrações - tanto por ser historicamente concluído como por se ver, historicamente, como o Direito por excelência -, já porque no seu topo, como critério de justiça, tem apenas a forma da <<moralidade>> kantiana (da qual se disse, com ironia certa, que teria mãos puras se ela tivesse mãos...)” CARVALHO, O. de, Op. cit., p. 41-42.

<sup>237</sup> FACHIM, Luiz Edson; RUZIK, Carlos Eduardo Pionovski. “Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica” IN: *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Org: Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 93- 95. “A Escola Pandectista buscou, portanto, criar uma pretensa ‘realidade jurídica’ baseada em modelos: o Direito apreende situações fáticas do passado, positiva no presente por meio de modelos que busquem um máximo de generalidade e de abstração, com vistas a oferecer respostas prévias para o futuro. O Código Civil é visto como um sistema de soluções *prêt-à-porter*. Mais que isso, o Direito se reduz a essas soluções prévias, se reduz aos modelos” (p. 93).

metodológica pandectista dos códigos que contêm: parte geral introdutória, direitos das obrigações, direitos das coisas, da família e das sucessões. A lisura e a elegância conceitual do texto da lei exime o aplicador de qualquer responsabilidade em relação à pessoa que sofre os efeitos da lei, visto que o direito objetivo reina soberano, distribuindo as faculdades subjetivas que somente dele emanam.

O Código Suíço, de 1907, manifesta a primeira reação contra os pandectistas e contra o Código Napoleônico. Orlando de CARVALHO descreve-o como uma estrutura centralizada nos direitos da pessoa, na defesa da personalidade, das necessidades reais humanas<sup>238</sup>. Iniciando-se com um livro referente ao direito das pessoas, o Código Suíço redimensiona todos os outros direitos a partir da perspectiva humanista. Compõe-se, assim, da seguinte estrutura: livro sobre as pessoas, livro da família, livro das sucessões e livro dos direitos reais. Relembre-se, a retomada do humanismo, aqui, aparta-se do abstratismo personalista do Código Napoleônico. O Código Suíço, no dizer de KOHLER<sup>239</sup>, mais importante monumento jurídico depois do Código Francês, cuida do homem tal como ele é, provendo-o de suas necessidades inerentes à condição de ser vivo.

Também o Código Italiano, de 1942, reflete, a seu modo, a aversão daquele povo à frieza cientificista das Pandectas. Após árduo processo que se estendeu por muitas décadas, de 1865 a 1942, esse corpo codificado reproduz o Código Suíço, repelindo a parte geral do BGB e acrescentando aos elementos importados da Suíça, um livro sobre as obrigações e um sobre o trabalho (que incorpora o que era tradicionalmente o direito do comércio). O Código Tchecoslovaco, de 1964, outrossim, rompe com a tradição socialista iniciada pela União Soviética no sentido de adotar os parâmetros pandectistas. Apesar de conter um livro introdutório nos moldes germânicos, o Código em tela elimina as categorias abstratas do direito das coisas e das obrigações em prol de categorias concretas,

<sup>238</sup> CARVALHO, O de, Op. cit., p. 64- 65.

<sup>239</sup> IONESCU e BARASCHPA. “*Les constantes du Droit*” apud CARVALHO, O., Op. cit., p. 64- 65, nota 58. CARVALHO alude para o fato de REICHEL, RABEL e KOHLER serem juristas alemães do início do século, confirmando que na própria Alemanha, estendeu-se “um ligeiro véu de sombras e de dúvidas sobre a impressão de absoluta perfeição científica criada pelo Código Civil Alemão (...)” (p. 65), com a promulgação do Código Suíço de 1907.

disciplinando, então, o direito à propriedade, ao uso e aos serviços. Logo, a reação que se refletia no Código Suíço, e nos que o sucederam em busca de uma legislação civil, livres do abstracionismo humanista jusnaturalista e das “fórmulas geométricas” do BGB, logrou resgatar o ser humano como tal e como destinatário das proteções legais.

O movimento contemporâneo denominado “Repersonalização do Direito Civil”, por Orlando de CARVALHO<sup>240</sup>, não implica, apesar do prefixo “re”, uma volta aos moldes individualistas liberais que nortearam os códigos oitocentistas. Trata-se de uma nova guinada do Direito Civil em busca de seus verdadeiros fins, agora, todavia, imantado por uma despatrimonialização de seus institutos. A pessoa e, mais ainda, a dignidade da pessoa norteiam o novo Direito Civil, submetendo o direito à propriedade aos valores ligados à afirmação do ser humano como condutor e destinatário dos “esforços” da lei. O Código Civil brasileiro reafirma essa tendência por força dos dispositivos constitucionais que, implícita ou explicitamente, assim o impõem. Ao longo dos cerca de 27 anos de tramitação do projeto do Novo Código Civil, convertido na Lei nº 10.406/2002, a tendência de publicização das relações privadas, que nele já se continham, foram incorporadas à Carta de 88.

A defesa do direito da personalidade dos arts. 11 e 21 do Novo Código Civil, a função social do contrato no art. 421 do mesmo Código, bem como a explicitação do princípio da boa-fé contratual objetiva nos arts. 113, 187 e 422, a desconsideração da personalidade jurídica da empresa e a responsabilidade dos sócios por dívidas da sociedade nos arts. 50 e 1.023, sintetizam todos direitos que derivam da dicção do art. 1º da Constituição Federal de 88 no sentido de consagrar a dignidade da pessoa humana, a cidadania e, bem ainda, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Por outro lado, o reconhecimento da união estável e das unidades familiares

---

<sup>240</sup> Ao apresentar sua visão sobre a repersonalização do Direito Civil, assim se pronuncia Orlando de Carvalho: “... do que se trata é pura e simplesmente de, sem nenhum compromisso ‘com qualquer forma de liberalismo econômico e com qualquer espécie de retorno a um individualismo metafísico’, repor ‘o indivíduo e os seus direitos no topo da regulamentação *jure civile*’, não apenas ‘como o actor que aí privilegiadamente intervém, mas, sobretudo, como o móbil que privilegiadamente explica a característica técnica dessa regulamentação’. CARVALHO, O., Op. cit., pág 10.

distintas das decorrentes do casamento, na forma do art. 226, da Constituição, também demonstra a prevalência dos efeitos normativos dos fatos sociais e dos valores que neles se contêm.

Ademais, o Código se caracteriza por uma série de dispositivos legais abertos que enunciam princípios, conceitos indeterminados ou determinados e cláusulas gerais<sup>241</sup>, os quais descortinam a atuação judicial para uma visão mais eqüitativa, humanizada da lei. A aplicação destes princípios exigira intenso exercício jurisprudencial de adoção das bases axiológicas da Constituição Federal. Os direitos fundamentais passarão a traçar as diretrizes da interpretação das cláusulas contratuais, do direito de propriedade<sup>242</sup>, do direito de família, das empresas

---

<sup>241</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. “Contratos no Código Civil – apontamentos gerais” IN *O novo Código Civil: Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale*. Coord: Ives Gandra da Silva Martins Filho; Gilmar Ferreira Mendes; Domingos Franciulli Netto. São Paulo: LTr, 2003, p. 398- 435. O autor distingue com clareza conceitual os princípios gerais do direito, os conceitos legais indeterminados, conceitos legais determinados pela função e cláusula gerais. Define os princípios gerais como “regras de conduta que norteiam o juiz na interpretação da norma, do ato ou negócio jurídico. Os princípios gerais do direito não se encontram positivados no sistema normativo. São regras estáticas que carecem de concreção. Têm como função principal auxiliar o juiz no preenchimento das lacunas”(p.406). Exemplifica- os pelos preceitos romanos de viver honestamente, não causar dano a outrem e dar a cada um o que é seu. Os conceitos legais indeterminados, por sua vez, são indicados pela doutrina de NERY como preceitos imprecisos, genéricos, vagos, caracterizando- se de fora abstrata e lacunosa, o que aumenta as hipóteses de incidência da norma a casos concretos. A inobservância dos conceitos indeterminados, porém, enseja sanções preestabelecidas pela própria lei. Logo, ampliam- se as hipóteses de aplicação, restringindo- se, todavia, a possibilidade criativa do juiz na forma de reparação da ilicitude. Exemplifica- os como “ordem pública e bons costumes, para caracterizar a ilicitude da condição que os ofenda (CC, art. 122); atividade de risco, para caracterizar a responsabilidade objetiva (CC, art. 927, parágrafo único); caso de urgência (CC, art. 251, parágrafo único); perigo iminente, como excludente de ilicitude do ato (CC, 188, II); divisão cômoda, como critério para alienação judicial de imóvel em condomínio que não a comportar (CC, art. 2.019); coisas necessárias à economia doméstica, que dispensam a autorização conjugal para serem compradas, ainda que a crédito (CC, art. 1.643, I); necessidade imprevista e urgente, como causa autorizadora da suspensão, pelo comodante, do uso e gozo da coisa emprestada (CC, art. 581), etc” (p. 407- 408). Os conceitos determinados pela função a aplicação ao caso concreto dos conceitos indeterminados, a sua concretude. As cláusulas gerais, segundo referido doutrinador, por sua vez, “são normas orientadoras sob forma de diretrizes, dirigidas precipuamente ao juiz, vinculando- o ao mesmo tempo em que lhe dão liberdade para decidir. As cláusulas gerais são formulações contidas na lei, de caráter significativamente genérico e abstrato, cujos valores devem ser preenchidos pelo juiz (...)” (p. 408); as cláusulas gerais são, portanto, a positivação normativa dos princípios gerais do direito, de onde se extrai o aspecto normativo dos princípios gerais.

<sup>242</sup> O art. 170 da CF/88 introduz o capítulo ‘Da ordem econômica’ fixando, como cláusula geral, o valor social do trabalho e a função social da propriedade, nesse sentido o art. 1.228, § 1º do CC reza que “Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem que injustamente a possua ou detenha. § 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com e o estabelecido em lei especial, a flora (...)”.

e das sucessões, tudo orientado à dignidade da pessoa humana. Desse modo, o Direito Civil que, historicamente, foi concebido para, nos parâmetros romanos, tutelar o poder do *pater familias* e a manutenção da propriedade, passa a consagrar valores universais, libertários, conquistados ao longo da História.

*O reconhecimento da possibilidade de os direitos fundamentais operarem sua eficácia nas relações interprivadas é, talvez, o cerne da denominada constitucionalização do Direito Civil. (...) Os direitos fundamentais não são apenas liberdades negativas exercidas contra o Estado, mas são normas que devem ser observadas por todos aqueles submetidos ao ordenamento jurídico. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivadas se torna inegável, diante da diluição de fronteiras entre o público e o privado*<sup>243</sup>.

Milton SANTOS ensina que a História se forja na relação que se estabelece entre lugar e tempo, propondo, assim, a existência de um tempo geral, mundial e de um tempo regional, localizado, que diz respeito aos tempos culturais dos vários povos. Essa correlação entre tempo e lugar materializa-se, na História, por meio dos eventos, que, embora sejam passageiros, concretizam-na, revelando a síntese entre os tempos, os lugares e os povos, sujeitos da História<sup>244</sup>. Essa visão impõe-se oportuna para se verificar, durante o processo de globalização da economia, uma tendência construída pelo somatório das histórias dos povos, no sentido de se criarem percepções universais. Como se verifica nos capítulos anteriores, a ação libertária das minorias findou por construir normas gerais em proveito da maioria. O movimento de personalização do Direito Civil mostrou-se extremamente rápido e certamente forjou-se pela incorporação dos direitos sociais e dos direitos decorrentes das ações afirmativas.

O próprio Código Civil brasileiro de 1916, alicerce central da construção do ordenamento jurídico, inspirara-se no Código Napoleônico e nas Pandectas<sup>245</sup>, consagrando, de forma extremamente liberal, a primazia do

---

<sup>243</sup> FACHIN, L. E.; RUZYK, C.E.P., “Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil... Op. cit., p. 98.

E ainda: FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 247- 301.

<sup>244</sup> SANTOS, Milton. *A natureza do espaço. Técnica e tempo. Razão e emoção*. “O tempo (os eventos) e o espaço”. São Paulo, Editora Hucitec, 1996.

<sup>245</sup> DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Contrato individual de trabalho: uma visão estrutural*. São Paulo: LTr, 1998, p. 70- 71: “O nosso Código Civil de 1916, ainda em vigor, praticamente

valor da propriedade, submetendo as mulheres ao poder patriarcal e condicionando as relações familiares ao primado da conservação da propriedade. Como se vê, porém, o Código de 2002 rompe com essas diretrizes liberais oitocentistas, incorporando as influências dos movimentos libertários internacionais, que já se firmavam na Constituição brasileira de 88. Esta assimilação de idéias universais fez-se, contudo, de modo a preservar a evolução histórica do próprio povo brasileiro que já havia gerado, antes mesmo da edição do Novo Código Civil em 2002, normas extremamente avançadas, como o Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA (Lei 8.069/90), o Código do Consumidor (Lei. 8.078/90), normas de ação afirmativa em prol da pessoa com deficiência (Lei 7.853/89 e Lei 8.213/91) e as Leis 10.048/00 e 10.098/00, todas tratando do trabalho, do transporte e do acesso aos locais públicos pelas pessoas com deficiência, processo desencadeado pela edição da Constituição de 88.

Pretende-se, mediante análise no Novo Código Civil brasileiro e do Direito Civil contemporâneo, demonstrar que tal personalização advém de uma reação mundial em face das frustrações geradas pelos olímpicos valores propostos na modernidade. A idéia de uma lei imparcial e de um Estado mínimo que preserve apenas a propriedade e as relações comerciais, compelindo o mercado a que “naturalmente” regule as relações humanas, como sonhavam os liberais nos séculos XVIII e XIX, ao longo do século XX, restringiu-se severamente em prol de um Estado de Bem-Estar Social pautado por um direito inclusivo, tanto genérico, como são os direitos fundamentais sociais, quanto específicos, tal qual as normas de ação afirmativa que agem em favor de minorias. Deste modo, o Direito Civil vem se afastando da defesa exacerbada da propriedade e se dirigindo, por meio de mecanismos de publicização, a defesa efetiva dos valores humanos.

---

transcreveu o BGB alemão, inclusive no que tange a divisão dos livros que compõe a Parte Geral: I das pessoas. II dos bens; e, III dos fatos jurídicos”. O comentário do doutrinador laboral data de 1998, quando vigorava o antigo Código Civil, sendo de que acrescentar que a primazia patriarcal e patrimonial é extraída do conteúdo das normas do velho código civil, no que inspiravam-se nas bases ideológicas da revolução liberal expressa no Código Napoleônico. O velho Código Civil brasileiro era essencialmente liberal e pautava a relação de trabalho pelo contrato de locação de serviço (arts. 1.0216 a 1.0236, CC/ 1916).

Há que prevalecer, portanto, o Direito como um sistema ético, pleno de virtudes humanas, dirigido ao homem comum o qual assegura a sua vontade fazendo lei nos direitos dos negócios; a defesa de sua personalidade, nos direitos das pessoas; a sua sociabilidade reconhecida, no direito das associações; no direito de família, sua afetividade é estruturada; ou ainda, finalmente, a sua dominialidade e sua responsabilidade se potenciam no direito das coisas e das sucessões. O Direito Civil, então, deve agir em defesa do cidadão simples, do homem comum, não mais do grande proprietário, do burguês poderoso <sup>246</sup>.

Embora o Direito do Trabalho tenha sido forjado, estruturalmente, a partir da formulação teórica do Direito Civil, mormente no que concerne ao contrato individual de trabalho, sobre o qual incidem as regras da teoria geral da obrigação do Direito Romano, do Código Napoleônico e das *Pandectas* <sup>247</sup>, apresentou-se, historicamente, como um ramo especializado do direito que abria, desde o seu nascedouro, um nova perspectiva humanizadora da lei. A lei deveria proteger o trabalho do homem, da mulher, da criança, encetando valores íncitos à condição humana do trabalhador ou da trabalhadora. A limitação da idade para o trabalho <sup>248</sup>, a limitação da jornada de trabalho, os descansos semanais e anuais, proteção

---

<sup>246</sup> Orlando de CARVALHO, Op. cit., defende a viabilidade de uma teoria geral até inspirada pelo organicismo pandectista, desde que unida pelos preceitos de paradigma axiológico humanista e concreto, com olhos voltados para a realidade da pessoa comum. No mesmo sentido JJ. Gomes CANOTILHO (“Dogmática de direitos fundamentais e direito privado” IN *Constituição, direitos fundamentais e direitos privados*. Op. cit., p. 339- 357), Aldacy Rachid COUTINHO (“A autonomia privada: em busca dos direitos fundamentais dos trabalhadores” IN *Constituição, direitos...* Op. cit., p. 166- 183) e José Antônio Peres GEDIEL (“A irrenunciabilidade a direitos da personalidade pelo trabalhador” IN *Constituição, direitos ...Op; cit.*, p. 149- 164).

<sup>247</sup> GOMES, Orlando. *Curso de Direito do Trabalho*. Orlando Gomes e Elson Gottschalk. 1ª ed.; Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 141- 160. Orlando GOMES desenvolve um análise do contrato individual de trabalho que incorpora ao Direito do Trabalho os institutos de classificação contratual do Direito Civil, a análise de Orlando GOMES acabou por influenciar toda a doutrina que o sucedeu, a ponto de fazer prevalecer o entendimento doutrinário de que o Direito do Trabalho é basicamente um direito privado, apesar da forte incidência de normas de ordem pública. Tal entendimento deriva do fato de que o contrato individual de trabalho seria, segundo a doutrina majoritária, o instituto central desse ramo do direito.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Op. cit., *Curso de direito do trabalho*, p. 115. “Para Lazcano, Amiaud, Barassi, etc, o direito do trabalho é ramo do direito privado. Isto porque surge de um contrato de trabalho cujas partes são dois particulares agindo no interesse próprio. Também porque, historicamente, o direito do trabalho provém do direito civil e o contrato de trabalho, da locação de serviços do Código Civil”, sendo essa a posição do próprio Amauri Mascaro NASCIMENTO.

Com o mesmo entendimento corrobora, também, Délio MARANHÃO (MARANHÃO, Délio. *Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1977, p. 14).

do salário, proteção da mulher, da criança e do adolescente expõem normas que foram sendo engendradas ao longo dos séculos XIX e XX norteadas pela luta da classe trabalhadora, da intervenção do Estado e da negociação entre trabalhadores e empregadores. O Direito do Trabalho desponta como a primeira manifestação do hibridismo explícito entre direito privado e direito público, porque, embora centralizado no contrato individual de trabalho, célula jurídica que aproxima o trabalhador do empregador, a manifestação da vontade das partes tolda-se sobremaneira de normas de ordem pública, como são as referentes à jornada, à saúde do trabalhador e outras. Também as normas decorrentes da negociação coletiva findam por ensejar direitos e obrigações diretamente aos contratantes individuais, o mesmo ocorrendo com as sentenças normativas que decidem os conflitos coletivos<sup>249</sup>.

Esta exposição, inegavelmente, aclara a influência do Direito do Trabalho no movimento de personalização do Direito Civil. Os civilistas apontam a constitucionalização do Direito Civil como o fato jurídico que ensejou esse fenômeno. Ocorre que, desde 1917, as Constituições passaram a contemplar os chamados direitos sociais do trabalho, fato que se operou primeiramente no México, no ano citado, e na Constituição de *Weimer* de

---

<sup>248</sup> MAGANO, Octávio Bueno. Op. cit., p. 18. A primeira lei do direito do trabalho data de 1802, na Inglaterra, e se denominava *Moral and Health Act*. Estabelecia algumas medidas de higiene do trabalho e limitava a idade mínima para o trabalho em 8 anos, numa jornada não inferior a 12 horas.

<sup>249</sup> Segundo Mascaro NASCIMENTO, a doutrina mista afirma que o direito do trabalho é constituído tanto de normas de direito público, como de normas de direito privado, paralelamente, em face da heterogeneidade dos elementos que o compõem os quais não se interpenetram; defendem esta corrente Paul Roubier, Carnelluti, De Litala, Belloni, Pergolesi, Déufemia, Fantini, Mossé, Jacobi, Pérez Botija, Cabarnellas, García Oviedo, Menéndez Pidal, Alfred Hueck, Walter Kaskel, Planiol, Ripert, Renard, Donati, Eduardo Espínola, Hermes Lima, Orlando Gomes, etc. A doutrina unitária, ao seu turno, entende que o “direito unitário seria a expressão de um monismo jurídico de fundo kelseniano. (...) as normas do direito público e privado estariam fundidas, nascendo uma outra realidade, o direito unitário” (p. 116); dentre os difusores da corrente unitária cita Evaristo de Moraes Filho, Joaquim Pimenta, Égon Gottschalk, Dorval Lacerda, Arnaldo Sussekind, Hedermann, Nusbaum, Flatow e outros. De outra parte, a corrente do direito social compreende o direito do trabalho como, no dizer de CESARINO JR., um *tertius genus*, ou seja, “um direito social, cujas notas características estão no modo pelo qual contempla o homem, na atitude da sociedade em relação ao homem e nos fins da regulamentação jurídica” (p. 117): o homem é percebido como parte da sociedade a qual, por sua vez, é vista como devedora de obrigações para com este homem – daí o direito do trabalho ter a finalidade da proteção dos hipossuficientes; dessa corrente, além de Cesarino Jr, participam Radbruch, Otto von Gierke e Gurvitch. NASCIMENTO, A.M. *Curso de Direito...Op. cit.*, p. 116- 117.

1919, alastrando-se por todo o mundo após a criação da Organização Internacional do Trabalho, também em 1919. Curiosamente, porém, hodiernamente, invoca-se o Direito Civil para fortalecer o Direito do Trabalho. A absorção dos institutos trabalhistas pelo Direito Civil, como a função social do contrato, a despersonalização da empresa e a da pessoa jurídica para responsabilidade civil dos sócios, a defesa dos direitos da personalidade findam-se indicadas pelos operadores do Direito do Trabalho como um mecanismo de atualização do próprio Direito do Trabalho<sup>250</sup>.

Como lembra, todavia, Aldacy Rachid COUTINHO<sup>251</sup>, não obstante o contrato individual de trabalho derive-se do conceito civilista do negócio jurídico, peculiarizou-se, apartando-se das bases do clássico Direito Civil pela ruptura com a idéia de autonomia da vontade como elemento ensejador do negócio jurídico. O contrato individual de trabalho evidencia, desde sempre, a teoria da autonomia privada, pautado para ambos os sujeitos, porém, por um intenso influxo de normas de ordem pública. A vontade desencadeia a contratualidade e somente isso, uma vez que, de acordo com esse desencadeamento, toda a evolução do contrato enquadra-se em normas legais ou coletivas. Aliás, até mesmo nos contratos civis e comerciais a vontade vem se tornando irrelevante nas relações típicas da sociedade de massas; o mero comportamento induz à contratação. No comércio eletrônico, oferece-se a mercadoria genericamente, e o adquirente estabelece o vínculo contratual sem que o manifeste, apenas dirigindo-se à mercadoria exposta. Não se consuma um diálogo entre o vendedor e o adquirente; as ações de um e de outro convergem para a mercadoria exposta,

---

<sup>250</sup> FRAGA, Ricardo Carvalho. *Direitos e Castelos: estudos*. São Paulo: LTr, 2002, p. 55- 58. “Cada vez mais na Justiça do Trabalho, existem reclamações sobre indenização por dano moral. A competência desta Justiça especializada já é quase pacífica, principalmente, após Decisão do Supremo Tribunal Federal, em fevereiro de 1991, Relator Ministro Sepúlveda Pertence (Acórdão STF Pleno MV, Conflito de jurisdição 6.959, J 23.5.90, DJU 22.2.91, p. 1.259). Talvez a previsão dos direitos da personalidade, em vários artigos, 11 ao 21, gerem novos debates. Por primeira vez uma legislação basilar traz tamanha articulação acerca da proteção e personalidade e reflexos daí logicamente decorrentes.”

Ver ainda, sobre o tema: COUTINHO, Aldacy Rachid. “Autonomia privada na perspectiva do Novo Código Civil” IN *O impacto do Novo código Civil no Direito do Trabalho*. Coord: José Afonso Dallegrave Neto; Eduardo Gunther. São Paulo: LTr, 2003, p. 67- 84; e GEDIEL, José Antônio Peres. “A irrenunciabilidade a direitos da personalidade pelo trabalhador” IN *Constituição, direitos ...Op; cit.*, p. 149- 164.

<sup>251</sup> COUTINHO, Aldacy Rachid. “Autonomia privada...Op. cit., p. 67- 84.

tão- somente, fato que evidencia a intensa objetividade<sup>252</sup> que permeia as relações civis e comerciais, sobrelevando o vínculo jurídico em relação à vontade que o desencadeara.

*Por certo, contrato não mais é acordo de vontades do qual nasce, se modifica ou se extingue uma relação jurídica. Contrato é a relação da vida juridicizada que se estabelece pelo comportamento dos sujeitos, de natureza complexa – envolvendo direitos fundamentais, da personalidade e direitos de crédito – e desenvolvido em uma perspectiva socialmente funcionalista, já que o direito não está para assegurar e garantir a exploração e o egoísmo, mas a justiça social e distribuição de riquezas.*<sup>253</sup>

Convém, aqui, mais uma vez, lembrar, além da natureza híbrida do Direito do Trabalho, sobre o fato de ser ele, ao mesmo tempo, público e privado, de forma convergente ao instituto do contrato de trabalho, a velha discussão acerca da própria natureza jurídica da relação de trabalho. A corrente institucionalista citada linhas acima, e desenvolvida na França e na Alemanha, defende que sequer contratualidade há no vínculo laboral, filiando- se à idéia objetiva dos fatos ensejadores das obrigações trabalhistas<sup>254</sup>. A prestação continuada pessoal, subordinada e remunerada de trabalho bastaria, por si só, para ensejar a incidência dos direitos laborais. Os contratualistas, por seu turno, insistem na idéia de autonomia da vontade para sublinhar o aspecto volitivo, como eixo central no vínculo de emprego. Isso para ressaltar o princípio da liberdade de trabalho, da livre escolha das partes.

Os legisladores da CLT, de forma muito hábil, porém, colocaram- se no centro da discussão ao definir o contrato de trabalho, no art. 442 daquele diploma, como: “Art. 442. Contrato individual de trabalho é

---

<sup>252</sup> “Na concepção tradicional de contrato, a relação contratual seria obra de dois parceiros em posição de igualdade perante o direito e a sociedade (...). Seriam o que hoje denominaríamos de contratos paritários ou individuais (...) ainda hoje existem, mas em número muito limitado (...) e somente quando de um mesmo nível econômico”. MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, p. 49 apud CASTELO, Jorge Pinheiro, *O Direito material e processual do trabalho e a pós-modernidade: a CLT, o CDC e as repercussões do novo Código Civil*. São Paulo: LTr, 2003, p. 189.

<sup>253</sup> COUTINHO, A. R., “Autonomia privada...” Op. cit., p. 84. A posição da professora Aldacy lastreia- se nos estudos de Paulo Nalin (NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno. Em busca de sua formulação da perspectiva civil-constitucional*. Curitiba: Juruá, 2001.) e Pietro Perlingiere (PERLINGIERE, Pietro. *Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.).

<sup>254</sup> Ver: NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito...* Op. cit., p. 258- 292.

o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego”. Esta redação permite ao juiz verificar aspectos inerentes ao contrato, como a capacidade do agente contratante, a licitude do objeto ou da forma, quando a lei assim o exigir, mas também autoriza o reconhecimento da existência do contrato somente pela verificação da ocorrência dos aspectos objetivos da relação de trabalho, mesmo quando as partes inicialmente declararem a intenção de celebrar um contrato diverso do de emprego. A vontade inicial se transmuda para que o vínculo laboral exsurja, fazendo incidir toda a legislação protetiva do trabalho subordinado. Nesse sentido, imerja-se na cabível manifestação da professora Aldacy Rachid COUTINHO, para se relevar o aspecto de que o contrato de trabalho enseja, desde o início, uma gama de regras decorrentes da vontade, da lei e da pactuação sindical, aglutinando todos esses institutos jurídicos para somente então emergir como uma relação jurídica complexa envolvendo direitos fundamentais da personalidade e obrigacionais, cuja finalidade preponderante é de reger relações intersubjetivas, mas sob a perspectiva dominante do interesse social.

Observa-se, deste modo, que o movimento privatista de rejeição às regras laborais de ordem pública, conforme já se descreveu no capítulo terceiro<sup>255</sup>, que pretende eliminar a interferência do Estado nas relações entre capital e trabalho, contrapõe-se aos ditames do Direito Civil, o qual hauriu do Direito do Trabalho velhos institutos desgastados pelo tempo, mais ainda em vigor na esfera laboral, mas que findaram por renovar as relações civilistas, publicizadas em face de princípios constitucionais normativos e que personalizaram a aplicação do Direito Civil de modo a colocar em segundo plano o aspecto patrimonial, valorizando a dignidade da pessoa para assegurar a patrimonialidade mínima<sup>256</sup>.

---

<sup>255</sup> Vide item 3.1.2, retro

<sup>256</sup> FACHIN, L.E. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Op. cit., p. 248. “Em certa medida, a elevação protetiva conferida pela Constituição à propriedade privada pode, vale dizer, sendo regra de base desse sistema a garantia ao direito de propriedade não é incoerente, pois, que nele se garanta um mínimo patrimonial. Sob o estatuto da propriedade agasalha-se, também, a defesa dos bens indisponíveis à subsistência. Sendo a opção eleita assegurá-lo, a congruência sistemática não permite abolir os meios que na titularidade, podem garantir a subsistência.”

O princípio da boa-fé objetiva certamente firma raízes nos arts. 9º, 468 e 444 todos da CLT, segundo os quais é nulo de pleno direito qualquer impulso contratual volitivo que prejudique direta ou indiretamente a parte mais fraca, o trabalhador, ou que fira as normas de ordem pública referentes às prestações devidas pelo empregador. Sequer se perquire a intenção dolosa, já que, nesta hipótese, o valor tutelado transcende à vontade das partes. É que os direitos sociais do trabalho são, em regra, indisponíveis, porque íncitos aos direitos fundamentais que tutelam a dignidade do trabalho humano como valor de emancipação econômica e social. A Constituição realça o aspecto humano em detrimento do econômico na relação entre capital e trabalho, do que extrai a função social do contrato de trabalho, que também migrou para o art. 421 do Código Civil.

A função social da propriedade encontra raízes no art. 1º da Constituição que afirma, no inciso IV, o valor social do trabalho e da livre iniciativa e, no art. 170, que tal valor daquele decorre, estabelecendo: “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) III – função social da propriedade; (...)”. Como se vê, o trabalho e a propriedade dos bens de produção são voltados ao destinatário da atividade econômica que é o ser humano, tanto aquele que detém os bens de produção, quanto o que emprega força de trabalho na atividade econômica. Um e outro, o trabalho e a propriedade, não se impõem apenas como componentes do modo de produção, mas como valores norteados pelo princípio normativo da dignidade da pessoa, valor que se procurou ressaltar desde o início da criação do direito do trabalho, que rompeu com o mercado, impondo-lhe limites de ordem política, legal.

Igualmente os direitos da personalidade contidos dos arts. 11 a 21 do Código Civil derivam dessa mesma raiz; a humanização do antigo Direito Civil patrimonial iniciou-se com a humanização da venda da força de trabalho, operada pelo próprio Direito do Trabalho. Reconheça-se que o novo Direito do Trabalho aperfeiçoa a idéia da humanização do trabalho, na

medida em que considera a empresa um espaço público de cidadania<sup>257</sup>, em que devem ser preservadas as fronteiras da individualidade, da personalidade e da privacidade do trabalhador e que tais valores transcendem às matrizes do Direito do Trabalho, que nos primórdios limitava a jornada, garantia o salário e o meio ambiente físico de trabalho. Logo, os direitos de personalidade do trabalhador se forjam hodiernamente e, no Brasil, em particular, encontram lastro jurídico na Constituição e no Código Civil de 2002. Estabelece-se, assim, uma reação contínua de realimentação histórica entre o antigo Direito do Trabalho, o novo Direito Civil e o Direito do Trabalho contemporâneo.

Mas o velho Direito do Trabalho ainda serve de fonte inspiradora do novo Direito Civil. Veja-se, por exemplo, o instituto da despersonalização da empresa (art. 50, CC) e responsabilização dos sócios pelas dívidas da sociedade (art. 1.023, CC), os quais simplesmente aplicam o que a velha CLT já disciplinava nos arts. 2º, 10 e 448, que tratavam da figura da empresa e do grupo de empresas como empregador único e da sucessão de empresas, tudo para assegurar a satisfação de direitos trabalhistas pela vinculação do patrimônio empresarial a tais dívidas, princípio este que, desde sempre, responsabilizou os sócios pelas dívidas contraídas pela sociedade<sup>258</sup>.

Desse modo, não se pretende aqui afirmar que o Novo Direito Civil afigure-se cópia do velho Direito do Trabalho, quer-se, apenas, lembrar que o primeiro ramo do conhecimento jurídico que humanizou as relações de troca comercial foi o do Trabalho, porque se comprovou, historicamente, que a venda de força de trabalho não se compraz com o mercado, eis que a energia laboral humana evidencia-se como manifestação da personalidade do trabalhador e que a despersonalização da pessoa jurídica do empregador é fundamental para satisfação eficaz dos direitos trabalhistas, os quais devem se socorrer do patrimônio da empresa e dos sócios, pouco importando a forma jurídica que a empresa venha a constituir. Rompeu, assim, o Direito

---

<sup>257</sup> Ver Capítulo 1, item 1.1 acerca do pensamento de Antônio Baylos.

<sup>258</sup> MALLETT, Estêvão. "O novo Código civil e o Direito do Trabalho" IN *O impacto do novo Código Civil no direito do trabalho*. Coord: José Affonso Dallegrave Neto; Eduardo Gunther. São Paulo: LTr, 2003, p. 48- 66.

Laboral com dogmas liberais inerentes à liberdade de mercado e à sacralidade da pessoa jurídica.

Não se quer, tampouco, olvidar a forte crítica que sofreu o Direito do Trabalho nas últimas décadas, conforme já se afirmou nos capítulos anteriores. Constata-se uma tomada de posição em favor de valores que consagram direitos fundamentais, sociais, indisponíveis, que transcendem a esfera econômica e que, em certa medida, mantém-na, porque a defesa da dignidade do trabalhador na relação de trabalho destaca-se como valor que preserva até mesmo a força desse trabalhador como consumidor, eis que, se não bastasse o valor inerente à dignidade, seria imprescindível à própria manutenção do modelo de mercado que não sobreviveria sem o consumo. Há, deste modo, um embate entre o pensamento liberal, que pretende retomar a liberdade absoluta de mercado, e o pensamento social, que defende a intervenção do Estado nas relações entre capital e trabalho. Releva-se notar, entretanto, que nas relações civis e de consumo cria-se um consenso no sentido da necessidade da publicização, submetendo-se a contratualidade, ou a vontade das partes, a normas de ordem pública.

Ressalte-se, finalmente, que as regras de ação afirmativa em prol do trabalho da pessoa com deficiência inserem-se nos contratos individuais de trabalho, obrigando a pactuação. Como se verificará, linhas adiante, a lei brasileira obriga as empresas a contratarem pessoas com deficiência em percentuais prefixados em relação a empresas com mais de cem empregados. Nesta hipótese, a vontade inicial, ela mesma, pauta-se pela lei. Sequer se permite aos empregadores rejeitar essa obrigação de contratar, ou de estabelecer prioridade de contratação para pessoas com deficiência no processo normal de dispensas e de contratações da empresa. Inexiste qualquer cerceamento à livre iniciativa, pois, como é óbvio, o empregador não deve contratar apenas em razão da deficiência, mas deverá considerar, prioritariamente, as aptidões do trabalhador, para que enriqueça seus quadros com o concurso da contribuição de um profissional competente, produtivo. Desse modo, o atributo profissional concorre com a condição de

pessoa com deficiência. O impulso volitivo não é, portanto, de todo tolhido, mas condicionado, direcionado pela lei de ordem pública de ação afirmativa.

Assinale-se, por importante, que a lei não pretende apenas inserir a pessoa com deficiência no interior da empresa. Pauta-se, ao contrário, pelo princípio da dignidade da pessoa, que consta como princípio normativo básico da Constituição para a interpretação das normas civis e trabalhistas. Busca, portanto, a inclusão no mercado de trabalho, inclusão produtiva, operosa, o que implica a necessidade de um profundo questionamento acerca da forma da 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<sup>259</sup>, e, assim, assumirem-se novas concepções, inaugurando rumos que descortinem a cidadania inclusiva.

#### 4.2 O CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABALHO

Conforme se afirmava linhas acima, o contrato individual de trabalho constitui a célula jurídica central deste ramo do Direito, porque esse contrato chancela a aproximação entre o empregador e o trabalhador, sujeitos que são em direitos e obrigações que decorrem, tanto da vontade desencadeadora, quanto da própria lei e da negociação coletiva, tudo sob a égide da autonomia privada<sup>260</sup>. Destarte, convém, doravante, desenvolver uma breve análise a respeito das características do contrato individual de

---

<sup>259</sup> Vide item 2.1, Capítulo 2.

<sup>260</sup> DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Contrato individual...* Op. cit., p. 32- 34.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito...* Op. cit., p. 212- 213: “Não por outra razão que a CLT, no art. 444, dispõe que é livre a estipulação das condições de trabalho em tudo o que não contraria a ordem pública, as decisões judiciais e as convenções coletivas de trabalho” (p. 212). A autonomia da vontade é o princípio clássico liberal contido nos códigos inspirados pelos pandectistas e pelo Código de Napoleão. Trata-se da retomada do princípio romano *pacta sunt servanda* que enfatiza a vontade como elemento essencial e central dos contratos que sujeita os contratantes, obriga-os acima de qualquer outro. A teoria da autonomia privada incorpora princípios de ordem pública à vontade que, embora não perca a centralidade da vinculação contratual, submete-se a normas de ordem pública, considerando-se que o contrato não justifica a super valorização da vontade dos contratantes em detrimento de interesses sociais e coletivos, interesses esses que permeiam a todos os contratos. É, justamente, a idéia contida na cláusula geral da função social do contrato no art. 421 do Código Civil.

trabalho, tal como impõe o amadurecimento dos estudos jurídicos oriundos da doutrina civil que migraram ao Direito do Trabalho, conformando-o estruturalmente. Tal medida assume relevância porque o trabalho da pessoa com deficiência desafia alguns conceitos clássicos, concernentemente aos elementos essenciais do contrato.

#### 4.2.1 Definição de Contrato Individual de Trabalho

A própria denominação do contrato de trabalho, contida no art. 442, da CLT, traduz uma inovação, eis que o Código Civil de 1916 disciplinava a matéria sob a égide da locação de serviços, tratando do aspecto da venda do trabalho, tal como se locavam coisas. A energia laboral quedava-se como um objeto que se propunha em troca do pagamento. O nome “contrato de trabalho” visa sublinhar as peculiaridades dos seus sujeitos, empregado e empregador, para se preservar o trabalho humano, não como algo que simplesmente se vende, mas como emanção da pessoa do trabalhador. Adota-se, no Brasil, assim, de acordo com a doutrina dominante<sup>261</sup>, quase unânime, o conceito de negócio jurídico para definir o contrato de trabalho, mas acrescenta-se ao negócio jurídico a peculiaridade inerente aos sujeitos, justamente para diferenciá-lo. Assim, define-se contrato de trabalho como: “negócio jurídico pelo qual uma pessoa física (empregado) se obriga, mediante o pagamento de uma contraprestação (salário), a prestar trabalho não eventual em proveito de outra pessoa, física ou jurídica (empregador), a quem fica juridicamente subordinada”<sup>262</sup>.

Essa definição, como se constata, inclui ao conceito de negócio jurídico as figuras do empregado e do empregador, tal como se definem nos arts. 2º e 3º da CLT. Para que se efetive um contrato de trabalho, então, é necessária a pactuação, ainda que tácita, entre os sujeitos, para a consecução

---

<sup>261</sup> A posição de Octávio Bueno MAGANO (*manual de Direito do Trabalho*, V.II. Op. cit.), Amauri Mascaro NASCIMENTO (*Curso de Direito do Trabalho*. Op. cit), Alice Monteiro de BARROS (*Curso de Direito do Trabalho*. Op. cit.), Maurício Godinho DELGADO (*Curso de Direito do Trabalho*. Op. cit.), Délio MARANHÃO (*Instituição de Direito do Trabalho*. Op. cit.), José Affonso DALLEGRAVE NETO (*Contrato individual de trabalho*. Op. cit.) refletem a tese dominante. Diverge desta doutrina Aldacy Rachid COUTINHO (*autonomia privada na perspectiva...* Op. cit.).

<sup>262</sup> MARANHÃO, Délio. “Contrato de trabalho” IN SÜSSEKIND, Arnaldo... [et. al]. *Instituições de direito do trabalho*, Volume 1. 22 ed., atual., por Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr, 2003, p. 241.

dos fins por eles almejados; o empregado oferta trabalho pessoal, continuado e subordinado ao empregador, a quem compete propiciar o trabalho por meio dos bens de produção, remunerá-lo, dirigi-lo e arcar com os riscos da atividade econômica. Além do aspecto volitivo, conforme já se esclareceu, o art. 442 da CLT sublinha as perspectivas extracontratuais equivalentes à relação de emprego, ao definir o contrato de trabalho nos seguintes termos: “Art. 442 Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego”. Tais valores sempre incidirão, mesmo quando a vontade inicialmente manifestada pelas partes vise um contrato civil de prestação de trabalho autônomo. Se, apesar daquela manifestação expressa pela autonomia laboral, estiverem presentes, todavia, os aspectos neste espaço enumerados, o Direito do Trabalho projetará suas normas, desconsiderando aquela mesma vontade inicial e o pretense trabalhador autônomo será tratado como empregado. Por esse motivo, não basta definir o contrato de trabalho como negócio jurídico; as peculiaridades são tamanhas que a doutrina afirma-o como tal, mas insere a tipificação de seus sujeitos que se opera *op legis*. Com a perspectiva didática, entretanto, a doutrina centraliza os critérios de análise tomando como referencial o contrato, da vontade, ainda que essa vontade permaneça subjacente à conduta das partes.

#### 4.2.2 Os Elementos Essenciais do Contrato Individual de Trabalho

O art. 104 do Código Civil estabelece que a validade do negócio jurídico não pode prescindir de agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável, forma prescrita, ou não defesa em lei. Nesse sentido, o Código contemporâneo é mais preciso que o anterior que tratava da matéria no art. 82, o qual omitia a expressão negócio jurídico, utilizando o termo ato jurídico, bem como os requisitos de possibilidade e determinabilidade do objeto. Mediante este dispositivo legal, o art. 104, portanto, a doutrina,<sup>263</sup> indica, como requisitos do ato jurídico, a capacidade do agente, a licitude e idoneidade do objeto e a forma, esta quando a lei o exigir e desde que, outrossim, não se adote forma proibida. Esses requisitos são os extrínsecos, concernentes ao objeto e aos sujeitos do contrato. Deles

---

<sup>263</sup> RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil, Volume I*. 30ª ed., atualizada, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 171.

decorrem o consentimento livre e eficaz e a idoneidade e eficiência do objeto contratual aos fins colimados. Tais requisitos, de índole doutrinária, visam complementar os requisitos intrínsecos, no sentido de coibir os vícios da vontade e do próprio ato jurídico.

O dolo, o erro, a coação, a simulação e a fraude<sup>264</sup> viciam a vontade dos agentes, tornando nulo ou anulável o contrato. A manifestação da vontade por pessoa incapaz também faz nulo ou anulável o ato jurídico, se a incapacidade for absoluta ou relativa, respectivamente; se o objeto do contrato for ilícito ou inidôneo aos fins colimados, igualmente nulo ou anulável se faz o contrato; a inobservância da forma exigida por lei, também inquina do vício de nulidade relativa ou absoluta o ato jurídico.

#### **4.2.2.1 Da licitude e idoneidade do objeto**

O objeto do contrato de trabalho diz respeito ao serviço que presta o empregado e à contrapartida patronal da remuneração e da obrigação de oferecer condições adequadas de trabalho. Logo, se alguém é contratado para trabalhar em atividade proibida por lei, como ocorre no descaminho, tráfico ou no jogo, o contrato é nulo de pleno direito, não produzindo qualquer efeito, pois a ilicitude é flagrante e, apesar de haver trabalho, não há como protegê-lo legalmente, ainda que o agente trabalhador desconhecesse a ilicitude quando da pactuação. A matéria assume contornos singulares porque o Direito do Trabalho acolhe situações em que se caracterizariam nulidades em decorrência de proibição constitucional. É o que ocorre com o trabalho prestado por crianças em idade inferior a 14 anos, pois, embora a Constituição proíba essa forma de trabalho, caso se constate sua ocorrência, faz-se devida a total incidência das normas laborais, uma vez que não se compraz, este ramo do Direito, com a injustiça que o desacolhimento acarretaria. Reconhecem-se os direitos para todos os fins,

<sup>264</sup> MAGANO, Octávio Bueno. *Manual de direito do trabalho, Volume II*. 3ª ed., rev. e atual., São Paulo: LTr, 1992, p. 196- 201. Vícios do consentimento: a) Erro: idéia falsa da realidade capaz de distorcer a manifestação da vontade; b) Dolo: artifício astucioso utilizado para induzir alguém a prática de um ato, que o prejudica e aproveita ao autor do dolo ou a terceiro; c) Coação: pressão armada para extorquir um ato; d) Simulação: é uma declaração enganosa da vontade, para produzir efeito diverso do ostensivamente indicado; e) Fraude: é o uso de meio aparentemente lícito para obter resultado proibido por lei; f) Fraude contra credores: quando o devedor insolvente pratica atos suscetíveis de diminuir seu patrimônio, reduzindo, desse modo, a garantia que este representa, para resgate de suas dívidas.

mas determina-se a extinção do contrato, caso o trabalhador ainda não tenha atingido a maioria trabalhista, assunto que se apresentará linhas adiante.

A idoneidade e a determinabilidade do objeto são fundamentais para a clareza da delimitação das obrigações de cada parte. Por isso, se alguém for contratado para semear uma fazenda na lua, por exemplo, a nulidade da cláusula restará patente, já que o objeto afigura-se irrealizável. Será inidôneo o objeto que implique, por exemplo, esforço sobre-humano ou excessivo, sendo de se lembrar que a lei proíbe para as mulheres esforço físico superior a 20kg contínuos ou 25kg ocasionais (art. 390 da CLT), parâmetro este também estendido a trabalhadores adolescentes dos 14 aos 18 anos, os quais, igualmente, não podem laborar em atividades ou insalubres, ou penosas, ou perigosas, ou noturnas, por vedação constitucional. Idoneidade diz respeito à peculiaridade do agente e, nesse caso, constatada sua ocorrência, também se reconhecem os direitos trabalhistas, determinando-se, porém, à respectiva autoridade, a cessação da atividade, caso com ela se depare. O mesmo ocorre com atividades imorais, como o trabalho dos garçons em casas de tolerância, levando-se em consideração que a atividade do garçon não é criminosa, nem ilícita, devendo ser protegida por lei. A ilicitude incide no lenocínio<sup>265</sup> que a esses trabalhadores não afeta diretamente. Logo, a constatação desse meio de trabalho implicará a condenação trabalhista do proprietário da casa de tolerância, e a denúncia dessa atividade às autoridades penais. O proprietário será considerado empregador, mas passível de processo penal.

No que diz respeito ao trabalho de pessoas com deficiência, do qual se cuidará especificamente em itens subseqüentes, considerando-se que as empresas são obrigadas a destinar percentual de vagas a pessoas com deficiência, há que invocar a idoneidade do objeto, bem como a boa-fé objetiva do empregador para se verificar se o cumprimento da lei em questão está sendo devidamente atendido pela oferta de vagas compatíveis com o trabalho de pessoas com deficiências físicas, sensoriais ou múltiplas. Em princípio, tem-se a impressão de que grande parte das tarefas na linha de

---

<sup>265</sup> Capítulo V, arts. 227- 230, Código Penal brasileiro: mediação para servir a lascívia de outrem, favorecimento da prostituição, manutenção de casa de prostituição e rufianismo.

produção seriam inacessíveis a pessoas com deficiência, mas medidas simples de adaptação podem conferir-lhes condições de habilidade e de idoneidade aos fins legalmente colimados. Tem sido muito comum a posição de algumas empresas no sentido de afirmar, *a priori*, que não dispõem de tarefas acessíveis aos portadores de deficiências.

Isto, no entanto, é bastante questionável, porque esses trabalhadores detêm surpreendentes habilidades ao senso comum, sendo de se exigir dos empregadores uma postura mais aberta e profissional quanto à matéria, o que demanda tempo e assessoria habilitada, visto que os encarregados dos departamentos de recursos humanos desconhecem, em geral, as habilidades das pessoas com deficiência e as possibilidades reais dos postos de trabalho existentes nas empresas, os quais se ampliam significativamente em face da tecnologia assistida, tanto para deficientes visuais, quanto físicos. Algumas funções surpreendem ao dito senso comum. É notório o fato de que, em empresas automotivas, o controle da qualidade da pintura dos veículos tem encontrado na acuidade inerente aos cegos os melhores resultados, porque esses trabalhadores utilizam o tato para avaliar o trabalho realizado; os surdos têm obtido excelentes resultados nas linhas de produção em razão da capacidade de concentração mais intensa; os cegos têm desempenhado tarefas interessantes pelo computador, inclusive na *internet*, utilizando programas de sintetização de voz que dita o que consta das telas de seus computadores e encaminha os procedimentos de acesso à rede aberta; os deficientes mentais têm-se desempenhado muito bem em atividades de atendimento direto ao público em supermercados ou em empresas de organização de eventos em que laboram em contato direto com os participantes; há deficientes físicos trabalhando em empresas de segurança, na observação das telas que mostram o que se capta nas câmeras de segurança, e muitas outras situações poderiam ser descritas.

#### **4.2.2.2 A forma do contrato de trabalho**

O contrato de trabalho tem forma livre, como preceitua o art. 442 da CLT, salvo exceções, como os contratos de aprendizagem (Lei 10.097/00), de serviço temporário e provisório (Lei 6.019/74 e Lei 9.601/98),

de artista (Lei 6.533/78), de atleta profissional de futebol (Lei 6.354/76 e Lei 9.615/98), bem como a rescisão de todos os contratos de trabalho, se perdurarem por mais de um ano, pois devem ser homologadas no Ministério do Trabalho e Emprego ou no sindicato da categoria profissional. Além do mais, qualquer modalidade atípica de contratação, como o contrato a tempo parcial ou o contrato por prazo determinado, ou a prestação de serviço fora da sede da empresa, e demais situações, devem ser anotadas na carteira de trabalho, para que se possibilite a prova dessa excepcionalidade. Trata-se, aqui, de exigência probatória e não essencial ao ato, diferentemente do que ocorre com aqueles contratos cuja formalidade impregna-se na essência da contratação, o mesmo ocorrendo com a rescisão contratual a ser homologada .

#### **4.2.2.3 Capacidade dos sujeitos**

Este é o tópico mais relevante do presente item, como se verá, porque diz respeito aos trabalhadores e aos empregadores, diretamente. A capacidade do empregador para contratar é bastante flexível, pois a CLT fala em empresa ou grupo de empresas <sup>266</sup>, despersonalizando o empregador, para assegurar a satisfação dos créditos trabalhistas segundo um conjunto de bens corpóreos e incorpóreos que guarnecem o empreendimento econômico do empregador pessoa física ou jurídica. Nisso influenciou, inclusive, o novo Código Civil como já se expôs. Exceção se estabelece ao empreendimento que imponha trabalho ilícito, este não pode ser considerado empregador.

A capacidade do trabalhador liga-se aos arts. 3º e 4º do Código Civil e ao art. 7º, inciso XXXIII, da CF. A regra geral, portanto, reza que as pessoas – todas – são capazes de usufruir dos direitos desde o nascimento, sendo assegurados, inclusive, alguns direitos ao nascituro, como o direito à vida, à herança, ao nome e a outros tantos, mas a capacidade de exercer os atos da vida civil pauta-se por critérios rigorosos para que se preserve a proteção às crianças e aos adolescentes que são cidadãos a quem

<sup>266</sup> O Súmula 129 do TST autoriza o trabalho permanente de um empregado para duas empresas do mesmo grupo econômico, garantindo unicidade contratual, apesar de haver duas tomadoras formais. O empregador é único, porém, o grupo. O § 2º do art. 2º da CLT, bem como o § 2º do art. 3º da Lei 5.889/73, impõem solidariedade patrimonial a todas as empresas do grupo econômico para garantir a satisfação dos créditos dos trabalhadores. O grupo de empresas, aqui, não se caracteriza pela unidade formal da pessoa jurídica, mas pela unidade econômica e diretiva do grupo de empresas.

o Estado, a família e a sociedade devem destinar esforços prioritários para assegurar-lhes a própria cidadania. Também as pessoas com dificuldade de compreender o conteúdo de documentos ou de palavras faladas, ou mesmo dificuldade de expressar-se, ou de ter acesso à palavra escrita ou falada pela falta da visão, da audição ou da compreensão plena, devem ser devidamente assistidas, quando for o caso, ou, preferencialmente, ter acesso a instrumentos adequados para a compreensão da comunicação oral ou escrita.

Desse modo, o art. 3º do Código Civil considera absolutamente incapazes de exercer os atos da vida civil os menores de 16 anos, o que significa dizer que se desconsidera, absolutamente, a sua manifestação de vontade, a ser suprida por representantes legais, pais ou tutores que os representam, ou seja, a vontade destes se sobrepõe à daqueles, desde que ajam em sua proteção. Tampouco se admite qualquer trabalho para crianças e para adolescentes até a idade de 14 anos, quando poderão atuar, exclusivamente, na condição de aprendizes<sup>267</sup>, sendo de se ressaltar que o contrato de aprendizagem é um contrato especial de trabalho, cuja finalidade consiste em assegurar, mediante alternância de tarefas teóricas e práticas, a aquisição de conhecimentos profissionais que podem ser ministrados pelo “Sistema S”<sup>268</sup> ou por entidades sem fins lucrativos, tanto um, quanto outras,

---

<sup>267</sup> O art. 62 do ECA, Lei 8.069/90, considera a aprendizagem uma formação técnico-profissional, de acordo com o que definir a Lei de Diretrizes e Bases da Educação - LDB. Esta, Lei 9.394/96, trata do assunto no capítulo referente à educação profissional. A Lei 10.097/00, disciplina o assunto, alterando os arts. 428 a 433 da CLT, e definindo a aprendizagem no art. 428, nos seguintes termos:

“Art. 428 Contrato de aprendizagem é o contrato de trabalho especial, ajustado por escrito e por prazo determinado, em que o empregador se compromete a assegurar ao maior de quatorze e menor de dezoito anos, inscrito em programa de aprendizagem, formação técnico-profissional metódica, compatível com seu desenvolvimento físico, moral e psicológico, e o aprendiz a executar, com zelo e diligência, as tarefas necessárias à essa formação.

§ 1º A validade do contrato de aprendizagem pressupõe anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social, matrícula e frequência do aprendiz à escola, caso não haja concluído o ensino fundamental, e inscrição em programa de aprendizagem desenvolvido sob a orientação de entidade qualificada em formação técnico-profissional metódica.

§ 2º Ao menor aprendiz, salvo condição mais favorável, será garantido o salário mínimo hora.

§ 3º O contrato de aprendizagem não poderá ser estipulado por mais de dois anos.

§ 4º A formação técnico-profissional a que se refere o *caput* deste artigo caracteriza-se por atividades teóricas e práticas, metodicamente organizadas em tarefas de complexidade progressiva desenvolvidas no ambiente de trabalho.”

<sup>268</sup> Sistema S estrutura o Serviço Nacional de Aprendizagem, administrado pela classe patronal e custeado por parcela da folha de pagamento de salários, que certamente é repassada pelo preços dos produtos à população. Compõe-se do Senai – Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial, Senac – Serviço Nacional de Aprendizagem no Comércio, Senat – Serviço Nacional de Aprendizagem no Transporte, Senar – Serviço Nacional de Aprendizagem Rural e Senacoop –

em convênio com empresas. A aprendizagem se desenvolve até a idade de 18 anos, mas os contratos de aprendizagem não podem superar 2 (dois) anos de duração. Relembre-se que, havendo trabalho de crianças, embora proibido, todos os direitos devem ser assegurados, determinando-se, ademais, a imediata cessação desse mesmo trabalho

Ainda o art. 3º do Código Civil considera absolutamente incapazes os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil. Há, parece, uma significativa alteração em relação ao Código anterior, a qual repercute, sobremaneira, na contratação laboral de pessoas com doença ou com deficiência mental que, no Código anterior eram consideradas absolutamente incapazes e indicadas como “loucas de todo gênero”. O novo Código, além de socorrer-se de uma terminologia mais adequada, faz uma ressalva no sentido de que os doentes ou deficientes mentais são absolutamente incapazes na medida em que não tenham discernimento para praticar atos da vida civil. Em contrário senso, há que se depreender que, na medida em que disponham de discernimento sobre o ato da vida civil, sejam, em relação ao referido ato, considerados capazes.

Logo, em um contrato de trabalho ou em uma sociedade cooperativa ou na prestação de serviço autônomo, sendo estabelecida uma relação obrigacional e compreensível pelo doente ou deficiente mental, está ele apto a figurar como sujeito daquele contrato, o qual deverá ser convalidado, pois a lei abre espaço ao respeito pela capacidade de compreensão manifestada pelo sujeito contratual, ainda que seja uma capacidade residual, concretizada pela repetitividade da conduta, tal como ocorre em contratos de trabalho cuja materialidade se consuma por força da incidência dos aspectos objetivos da relação de emprego, por vezes operosa, mesmo contra a vontade inicialmente manifestada por agentes capazes em razão do que dispõe o art. 442 da CLT. Caso se opte pela interdição do incapaz, o que, para fins de trabalho, parece ser dispensável em razão dos novos termos da lei, a interdição deverá ser parcial, o que se explicita para

que se considere o absolutamente incapaz apto a trabalhar carecendo, eventualmente, de assistência, tal como se conferiria ao relativamente incapaz de 14 a 18 anos na esfera laboral. Sílvio RODRIGUES<sup>269</sup> corrobora este entendimento, esclarecendo que a nova redação do Código Civil vigente tem origem no Decreto nº 24.559/34, o qual altera o Código de 1916, para autorizar que os “loucos de todo gênero” poderiam sofrer interdição parcial, caso demonstrassem uma compreensão residual da realidade, sendo considerados aptos para determinados atos, mediante assistência de curados. A hipótese estaria incerta no inc. II do art. 4º do novo Código que considera relativamente incapaz “(...) os que por deficiência mental tenha o discernimento reduzido”.

Consideram-se também absolutamente incapazes os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir a sua vontade. Trata-se, aqui, de impedimento concernente à compreensão e à manifestação da vontade do sujeito. A surdez e a cegueira não são, por si sós, impedimentos, uma vez que dados os respectivos instrumentos – e estes são direitos inalienáveis – como braile, programas de síntese de voz em computadores ou Linguagem Brasileira de Sinais (Libras)<sup>270</sup>, as pessoas com deficiência auditiva ou visual podem compreender os atos civis e manifestarem-se plenamente. As pessoas surdocegas utilizam-se da comunicação gestual mão-a-mão e, tal como os surdos, por vezes necessitam de intérpretes, o que também se constitui em direito inalienável. A regra se aplica particularmente a pessoas que, por alguma razão, não consigam se manifestar por qualquer uma das formas anteriores, em razão de lesão cerebral que lhes retire essa possibilidade de compreensão ou manifestação. Deverão ser tuteladas ou curateladas, dependendo da hipótese<sup>271</sup>. Há que se compreender, porém, que

---

<sup>269</sup> RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. V. 1. 334 ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 49- 53.

<sup>270</sup> Ver comentários item 5.1, Lei 10.436/02, sobre Libras.

<sup>271</sup> DINIZ, Maria Helena. “Coordenadas fundamentais da tutela e curatela no novo Código Civil” IN *O novo Código Civil: Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale*. Op. cit., p. 1334-1367. Nas palavras da autora: “a tutela é um instituto de caráter assistencial, que tem por escopo substituir o poder familiar. Protege o menor não emancipado e seus bens, se seus pais faleceram, foram declarados ausentes, suspensos ou destituídos do poder familiar (CC, art. 1.728, I e II; Lei n. 8.069/90, arts. 165 a 170), dando-lhe assistência e representação na órbita jurídica, ao investir pessoa idônea nos poderes imprescindíveis para tanto (p. 1.335)”. Outrossim, define a curatela como sendo “o encargo público, cometido, por lei, a alguém para reger e defender a pessoa e administrar os bens de maiores, que, por si sós, não estão em

a deficiência auditiva ou visual não enseja a limitação; esta decorre da falta de meios adequados de comunicação.

O art. 4º do Código Civil, por seu turno, trata das pessoas relativamente incapazes, cuja vontade pode e deve ser manifestada, mas necessita de atuação conjunta de terceiro que não a substitui, mas completa-a, suplementa-a para integralizá-la. Trata-se de assistência legal, não mais de representação. Os relativamente incapazes realizam os atos por si mesmos, mas devem ser acompanhados por assistentes legais, pressupondo, a lei, a quase habilitação para tais atos e não a inabilidade.

São, desta forma, relativamente incapazes os maiores de 16 e os menores de 18 anos. Inovou aqui o Código em relação ao anterior, porque a maioridade civil foi concedida aos jovens de 18 anos, exatamente como já se dava em relação à maioridade penal. O Código anterior concedia a maioridade aos 21 anos. Para o contrato de trabalho, essa capacidade relativa afigura-se mais relativa, pois a concorrência da vontade dos pais ou dos tutores limita-se ao momento da expedição da carteira de trabalho e correspondente amparo da previdência social (CTPS), os quais geram a presunção de que o adolescente está autorizado a trabalhar. Essa capacidade relativa, repise-se, inicia-se para o direito laboral aos 14 anos, na condição de aprendiz. Dos 16 aos 18 anos, além da aprendizagem, pode ser oferecida ao adolescente qualquer outra atividade, desde que não se mostre insalubre, perigosa, noturna, ou prejudicial ao desenvolvimento físico, mental, psicológico ou moral<sup>272</sup> desse adolescente. A assistência também deve ser oferecida no momento da rescisão contratual se o contrato perdurar por mais

---

condições de fazê-lo, em razão de enfermidade ou deficiência mental (p. 1346)”.  
<sup>272</sup> Atividade insalubre é aquela em que a saúde da pessoa seja ameaçada por riscos ambientais, físicos, como excesso de calor, ruído, frio excessivo, exposição a pó, gases, produtos químicos, intempéries e etc; está disciplinada nos arts. 189 a 193 da CLT e por normas administrativas do Ministério do Trabalho e Emprego. Atividade perigosa são definidas por lei como aquelas que expõem o trabalhador a contato próximo ou direto com explosivos inflamáveis e combustíveis, além de trabalho com correntes de alta tensão (Lei 7.369/85, Súmula 361 do TST e Ojs/ TST/ SDI-I nº 5 e 279) ou radiologia (Lei 7.394/85, Decreto nº 92.790/86). Trabalho noturno é aquele prestado das 22:00hs às 05:00hs nas cidades (art. 73 da CLT) e das 20:00hs às 04:00hs na pecuária e das 21:00hs às 05:00 na agricultura (Lei 5.889/73, art. 7º). O trabalho prejudicial a moral do adolescente está regulado no art. 405 da CLT.

Veja-se, também a Convenção 182 da OIT ratificada pelo Brasil que trata de trabalhos intoleráveis para crianças e adolescentes.

de um ano, pois, assim, será necessária a emissão de recibo homologado na forma da lei, homologação esta exigida a qualquer trabalhador.

Também se incluem no rol daqueles considerados incapazes, relativamente, os ébrios habituais, os viciados em tóxicos e os que, por deficiência mental, apresentem o discernimento reduzido. O Código registra um avanço em relação a CLT, eis que, para a legislação trabalhista de 1943, a embriaguez habitual ou em serviço ensejava a despedida por justa causa (art.

482, f). É bem verdade que a jurisprudência<sup>273</sup> e a doutrina<sup>274</sup> trabalhista vem atenuando a literalidade desse dispositivo, admitindo que a dependência do álcool ou de drogas caracteriza-se como enfermidade que merece atenção e reparo, até porque o Instituto Nacional de Previdência Social no Brasil também assim o considera, oferecendo aos dependentes tratamento psicológico, psiquiátrico, uma vez que o alcoolismo e a dependência química

<sup>273</sup> A jurisprudência trabalhista está dividida:

a) Parte dela aplica literalmente a CLT e considera grave a embriaguez habitual, desde que implique repercussões no contrato de trabalho, como, por exemplo:

“RECURSO DE REVISTA. JUSTA CAUSA. EMBRIAGUEZ. Mesmo revelando a decisão atacada profunda preocupação social, pois caracterizada dependência alcóolica, não cabe ao empregador, contra vontade do empregado, encaminhá-lo à previdência social, além do que embora necessária revisão do dispositivo legal, artigo 482, alínea "f" da CLT, tal hipótese continua gerar a despedida motivada, hipótese caracterizada nos autos. Recurso de revista conhecido por divergência jurisprudencial e por violação legal e provido.”

TST – RR – 586320.1999; Região: 10; RR – 5T - DJ 14.03.2003. Rel. Juiz convocado João Ghisleni Filho

“JUSTA CAUSA. ALCOOLISMO. O alcoolismo é uma figura típica de falta grave do empregado ensejadora da justa causa para a rescisão do contrato de trabalho. Mesmo sendo uma doença de conseqüência muito grave para a sociedade é motivo de rescisão contratual porque a lei assim determina. O alcoolismo é um problema da alçada do Estado que deve assumir o cidadão doente, e não do empregador que não é obrigado a tolerar o empregado alcoólatra que, pela sua condição, pode estar vulnerável a acidentes de trabalho, problemas de convívio e insatisfatório desempenho de suas funções. Revista conhecida e desprovida.”

TST - RR Nº 524378.18. 08. 1999 – RR – 03T - DJ 17.09.1999 PG: 207 – Rel. Juiz convocado Lucas Kontoyanis

“JUSTA CAUSA - EMBRIAGUEZ. É certo que o alcoolismo configura-se como doença. Este fundamento, contudo, não é suficiente para afastar a justa causa prevista no artigo quatrocentos e oitenta e dois, alínea "f", da CLT. Recurso de Revista provido.”

TST- Ac. Nº: 249325.10.06.1998 - PROC: RR NUM: 249325.1996. 17ªR – RR – 03T. DJ 07.08.1998 PG: 00729. Rel. Ministro Carlos Alberto Reis De Paula

b) Em sentido contrário, há quem entenda que mesmo havendo certa repercussão no contrato, há que ensejar a incidência das normas previdenciárias referentes ao auxílio doença, com a suspensão do contrato para o devido tratamento do empregado embriagado:

“I - RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA. ALCOOLISMO. JUSTA CAUSA. Não se pode convalidar como inteiramente justa a despedida do empregado que havia trabalhado anos na empresa sem cometer a menor falta, só pelo fato de ele ter sido acometido pela doença do alcoolismo, ainda mais quando da leitura da decisão regional não se extrai que o autor tenha alguma vez comparecido embriagado no serviço. A matéria deveria ser tratada com maior cuidado científico, de modo que as empresas não demitissem o empregado doente, mas sim tentasse recuperá-lo, tendo em vista que para uma doença é necessário tratamento adequado e não punição. Revista parcialmente conhecida e parcialmente provida. (...)”

TST - DECISÃO: 04.04.2001. PROC: RR NUM: 383922. 1997 – 09ªR – RR – 02T. DJ 14.05.2001 PG: 1296. Rel. Ministro Vantuil Abdala.

“JUSTA CAUSA. ALCOOLISMO CRÔNICO. ART. 482, "F", DA CLT. APLICABILIDADE. 1. O alcoolismo crônico é formalmente reconhecido como doença pelo Código Internacional de Doenças (CID) da Organização Mundial de Saúde - OMS, que o classifica sob o título de "síndrome de dependência do álcool" (referência F-10.2), o que afasta a aplicação do art. 482, "f", da CLT. 2. O alcoolismo crônico gera compulsão que impele o alcoolista a consumir descontroladamente a substância psicoativa e retira-lhe a capacidade de discernimento sobre seus atos. 3. Por conseguinte, ao invés de motivar a dispensa por justa causa, deve inspirar no

são enfermidades tipificadas no Código Internacional de Doenças<sup>275</sup>. Assinale-se que a incapacidade relativa não impede a prática dos atos civis, implicando a necessidade de suplementação da vontade do agente relativamente incapaz e, no caso em epígrafe, a incapacidade pode ser transitória com relação às duas primeiras hipóteses. Os deficientes mentais com discernimento reduzido podem laborar, tal como ocorre com os adolescentes, necessitando do curador apenas para a emissão da carteira de trabalho e acompanhamento na homologação da rescisão contratual.

O inc. III do art. 4º repete, aparentemente, a hipótese contida no inciso anterior, porque inclui no rol dos relativamente incapazes “os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo.” Quer aqui, talvez, referir-se às pessoas cuja inteligência cognitiva não se completou, não se

Empregador, até por motivos humanitários e porque lhe incumbe responsabilidade social, atitude dirigida ao encaminhamento do Empregado a instituição médica ou ao INSS, a fim de que se adote solução de natureza previdenciária para o caso. 4. Recurso de revista de que não se conhece.”

TST - DECISÃO: 18. 06. 2003. PROC: RR NUM: 561040.1999 – 15ªR – RR – 01T. DJ 29.08.2003. Rel. Ministro João Oreste Dalazen

“EMENTA JUSTA CAUSA. EMBRIAGUEZ NO SERVIÇO. Dispõe o art. 482, alínea "f", da CLT que a embriaguez habitual ou em serviço constitui justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador. Na hipótese dos autos não ficou configurada a embriaguez habitual, que traria à ilação a doença do alcoolismo, mas sim em serviço, propiciadora de conturbações no ambiente de trabalho e, até mesmo de acidentes, sobretudo no caso do reclamante que tinha por atividade a condução de trator. Tanto a doutrina quanto a jurisprudência têm propendido pela configuração de justa causa desde que se concretize uma só vez, sob pena de convalidar a falta cometida pela aceitação, em face do princípio da imediatidade. Recurso conhecido e provido. (...)”

TST - DECISÃO: 30. 04. 2003. PROC: RR NUM: 764401. 2001 – 04ªR – 04ªT. DJ 16.05.2003. Rel. Ministro Antônio José de Barros Levenhagen.

Tribunal Superior do Trabalho. *Jurisprudência*. Disponível em: <<http://www.tst.gov.br/basesjuridicas>>. Acesso em: 25 de abril de 2005

<sup>274</sup> A própria doutrina diverge: Wagner Giglio (GIGLIO, Wagner D. *Justa causa*. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: LTr, 1994, p. 150) defende que a embriaguez habitual, mesmo ocorrendo fora do trabalho, sem repercussão direta no trabalho, pode ensejar justa causa, pois afeta a segurança do trabalho na empresa, por comprometer os reflexos e o raciocínio do trabalhador; Maurício Godinho Delgado (DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004, p. 1194- 1195) e Alice Monteiro de Barros (BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005, p. 847- 850) sublinham o fator social que está em torno dos problemas inerentes à embriaguez por álcool ou drogas para reconhecer estar ínsita à função social da empresa a suspensão do contrato de trabalho para o tratamento devido.

<sup>275</sup> UNIMED – Curitiba. *Tabela código Internacional de Doenças – CID 10*. Desenvolvido pelo departamento de informática, dez/1998, versão 1.0. Analista de sistemas: Evanice Paviloski. Referência: [www.datasus.gov.br/cid10](http://www.datasus.gov.br/cid10). Código Internacional de Doenças (CID): Transtornos mentais comportamentais devido ao uso de álcool – F10; Transtornos mentais comportamentais devido ao uso de opiáceos - F11; Transtornos mentais comportamentais devido ao uso de cocaína - F14; Transtornos mentais comportamentais devido ao uso de alucinógenos - F16; Transtornos mentais comportamentais devido ao uso de alucinógenos - F18; Transtornos mentais comportamentais devido ao uso múltiplo de drogas ou outras substâncias psicoativas - F19.

maturou por deficiência genética, o que, usualmente, também se considera deficiência mental, como já constara no inciso anterior. A palavra excepcional não mais se utiliza no vernáculo, nem na Constituição, tampouco nas leis que tratam do assunto, as quais adotam a expressão “pessoa com deficiência mental” ou “pessoa portadora de deficiência mental”. A consulta ao dicionário ainda remete à concepção antiga da palavra excepcional no Brasil, que inclui, até mesmo, as pessoas com deficiência sensorial ou física grave<sup>276</sup>. Não se compreende, portanto, a reiteração da hipótese. Segundo Sílvio RODRIGUES, a alternativa aqui versada diz respeito àqueles “casos de deficiência mental mais brandos, que não couberem no dispositivo do art. 3º, que arrola entre os absolutamente incapazes os que não tiverem, por enfermidade ou deficiência mental, o discernimento para participar de negócios jurídicos”<sup>277</sup>. Cabe, assim, indagar a respeito da diferença, se é que existe, entre o aqui contido e a alternativa já versada no inciso II do mesmo artigo, que contempla as pessoas com deficiência mental e discernimento reduzido. Não se evidencia qualquer diferença aparente, e os resultados quanto à aplicação de ambos os incisos identificam-se, o que suscita repetição indevida do legislador. Parece que o presente inciso poderia ser dispensado e efetivamente o é.

O inciso IV aborda os pródigos, querendo tratar da pessoa que, “desordenadamente, gasta e destrói a sua fazenda”<sup>278</sup>. Fica, assim, ao ser interditada, afastada da possibilidade de dispor de seu patrimônio sem o auxílio de um curador. Logo, por força do art. 1.782 do Código Civil, impedisse-a de “emprestar, transigir, dar quitação, alienar, hipotecar, demandar ou ser demandada, e praticar, em geral, os atos que não sejam de mera administração.” A matéria não é relevante ao Direito do Trabalho, eis que cuida do trânsito patrimonial, apenas.

---

<sup>276</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário...* Op. cit., p. 738. “*excepcional*. (...) 5. Diz-se do indivíduo que tem deficiência mental (índice de inteligência significativamente abaixo do normal), deficiência (mutilação, deformação, paralisia, etc.), ou deficiência sensorial (cegueira, surdez, etc.), e, por isso, incapacitado de participar em termos de igualdade do exercício de atividades normais”.

<sup>277</sup> RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil...* Op. cit., p. 52.

<sup>278</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. “Teoria Geral do Direito Civil”. 2. ed. Rio de Janeiro: 1929, p. 111 *apud* RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil...* Op. cit., p. 52.

Quanto aos índios, também tratados no art. 4º, especificamente no parágrafo único, o Código estabelece que sua capacidade será tratada em lei especial, que é o Estatuto do Índio (Lei nº 6.001/73). Remete-se o leitor, assim, ao que se expôs no capítulo terceiro, item 3.2.4, em que já se tratou da matéria.

O art. 5º do Código Civil trata da cessação da incapacidade dos adolescentes que sempre ocorrerá a partir dos 18 anos, só por esse fato, sendo também possível, a partir dos 16, quando for concedida pelos pais ou por tutores, neste caso dependendo de homologação judicial; ou, ainda, quando ocorrer o casamento, o qual, certamente, dependerá de autorização prévia do representante legal; também cessará a menoridade com o exercício de emprego público efetivo, ou conclusão de curso superior; ou pelo estabelecimento civil ou comercial do adolescente que acarrete sua independência econômica.

A grande inovação em relação ao Código Civil de 1916 incide na ocorrência de relação de emprego que também assegure ao adolescente independência econômica. Este aspecto tem gerado alguma discussão na doutrina, eis que uma corrente<sup>279</sup> defende que a percepção de salário- mínimo pelo adolescente que estabeleça relação de emprego seria suficiente para emancipá-lo, por força do que dispõe a Constituição no art. 7º, inc. IV, o qual determina que o salário- mínimo deve ser capaz de prover o sustento do “trabalhador e sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social”. Esta corrente defende que, uma vez ocorrendo o vínculo de emprego em tais condições, cessa qualquer necessidade de assistência, ou qualquer norma de proteção trabalhista específica do adolescente, como a prescrição especial. Outra corrente<sup>280</sup> defende que as normas especiais de proteção do trabalho não

---

<sup>279</sup> TUPONI JÚNIOR, Benedito Aparecido. “Aspectos da Parte Geral do novo Código Civil e suas implicações no direito individual do trabalho” IN *O impacto do novo Código Civil...* Op. cit., p.144- 145; o autor destaca, ainda, como defensores da autonomia econômica do menor através da percepção de salário mínimo legal DIAS, C.M.L. e VIANNA, C.S.V. “A emancipação de menores no Novo Código Civil e os reflexos trabalhista e previdenciários” *apud* TUPONI JÚNIO, B. A. Op. cit., p. 145. Ainda no mesmo vize: GODOI, Luiz Carlos Gomes. “Da capacidade”. *Revista Synthesis* *apud* BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. Op. cit., p. 220.

<sup>280</sup> Corroboram deste entendimento Alice Monteiro de Barros (BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. Op. cit., p. 220- 221) e Adalberto Martins (MARTINS, Adalberto. “O

foram revogadas pela norma geral do Código Civil, devendo prevalecer a sua condição de pessoa em desenvolvimento físico, mental, moral e psicológico.

Parece mais plausível admitir-se que a percepção do salário-mínimo atual nem de perto assegura autonomia e independência econômica ao trabalhador adolescente, mormente nos centros urbanos, onde o custo de vida é notoriamente elevado. Ademais, o preceito do art. 7º, inc. IV não afirma que o salário-mínimo garante a subsistência e, sim, que deve ser capaz de fazê-lo e isto é notoriamente impossível com os valores atuais do mínimo nacional. Por outro lado, a necessidade de se proteger a pessoa em idade de desenvolvimento é prioridade constitucional, decorrente da doutrina da proteção integral expressa no art. 227 da Constituição. Segundo esta, assim, é que deve ser interpretado o dispositivo civilista em comento.

#### 4.2.3 Caracterização do Contrato de Trabalho e a Reserva de Vagas para Pessoas com Deficiência

##### 4.2.3.1 Características do contrato de trabalho

Aplicando-se ao Direito do Trabalho as estruturas da teoria geral das obrigações, desenvolvidas no Código Civil de 1916 e reiteradas no atual, tem-se que o contrato de trabalho assume as seguintes características: contrato de direito privado, sinalagmático, consensual, *intuitu personae*, de trato sucessivo, de atividade, oneroso, dotado de alteridade e complexo.

É de Direito Privado porque regulado de acordo com regras predominantemente privadas, segundo a doutrina já mencionada. No entanto, é unânime a compreensão de que se pauta por inúmeras regras de ordem pública que moldam a vontade dos contratantes. Esse aspecto emerge da condição das partes, empregado e empregador, que se equiparam em condição de igualdade, o que ocorre, inclusive, com o Estado, quando emprega, submetendo-se a equivalente condição aos preceitos regulatórios do trabalho subordinado. É a autonomia privada, ou seja, a vontade, ainda que expressa na mera conduta, submetida a preceitos de interesse público e repercutindo profundamente na esfera social.

---

sistema das incapacidades no atual Código Civil”. *Revista Synthesis* apud BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. Op. cit., p. 221).

É sinalagmático, porque se estabelece um equilíbrio entre as obrigações das partes. O trabalhador presta serviços de acordo com as diretrizes estabelecidas pelo empregador e este remunera-o e propicia-lhe as condições para que o trabalho se faça. Há, assim, uma reciprocidade obrigacional em perfeita contraposição. O conjunto das obrigações recíprocas afirma o sinalagma obrigacional, presente mesmo nos momentos de suspensão ou de interrupção do trabalho em que cessam as obrigações reciprocamente no segundo caso, e por parte do trabalhador no primeiro caso, mas o contrato mantém-se, em ambas as hipóteses. Deste modo, há sinalagma mesmo quando o trabalhador encontra-se em férias e é remunerado, ou quando se concede uma licença sem remuneração, já que o caráter obrigacional deve ser avaliado no conjunto das normas pactuadas e de ordem pública.

É consensual, visto que a relação contratual desencadeia-se a partir da convergência das vontades, ainda que não manifestas e expressas pela conduta dos agentes. O trabalho pessoal, subordinado, continuado, remunerado, aceito pelo empregador, imprime efeitos no mundo jurídico. Independe de qualquer formalidade, materializando-se, mesmo que tacitamente, portanto, salvo algumas exceções, em cuja lei exige-se a pactuação por escrito, conforme já se apresentou linhas acima.

É contrato *intuitu personae* exclusivamente no que concerne ao empregado, pessoa física, tanto porque é dele que se exigem as obrigações, quanto porque é a ele que se dirigem às normas de proteção. Este princípio, no entanto, se inverte com relação ao empregador, eis que a personalidade jurídica da empresa ou a pessoa física do seu proprietário tornam-se irrelevantes, bastando aferir-se a existência de empresa que se preste a determinada consecução econômica, para que seus bens guarneçam os direitos do empregado pessoa física. Na expressão de Maurício Godinho DELGADO<sup>281</sup>, “o empregado é figura subjetivamente infungível”. Já o empregador é sujeito a ampla “fungibilidade”.

---

<sup>281</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. Op. cit., p. 494.

Trata-se de obrigação de trato sucessivo, pois se renova no tempo, protraí-se, projeta-se mês a mês, reiterando-se as obrigações, sucessivamente. Diferentemente do que ocorre, por exemplo, em um contrato de compra e venda em que as obrigações se extinguem instantaneamente. O pagamento do preço acarreta a transferência da propriedade do bem adquirido e encerra as obrigações das partes. No vínculo laboral, tais obrigações se renovam enquanto perdurar a avença.

É contrato de atividade, física ou intelectual, mas sempre atividade, uma vez que se espera do trabalhador um *opus* permanente, uma ação. O trabalhador assume uma obrigação de fazer, continuada, que perdura no tempo.

É contrato oneroso, porque o trabalho voluntário, gratuito, escapa à abrangência do vínculo de emprego que sempre pressupõe a contraprestação remuneratória. Ambas as obrigações centrais, portanto, são mensuráveis economicamente, acarretando sacrifício e vantagem recíproca, mesmo que desigual.

É dotado de alteridade, pois ao empregador, e somente a ele, compete o risco da atividade econômica, o insucesso de uma transação ou do próprio empreendimento não afeta o trabalhador, cujos direitos se ressalvam e se priorizam em face de demais credores. O risco se desenrola por conta alheia do prestador de serviço, sendo suportado, então, apenas pelo tomador.

Trata-se de contrato complexo porque pode ser acompanhado de contratos paralelos, como o de depósito das ferramentas de trabalho que, cedidas pelo empregador, ficam sob a guarda do trabalhador, comodato de imóvel residencial, mandato e outros casos semelhantes. Esses contratos paralelos são acessórios ao de emprego, mas compõem o conjunto obrigacional a ele inerente. É complexo, também, porque os aspectos da consensualidade ou da natureza privada das normas que o regem peculiarizam-se, como se viu, posto que originários da vontade, prosseguem no tempo apesar da vontade, por vezes, ou de forma diversa daquela a que se propunha inicialmente, passando a ser delineado por regras cogentes, em alto grau.

#### 4.2.3.2 A relação jurídica de trabalho e as normas de ação afirmativa

Constata-se a obsolescência da idéia de negócio jurídico, sendo pertinente o conceito que a professora Aldacy R. COUTINHO<sup>282</sup> concede ao autor desta pesquisa, ao mencionar a proposta de relação jurídica complexa; complexa, visto que aglutinadora de vários institutos decorrentes da lei, da vontade, que se afigura extremamente dirigida em algumas hipóteses, como a da reserva legal para pessoas com deficiência.

As leis brasileira e européia determinam percentuais que variam de 2 a 7%, nos diversos países, dependendo do número de empregados que compõem o quadro de trabalhadores das empresas, normalmente em empresas médias e grandes. Ao empregador, evidentemente, cabe o direito de selecionar esses trabalhadores, mas deve contratá-los e adaptar seu empreendimento às necessidades desses trabalhadores, chegando a lei estadunidense<sup>283</sup> a estabelecer critérios específicos, quais sejam: providências para que o local de trabalho se torne fisicamente acessível; aquisição ou modificação de equipamentos ou dispositivos; reestruturação da função ou modificação da programação de trabalho; ajuste ou modificação de materiais ou políticas de treinamento; e a disponibilização de leitores ou intérpretes qualificados. Assinale-se que não há, nos Estados Unidos, cotas fixadas por lei mas tais cotas são freqüentemente determinadas pelo judiciário, desde que se constate inexistirem pessoas com deficiência nas empresas, de acordo com o critério da discriminação por impacto ou objetiva. De qualquer modo, a lei, nesta hipótese, dirige a vontade contratual, indicando aos sujeitos obrigações voltadas ao fim específico de que o empregador abra as portas da empresa para pessoas com deficiências, independentemente do desejo dos sócios, por dever inerente à função social da empresa e de que o empregado preste os serviços e se integre na vida social por meio do trabalho.

Não basta a mera contratação, há que haver trabalho, inclusão na empresa, o que implica uma mudança atitudinal do empregador e dos demais trabalhadores não deficientes. Trata-se de ação afirmativa que se

<sup>282</sup> COUTINHO, Aldacy Rachid. *Autonomia privada na perspectiva do novo Código Civil*. Op. cit., p. 84.

<sup>283</sup> Vide item 2.6.7, do capítulo 2 do presente trabalho.

reflete diretamente na célula jurídica interpessoal e dirige o próprio impulso contratual. Como se vê, o desencadeamento do contrato se condiciona, o que corrobora a superação até mesmo da autonomia privada, que pressupõe o desencadeamento contratual pela vontade das partes e o subsequente dirigismo legal do contrato em prol do interesse público. Nas ações afirmativas, o interesse público inicia-se no desencadeamento do contrato, o que reafirma a natureza complexa dessa relação jurídica em que a vontade dos sujeitos resta coadjuvante do interesse público. Ela não fenece, mas, inegavelmente, submete-se.

O próprio objeto do contrato merece, por vezes, adaptações que ocorrem, dependendo do grau da deficiência. Tal situação se instala, por exemplo, na chamada contratação seletiva que demanda adaptações especiais de horário, de instrumental e de apoios e se caracteriza em casos de deficiências graves, conforme se verá linhas adiante. O consentimento também se flexibiliza no caso da contratação de pessoas com deficiência mental, eis que esse consentimento se afere pela conduta, no mais das vezes, chegando-se a hipóteses autorizadas de interposição de entidades especializadas entre a empresa e o trabalhador, para propiciar a este oportunidade de trabalho, apesar da intensidade de sua deficiência, sem o que jamais trabalharia, em se considerando os critérios atuais de normalidade. A idéia subjacente nas cotas ou na chamada inserção especial alimenta a pretensão de causar um impacto, um choque comportamental propositado, para favorecer a progressiva inclusão de pessoas comumente escondidas do convívio social. Esse choque causa dificuldades, reações, resistências, sendo, por isso, necessário muito critério e cautela no cumprimento da lei, mas há que fazê-la cumprir e isto não se dá pelo impulso espontâneo das empresas.

A experiência tem demonstrado<sup>284</sup> que, comumente, o cumprimento das cotas e o efetivo labor das pessoas com deficiência dependem de diálogo paciente e firme entre empresários, autoridades e entidades representativas dos interesses das pessoas com deficiência. A

---

<sup>284</sup> O Ministério Público do Trabalho no Brasil tem se dedicado a implementação da regra em questão, travando constantes diálogos com empresários e entidades de pessoas com deficiência.

atuação do Ministério Público do Trabalho no Brasil bem o revela. Raríssimas empresas cumprem espontaneamente a cota, havendo casos em que se operam as contratações, pagam-se salários, mas as pessoas com deficiência, são mantidas sem atividade no interior das empresas ou em casa, sem mencionar aquelas empresas que simplesmente ignoram a obrigação legal, aguardando o impulso oficial do Ministério do Trabalho ou do Ministério Público. O dirigismo contratual aqui é muito intenso e se esvazia pela mera recusa tácita do cumprimento da lei ou pelo seu mau cumprimento. Entretanto, a obrigação de que ora se cuida tem sido interessante mote para uma discussão até então silenciada ou inexistente. Pressupõe, todavia, uma política pública permanente para que se reverta a inércia que caracteriza o imobilismo.

No Brasil, as referências de princípios normativos constitucionais emergem dos arts. 1º, 3º e 5º da Constituição, conforme se verá nos próximos itens, mas é necessário fixar-se, desde logo, que se trata de implementar o princípio da dignidade da pessoa que é inerente ao trabalho. O direito ao trabalho, aliás, destaca-se como um direito social tão relevante quanto o direito à educação, à saúde, à habitação, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, à assistência aos desamparados, tal como preceitua o art. 6º da mesma Constituição. 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, para que se possa outorgar-lhe a chamada patrimonialidade mínima, e, também, para oferecer-lhe acesso aos bens da vida corpóreos e incorpóreos.

O professor Luiz Edson FACHIN desenvolve o conceito da patrimonialidade mínima, a partir mesmo da interpretação do antigo Código Civil, de acordo com a Constituição de 1988, que atribui a todo cidadão, em razão do princípio constitucional da dignidade e da função social da propriedade, um rol de direitos mínimos que constitui um patrimônio corpóreo e incorpóreo inerente a essa dignidade. Trata-se da busca da

cidadania plena que implica a observância do direito e das liberdades individuais suplementados de forma imprescindível pelos direitos sociais. São direitos que protegem alguns bens corpóreos de qualquer expropriação forçada e que remetem ao Estado o dever de estabelecer políticas de universalização e afirma:

*Não esmaece a tese o argumento centrado na ausência de regra legal específica constituindo a tutela de um patrimônio mínimo. Este aparente vazio pode ser legislativo, mas não será um óbice jurídico, posto que essa suposta lacuna não afasta a integração no sistema do Direito. Tarefa difícil, mas necessária e imprescindível. Refuta, outrossim, a idéia de que sua adoção implicaria em restrição ao crédito: é que a tese não subscreve a privatização dos cômodos e a socialização do ônus. Deixa a tese, propositadamente, de constituir hipóteses a priori, precisamente para não tolher o amplo campo, contratual e extracontratual, privado ou público, de sua incidência<sup>285</sup>.*

O novo texto do Código Civil reforça a posição outrora defendida pelo professor, eis que, como já se demonstrou, a nova Lei realça a função social da propriedade, adotando antigos preceitos trabalhistas para despersonalizar a empresa, vinculando o patrimônio empresarial aos fins sociais que a cercam. Também o corrobora a defesa dos direitos da personalidade, expressa nos arts. 11 a 21 do mesmo Código, aos quais se submetem todos os outros capítulos. O Direito das Obrigações, das Empresas, Reais e das Sucessões devem ser voltados, graças ao movimento da personalização e da publicização constitucional do Direito Civil, ao seu destinatário primeiro que é o ser humano. Deixa o homem da posição acessória para que a ele convirjam todos os institutos da regulação da vida social. A função social do contrato é o último preceito que ratifica a validade das ações afirmativas. O contrato de trabalho reúne, em si mesmo, o aspecto econômico da produção e da sobrevivência das pessoas que destinam a ele sua força de trabalho e, acima de tudo, a dignidade que subjaz implícita neste trabalho.

A norma de ação afirmativa garantindo emprego às pessoas com deficiências visa implementar esse direito social fundamental, o direito ao trabalho, trabalho digno, respeitável. Se é verdade que não se tem

---

<sup>285</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Op. cit. p. 307.

conseguido obter o pleno emprego, o que coloca o Estado em débito com grande parte da população, mais verdade ainda será o fato de que, nessa guerra pela sobrevivência, as pessoas com deficiência desde o início já se colocam em desvantagem, cuja compensação se faz pelo dirigismo contratual em foco. Trata-se de se lhes assegurar essa patrimonialidade mínima que lhes tem sido negada com mais intensidade, visto que todas as condições de exclusão social nelas se intensificam, como se verificará. O Estado, destarte, corrige a desigualdade e promove a justiça compensatória, como determina o art. 3º da Constituição do Brasil.

Não se pode negar que há vontade contratual, tanto do empregador quanto do trabalhador com deficiência, porque ninguém é obrigado a trabalhar ou a aceitar qualquer trabalhador, mas é inegável, outrossim, que a pactuação já se inicia sob a égide de um mandamento legal que rompe tabus para ambos os sujeitos, uma vez que se focalizou a deficiência, ao longo dos séculos, como uma causa de assistência social que pressupõe impossibilidade produtiva da pessoa com deficiência, somente em razão da própria deficiência. Mesmo nos contratos de aprendizagem, em que se estabelecem cotas (5 a 15% em empresas médias e grandes) o dirigismo contratual, embora se dê, não implica ruptura comportamental tão abrupta quanto aquela em face das pessoas com deficiência, pois a aprendizagem se insere na cultura empresarial como algo importante para a própria empresa acerca da formação de seu pessoal. Ambas as cotas, porém, exigem fiscalização intensa, uma vez que o cumprimento não se dá com ampla espontaneidade.

Não parece que se suprima a vontade, mesmo na teoria do contrato como relação jurídica. A vontade, todavia, é coadjuvante em confronto com as disposições de ordem pública que a geram, inclusive. Há, assim, uma relação cumulativa, historicamente construída, entre a teoria da autonomia da vontade, puramente liberal, a teoria da autonomia privada que submete a vontade à norma de ordem pública e a teoria da relação complexa. Pietro PERLINGIERI<sup>286</sup>, ao defender a última, afirma, até mesmo, que o sujeito

---

<sup>286</sup> PERLINGIERE, Pietro. *Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional...* Op. cit., p. 115- 116.

não se destaca como elemento essencial na relação jurídica, emerge, sim, como essencial, segundo esse autor, a situação jurídica representada pelo sujeito. Sua teoria labora no sentido do solidarismo social, da descodificação do Direito Civil<sup>287</sup>, em prol de normas constitucionais e do pluralismo jurídico que acolhe as normas que emanam da sociedade paralelamente ao ordenamento jurídico e que são por ele agasalhadas. As situações jurídicas representadas pelos sujeitos implicam uma incidência complexa de deveres e de obrigações recíprocos que advêm da lei e da vontade.

A relação jurídica preocupa-se em ordenar os casos concretos e, de um ponto de vista funcional, “não é nada mais que um regulamento, isto é, a disciplina de opostos centros de interesses relacionados, de maneira que estes tenham uma composição ou harmonização (*contemperamento*)”<sup>288</sup>. Segundo o autor, tanto trabalhadores quanto empregadores ocupam *status*<sup>289</sup> sociais, ou seja, posições sobre as quais incidem um conjunto de deveres e obrigações que emanam da vontade contratual e também da lei. O *status* que a ambos se confere merece tratamento que assegure ampla dignidade e definição precisa dos papéis que, todavia, não se afiguram permanentes, imutáveis, já que os sujeitos podem galgar *status* distintos ao longo de sua atividade produtiva. Na correlação de intercâmbios dos *status* sociais, em cada momento o sujeito ocupa uma posição e, sobre cada uma delas incide uma carga de regras específica, dependendo dos papéis exercidos, ora obrigacionais, ora familiares, ora produtivos.

#### 4.3 O Direito do Trabalho, o Direito do Consumidor e do Meio Ambiente

Jorge Pinheiro CASTELO desenvolve interessante análise acerca das transformações do direito comum contemporâneo e da influência do Direito do Trabalho em tais transformações. Comungando a teoria de Boaventura de SOUZA SANTOS, no sentido de detectar os pilares teóricos da modernidade naquilo que tange à emancipação do ser humano<sup>290</sup>, aponta, em convergência com SOUZA SANTOS, os desequilíbrios que sacudiram não

---

<sup>287</sup> PERLINGIERE, Pietro. *Perfis do Direito Civil. Introdução...* Op. cit., p. 1- 6.

<sup>288</sup> PERLINGIERE, Pietro. *Perfis do Direito Civil. Introdução...* Op. cit., p. 116.

<sup>289</sup> PERLINGIERE, Pietro. *Perfis do Direito Civil. Introdução...* Op. cit., p. 138- 139.

<sup>290</sup> Vide item 3.1.4 do presente trabalho.

apenas os pilares teóricos nos quais prevaleceram, no pilar da regulação, os princípios do Estado e do mercado em detrimento do solidarismo, mas também o pilar emancipatório e, neste último, o racionalismo em detrimento do senso comum e da estética. Tudo para inserir o Direito do Trabalho em uma perspectiva pós-moderna, sem romper, contudo, com a modernidade. Tal como SOUZA SANTOS, defende CASTELO os valores da modernidade, mas busca corrigir os desvios históricos que impediram tal concretização. A pós-modernidade abandonaria surrados parâmetros, para ressurgir, então, paramentada com idéias novas, geradas a partir daquelas que se lançaram na modernidade. Desta forma, o Direito do Trabalho romperia, pela primeira vez na esfera jurídica, com a idéia de um Estado imparcial, neutro, porque desnudaria, de forma cabal, o mito da igualdade formal para projetar o Estado em favor dos mais fracos na relação capital e trabalho, a fim de garantir-lhes o estatuto da igualdade substancial.

É interessante observar-se a perspectiva de CASTELO e SOUZA SANTOS para que se possa demonstrar, como se pretende no presente trabalho, que as regras de ação afirmativa em prol de alguns grupos sociais, no caso, pessoas com deficiência, militam em prol da emancipação, não apenas desses grupos, mas da sociedade como um todo, para que se assegure a verdadeira igualdade em sociedade e a emancipação do ser humano que se caracteriza como igual e como diferente em relação ao seu semelhante, para que se preserve a própria diversidade da natureza humana. Igualdade e diversidade traduzem-se em valores que não se excluem, mas que se completam na perspectiva emancipatória. Como já se buscou demonstrar, o Direito Civil que inicialmente espelhava o patrimonialismo individualista liberal erige-se, hoje, em valores em prol da coletividade e da dignidade da pessoa e, além disso, subdividiu-se em outros espectros que se fundaram justamente na necessidade de se atender à diversidade nas relações civis e comerciais.

Nas palavras de Jorge Pinheiro CASTELO:

*O estatuto paradigma dessa evolução do direito comum sem dúvida é o Código de Defesa do Consumidor, que importou e incorporou para esse extenso e pós-moderno “setor” do direito civil, que se*

*especializou, quase todos os princípios utilizados pelo direito do trabalho, tais como o princípio da proteção, o princípio da irrenunciabilidade, o princípio da norma/condição mais favorável, o princípio da primazia da realidade, o da razoabilidade, o da boa-fé e o da responsabilidade objetiva*<sup>291, 292</sup>.

As regras de proteção do consumidor importam, do Direito do Trabalho, todos esses princípios que estão contidos na Lei 8.078/90 (CDC) em diversos dispositivos, partindo, justamente, o legislador da idéia de que o consumidor merece proteção jurídica em face do poder econômico que detêm tanto os produtores quanto os prestadores de serviços. Não se discute a necessidade de normas de ordem pública, indisponíveis, portanto. Propõe-se que essas normas venham em socorro do equilíbrio jurídico para

<sup>291</sup> CASTELO, Jorge Pinheiro, *O Direito material e processual do trabalho e a pós-modernidade: a CLT, o CDC e as repercussões do novo Código Civil*. São Paulo: LTr, 2003, p. 195.

<sup>292</sup> Américo PLÁ RODRIGUES, grande doutrinador acerca dos princípios específicos do Direito do Trabalho, classifica-os, em sua obra *Princípios do Direito do Trabalho*, Op. cit., em:

1) Princípio da proteção: o princípio em tela aponta para a destinação primeira do Direito do Trabalho, qual seja, a de municiar o trabalhador de um patrimônio jurídico que o equipare ao poder econômico do empregador; as normas trabalhistas, então, limitam o poder econômico, favorecendo a pessoa da qual emana a força de trabalho, tutelando-a em prol de sua dignidade. Apresentam-se como: a) norma mais favorável, b) condição mais benéfica e c) *in dubio pro operário* - estes princípios objetivam a melhoria da condição social dos trabalhadores, impedindo o retrocesso legal, assegurando o direito adquirido e orientando a magistratura na avaliação da prova produzida em juízo.

2) Princípio da primazia da realidade: privilegia a verdade dos fatos em detrimento de formalismos aparentes que visem fraudar direitos trabalhistas, tal como já se expôs acerca da desconsideração de contratos formais civis que mascarem relações de emprego; esta sempre prevalecerá quando presentes os elementos objetivos que a caracterizem.

3) Princípio da irrenunciabilidade: os direitos laborais são irrenunciáveis porque decorrem de preceitos públicos inerentes à personalidade e à dignidade da pessoa do trabalhador; o art. 468 da CLT impede alterações contratuais *in pejus*, tal como o art. 444 que desautoriza cláusulas contratuais que impliquem negativa de vigência à lei laboral.

4) Princípio da continuidade: o contrato de trabalho deve ser preservado, sendo impedida sua ruptura abrupta ou arbitrária pelo empregador e excepcional a pactuação de limitação temporal do contrato de trabalho, cuja regra é o da projeção no tempo, indeterminadamente.

5) Princípio da razoabilidade: ao observar os fatos coligidos numa relação processual, deve o juiz tomar em conta a prática comum na realidade empresarial, buscando sopesar a prova de modo equânime e compatível com àquela realidade.

6) Princípio da boa-fé: a boa-fé é a nota dominante para empregados e empregadores, hoje potencializada pelo Código Civil, porque tomada objetivamente (art. 422, CC).

7) Princípio da alienidade dos riscos: na relação de trabalho apenas o empregador assume o risco da atividade econômica porque dirige a prestação de serviço; assim, em caso de quebra, os direitos laborais devem ser privilegiados, preservados, o que também deverá ocorrer durante insucessos corriqueiros no dia-a-dia da prestação de serviço, como cheques sem provisão de fundos, inadimplemento dos clientes e etc.; nestas hipótese não poderão haver descontos salariais, salvo se o empregado agir com dolo ou culpa, desde que prevista por escrito, a última hipótese.

8) Princípio da igualdade: trata-se da idéia de isonomia aplicada às relações de trabalho, que se perfaz com o 9) Princípio da não discriminação: o qual impede injustas medidas patronais em desfavor de grupos minoritários ou pessoas determinadas em razão do sexo, idade, cor, raça, origem, estado civil, etc.

compensar o desequilíbrio econômico que se evidencia em relações dessa natureza. Afirma, mesmo, Jorge Pinheiro CASTELO “que o CDC é a CLT de ‘fraque’ ”<sup>293</sup>, querendo com isso ilustrar a idéia de que os princípios da sexagenária CLT fundiram-se com regras especiais de consumo, desequilibrando a relação anteriormente regulada pelo velho Código Comercial de 1850 e Código Civil de 1916, rompendo, desta forma, desde 1991, com as regras liberais que até então tratavam consumidor, produtor e prestador de serviço sob a égide da igualdade formal, meramente aparente.

O Código de Defesa do Consumidor trata, inclusive, de facilitar o acesso dos consumidores a soluções judiciais eficazes, estabelecendo medidas coletivas ao estimular a defesa dos interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos, possibilitando que, por meio de uma única ação, toda a coletividade ou grupos específicos de consumidores sejam tutelados<sup>294</sup>. Responsabiliza, solidariamente, o produtor e o vendedor ou o prestador de serviço pela reparação dos danos ao consumidor, determinando que, diante de uma alegação de lesão, o produtor e/ou prestador de serviço provem sua inocência, invertendo o ônus da prova que, normalmente, competiria ao autor da ação em tais hipóteses até a edição do CDC.

Dessa forma, o Código do Consumidor revela as idéias fixadas quando do nascimento do Direito do Trabalho, no sentido de colocar a vontade dos contratantes em grau de coadjuvante em face de normas de ordem pública que protegem a parte mais fraca na relação. Nesse sentido, possibilitando a emancipação preconizada por Boaventura de Souza SANTOS, por corrigir os desvios causados pelas crenças da modernidade expressas pelos velhos Código Civil e Código Comercial brasileiros, inspirados que

<sup>293</sup> CASTELO, Jorge Pinheiro, *O Direito material e processual do trabalho e a pós-modernidade...* Op cit., p. 195.

<sup>294</sup> Código de Defesa do Consumidor: Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente ou a título coletivo.

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

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

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

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

foram nas Pandectas e no Código Napoleônico. O consumidor é protegido em nome de sua dignidade como pessoa. O Estado intervém na relação contratual<sup>295</sup>, em oposição aos ditames neoliberais que rejeitam a inserção de tais paradigmas nas relações de trabalho<sup>296</sup>; assume-se então esse posicionamento contrário ao que pregam os neoliberais, ou seja, impede-se que o mercado regule essa relação típica. Em razão de o mercado não ter garantido justiça ao pólo mais frágil na relação, as normas vieram a lume, exatamente para conferir credibilidade ao mesmo mercado, fortalecendo-o e assegurando força também ao comprador. A intervenção aqui, portanto, equilibra o jogo social, estimula as relações de consumo, garantindo qualidade aos produtos e aos serviços.

Há que se permanecer atento, porém, para uma questão curiosa e aparentemente contraditória. A ênfase que se atribui ao Direito do Consumidor plenifica-se, simultaneamente, de um subjacente movimento que converge para a eliminação de direitos laborais. Os críticos do neoliberalismo vêm apontando para esta ênfase persistente no sentido de se atribuir direitos aos consumidores e se focar a cidadania pelo prisma do consumo, ou seja, só se caracteriza cidadão aquele dotado de poder de consumo. Ao mesmo tempo, e contraditoriamente, excluem-se do mercado de trabalho hordas crescentes que, em nome do *downsizing* empresarial, vêm-se alijados da capacidade de consumo. Enquanto os detratores do Direito do Trabalho pugnam pela contratualidade liberal, com a substituição da lei pela autonomia privada coletiva, a classe dominante autoriza e estimula o direito do consumidor. O Código de Defesa do Consumidor brasileiro exsurge justamente no contexto de precarização trabalhista dos anos 1990.

---

<sup>295</sup> Código de Defesa do Consumidor: Art. 4º A Política Nacional de Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito a sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

(...); II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:

(...); c) pela presença do Estado no mercado de consumo;

(...).

<sup>296</sup> Vide item 3.1.2 do presente trabalho.

Comentando esse “fetiche” pelo consumo, Viviane Forrester<sup>297</sup> tece sua exortação a reflexões em torno dessa contradição: “ ‘O cliente é soberano, princípio sagrado’: quem ousaria infringi-lo?” E prossegue:

*Mas, então, porque essa pauperização metódica, organizada, que chamam racional, e até necessária, até mesmo promissora, e que vai se agravando? Por que cortar, quase com raiva, das fileiras dos consumidores potenciais dezenas de milhares que, por sua vez, parecem representar as ‘galinhas dos ovos de ouro’ das ‘forças vivas da nação’, essas campeãs no jogo das ‘criações de riquezas’, mas criadoras de tanta pobreza? A economia de mercado teima em serrar o galho sobre o qual pretende estar apoiada? Ela sabota a si mesma a golpes de ‘planos sociais’, ‘reestruturações’, flexibilização dos salários, deflação competitiva e outros projetos frenéticos visando abolir as medidas que ainda permitem aos mais desfavorecidos consumir um pouco que seja? Será por masoquismo?*

Como se vê, o direito do consumidor liga-se intimamente ao direito do trabalhador, até porque a maior parte dos consumidores se compõe de trabalhadores. A mesma lógica que protege o consumidor, enquanto tal, inspira-se do princípio ao fim nas prerrogativas emanadas do Direito do Trabalho, embora muitos defensores do primeiro critiquem o segundo. Tal discussão é trazida a lume apenas para demonstrar a relação dialética de pertinência e de exclusão que se estabelece entre esses ramos do Direito. Pertinência jurídica e exclusão política e ideológica, mas, do ponto de vista dos direitos fundamentais, absolutamente coerente destaca-se a implantação do Direito do Consumidor privilegiando-se a origem trabalhista de seus princípios centrais. Deve prevalecer, portanto, o “diamante ético” historicamente construído que faz indissolúvel essa relação, como diria Joaquim HERRERA FLORES<sup>298</sup>.

O Direito Ambiental também revela a solidez dessa construção, visto que preserva um bem universal, a própria natureza. Os mananciais hídricos, as florestas, o ar, a qualidade dos alimentos e a vida nas cidades agrupam o conjunto de manifestações ambientais que, à primeira vista, assumem protagonismo nessa matéria. Faz-se relevante sublinhar que a tutela ao meio-ambiente transcende, inclusive, às fronteiras nacionais e

<sup>297</sup> FORRESTER, Viviane. *O horror econômico*. Trad: Álvaro Lorencini, 7ª reimp. Editora da Universidade Estadual Paulista: São Paulo, 1997, p. 126- 127.

<sup>298</sup> Ver item 1.5 do presente.

interessa igualmente a todo ser humano, eis que diz respeito à sobrevivência da biosfera. Este interesse, contudo, confronta-se com outros de índole econômica. A exploração industrial, imobiliária, o agronegócio agridem, em razão dos métodos inerentes à sociedade de massas, o meio ambiente. Também a exploração dos recursos naturais pelas indústrias tem oferecido riscos de abrangências incalculáveis, já que não apenas as florestas, ou o solo, ou os rios são afetados diretamente, mas o efeito estufa<sup>299</sup> provocado pelo excesso de gases, principalmente o gás carbônico que forma uma camada que impede a dispersão do calor, combinado com o gás CFC (cloro-flúor-carboneto) que rompe a camada de ozônio, impedindo a filtragem dos raios do sol evidenciam conseqüências nefastas da sociedade industrial, cujos efeitos devem ser neutralizados, sem que se deixe de atender às necessidades dessa sociedade global de bilhões de seres humanos que precisam se alimentar, vestir e se desenvolver nos meios urbanos e rurais.

O grande desafio deste século que inicia centra-se, portanto, no anseio de conciliar as necessidades de produção e de preservação ambiental. O Direito Ambiental caminha nesse sentido, por interferência direta do Estado em cada país e pela ação combinada das ações em favor de regiões comuns a todos, como os mares, as florestas, os pólos, e todo esse complexo. A cultura da utilização racional do meio ambiente é algo ainda incipiente, como também é o próprio Direito Ambiental. O grande crescimento populacional e a concentração urbana iniciada no século XX não gerarão, por si sós, a saturação dos mananciais hídricos ou da atmosfera, tampouco o esgotamento dos recursos naturais. Segundo estatísticas, os Estados Unidos consomem, e apenas eles, um terço de toda a energia produzida no globo terrestre, e os países industrializados que detêm 20% da população geram 75 a 80% dos gases que agridem a atmosfera. Evidencia-se

---

<sup>299</sup> VIEIRA, Liszt. *Cidadania e globalização* apud LIMA, Abili Lázaro Castro de. *Globalização econômica, política e Direito...* Op. cit., p. 134. “O aquecimento da atmosfera terrestre – o chamado efeito estufa – é conseqüência do gás carbônico (dióxido de carbono – CO<sub>2</sub>) liberado pelas indústrias e pelos automóveis. Devido ao ‘efeito estufa’ é possível que, já no início do próximo século, as temperaturas médias globais se elevem a ponto de acarretar o abandono de áreas de produção agrícola e a elevação do nível do mar, que poderá inundar cidades costeiras e desequilibrar economias nacionais. Das emissões anuais de gases causadores de efeito estufa, 75 a 80% são provenientes dos países industrializados, que representam menos de 20% da população mundial”.

um processo econômico, portanto, que deve ser questionado, para atender à demanda e preservar os recursos adequadamente, possibilitando a renovação dos recursos como um bem que a todos, indistintamente, se imporia preservar.

O Direito Ambiental afigura-se transnacional no sentido de que as fronteiras não elidem a importância dos cursos dos rios, da extensão das florestas, do solo cultivável, da pureza do ar ou da riqueza dos mares. Surge, assim, o que alguns doutrinadores denominaram direitos fundamentais de terceira geração que dizem respeito à fraternidade universal, ou planetária. Segundo afirma Paulo BONAVIDES:

Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos de terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. É verdade que a terminologia que atribui gerações aos direitos fundamentais não vem sendo a melhor e, conforme já se disse alhures<sup>300</sup>, nem mesmo o termo *dimensão* utilizado por BONAVIDES e ALEXY seria o mais adequado, porque os direitos fundamentais são todos igualmente fundamentais, importantes, interdependentes, mas reconhece-se unanimemente o Direito Ambiental como fundamental e universal, o que a carreta, em sua defesa, uma série de medidas que restringem a liberdade econômica e por vezes, inclusive, a liberdade individual dos cidadãos. O direito de ir-e-vir nas grandes cidades, por exemplo, em certas circunstâncias condiciona-se ao rodízio de veículos, em que se retira de circulação parte deles. Tal medida se impõe pelo bem de todos e por meio do controle estatal.

No que diz respeito ao trabalho, o meio ambiente merece tratamento específico com orientação da medicina e da segurança do trabalho. Cuida-se, então, de fixarem-se regras rigorosas de segurança em

---

<sup>300</sup> Vide capítulo 1.

relação às máquinas para que se evitem agressões aos trabalhadores; estabelecem-se critérios de contenção de ruídos, gases, calor, frio, radiação, pó e de limitação temporal e de exposição aos agentes agressivos. Obriga-se o empregador a fornecer equipamento de proteção coletiva e individual para trabalhadores, inclusive quanto à exposição a explosivos e inflamáveis, estabelecendo adicionais pecuniários que compensam, pelo menos em tese, o risco à saúde e a própria integridade. No Brasil, inclusive, critica-se o aspecto monetarista das normas de proteção à saúde do trabalhador, visto que os adicionais atuam como medidas que desestimulam o empregador a, efetivamente, cumprir determinações que eliminem os agentes de risco<sup>301</sup>.

Os acidentes do trabalho e as doenças profissionais ceifam vidas e provocam perdas de capacidade produtiva total ou parcial dos trabalhadores e, no caso da segunda hipótese, quando a incapacidade é parcial, dificilmente o trabalhador obtém sua reintegração no trabalho, apesar de a Constituição garantir o direito à reabilitação profissional (art. 203, IV). Esta forma de tratamento que se confere ao profissional parcialmente incapaz traduz a realidade brasileira; por essa mesma razão a regra estabelece cotas de trabalhadores com deficiências nas empresas, conforme se verá, e trata das duas hipóteses, a da habilitação e da reabilitação profissional.

Outra perspectiva relevante acerca do meio ambiente laboral diz respeito ao aspecto relacional, ainda não disciplinado pela lei no Brasil, mas de extrema relevância e que vem a lume justamente pela defesa dos direitos de personalidade do trabalhador. Questões como assédio moral e assédio sexual, estresse e o seu agravamento, conhecido como síndrome de *Burnout*, já estão sendo constantemente discutidas no campo judicial e da ciência jurídica. Estudos psicanalíticos desenvolvem-se para que se observe o grupo laboral como ente passível de análise, eis que a organização do trabalho não se dirige apenas à relação homem-máquina, mas materializa-se muito intensamente nas relações interpessoais. Surge, assim, a ciência denominada psicopatologia do trabalho.

---

<sup>301</sup> OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. São Paulo: LTr, 1996, p. 111- 116.

As pesquisas desenvolvidas<sup>302</sup> pela psicopatologia do trabalho comprovaram, assim, que a atividade produtiva repercute na auto-estima e, mesmo, na sobrevivência do trabalhador, ocupando papel central no quadro de composição da estrutura de sua personalidade, imprimindo sobre ela reações específicas que desencadeiam os mais diversos sintomas. A inclusão de enfermidades psicossomáticas, psicológicas e psíquicas no âmbito das doenças ocupacionais resulta das pesquisas desenvolvidas no campo da psicopatologia do trabalho. Outros pesquisadores reconhecem, além do mais, que não apenas a dinâmica relacional homem-máquina afeta a saúde mental; as relações interpessoais, coletivas, inerentes à organização do trabalho, somadas ao próprio ambiente estético e à forma de exercício do comando pelas chefias no local de trabalho e, ainda, às circunstâncias gerais referentes à própria manutenção do trabalho e a de seus resultados concretos, implicam um campo específico ao qual se dedicou a psicóloga do trabalho brasileira Hilda ALEVATO<sup>303</sup> evidenciando que as tensões laborais afetam a saúde do trabalhador.

As pesquisas sobre a *Síndrome Loco-Neurótica*<sup>304</sup>, identificada pela professora Hilda ALEVATO, decorrem da sua observação de que o mundo informatizado e a onipotência das informações controladas generalizam a idéia de crise de valores e respostas no trabalho. Todos se conformam com a crise, identificando-a como causa e como solução para todos os problemas. Enfocando as chamadas crises do desemprego estrutural, da globalização, dos valores nacionais, da tecnologia, tanto no nível macro, quanto no nível da psiquê de cada indivíduo, Hilda ALEVATO distingue as conseqüências universais das crises, dos seus efeitos em cada um dos indivíduos, sendo esses efeitos absolutamente diferenciados e afetos às particularidades pessoais.

O objeto de sua análise centra-se na dinâmica inter-relacional dos grupos empresariais entre seus componentes e respectivos subgrupos.

<sup>302</sup> DEJOURS, Christophe. *A Loucura do Trabalho – Estudo de Psicopatologia do Trabalho*. 5ª ed., São Paulo: Cortez Editora – Oboré, 1992.

<sup>303</sup> ALVES, Rodrigo. *Vamos nos acostumando com as mazelas*. *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro, 03 de julho de 1999, Caderno de Idéias/Livros, p. 03.

<sup>304</sup> ALEVATO, Hilda. *Trabalho e Neurose: enfrentando a tortura de um ambiente em crise*. Rio de Janeiro: Editora Quartet, 1999.

Destaca o efeito das dinâmicas grupais sobre a saúde dos indivíduos e dos próprios grupos, como entidades psíquicas coletivas. Observa, ademais, que ao longo do século XX o trabalho industrial pautou a vida social, disciplinando o tempo, o modo de vida e a própria valoração moral do labor humano. E tal contribuição identifica o grupo de trabalho como ente psicológico coletivo e autônomo. Dirige-se ALEVATO, portanto, à dinâmica coletiva desses grupos de trabalho e a toda a fenomenologia psicológica e material que a cerca, buscando demonstrar a influência do ambiente sobre o homem, entendendo por “ambiente” o complexo significativo, simbólico e comunicativo que orienta o comportamento, inclui pessoas, cores, sons, objetos, disposições espaciais, relações, e outras tantas manifestações comportamentais.

Deste modo, a inserção de pessoas com deficiência no ambiente de trabalho, em forte medida imposta pela lei, impacta o ambiente relacional dessas pessoas, atuando favorável ou negativamente, em conformidade com as condições em que se instale o processo. Como já se afirmou, não se quer a inserção pura e simples, mas aquela que propicie trabalho, produtividade, reforçando a dignidade do trabalhador com deficiência. Situações até então inusitadas surgem à tona, escancarando fatos por muito tempo alijados aos muros da exclusão: trabalhadores com deficiência e doença mental assumem atividades antes inimagináveis. O movimento anti-manicomial consolida-se no país, tendo mesmo propiciado a edição da Lei nº 10.216, de abril de 2001, por meio da qual o processo de desospitalização dos doentes mentais se fortalece progressivamente, e os antes denominado “loucos”, sumariamente banidos do convívio social, retornam a ele e realizam atividades culturais, profissionais, convivem com suas famílias, constituem famílias, interagem como nunca. Os deficientes mentais, particularmente, ocupam postos de trabalho antes estanques a oficinas protegidas, ora se convolam na chamada inserção efetiva, inclusiva, ocupando espaços no mercado de trabalho<sup>305</sup>. O mesmo ocorre com deficientes visuais, auditivos e físicos.

---

<sup>305</sup> CAYRES, Cleusa Ogera, *et. al .O desafio da reabilitação profissional*. IN: HARARI, Angelina; VALENTINI, Willians (orgs.). *A reforma psiquiátrica no cotidiano*. São Paulo: Hucitec, 2001.

Essa mudança de paradigmas, que deveria sacudir o mundo do trabalho para um despertar de conscientização, decorre da implementação da lei de cotas, e se arremessa à inadiável necessidade de se rediscutir o meio ambiente laboral, nem tanto pelo aspecto físico, como se poderia pensar *a priori*, uma vez que as adaptações nesse campo revelam-se mínimas: rampas, alargamento de portas, toaletes adaptados e algumas pequenas alterações ergonômicas no processo produtivo, sendo de se lembrar que a maior parte das deficiências não acarreta a necessidade de alterações físicas para que o trabalho se desenvolva no meio ambiente laboral. Inarredável, porém, impõe-se a questão atitudinal dos colegas de trabalho, dos encarregados e, até mesmo, da diretoria da empresa, como condições basilares para o adequado acolhimento; primeiro para que a empresa se abra e, mais que tudo, para que acolha os trabalhadores com deficiências. Nada se propôs até o momento, no Brasil, em termos de regulamentação do meio ambiente físico e relacional do trabalho, em face da pessoa com deficiência, sendo oportuna uma reflexão sobre esse aspecto, pois a referida lei de cotas vem sendo cumprida por meio de atividades esparsas, caso a caso, coordenadas por empresas que se especializaram na colocação de mão-de-obra de pessoas com deficiência (poucas empresas) e várias organizações não governamentais, que se esforçam para romper os padrões inculcados no comportamento assistencialista. De qualquer modo, os estudos de Hilda ALEVATO<sup>306</sup> indicam caminhos interessantes ao promover o reconhecimento de que o grupo de trabalho, sua dinâmica produtiva e relacional merecem atenção, e a inserção de pessoas com deficiência nesse grupo pode significar, inclusive um componente favorável de atomização das soluções<sup>307</sup>.

---

<sup>306</sup> ALEVATO, Hilda. Trabalho e Neurose...Op. cit.

<sup>307</sup> Tem se observado em todos os eventos em que se dá a palavra a empresários que contratam pessoas com deficiência que os maiores ganhos ocorreram, não apenas na produtividade que o seu trabalho propicia, mas na motivação da equipe como um todo, na solidariedade que se desenvolve entre os colegas e na imagem institucional que a empresa passa a assumir para os próprios trabalhadores e para a opinião pública. AMCHAM PR- Câmara Americana de Comércio. "Pessoas com deficiência: inserção no mercado de trabalho". Manual. Câmara Americana de Comércio: Curitiba, 2003, p. 17- 18.

#### 4.4 Considerações Finais

O Direito Civil contemporâneo incorporou princípios constitucionais, sobre os quais predomina o princípio da dignidade da pessoa, o que implica uma ruptura com o direito civil napoleônico, patrimonialista e patriarcal. Universaliza-se, personaliza-se tal princípio, elegendo-se o ser humano como protagonista de suas instituições. O próprio princípio tradicional da autonomia da vontade, foco centralizador do iluminismo liberal que gerou o Código Napoleônico e norteou as Pandectas, mitiga-se, progressivamente, inclinando-se ao princípio da autonomia privada que acarreta a observância, no exercício da vontade, de normas de ordem pública que a ele amoldam. A doutrina contemporânea discute conceitos, portanto, tais como: repersonalização do Direito Civil e a publicização do Direito Civil, cujas conseqüências se acolhem na própria revisão da natureza jurídica dos contratos para concebê-los não mais como negócios jurídicos, mas como relações jurídicas complexas, sobre as quais a manifestação da vontade resta irrelevante, sendo de prevalecer a situação jurídica dos sujeitos, vista objetivamente, tal a incidência de normas de ordem pública sobre necessidades derivadas da sociedade de massas.

As normas de ação afirmativa corroboram essa tendência, eis que determinam uma maior mitigação do princípio da autonomia privada. A contratação laboral de pessoas com deficiência, em percentuais legalmente fixados, impõe a contribuição dos trabalhadores que, antes dessas leis, sequer se supunha imaginá-los cidadãos produtivos. A ruptura desse paradigma norteia para essa conduta, sendo, muitas vezes, temerária a imposição pela imposição, porque o resultado dela decorrente pode não atingir os fins desejados pela lei. A superação desse risco afigura-se realizável, no entanto, pela atuação constante do Estado e da sociedade para se discutir a questão durante as próximas décadas, tomando-se a lei de cotas como ponto de partida.

Essa discussão, todavia, sofre ameaças pela constante pressão em favor da liberalização das relações laborais. O Direito do Trabalho,

contrariamente ao Direito Civil, tem sido objeto de críticas, buscando a redução de normas laborais, sua privatização. Se por um lado houve alguns excessos publicistas, por outro, o direito laboral não acolheu, no Brasil, a população trabalhadora que ainda não teve acesso ao Estado de Bem-Estar Social, cuja revisão se fez na Europa para uma adequação aos novos tempos, sendo necessário frisar que tal adequação se fez, no Velho Mundo, sem que se abdicasse dos princípios centrais que geraram esse ramo do direito. A Europa, aliás, como se sabe, prodigaliza normas laborais, inclusive em questões concernentes ao trabalho da pessoa com deficiência. Depura-se, esse confronto de tendências, o direito do trabalho contemporâneo, uma vez que, no corte de normas laborais, na revogação de tais normas e substituição por normas negociadas, reconhece-se a necessidade de preceitos de ação afirmativa que se consolidam pela via legal, nos países de tradição do direito escrito, e pela via judicial, nos países da *common law*.

O Código Civil vigente no Brasil inaugura modificações importantes em prol dessa argumentação, sendo de se realçar a atenção que destina à defesa dos direitos da personalidade, à função social do contrato, à função social da propriedade e, conseqüentemente, da empresa, importando mesmo diversos institutos do Direito do Trabalho que se inseriu no mundo jurídico, justamente para estabelecer diferenciação entre venda da força de trabalho e demais contratos de compra e venda, movidos pela necessidade de salvaguardar o trabalho humano na perspectiva da dignidade do prestador de serviços. Outro importante aspecto que se deve sublinhar concerne à capacidade dos sujeitos no contrato civil que, do ponto de vista do empregador, tempera-se com o princípio da despersonalização, já que o novo Código adota, nesse particular, os velhos parâmetros trabalhistas e, no que concerne ao trabalhador, a norma civil flexibiliza antigas tendências, mormente em relação aos doentes e aos deficientes mentais, antes identificados como absolutamente incapazes. A incapacidade absoluta, hoje, revela-se residual, pois o Código reconhece a capacidade na medida em que o sujeito, nesses casos, compreenda o ato jurídico. Com relação aos cegos e aos surdos, o Código assegura-lhes o acesso a instrumentos que viabilizem a

compreensão, a apreensão das informações necessárias ao consentimento livremente manifestado, o mesmo ocorrendo com relação aos índios.

Como se constata, o princípio da dignidade da pessoa reverte o patrimonialismo, alçando os sujeitos à posição de protagonistas e, nesse sentido, relevante a idéia do respeito à patrimonialidade mínima que decorre da aplicação dos direitos fundamentais ao Direito Civil, não só daqueles elencados no art. 5º da Constituição, mas também, segundo se pretende argumentar, de todos os direitos fundamentais, inclusive do direito ao trabalho e dos direitos trabalhistas, quando couberem. Também as normas referentes ao Código de Defesa do Consumidor ratificam a tendência de publicização das relações de consumo, aplicando-se a elas a principiologia laboral, a partir da percepção da fragilidade do consumidor diante dos produtores e dos prestadores de serviços, trazendo inovações que, dialeticamente, refluem para o Direito do Trabalho. As normas de Direito Ambiental, ademais, devem ser lembradas para se referendar o que até aqui se expôs, visto que derivam da necessidade de intervenção do Estado para controlar a atividade humana em prol da sobrevivência de todos. Limitam-se o mercado e as relações interpessoais para que se preserve não apenas o ar, mas, também, os recursos naturais e a saúde universal. As normas de medicina e de segurança do trabalho são manifestações desse jaez, sendo de se atentar para as questões referentes às relações de trabalho que se extraem de uma tendência de personalização maior deste ramo do direito, em favor dos empregados, para que as empresas reflitam a construção da cidadania, preservando-se, nelas, os espaços públicos e privados, inclusive daqueles referentes à privacidade dos trabalhadores.

O assédio moral, o assédio sexual, a defesa da personalidade do trabalhador contra invasões indevidas do empregador aduzem problemas que se amontoam no topo das discussões contemporâneas do Direito do Trabalho, o qual se confronta, como já se disse, com a tendência simultânea e paralela de eliminação de normas trabalhistas. As regras de ação afirmativa em favor de pessoas com deficiência militam no sentido da publicização e do reconhecimento de sua necessidade, eis que a desigualdade real aqui não

pode prescindir dessa compensação jurídica para que se reverta a realidade histórica de exclusão desse grupo social, cuja defasagem é notória em relação a concretização dos direitos humanos como um todo. O direito ao trabalho assume, assim, importância capital.

No próximo capítulo tratar-se-á dos direitos das pessoas com deficiência no Brasil, discutindo-se, finalmente, as regras aplicáveis, tanto na esfera privada, quanto na esfera pública, justamente para se demonstrar o que até aqui se alegou, qual seja, a unidade dos direitos fundamentais e a relação de completude e interdependência entre eles, havendo no Direito do Trabalho as bases da normativa concernente às ações afirmativas laborais contemporâneas.

## **5. O TRABALHO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO BRASIL: O DIREITO DO TRABALHO: UMA AÇÃO AFIRMATIVA**

### **5.1 OS DIREITOS CONSTITUCIONAIS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO BRASIL**

A Constituição brasileira dedica diversos dispositivos que amparam as pessoas com deficiência, no afã de ressaltar que são estendidos a elas se estendem todos os direitos inerentes à cidadania e à dignidade, norma basilar do arcabouço axiológico da Carta Maior. O art. 1º resalta serem fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. Verifica-se, portanto, que a aplicação da Constituição e das leis deve tomar por conta a repercussão democrática dessas leis, tanto na origem, quanto no efeito. Não se trata simplesmente de aplicar a lei, ou qualquer lei. Há que ser uma lei democraticamente elaborada e voltada, sua aplicação, para os interesses do povo, de todo o povo. A dignidade da pessoa humana, a cidadania e a pluralidade dizem respeito à destinação das ações dos legisladores, executores e julgadores, os quais devem ter clara a centralidade da pessoa em sua dignidade ínsita, em sua cidadania, aqui considerada não apenas quanto a votar e ser votado, mas, acima de tudo, quanto ao aspecto de que o cidadão é o vetor para o qual devem convergir todos os esforços da sociedade e do Estado brasileiros<sup>308</sup>. O cidadão é, assim, todo aquele que nasce no Brasil e/ou aqui reside. A pluralidade diz com a aceitação da diversidade de idéias e de demanda estética, racial, religiosa, política, e outras tantas. Busca-se, desse modo, abrigar, sob o manto da cidadania plena, todos, para que a maioria que expressa sua vontade pelo voto reflita o somatório dos grupos que a compõem.

---

<sup>308</sup> BARRACHO, José Alfredo de Oliveira. *A evolução dos direitos humanos e as pessoas com necessidades especiais. Anais do Seminário Internacional Sociedade Inclusiva*, PUC – Minas, dias 22 a 26, outubro de 2001, p. 62- 70.

O art. 3º da Constituição, por seu turno, é a base das ações afirmativas públicas e privadas. A norma não se compraz com a mera afirmação dos direitos de cidadania e dignidade, mas exige uma postura pró-ativa do Estado e da sociedade para que as desigualdades econômicas, políticas e sociais sejam enfrentadas e, efetivamente, superadas por meio de ações imperativas. O dispositivo em questão centraliza-se em verbos contundentes derivados da idéia de que “constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”<sup>309</sup>. Ações, não meras exortações.

Avança, assim, o ordenamento jurídico, para a implementação da chamada igualdade real entre as pessoas, calcando um passo adiante em relação à chamada igualdade material, substancial, que se objetivava por meio dos direitos sociais. Impõe-se, assim, marcantemente explicitada a intenção, o mandamento constitucional, conforme bem sublinha Arion Sayão ROMITA<sup>310</sup>. O trabalho da pessoa com deficiência efetiva a igualdade real, já que esse grupo social sempre se enquadrou em iniciativas de cunho assistencialista. A igualdade real desnuda as diversidades, de vez que vislumbra mecanismos de compensação acionados por políticas públicas ou privadas dirigidas a grupos estigmatizados historicamente. Não se quer aqui afirmar que a igualdade formal conquistada no século XVIII, suplementada pela igualdade substancial dos séculos XIX e XX e aperfeiçoada com as normas de ação afirmativa, que visaram a igualdade real, tenham vindo a lume sem reveses ou, mesmo, tenham sido efetivamente estendidas a todos. Ao contrário, a natureza dialética da História demonstra que a grande maioria das pessoas do mundo sequer tem acesso às liberdades básicas. Quer-se, apenas, apontar o fio condutor que inspira os processos para o

---

<sup>309</sup> MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. *Ótica Constitucional – a Igualdade e as Ações Afirmativas* IN *Discriminação e Sistema Legal Brasileiro – Seminário Nacional em comemoração do Dia do Zumbi dos Palmares*. Anais. Tribunal Superior do Trabalho: Brasília, 2001, p. 19- 28.

<sup>310</sup> ROMITA, Arion Sayão. *O acesso ao trabalho das pessoas deficientes perante o princípio da igualdade*. Op. cit., p. 184.

“garimpo” do diamante ético, de que nos fala HERRERA FLORES<sup>311</sup>, bem como de sua “lapidação”, pois, quando se avança no sentido das ações afirmativas, não se pode olvidar da extensão das igualdades formais e materiais a todos. Há que se vislumbrar as novas fronteiras, avançando-se em direção a elas, mas resguardando-se conquistas, protegendo-se e fortalecendo-se o árduo caminho já traçado.

Dirigindo atenção, assim, ao trabalho da pessoa com deficiência é possível afirmar que a política oficial de ação afirmativa, expressa na Constituição e na lei ordinária brasileiras, reflete, acima de tudo, a construção de uma sociedade livre – igualdade formal –, justa – igualdade material – e solidária – igualdade real –, sendo, é claro, referente à última e diretamente interdependente das primeiras, as quais também se enlaçam mutuamente nessa relação de interdependência. A ruptura de qualquer uma delas compromete as demais.

Os direitos fundamentais, em todas as suas faces, devem ser estendidos, portanto, às pessoas com deficiência, sendo patente que ainda não foram, pois a elas não se atentou, até o presente, diria-se até o início dos anos 80<sup>312</sup>. A Carta Política brasileira destina algumas normas expressamente à pessoa com deficiência, versando sobre o direito à igualdade, a habilitação e reabilitação profissional, ao trabalho, à educação, à eliminação das barreiras arquitetônicas e acesso ao transporte, à livre expressão, à saúde, à aposentadoria, ao lazer e assistência especial.

### **5.1.1 O Direito à Igualdade**

O direito à igualdade já foi tratado no capítulo 3, a ele mais uma vez se remete o leitor. Nesse passo, convém, apenas, sublinhar o que já se disse linhas atrás, à guisa de reforço de argumentação. Para que a pessoa com deficiência seja efetivamente igualizada em direitos, todas as gamas inerentes à igualdade formal, substancial e real são acionadas, invocando-se, portanto, o art. 5º da Constituição, os arts. 6º e 7º, que tratam, respectivamente, das liberdades individuais e dos direitos sociais e o art. 3º,

---

<sup>311</sup> HERRERA FLORES, Joaquín. *El Vuelo de Anteo...* Op. cit., p. 41- 67.

<sup>312</sup> Vide capítulo 2.

cuja finalidade, como já se disse, consiste em possibilitar ações afirmativas, sendo imprescindível a concepção integrativa desses direitos fundamentais, posto que, tratados em dispositivos distintos, constituem a unidade axiológica amalgamada pelos princípios da dignidade da pessoa humana e da pluralidade, ambos contidos no art. 1º. Verificar-se-á, portanto, que todos os outros direitos constitucionais são pautados por um discríme positivo.

### **5.1.2 O Direito à Habilitação e à Reabilitação**

O inciso IV do art. 203, da CF, preconiza: “art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente da contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: (...) IV – a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e promoção de sua integração à vida comunitária;(...)”. A habilitação profissional diz respeito à preparação inicial, ou seja, o direito de profissionalização, que é universal, mas, para a pessoa com deficiência implica medidas especiais, cujo atendimento volta-se à instrumentalização adequada para que a pessoa se comunique e realize as tarefas ínsitas ao trabalho. É um direito suplementar, específico, atribuível às pessoas com deficiência física, mental, sensorial ou múltipla. Deve ser, portanto, acrescido a todo processo de formação profissional, que se inicia na escola, nos cursos técnicos, na aprendizagem laboral, nas universidades e em qualquer outro local onde tais atividades se desenvolvam.

É, assim, habilitado para o trabalho todo aquele com deficiência que adquira conhecimentos pré-profissionais ou profissionais qualificados. Na aplicação prática deste princípio, o Ministério Público do Trabalho e o Ministério do Trabalho vêm dando vigência à Lei nº 8.213/91 que , como se verificará, impõe a reserva de vagas para pessoas com deficiência habilitadas ou reabilitadas em empresas com mais de cem empregados. Regulamentando tal Lei, o Decreto nº 3.298/99 trata igualmente do direito à habilitação e à reabilitação nos arts 30 a 33. Estabelecem esses dispositivos, que a habilitação e a reabilitação consistem em direito universal, independente de contribuição previdenciária, cuja finalidade é a de

possibilitar que a pessoa com deficiência adquira e conserve o emprego e nele progrida. O art. 31 define habilitação e reabilitação profissional como “o processo orientado a possibilitar que a pessoa portadora de deficiência, a partir da identificação de suas potencialidades laborativas, adquira o nível suficiente de desenvolvimento profissional para ingresso e reingresso no mercado de trabalho e participar da vida comunitária.” É também princípio inerente à habilitação e à reabilitação a concessão dos instrumentos de que a pessoa necessite, considerando-lhe as capacidades a partir de suas limitações físicas, mentais ou sensoriais, bem como a demanda do mercado de trabalho.

Verifica-se, na definição acima, portanto, que a habilitação profissional implica a preparação de pessoa com deficiência para que ingresse no mercado de trabalho. Materializa-se pela aprendizagem e pelo estágio profissionalizante, que serão tratados linhas adiante. Os §§ 2º e 3º do art. 36 do Decreto nº 3.298 estabelecem como pessoa habilitada aquela que “concluiu curso de educação profissional de nível básico, técnico ou tecnológico, ou curso superior, com certificação ou diplomação expedida por instituição pública ou privada, legalmente credenciada pelo Ministério da Educação ou órgão equivalente, ou aquela com certificado de conclusão de processo de habilitação ou reabilitação profissional fornecido pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS” (§ 2º). Também será considerada pessoa habilitada “aquela que, não tendo se submetido a processo de habilitação ou reabilitação, esteja capacitada para o exercício da função” (§ 3º). Logo, a habilitação ou reabilitação podem ser um processo formal ou informal que deve ser avaliado de acordo com as peculiaridades da função específica.

A reabilitação, a seu turno, diz respeito a pessoas que se tornam deficientes em razão de acidentes ou doenças profissionais ou não<sup>313</sup>. Apesar de ser um direito universal, atinente à assistência social, nota-se um progressivo afastamento do Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS –

---

<sup>313</sup> MELO, Sandro Nahmias. *O direito ao trabalho da pessoa portadora de deficiência: ação afirmativa – o princípio constitucional da igualdade*. São Paulo, LTr, 2004, p. 149. “Para as pessoas que adquiriram uma deficiência mais tarde na vida, quando já em idade produtiva, é essencial a adoção de medidas públicas e privadas voltadas ao seu retorno ao trabalho, seja na mesma função, seja em novos postos, compatíveis com as suas novas condições”.

desse mister. Embora a Lei menciona a necessidade da habilitação ou reabilitação profissional, o que acarretaria ação prioritária do Estado, essas atividades vêm sendo prestadas por organizações não-governamentais. O trabalhador acidentado dentro ou fora do trabalho fica afastado, provisoriamente, percebendo auxílio-doença e definitivamente, percebendo aposentadoria por invalidez. Em ambos os casos, suspende-se o contrato de trabalho, não se extingue esse contrato, para que o empregado tenha a possibilidade de se reabilitar. A reabilitação, como se viu, pode ser prestada pelo INSS, preferencialmente, ou por qualquer meio que viabilize a atividade laboral que, concretizada, faz cessar o benefício previdenciário e enseja a inserção em termos de cotas.

### **5.1.3 O Direito ao Trabalho**

Pela centralidade do tema em relação a este estudo, destacar-se-ão, neste parágrafo, o valor social do trabalho e o da livre iniciativa, princípio contido no art. 1º da Constituição, uma vez que se pretende abordar o aspecto laboral, tanto da perspectiva do trabalhador com deficiência, quanto dos empresários que acolherão seus trabalhos, não caritativamente, como se poderia depreender da obrigatoriedade que deriva da Lei de Cotas<sup>314</sup>, mas sob o ponto de vista da função social da empresa, idéia que vem mobilizando grupos cada vez mais freqüentes de empresários<sup>315</sup>. O direito ao trabalho constitui-se como direito social, devendo o Estado mobilizar-se para realizar políticas de pleno emprego. Isto, é claro, porque a partir do trabalho o ser humano conquista sua independência econômica e pessoal, reafirma sua capacidade produtiva, exercita sua auto-estima e se insere na vida adulta definitivamente. Daí falar-se em direito ao trabalho, com o intuito efetivo do asseguramento de realização de todos os outros direitos que espelham a dignidade da pessoa, valor este central dentre aqueles acima tratados.

---

<sup>314</sup> Lei 8.213/, art. 93 que reserva um percentual de vagas nem empresas com mais de cem empregados, o que será estudado linhas a frente.

<sup>315</sup> INSTITUTO ETHOS. Sítio Virtual. Disponível em: <<http://www.ethos.com.br/>>. Acesso em: 04 de julho de 2005.

O art. 6º da Constituição do Brasil inclui, entre os direitos sociais fundamentais, o direito ao trabalho, e deste decorrem os direitos do trabalho aplicáveis quando se concretiza a relação de emprego. Conforme já se expôs, as pessoas com deficiência lutam pelo seu direito ao trabalho, como sendo um dos pilares centrais da afirmação de todos os demais direitos. A questão é de clareza solar, pois a partir da independência financeira constroem-se todas as derivações inerentes à cidadania e que dizem respeito a afirmação da pessoa enquanto cidadã produtiva, capaz de se manter, constituir família, manifestando, destarte, sua afetividade e perfeita inclusão social. A ruptura com o viés caritativo, paternal, que sempre permeou, há milênios, as relações das pessoas com deficiência, começa com seu trabalho independente, o qual reafirma suas capacidades, potências, as quais colocam as deficiências físicas, mentais ou sensoriais no plano dos atributos humanos íncitos a cada pessoa. Tais deficiências, que sempre foram fator de estigmatização, de exclusão social, passam a um segundo plano, visto que a pessoa que trabalha é respeitada como igual. Trata-se, assim, do mais eficiente mecanismo mais eficiente de libertação e de inclusão social.

O art. 7º, inciso XXXI, trata do princípio da igualdade no trabalho, especificando a “proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência”. Seria dispensável, caso a discriminação desse grupo social não fosse tão acentuada. Do ponto de vista da técnica jurídica, a mera afirmação de que todos são iguais perante à lei, contida no art. 5º, bastaria, por si só, para impedir discriminações salariais ou admissionais de pessoas com deficiência no emprego. O art. 7º, portanto, explicita tal proibição, destacando-a em razão de opção política do constituinte, no sentido de efetivamente afastar o quadro notório de inferioridade desse grupo social, encarado como “guetos institucionais”, que muitas vezes os colocam no mercado de trabalho com salários reduzidos e injustificados. É verdade que o mesmo art. 7º também explicita a proibição de discriminação em razão da idade do sexo, cor ou estado civil, mas separa um inciso específico, o XXXI, conforme já se expôs,

justamente para reforçar a opção política constitucional em prol das pessoas com deficiência.

O art. 37, inciso VIII, determina que “a lei reservará percentual de cargos e empregos público para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão”. Tratar-se-á especificamente desse direito em momento posterior. Convém, todavia, sublinhar, aqui, que o legislador constituinte implementou a promoção da igualdade das pessoas com deficiência com relação ao direito de acesso aos concursos públicos, com ênfase maior, pois há uma reserva preferencial de vagas, a qual deve ser implementada nos três níveis da Administração direta e indireta, cada uma normatizando a questão, independentemente. Trata-se, assim, de ação afirmativa pública que legitima, mais uma vez, a exigência feita a iniciativa privada, no mesmo sentido, e da qual também se tratará oportunamente.

O art. 227, § 1º, inc. II, também estimula políticas públicas para a educação profissional de adolescentes com deficiência, com o fito de incluí-los no mercado de trabalho, devidamente formados para tanto. Preconiza, além da remoção de barreiras atitudinais e arquitetônicas, a adoção de programas que combinem o Estado e a iniciativa privada e o terceiro setor, sendo de se frisar que a Medida Provisória 251, de julho de 2005, visando dar cumprimento a esse mandamento constitucional, eliminou o limite teto de idade para pessoas com deficiência submeterem-se a contratos formais de Aprendizagem, os quais podem ser mediados pelo “Sistema S” ou por entidades não-governamentais, segundo a Lei nº 10.097/00. A Medida Provisória em questão elevou, aliás, a idade para Aprendizagem até 24 anos para trabalhadores sem deficiência, uma vez que a formação profissional vem se tornando uma necessidade prioritária. E, no que pertine às pessoas com deficiência, mais relevante, visto que o grau de escolaridade que as caracteriza é bastante baixo.

#### **5.1.4 O Direito à Educação**

O direito à educação, que também se constitui como direito social central e se caracteriza como antecessor cronológico na vida das

peças ao direito de trabalhar, também ocupa papel central na liberação e na inclusão social das pessoas com deficiência, e vem despertando uma interessante discussão acerca das escolas especiais. O art. 208, inciso II, da Constituição, dispõe que: “O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: (...) III – atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino; (...)”. Essa disposição reflete uma tradição e uma tentativa de avanço em direção à inclusão. As escolas especiais traduziram-se em conquistas importantes, pois, quando foram criadas, significaram um instrumento relevante de aproximação social das pessoas com deficiência, eis que se desenvolveram métodos para o ensino de cegos, surdos, deficientes mentais, surdocegos, os quais necessitam de linguagens especiais e metodologia própria para a absorção de conceitos abstratos ou de conhecimentos cuja apreensão se faz, via de regra, visualmente.

A marcha em direção ao centro da vida social, no entanto, necessita avançar, pois, tal como se dá com as oficinas protegidas de trabalho, a escola especial para cegos, para surdos ou para deficientes mentais acaba se tornando um “gueto” que podem trazer conquistas, mas também pode afastar do convívio coletivo os alunos que lá se matriculam. O Ministério Público Federal vem, por isso, tomando medidas<sup>316</sup> no sentido de se encetarem políticas públicas para que as escolas comuns recebam todas as crianças ou adolescentes com qualquer tipo de deficiência, moderada ou

<sup>316</sup> MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL: Fundação Procurador Pedro Jorge de Melo e Silva (org.). *O Acesso de alunos com deficiência às escolas e classes comuns da rede regular*. 2ª ed., ver e atual. Brasília: Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, 2004.

Ainda sobre o tema: FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. *Direitos da pessoa com deficiência...* Op cit., p. 88- 89. “Na Declaração Universal de Direitos Humanos consta que os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrado a seus filhos; sendo assim, não é direito seu optar se seu filho com deficiência deve ser matriculado numa instituição de ensino comum ou especial? Uma coisa é poder optar pelo ‘gênero de instrução’, outra coisa é o acesso à instrução propriamente dita. Esta, de acordo com a legislação brasileira, é representada pela educação escolar que, em nível básico, conforme já dito, se compõe dos ensinamentos Infantil, Fundamental, e Médio. A Educação Especial não é nível de ensino e não supre, sozinha, o direito à escolarização/instrução que, em níveis elementares, também de acordo com a Declaração Universal de Direitos Humanos, é obrigatória, indisponível. Isto significa que nem os pais podem abrir mão desse direito. Portanto, os pais podem optar, dentro dos níveis de escolarização, pelo gênero de instrução que quiserem (escolas confessionais, tradicionais, democráticas, etc.), mas não podem optar por deixar seu filho sem acesso ao Ensino Fundamental”.

Existe profunda dissidência na questão, eis que alguns pais vêm impetrando *habeas corpus* preventivo argumentando que têm sim o direito de escolha, devendo ser mantida a criança na escola especial, quando a deficiência assim o justifique.

severa. As experiências bem-sucedidas demonstram que, nas salas de aula, o contato com as crianças com deficiências tem sido um aprendizado fundamental para as crianças em geral, que assimilam naturalmente a idéia da aceitação da diversidade. As resistências iniciais de pais e alunos têm sido progressivamente superadas, mantendo-se as classes especiais em escolas especiais como apoio suplementar, paralelo e imprescindível, em alguns casos.

### **5.1.5 O Direito à Eliminação de Barreiras Arquitetônicas e Acesso ao Transporte**

Também o direito de ir-e-vir, previsto, genericamente, a todos os cidadãos, no art. 5º, inc. XV da Constituição, é normatizado de forma específica em dois outros dispositivos constitucionais, quais sejam, os arts. 227 e 244<sup>317</sup>. Curiosa a técnica constitucional, porque, além de afirmar de forma genérica o direito de ir-e-vir, a Constituição insiste em dois dispositivos praticamente idênticos, os dois últimos, na remoção de barreiras arquitetônicas dos logradouros, dos edifícios e do transporte público. Verifica-se, aqui, o quão forte foi o *lobby* democrático exercido pelas pessoas com deficiência e quão bem-sucedido. A questão merece atenção especial, porque as barreiras arquitetônicas nas ruas e nos edifícios, o transporte público inacessível, são verdadeiros obstáculos a quem usa cadeira de rodas ou muletas. Foram editadas, por isso, no Brasil, as Leis nº 10.048/00 e nº 10.098/00 que tratam, respectivamente, da adequação do transporte público e da remoção de barreiras arquitetônicas. “Dormiram em berço esplêndido”, porém, até que em dezembro de 2004 foi editado o Decreto nº 5.296/04 que as regulamentou, tornando-as efetivamente exigíveis.

A tradição arquitetônica nas cidades valoriza escadarias, soleiras altas, e o transporte público, por sua vez, atende muito mal, inclusive

---

<sup>317</sup> “Art. 5º (...): (...) XV – é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens; (...)”.; “Art. 227 (...) § 2º A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência. (...)”.; “Art. 244. A lei disporá sobre a adaptação dos logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo atualmente existentes a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência, conforme disposto no ar. 227, §2º.”

a quem não é deficiente, eis que a lei da oferta e da procura leva à lógica da redução do número de ônibus, os quais estão sempre lotados e premidos por horários quase inexecutáveis, ante as vias públicas congestionadas. Desse modo, a implantação de rampas, de elevadores ou de calçadas sem buracos ou degraus, edifícios privados e públicos acessíveis, será uma empreitada onerosa, lenta e, contra a qual, certamente, muito se resistirá<sup>318</sup>. As balizas estão lançadas, já que o instrumental jurídico completou-se com a edição do Decreto nº 5.296/04. Competirá, assim, à sociedade civil mobilizar-se para que, diante da provocação do Ministério Público e do Judiciário, as prefeituras recalcitrantes implementem as alterações necessárias.

As pessoas com deficiência visual, por seu turno, vêm reivindicando o direito de se utilizar de cães-guias e têm sido fixado pela doutrina, manifesta nas palavras de Eugênia FÁVERO<sup>319</sup> que o cão-guia, desde que devidamente habilitado por entidade idônea, e cadastrado em órgão público, o qual verifique a vacinação e teste a habilitação do animal, o que se comprova por meio de carteira de identificação do animal, a ser portada pelo usuário, deve ser admitido em qualquer recinto, quer público, quer privado, em logradouro ou em meio de transporte. Acaba de ser editada, nesse sentido, a Lei nº 11.126, de 27 de junho de 2005, que assegura às pessoas portadoras de deficiência visual o “direito de ingressar e permanecer com o animal nos veículos e nos estabelecimentos públicos e privados de uso coletivo, desde que observadas as condições impostas por esta Lei” (ar. 1º). As condições evidenciam-se prestes a serem disciplinadas por decreto, mas a Lei já garante o livre acesso dos cães-guias, apenando com interdição e multa

---

<sup>318</sup> Curitiba é uma cidade que conta com transporte público bastante acessível a cadeirantes, mas suas calçadas, em razão de concepção arquitetônica peculiar, são pavimentadas com pedras e irregulares o que dificulta a locomoção de cegos, pois as bengalas de tato não deslizam adequadamente, pessoas que utilizam cadeiras de rodas, idosos ou gestantes, e, até mesmo, mulheres que usam salto alto. São muito comuns os cadeirantes que trafegam no meio-fio, fato que também ocorre com idosos ou pessoas que usam muletas. A inadequação das cidades é patente no Brasil, eis que, além das calçadas irregulares, quando elas existem, o transporte público é absolutamente inatingível.

O decreto 5.296/04 trata do assunto nos arts. 10 a 30, disciplinando a alteração dos logradouros e edifícios, públicos e privados, de forma a torná-los acessíveis a todos, por meio do chamado desenho arquitetônico universal. Também cuida da adequação dos transportes públicos nos arts. 31 a 46.

<sup>319</sup> FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. *Direitos da pessoa com deficiência: garantia de igualdade na diversidade*. Op. cit., p. 173-175.

os locais que o proibir (art. 3º). No Brasil, os cegos preferem as bengalas táteis, cuja utilização garante-lhes total autonomia, sendo necessário apenas um treinamento prévio para o aprendizado da técnica correta. Os maiores obstáculos são a ausência de semáforos com sinais sonoros e de equipamentos telefônicos públicos, conhecidos como “orelhões”, cujo desenho não possibilita que os cegos deles se desviem apenas com o uso da bengala. Recomenda-se, por isso, que se faça uma proteção no piso dos orelhões, consistente em uma pequena elevação, muito menor que um degrau, ou algum sinal tátil que possa alertar o deficiente visual<sup>320</sup>.

Outro problema levantado diz respeito às pessoas amputadas, uma vez que a aquisição de próteses de membros superiores e inferiores pautam-se pelo critério da licitação pelo menor preço e, via de regra, as compras são feitas a partir da acumulação de pedido. Logo, aguarda-se um volume “x” de pedidos de prótese para, só então, proceder-se à licitação, vencendo aquela entidade ou empresa que puder atender a todo o conjunto de próteses, fazendo-o com o menor custo. Trata-se de política pública equivocada, já que, embora a Lei nº 8.666/93, que disciplina a licitação, imponha tal critério como regra geral, é a típica situação em que “o barato sai caro”, pois uma prótese mal adaptada ao usuário acarreta dor e impede a locomoção, inviabiliza o trabalho, o lazer e a finalidade precípua desses dispositivos. As próteses mais avançadas são confeccionadas com a utilização de carbono e *chips* que possibilitam a prática de esportes, a total independência e autonomia, oferecendo benefício ao usuário e ao próprio sistema público de saúde, porque as consultas de manutenção se reduzem ou se eliminam. O usuário deixa de receber benefícios, referentes ao afastamento do trabalho, volta a vida normal ou a assume de forma pró-ativa, produtiva.

Uma tentativa que se faz no Brasil para compensar a dificuldade de ir-e-vir é a isenção tributária para a compra de veículos adaptados para pessoas com deficiência dirigirem-nos ou serem neles

---

<sup>320</sup> Essas reivindicações foram acolhidas pela Lei 10.098/00 e no Decreto 5.296/04, art. 8º, inc. IV.

conduzidas<sup>321</sup>. O Governo Federal isenta do comprador e do produtor o pagamento do IPI – Imposto sobre Produtos Industrializados e autoriza a isenção do ICMS – Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Serviços, bem como do IOF – Imposto sobre Operações Financeiras e do IPVA – Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotivos, o que importa na redução de até 38% do custo final do veículo com até 127HP, quando o motorista for pessoa com deficiência. Os cegos e

---

<sup>321</sup> A primeira lei brasileira a tratar do assunto foi a Lei nº 4.613, de 2 de abril de 1965, que isenta “dos impostos de importação e de consumo, bem como da taxa de despacho aduaneiro os veículos que, pelas suas características e adaptações especiais, se destinarem a uso exclusivo de paraplégicos ou de pessoas portadoras de defeitos físicos, os quais fiquem impossibilitados de utilizar os modelos comuns” (art. 1º).

No mesmo diapasão, em 19 de dezembro de 1986 foi editada a Lei Complementar nº 53, que estabelecia que “ficam isentos do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias - ICM, os veículos automotores nacionais que se destinarem a uso exclusivo de paraplégicos ou de pessoas portadoras de defeitos físicos, os quais fiquem impossibilitados de utilizar os modelos comuns” (art. 1º).

A Lei nº 7.613, de 13 de julho de 1987, isenta os portadores de deficiências físicas, referidos na Lei Complementar 53/86, também do imposto sobre produtos industrializados – IPI, nos seguintes termos:

“Art. 1º Ficam isentos do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI - os automóveis de passageiros classificados no Código 87.02.01.03 da Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados - TIPI, quando adquiridos por: (...)

IV - pessoas portadoras de deficiência físico- paraplégica, amparadas pela Lei Complementar nº 53, de 19 de dezembro de 1986”.

Mais uma vez, a lei concedia a isenção, apenas e tão somente, aos deficientes físicos, deixando de fora os portadores de deficiências mentais e sensoriais.

Em 13 de março de 1990, foi editada a Lei nº 8.000 que trata da questão nos seguintes termos:

“Art. 1º São isentos do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI os automóveis de passageiros de até 127 HP de potência bruta - SAE, quando adquiridos para uso na atividade de transporte autônomo de passageiros (táxis), por: (...)

Art. 3º O benefício fiscal, previsto nesta Lei, somente poderá ser utilizado uma única vez, obedecidas as seguintes condições:

I – para os paraplégicos e pessoas portadoras de deficiências físicas, observados os requisitos previstos nesta Lei, na aquisição de um automóvel de passageiros. (...)

Art. 4º São também isentos do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) os veículos automotores nacionais que:

I - se destinarem ao uso de paraplégicos e de pessoas impossibilitadas de utilizar veículos comuns em razão de deficiências físicas, desde que satisfeitas as seguintes condições:

a) tenham renda mensal familiar inferior a 30 (trinta) vezes o maior valor de referência vigente no País;

b) seu patrimônio familiar, a preços de mercado, não ultrapasse 10.000 (dez mil) vezes o maior valor de referência vigente no País;”.

Na esteira das leis acima, em 24 de fevereiro de 1995, a Lei nº 8.989, que reforçou a isenção, especificando a isenção do IPI aos veículos de fabricação nacional de até 127 HP de potência bruta, no mínimo quatro portas e movidos a combustível renovável, a saber: “Ficam isentos do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) os automóveis de passageiros de fabricação nacional de até 127 HP de potência bruta (SAE), de no mínimo quatro portas, inclusive a de acesso ao bagageiro, movidos a combustíveis de origem renovável, quando adquiridos por: (...) (redação dada pela Lei 10.182 de 12/02/2001)

IV - pessoas que, em razão de serem portadoras de deficiência física, não possam dirigir automóveis comuns”.

deficientes mentais podem adquirir veículos com isenção apenas do IPI, IPVA e IOF, desde que, é claro, indique o condutor para o veículo, ao qual fica vinculado.

### 5.1.6 O Direito à Livre Expressão

O art. 5º da Constituição assegura o livre direito de expressão, comunicação e manifestação do pensamento, sem censura ou barreiras, nos incisos IV, IX e XIV. No que pertine ao direito de livre expressão, suscita-se interessante discussão acerca da linguagem identificada como a Língua Brasileira de Sinais — LIBRAS, “forma de comunicação e expressão, em que o sistema lingüístico de natureza visual-motora, com estrutura gramatical

Referida Lei 10.182 isentou os portadores de deficiência das exigências do art. 1º:

“Parágrafo único. A exigência para aquisição de automóvel de quatro portas e de até 127 HP de potência bruta (SAE) não se aplica aos deficientes físicos de que trata o inciso IV do *caput* deste artigo.”

A Lei nº 10.690 de 16 de junho de 2003 prorrogou a vigência da Lei nº 8.989/95 até 31 de dezembro de 2006 e a alterou nos arts 1º, incisos IV, § 1º, 2º e 6º, estendendo o benefício de isenção tributária para aquisição de veículos aos portadores de deficiência visual, mental severa ou profunda, ou autistas, bem como ampliou os casos de deficiência física, abarcando toda e qualquer deficiência que acarrete comprometimento das funções físicas. A Lei dispõe:

“Art. 1º Ficam isentos do Imposto Sobre Produtos Industrializados - IPI os automóveis de passageiros de fabricação nacional, equipados com motor de cilindrada não superior a dois mil centímetros cúbicos, de no mínimo quatro portas inclusive a de acesso ao bagageiro, movidos a combustíveis de origem renovável ou sistema reversível de combustão, quando adquiridos por: IV - pessoas portadoras de deficiência física, visual, mental severa ou profunda, ou autistas, diretamente ou por intermédio de seu representante legal;

§ 1º Para a concessão do benefício previsto no art. 1º é considerada também pessoa portadora de deficiência física aquela que apresenta alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções.

§ 2º Para a concessão do benefício previsto no art. 1º é considerada pessoa portadora de deficiência visual aquela que apresenta acuidade visual igual ou menor que 20/200 (tabela de Snellen) no melhor olho, após a melhor correção, ou campo visual inferior a 20º, ou ocorrência simultânea de ambas as situações. (...)

§ 6º A exigência para aquisição de automóveis equipados com motor de cilindrada não superior a dois mil centímetros cúbicos e movidos a combustível de origem renovável ou sistema reversível de combustão aplica-se, inclusive aos portadores de deficiência de que trata o inciso IV do *caput* deste artigo. NR)”.  
 A Lei 10.754 de 31 de outubro de 2003 alterou o § 6º do art. 1º, a Lei nº 8.989/95, acrescentado pela Lei nº 10.690/03, revogando, novamente, a exigência quanto ao motor do veículo e número de portas, dispondo que: “§ 6º A exigência para aquisição de automóveis equipados com motor de cilindrada não superior a dois mil centímetros cúbicos, de no mínimo quatro portas, inclusive a de acesso ao bagageiro, movidos a combustíveis de origem renovável ou sistema reversível de combustão não se aplica aos portadores de deficiência de que trata o inciso IV do *caput* deste artigo.” (NR).

Legislação disponível em: <<http://www.senago.gov.br/legibras>> Acesso em: 28 de junho de 2005.

própria, constituem um sistema lingüístico de transmissão de idéias e fatos, oriundos de comunidades de pessoas surdas do Brasil” (Lei 10.436/02, art. 1º, parágrafo único)<sup>322</sup>. Os surdos vêm se constituindo uma comunidade à parte, um “gueto lingüístico”, que pouco convive em teatros, em cinemas, em repartições públicas, em escolas comuns, ou em qualquer outro ambiente similar, em razão da dificuldade de comunicação. A Lei retro-mencionada caminha no sentido de tornar obrigatória a inclusão da Libras ou de intérpretes dessa linguagem em todas as situações em que se faça necessário. Diz-se apenas “caminha no sentido”, porque não obriga, mas utiliza a exortação, a mera exortação, para que os órgãos públicos ou concessionários de serviços públicos estabeleçam “formas institucionalizadas de apoiar o uso e a difusão da Língua Brasileira de Sinais - LIBRAS como meio de comunicação objetiva e de utilização corrente das comunidades surdas do Brasil” (art. 2º da Lei). Já a Lei nº 10.098/00, no seu art. 17, determina que “o Poder Público promoverá a eliminação de barreiras na comunicação e estabelecerá mecanismos e alternativas técnicas que tornem acessíveis os sistemas de comunicação e sinalização às pessoas portadoras de deficiência sensorial e com dificuldade de comunicação, para garantir-lhes o direito de acesso à informação, à comunicação, ao trabalho, à educação, ao transporte, à cultura, ao esporte e ao lazer”. Logo, a Lei da LIBRAS deve ser suplementada pela Lei nº 10.098 e pelo Decreto que a regulamenta. Nos arts. 47 a 60, o Decreto em questão, nº 5.296/04, a seu turno, já estabelece a obrigatoriedade da utilização da LIBRAS, de legendas e de narradores em canais paralelos, por meio da tecla SAP, em sistemas de televisão analógica e ou digital, para atender aos surdos e aos cegos. Estabelece, também, que o sistema telefônico móvel e fixo possa ser suplementado por sinais visuais escritos ou por meio de centrais de intermediação, que funcionem 24 horas por dia, para que os

---

<sup>322</sup>BRITO, Lucinda Ferreira. *A Língua Brasileira de Sinais*. Disponível em: <[http://www.ines.org.br/ines\\_livros/FASC7\\_INTRO.HTM](http://www.ines.org.br/ines_livros/FASC7_INTRO.HTM)>. Acesso em 01 de julho de 2005. “As gramáticas particulares das línguas orais e das línguas de sinais são intrinsecamente as mesmas posto que seus princípios básicos são respeitados em ambas as modalidades: elas são dotadas de dupla articulação (estruturam-se a partir de unidades mínimas distintivas e de morfemas ou unidades mínimas de significado), usam a produtividade como meio de estruturar novas formas a partir de outras já existentes, estruturam suas sentenças a partir dos mesmos tipos de constituintes e categorias lingüísticas, suas sentenças são estruturadas sempre em torno de um núcleo com valência, isto é, o núcleo que requer os argumentos (complementos) necessários para a completude do significado que veicula”.

surdos possam conversar com ouvintes, mediados por textos escritos. Atualmente utilizam-se dos *fac-símiles*, apenas.

Também o sistema braille ou a utilização de programas de computador que transformem sinais digitais escritos em sonoros, vocais, são imprescindíveis para que os cegos exerçam o direito de se comunicar e de ter acesso a informações. O Braille já é obrigatório no Brasil desde 1962, por meio da Lei 4.169/62 que, inclusive, impõe ao Ministério da Educação que regulamente a obrigatoriedade da edição de livros em Braille, o que não foi cumprido<sup>323</sup>. Para avançar no sentido da acessibilidade digital à informação, o Decreto n. 5.296/04, no art. 58, impõe ao Poder Público a adoção de “incentivos para tornar disponíveis em meio magnético, em formato de texto, as obras publicadas no País”. O dispositivo em questão também preconiza a divulgação de bulas de medicamentos em Braille e manuais que acompanhem a venda de equipamentos eletroeletrônicos, mediante solicitação (§§ 1º e 2º).

Há uma categoria, pouco conhecida, cuja deficiência se caracteriza pelo acentuado grau de limitação. Trata-se dos surdocegos. A palavra é grafada desta forma, porque se entende que a surdocegueira constitui uma deficiência única, não uma deficiência múltipla. De fato, assim o é, porque tal condição implica a adoção de meios específicos para que as crianças aprendam a conhecer o mundo e nele se situar, sem mencionar a própria comunicação que só é possível pelo tato. Toda a inserção dos surdocegos se resume na comunicação tátil, primordialmente tátil. Seu aprendizado se faz por meio do contato corporal com pedagogas especializadas; esse contato afetivo propicia a identificação e a associação de objetos ao olfato e ao paladar. O tato se impõe, assim, como a primeira forma de comunicação com o mundo, tal como a visão o é para quem enxerga e a audição, para quem não enxerga mas ouve. Estabelecem-se duas situações distintas em relação aos surdocegos: há aqueles que adquirem essa deficiência depois de terem aprendido a falar e aqueles que a adquirem antes

---

<sup>323</sup> A Lei 4.169, de 4 de dezembro de 1962, dispõe: “art. 2º A utilização do Código de Contrações e Abreviaturas *Braille* será feita gradativamente, cabendo ao Ministro da Educação e Cultura, ouvido o Instituto Benjamin Constant, baixar regulamento sobre prazos da obrigatoriedade a que se refere o artigo anterior e seu emprêgo nas revistas impressas pelo sistema *Braille* no Brasil, livros didáticos e obras de difusão cultural, literária ou científica.”

do aprendizado da linguagem falada ou gestual. Na primeira hipótese, utilizam-se de um meio de comunicação peculiar com os ouvintes e com os videntes, captada pela articulação do maxilar de quem com eles fala, e cuja intermediação se processa mediante um leve toque da mão no maxilar do interlocutor e nesse grupo incluem-se os surdos pós-linguísticos. Os pré-linguísticos comunicam-se com a utilização das LIBRAS, expressa mão a mão, entre outras maneiras<sup>324</sup>. Os surdocegos tocam-se entre si, ou em seus intérpretes, utilizando-se do tato com ambas as mãos.

Reitera-se, aqui, o que já se afirmou no item 4.2.2.3, eis que os surdos e os surdocegos não têm dificuldade nem impossibilidade de apreensão da linguagem falada ou escrita, carecem, apenas, de instrumentação especial, por meio de intérpretes e, de códigos, os quais se expressam, inclusive, por meio de maquinário amplamente desenvolvido. Não há que considerá-los, portanto, absolutamente incapazes, mas municiá-los com a instrumentação necessária; do contrário, deixa-se de se aplicar o art. 3º da Constituição, frustrando conquistas da sociedade inclusiva. O próprio Decreto nº 5.296/04 se omite, inexplicavelmente, sobre as justas demandas dos surdocegos, mas, tal omissão, deve ser suprida pela interpretação extensiva do art. 58, no sentido de assegurar-lhes, também, o atendimento instrumental necessário.

---

<sup>324</sup> LIMA, Ana Maria de Barros. *Surdocegueira*. Revista Digital Sentidos, de 20/11/2001, Caderno Científico. Disponível em: <<http://sentidos.com.br/canais/materia.asp?codpag=1267&codtipo=1&subcat=34&canal=cientifico>>. Acesso em: 11 de julho de 2005. “TADOMA - Percepção da fala através do tato; Tellethouc - Máquina de datilografia comum, e teclado em braille, com uma ‘sela’ para a recepção em braille por parte do surdocego; Libras - A Língua dos Sinais colocada nas mãos do Surdocego; Alfabeto Manual dos Surdos - Colocação das letras do alfabeto em uma das mãos do surdocego, que poderá estar espalmada para cima ou voltada para baixo; Placa em Braille - Contém os caracteres em braille e em letras de imprensa, para serem apontadas para o surdocego com o indicador; Escrita - Segurando no dedo indicador do surdocego o intérprete irá desenhando num apoio (mão, mesa), as palavras em letra cursiva ou de forma”.

MAIA, Shirley Rodrigues; ARÁOZ, Suzana Maria Mana. *A Surdocegueira – saindo do escuro*. Centro de Educação: Caderno. Edição: 2001 – nº 17, artigo. Disponível em: <<http://www.ufsm.br/ce/revista/ceesp/2001/01/a3.htm>>. Acesso em: 11 de julho de 2005.

### 5.1.7 O Direito à Saúde

De acordo com a lição precisa de Luís Alberto David ARAÚJO, o direito à saúde<sup>325</sup> tem várias perspectivas, abarcando a prevenção, a manutenção da saúde e, também, o que interessa às pessoas com deficiência adquirida ou congênita, o direito à habilitação e à reabilitação. O art. 196 da Constituição preconiza que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

O Serviço Único de Saúde – SUS –, dessa forma, é universal, gratuito e independente de filiação obrigatória à previdência. As pessoas com deficiência, é bom que se frise, não têm problemas de saúde, tampouco portam deficiências. As deficiências não são doenças ou anomalias. Sabe-se que a lei brasileira utiliza a expressão “pessoas portadoras de deficiência”, mas essa expressão, como se exporá linhas adiante, foi abandonada internacionalmente, eis que as deficiências não se portam, mas *estão com* a pessoa, na pessoa. Ademais, a deficiência é ínsita à natureza humana. Estas de que se cuida são aquelas que estigmatizaram as pessoas ao longo dos séculos, paradigma que se quer reverter nesta luta pela sociedade inclusiva. A pessoa com deficiência, assim, necessita do sistema de saúde uma atenção diferenciada, peculiar às suas demandas. São próteses competentes, muletas, cadeiras de rodas, órteses, lentes especiais para quem possui baixa visão<sup>326</sup>, bengalas táteis, cães-guias, aparelhos de surdez, etc. Trata-se, portanto, de um cabedal de recursos, instrumentos que suprem limitações físicas ou sensoriais.

Acrescente-se, finalmente, que o esforço físico e as diferenças posturais, decorrentes das limitações sensoriais ou físicas, bem como as atenções especiais que se ensejam em decorrência da deficiência mental, também acarretam necessidades diferenciadas e exigem especialização que

---

<sup>325</sup> ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência*. Op. cit., p. 46-47.

<sup>326</sup> Baixa visão é a pessoa que tem visão inferior aos padrões de miopia, tanto pelo grau quanto pelo campo de visão.

vem sendo suplementada pela organização do terceiro setor. Há no Brasil uma tradição de décadas no sentido de que as associações de pais, de amigos ou de pessoas com deficiência avançam muito mais que o Estado nas pesquisas e nas qualificações de profissionais para o atendimento peculiar dos diversos grupos de pessoas com deficiência. Assim é o que ocorre com cegos, surdos, deficientes mentais, dentre esses os com Síndrome de Down e outros, constituem os principais instrumentos associativos para sua educação, assistência de saúde e, até mesmo, para uma articulação política de amparo aos seus interesses.

### **5.1.8 O Direito à Aposentadoria**

Emerge tal direito do texto do art. 201 da Constituição e, no que diz respeito às pessoas com deficiência, deve ser observada tal deficiência sob a perspectiva da invalidez absoluta e adquirida, já que a aposentadoria é um benefício previdenciário cuja incidência se dá por diversas causas. Além da invalidez, são causas de aposentadoria, também, o tempo de contribuição – 35 anos para homens e 30 anos para mulheres –, o implemento da idade – 65 anos para homens e 60 anos para mulheres –, ou a idade de afastamento compulsório aos 70 anos. Tanto a invalidez quanto o tempo de contribuição ou a idade não prescindem de contribuição prévia, eis que o benefício é de natureza securitária, social. Importa, aqui, todavia, perquirir o que é invalidez, tomando-se em conta a idéia de sociedade inclusiva, expressa pelo art. 3º da Constituição do Brasil e pelos esforços para que as deficiências sejam instrumentalizadas a fim de que se implemente o direito ao trabalho.

A aposentadoria por invalidez é, assim, devida àquele que perde a capacidade laboral. No entanto, há que se entender, por força de lei<sup>327</sup>, art. 475 da CLT, que a aposentadoria não extingue o contrato de trabalho, suspende-o, apenas, fazendo que incidam as atividades de reabilitação profissional até que o trabalhador readquira sua capacidade de

---

<sup>327</sup> CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 29. ed., atual. por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 344. “1. *Aposentadoria*. Inexiste no direito positivo atual a aposentadoria definitiva por invalidez; a qualquer tempo, mesmo após cinco anos (prazo do direito anterior), pode ser cancelada, caso readquira a capacidade laborativa.”

trabalho. São ponderáveis os argumentos de Luis David ARAÚJO<sup>328</sup> no sentido de que cada caso deve ser observado de per si, eis que o trauma pela perda da capacidade plena física, sensorial ou mental desencadeia reações diversas e as próprias condições socioculturais do trabalhador constituem-se em fator considerável que facilita ou dificulta o processo de reinserção laboral. Tal subjetividade é que pode manter o benefício previdenciário em análise. Cada um reage a seu modo. Há que se ter em mente, todavia, que os esforços devem militar para a retomada da capacidade a partir das potências residuais. A deficiência, desde que instrumentalizada, não é invalidez; esta advém da impossibilidade psicológica ou tecnológica de se superar tal condição. Ambos os aspectos, o subjetivo e o objetivo, devem ser trabalhados, porém, para que se caminhe no sentido da inclusão.

A Emenda Constitucional nº 47, de julho de 2005, também acena com aposentadoria especial para servidores e trabalhadores da esfera privada, desde de que tenham deficiência. A Emenda altera o art. 40 da Constituição para incluir a possibilidade de aposentadoria por tempo de contribuição diferenciado, nesta hipótese. Sujeita-se, contudo, tal alteração, à normatização que virá apenas por lei complementar, cuja tramitação é extremamente complexa, em termos de *quorum* e de votação, o que faz antever que a efetivação do benefício tardará. O mesmo se diga quanto aos trabalhadores da esfera privada, eis que a Emenda em questão altera, ademais, o art. 201 da Carta Constitucional, justamente, para prever a possibilidade de aposentadoria especial para o trabalhador vinculado ao INSS, o que também se moldará por lei complementar<sup>329</sup>.

<sup>328</sup> ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência*. Op. cit., p. 52- 53.

<sup>329</sup> Emenda Constitucional nº 47, de 5 de julho de 2005. Art. 1º Os arts. 37, 40, 195 e 201 da Constituição Federal passam a vigorar com a seguinte redação:

"Art.

40.....

..

§ 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores:

I - portadores de deficiência;

II - que exerçam atividades de risco;

III - cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

### 5.1.9 O Direito ao Lazer

O art. 6º da Constituição inclui o lazer entre os direitos sociais fundamentais e nem poderia deixar de ser, eis que se trata de contraponto ao direito ao trabalho, à educação e a outros tantos. O acesso a locais em que se dança, em que se brinca, em que se lê ou se ouve música, poesia, teatro, cinemas, etc é um direito que realimenta os demais. Diz respeito à saúde físico- psicológica, tendo, portanto, como pressuposto, o direito à remoção de barreiras arquitetônicas, lingüísticas e atitudinais, conforme já se expôs. Há que se aplicarem aqui, portanto, as Leis nº 10.048/00, nº 10.098/00 e o Decreto nº 5.296/04. O art. 227 coloca, ao lado do direito à profissionalização e à saúde, o lazer que deve ser oferecido às crianças e aos adolescentes, com deficiências ou não, como dever prioritário do Estado, da família e da sociedade, o que é reiterado pelo art. 4º do ECA. Lembra Eugênia FÁVERO<sup>330</sup> que a Lei nº 10.257/01 – Estatuto das Cidades – no seu art. 1º “insere o lazer como um dos elementos indispensáveis para a garantia do direito a ‘cidades sustentáveis’ para as presentes e futuras gerações”. Traz, também, a autora, a Lei nº 80.080/90 que, em seu art. 3º, “prevê que o lazer é também um dos fatores ‘determinantes e condicionantes da saúde’ ”.

O turismo revela- se como uma fonte de diversão e de trabalho que vem se expandindo em nosso país e no mundo, sendo reivindicação constante das pessoas com deficiência a criação de pacotes turísticos especiais ou, com a mesma ênfase, a preparação da rede hoteleira para receber pessoas com deficiências físicas, mentais e sensoriais. Romeu Kazumi SASSAKI<sup>331</sup> aponta seis tipos de barreiras que devem ser removidas

---

"Art.

201. ....

..

§ 1º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física e quando se tratar de segurados portadores de deficiência, nos termos definidos em lei complementar.

<sup>330</sup> FÁVERO. Eugênia Augusta Gonzaga. *Direitos da pessoa com deficiência: garantia de igualdade na diversidade*. Op. cit., p. 142.

<sup>331</sup> SASSAKI, Romeu Kazumi. *Inclusão no lazer e turismo: em busca da qualidade de vida*. São Paulo: Áurea, 2003, p. 35.

para que o direito ao turismo se implemente, tanto na esfera de quem usufrui essa forma de lazer, quanto para o próprio mercado de trabalho; são as seguintes: 1) barreiras arquitetônicas, nos terminais de transporte aéreo, rodoviário e ferroviário, hotéis, museus e teatro...; 2) barreiras atitudinais, como falta de previsão de acesso aos planos turístico...; 3) barreiras comunicacionais, não existem roteiros em braile, guias que conheçam Libras,... ; 4) barreiras metodológicas, como a falta de treinamento para que os operadores de turismo possam viabilizar, na execução das atividades turísticas, a condução, o acesso, a transmissão de informações para pessoas com deficiências física, mental e sensorial, ou seja, é o *modus operandi*; 5) barreiras instrumentais, acesso a equipamentos e ferramentas que fazem parte dos locais de visitação turística e; 6) barreiras programáticas, invisíveis e existentes nos decretos, leis, regulamentos, políticas públicas que impedem ou dificultam acesso de certas pessoas a atrações turísticas.

Também atividades como esportes e cultura têm sido fronteiras transpostas pelas pessoas com deficiência com muito sucesso. Há grupos de dança de pessoas cegas e/ou surdas, bailarinos em cadeiras de rodas, músicos cegos, notoriamente conhecidos<sup>332</sup>, e, até mesmo, o maior gênio da música de todos os tempos que tornou-se surdo, vindo a compor sua obra-prima já sem audição: trata-se de Ludwig van Beethoven. No esporte, não há como deixar de mencionar os atletas paraolímpicos que levam a sua dedicação ao extremo, havendo entre eles muitos que se profissionalizaram, todavia, o exemplo que as paraolimpíadas revelam materializa a idéia de sociedade inclusiva. Os atletas paraolímpicos comprovam a capacidade humana de romper limites, tradicionalmente inimagináveis. Há dezenove modalidades esportivas surpreendentes<sup>333</sup>, eis que se criaram instrumentos e métodos que viabilizam a prática desses

---

<sup>332</sup> Ray Charles e Steave Wonder são exemplos.

<sup>333</sup> Segundo informa o site do patrocinadores oficiais do Comitê Paraolímpico Brasileiro, as modalidades são: atletismo, basquete em cadeira de rodas, bocha, ciclismo, esgrima em cadeira de rodas, futebol de cinco, futebol de sete, goalball, halterofilismo, hipismo, judô, natação, rugby, tênis de mesa, tênis, tiro, tiro com arco, vela e vôlei sentado. Paraolimpíadas: ser brasileiro é não ter limites. Site oficial da Caixa Econômica Federal – patrocinadora oficial do Comitê Paraolímpico Brasileiro. Disponível em: <<http://www1.caixa.gov.br/Paraolimpiadas2004/Modalidades/index.asp>>. Acesso em: 21 de julho de 2005.

esportes, com a mesma força e espírito de competição, tradicionais nas atividades esportivas.

Apenas a título de ilustração, faz-se interessante mencionar alguns exemplos de atletas brasileiros cujo empenho deve ser ressaltado. A corredora Ádria Rocha Santos é cega e vem participando das paraolimpíadas há 15 anos, tornando-se a maior medalista brasileira. Corredora, atua com seu treinador, que corre com ela, mantendo-se ele um passo atrás e sincronizando seus passos aos dela. Há uma corda que os une e, segundo a descrição das imagens que os registram, a corda se mantém levemente tensionada, o que revela a perfeita integração entre ambos; ele apenas propicia a direção e a acompanha. É uma ação solidária, respeitosa e eficaz, em que um técnico e uma atleta cooperam para que a deficiência desta seja adequadamente instrumentalizada. Também o futebol de cegos e de pessoas com baixa visão, que conta com duas modalidades: o futebol de cinco e o *goalball*, ambas praticadas com uma bola que contém guizos em seu interior. O Brasil foi campeão na primeira delas, apesar de ter estreado nas paraolimpíadas de 2004 nessa modalidade. Finalmente, o campeão de natação, Clodoaldo Francisco da Silva, que nas últimas paraolimpíadas conseguiu seis medalhas de ouro, uma de prata e quatro recordes mundiais. Uma paralisia cerebral tolheu-lhe os movimentos das pernas e fez dos braços o instrumento para sua vitória. Trata-se, também, de exemplo que demonstra a viabilidade da superação de limitações físicas, desde que se apliquem métodos adequados.

### **5.1.10 O Direito à Assistência Especial**

O art. 203, inc. V, da Constituição Federal<sup>334</sup>, fixa um benefício continuado, de caráter assistencial, em favor de pessoas com deficiência ou idosas que, em razão desses atributos, não têm como se manter. Regulamentando esse direito, a Lei nº 8.742/93 fixa os critérios para a concessão desse benefício. No seu art. 20 baliza os requisitos para a

---

<sup>334</sup> “Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente da contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: (...) V – a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meio de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei”.

concessão do benefício, fixando a idade de 70 anos para os idosos, o que foi alterado pelo art. 33 da Lei 10.742/03 – Estatuto do Idoso – o qual baixou a idade para 65 anos, a partir dos quais o idoso, cuja família tenha renda per capita de  $\frac{1}{4}$  (um quarto) de salário mínimo<sup>335</sup> e não possa prover seu sustento, fará jus ao benefício em apreço, que consiste em uma prestação vitalícia no valor de 1 (um) salário mínimo. Concede-se o mesmo benefício é também concedido a pessoas com deficiência, de qualquer idade, e nas mesmas circunstâncias.

O benefício em questão tem sido um entrave à inclusão de pessoas com deficiência no mercado de trabalho, pois a atuação laboral ou profissional implica a sua perda. Grande parte das famílias pobres que têm filhos com deficiência muitas vezes sobrevivem utilizando apenas esse benefício e, por isso, desestimulam a formação profissional e o efetivo ingresso da pessoa com deficiência no mercado formal de trabalho, temem privar-se da única fonte que lhes provê o sustento, e, dessa forma, muitos trabalhadores com deficiência resvalam para a informalidade, percebendo salários irrisórios, malbaratando os princípios constitucionais aqui defendidos. Trata-se de um “gueto institucional”. A mera declaração de que um cego ou um surdo ou um deficiente mental ou físico detenha tal condição enseja o pressuposto da inabilidade profissional. Parte-se, assim, da idéia de incapacidade do cidadão com deficiência em razão dela, talvez em decorrência de todos os outros “guetos” familiares, escolares, arquitetônicos, lingüísticos, conforme já se expôs. A própria ação afirmativa em órgãos públicos e em empresas privadas fica inviabilizada, pois pessoas com deficiência não a querem; temem perder o certo pelo duvidoso, a estabilidade

---

<sup>335</sup> A Seguridade brasileira tem concedido o benefício a pessoas cuja renda familiar ultrapassa  $\frac{1}{4}$  de salário mínimo *per capita*, sob o entendimento de que a limitação legal seria inconstitucional, o que suscitou, inclusive, Ação Direita de Inconstitucionalidade, julgada, recentemente, nos termos abaixo. Como que, prevalece o ditame legal.

Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI1.232- 1/DF.

DJ: 01/06/2001. RELATOR: Min. Ilmar Galvão. REQUERENTE: Procurador- Geral da República. REQUERIDO: Presidente da República e Congresso Nacional

EMENTA: CONSTITUCIONAL. IMPUGNA DISPOSITIVO DE LEI FEDERAL QUE ESTABELECE O CRITÉRIO PARA RECEBER O BENEFÍCIO DO INC. V DO ART. 203, DA CF. INEXISTE A RESTRIÇÃO ALEGADA EM FACE DO PRÓPRIO DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL QUE REPORTA À LEI PARA FIXAR OS CRITÉRIOS DE GARANTIA DO BENEFÍCIO DE SALÁRIO MÍNIMO À PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA FÍSICA E AO IDOSO. ESTA LEI TRAZ HIPÓTESE OBJETIVA DE PRESTAÇÃO ASSISTENCIAL DO ESTADO. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.

assistencial que lhes oferece o pão que mal lhe sacia a fome física e não se expor aos riscos inerentes ao trabalho.

Urge, desta forma, uma revisão nesse paradigma institucional. Cogitam-se algumas alternativas para se superar o impasse assistencialista e excludente aqui descrito; sendo a que vem tomando maior corpo a idéia de que a suspensão do pagamento do benefício, ocorrido pelo engajamento no trabalho de qualquer espécie, seria provisória até que, por alguma razão, a pessoa com deficiência ou idosa voltasse à inatividade, quando o benefício voltaria a ser pago. A idéia deve ser defendida, mas parece insuficiente, pois é inegável que a pessoa com deficiência que se habilita para o trabalho tem desgastes físicos e psicológicos muito intensos, sem falar nos custos operacionais que, normalmente, são maiores para a educação, para o transporte, para a própria vida cotidiana, o que ensejaria, segundo parece, uma renda suplementar que compensasse tais desgastes pessoais e econômicos, renda suplementar e vitalícia, tal como ocorre no Brasil em relação aos reabilitados, em decorrência de acidentes do trabalho. Percebem uma renda previdenciária, denominada auxílio-acidente, justamente pelas mesmíssimas razões.

A fonte de custeio do benefício aqui sugerido não necessitaria sequer ser criada, pois, como é cediço, o setor acidentário da previdência mostra-se superavitário no país. Ademais, as pessoas que se habilitam para o trabalho, superando limitações físicas, mentais ou sensoriais, vencem imensos obstáculos pessoais e externos e carecem de estímulo e de proteção contra os riscos que, em relação a elas particularmente se evidenciam. Impõe-se, também, que se lhes assegurem o direito de serem compensadas em seus dispêndios diários. Propõe-se, assim, um benefício de caráter previdenciário, cuja denominação se sugeriria auxílio-habilitação, e pago nos mesmos moldes que se conferem ao auxílio-acidente<sup>336</sup>, quais sejam, a maior dificuldade para o trabalho adquirida pelo acidentado e patente no caso da pessoa com deficiência habilitada. O benefício seria vitalício ou cessaria com

---

<sup>336</sup> O Projeto de Lei em trâmite no Senado nº 06 (Substitutivo) de 2003, que tem como relator o Senador Flávio Arns, instituindo o Estatuto da Pessoa com Deficiência trata da matéria nas disposições finais, refletindo a idéia dominante.

a aposentadoria por tempo de serviço ou por idade e seria suplementar ao salário e se manteria em caso de perda de emprego.

Já há no Brasil a idéia de que o acidentado deve ser compensado pelo esforço maior que despende quando se reabilita, apesar de lesões que acarretem redução de sua anterior capacidade laboral, porque, então, não se reconhecer também que o habilitado despende esforços extraordinários, físicos, psicológicos e econômicos. De outra parte, não é justo esperar que se abandone a estabilidade assistencial do benefício de prestação continuada pelos riscos do mercado de trabalho, instável, que vulneram às pessoas com deficiência, apesar da Lei de Cotas, da qual se tratará nos próximos tópicos. A balança social não deve valer-se de dois pesos e duas medidas em relação aos reabilitados e aos habilitados. Frise-se, ainda, e, finalmente, que de qualquer maneira ao seguro social brasileiro mostra-se mais razoável contar com um contribuinte habilitado e pagar-lhe um benefício previdenciário, compensado pela sua contribuição e custeado pelo setor superavitário da área acidentária, que despender recursos assistenciais onerosos, sem a contrapartida contributiva. Até porque o benefício assistencial não deixa de ser um “gueto institucional” excludente, ao passo que o benefício previdenciário, aqui sugerido, seria o justo reconhecimento dos esforços que a habilitação implica.

## **5.2 O CONCEITO DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO BRASIL**

A Convenção da OIT nº 159, de 1983, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 51, de 28 de agosto de 1989, conceitua a pessoa com deficiência no art. 11, da seguinte forma: "Para efeitos da presente Convenção, entende-se por 'pessoa deficiente' todo indivíduo cujas possibilidades de obter e conservar um emprego adequado e de progredir no mesmo fiquem substancialmente reduzidas devido a uma deficiência de caráter físico ou mental devidamente reconhecida". O conceito em questão ressalta o caráter funcional das deficiências físicas ou sensoriais, estabelecendo a Convenção o dever dos países signatários de se engajarem

em atividades de integração e de fornecerem instrumentos que viabilizem o exercício das atividades profissionais para as pessoas que deles necessitem<sup>337</sup>.

Neste diapasão, o Decreto nº 3.298/99 conceitua as pessoas com deficiência em seu art. 3º. Define deficiência como “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”. Incapacidade, por sua vez, é conceituada pelo inc. III como “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”. O art. 4º do Decreto nº 3.298 especifica a conceituação técnica, do ponto de vista médico, das deficiências física, auditiva, visual, mental e múltipla. Percebe-se, portanto, que o espírito do decreto em comento, ao definir o portador de deficiência, é o de complementar a Lei nº 7.853/89, que não definira as deficiências hábeis a gerar a proteção jurídica por ela traçada<sup>338</sup>.

Outro aspecto relevante é o de que as deficiências são tidas como limitações de caráter instrumental, cientificamente quantificados, balizados, de acordo com critérios médicos internacionais. Com isso, possibilita-se a aferição da matéria a ser tutelada pelo Direito e os limites físicos, fisiológicos, sensoriais ou mentais que deverão merecer suplementação por intermédio de instrumentos, próteses, adaptações físicas do meio e procedimentos que possibilitem a necessária integração da pessoa com deficiência. Supera-se, destarte, a segregação assistencial até então imperante no Brasil, apesar do grande avanço jurídico trazido pela Constituição de 1988 e pela Lei nº 7.853/89, que carecia de regulamentação, até mesmo conceitual.

---

<sup>337</sup> GUGEL, Maria Aparecida. *O trabalho do portador de deficiência. Comentários ao Decreto n. 3.298/99*. *Gênese: Revista de Direito do Trabalho*. 15(88), abril de 2000, p. 564- 572.

<sup>338</sup> ANDRADE, Denise Lapolla de Paula Aguiar. *Portadores de deficiência – sujeitos de direitos*. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, março de 2000, p. 55- 62.

O próprio Decreto nº 3.298/99 mostrou-se insuficiente, pois, em seu art. 4º, traz uma lista de índices referentes a deficiências visuais e auditivas, as quais geraram muita polêmica por falta de clareza técnica. Muitas empresas incluíam surdos para fins de preenchimento de cota, os quais, infelizmente, não se enquadravam claramente nos lindes do artigo em questão. O mesmo ocorria com deficientes visuais, pois não se tinha clareza acerca dos deficientes visuais monoculares; sem falar em algumas deficiências que tinham sido esquecidas, embora graves.

O Decreto nº 5.296, de dezembro de 2004, já mencionado alhures, altera a redação do art. 4º do Decreto nº 3.298, estabelecendo que são considerados surdos, para os fins da Lei, pessoas com perda auditiva de 41db (quarenta e um) em ambos os ouvidos, com medição obtida nas frequências de 500Hz a 3.000Hz. Logo, é aquela pessoa que tem severa perda auditiva que dificulta sua comunicação efetivamente. Também as pessoas com visão monocular são excluídas do conceito de pessoa com deficiência, desde que o olho que vê seja normal. Incluem-se, por outro lado, as pessoas com nanismo e ostomizadas, sempre ressaltando que qualquer deficiência física, mental ou sensorial, é aquela que efetivamente implica dificuldade para realização das funções habituais de qualquer pessoa e, em consequência, para a inserção social da pessoa com deficiência. Logo, no Brasil, a conceituação de pessoa com deficiência decorre da aplicação do art. 3º e 4º do Decreto nº 3.298. Não há definição legal expressa.

A Convenção da Guatemala, todavia, também ratificada pelo Brasil, conforme se viu no capítulo 2º<sup>339</sup>, traz o conceito a ser aplicado, com força de lei, justamente pela ratificação e assim se lê: “art. 1º Para efeitos dessa Convenção entende-se por: 1. Deficiência. O termo ‘deficiência’ significa uma restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária, causada ou agravada pelo ambiente econômico e social. (...)”. como se vê, a Convenção é mais genérica que o Decreto nº 3.298, não se importando com minudências, tal como faz o art. 4º da norma

---

<sup>339</sup> Ver item 2.4.

regulamentar. Tudo leva a crer que a lista constante do art. 4º não deva ser taxativa, pois haverá hipóteses que não estarão nela incluídas, mas, certamente, a pessoa com as deficiências não contempladas deverá ser tutelada caso se comprove a efetiva limitação para execução das atividades diárias e para a sua inserção social.

### **5.2.1 Denominação**

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 de Pessoas com Deficiência, incorporou a expressão “pessoa portadora de deficiência”, que se aplica na legislação ordinária. Adota-se, hoje, também, a expressão “pessoas com necessidades especiais” ou “pessoa especial”. Todas elas demonstram uma transformação de tratamento que vai da invalidez e incapacidade à tentativa de nominar a característica peculiar da pessoa, sem estigmatizá-la. A expressão “pessoa com necessidades especiais” é um gênero que contém as pessoas com deficiência, mas também acolhe os idosos, as gestantes, enfim, qualquer situação que implique tratamento diferenciado. Igualmente se abandona a expressão “pessoa portadora de deficiência” com uma concordância em nível internacional, visto que as deficiências não se portam, estão com a pessoa ou na pessoa, o que tem sido motivo para que se use, mais recentemente, conforme se fez ao longo de todo este texto, a forma “pessoa com deficiência”; esta é a denominação internacionalmente mais freqüente, conforme demonstra Romeu Kazumi SASSAKI<sup>340</sup>.

---

<sup>340</sup> SASSAKI, Romeu Kazumi. *Vida Independente: história, movimento, liderança, conceito, reabilitação, emprego e terminologia*. Edição independente. São Paulo, 2003.

## 5.3 O TRABALHO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO BRASIL

### 5.3.1 Introdução

Tudo o que se disse até aqui encontra o seu apogeu no presente item. Tratar-se-á do trabalho da pessoa com deficiência no Brasil, expondo-se o assunto, não apenas para se defender a constitucionalidade e a legitimidade da legislação brasileira, mas, acima de tudo, para se demonstrar a importância desta ação afirmativa na “lapidação” do diamante ético que estrutura a edificação da unidade dos direitos fundamentais. Conforme se verificará, o Direito do Trabalho foi a primeira ação afirmativa historicamente consolidada. Demonstra-o, definitivamente, o fato de que os princípios que regem o Direito Laboral, bem como as circunstâncias históricas que o geraram, aplicam-se, integralmente, para justificar as normas de ação afirmativa laboral em prol das pessoas com deficiência.

O ordenamento jurídico brasileiro disciplina a matéria, na esfera constitucional, nos arts. 1º, 3º, 5º, 6º, 7º e 37. A afirmação de que o trabalho e a livre iniciativa pautam-se pelo valor social e se direcionam em favor da dignidade e da cidadania das pessoas no Brasil, o dever da sociedade brasileira de garantir a igualdade formal a todos e de construir uma sociedade livre, justa e solidária, promovendo o bem de todos, eliminando qualquer forma de discriminação ou preconceito, são a base axiológica constitucional a emprestar juridicidade às normas de ação afirmativa laboral, sobre as quais se discorrerá doravante. A matéria fraciona-se em dois ramos básicos, quais sejam, o público e o privado. O acesso aos cargos públicos, reservados em concursos, e o acesso aos cargos privados, fixados por reserva legal incidente sobre as empresas.

Esses institutos confirmam as convenções internacionais, subscritas e ratificadas pelo Brasil (Convenção n. 111 e n. 159, da OIT e Convenção da Guatemala)<sup>341</sup> diante da forte ação política que mobilizou as organizações das pessoas com deficiência no país. Tal movimento iniciou-se durante a tramitação do processo constituinte, consolidando os dispositivos

---

<sup>341</sup> Vide capítulo 2.

constitucionais já tratados e forjando a legislação ordinária de que se cuidará. A primeira lei relevante, e ainda introdutória, destaca-se como Lei nº 7.853, de 1989, que estabelece os princípios gerais derivados do texto constitucional, servindo de ponte para o envolvimento dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário com os misteres normativos aplicáveis ao assunto. A norma enumera cinco campos de formulação de políticas públicas, nas seguintes áreas: educação, saúde, formação profissional e trabalho, recursos humanos ou treinamento de pessoal habilitado a lidar com as questões referentes às pessoas com deficiência e edificações. Institui, também, a ação civil pública como instrumento de defesa das pessoas com deficiência, legitimando o Ministério Público, a administração direta e indireta da União, dos estados, dos municípios e do Distrito Federal, bem como associações constituídas há mais de 1 (um) ano, nos termos da lei civil, para a defesa de pessoas com deficiência. Estabelece a coisa julgada *erga omnes secundum eventus litis*, antecipando-se ao próprio Código de Defesa do Consumidor, ou seja, a ação terá efeito em âmbito nacional, desde que julgada procedente em favor das pessoas com deficiência, portanto. Institui, também, o crime materializado em atitudes discriminatórias contra pessoas com deficiência, nas seguintes hipóteses:

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

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

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

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

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

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

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

Como se vê, a lei apenas severamente condutas discriminatórias no campo da educação, do emprego público e privado, da saúde e da instrução da ação civil pública, referente ao assunto. Trata-se de reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos, além de multa. Não se tem notícia de precedentes judiciais sobre a matéria, nada obstante as ações tipificadas acima ocorram com frequência. Tem sido praxe no Brasil a instituição de órgãos especializados nos vários ramos do Ministério Público para a observância dos direitos até aqui descritos. Ocorre, todavia, que se faz notar, também, uma desinformação generalizada por parte dos promotores e dos procuradores, bem como dos juizes, o que somente se superará mediante provocação permanente das pessoas com deficiência, quer individualmente, quer por meio de suas associações.

Os arts. 9º a 16 tratam dos mecanismos de implantação da política pública federal em relação à pessoa com deficiência, estabelecendo tratamento prioritário para a matéria e reestruturando a Corde – Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência – , cuja missão consiste na fixação das ações normativas em âmbito federal, mas atua como órgão autônomo ligado ao Ministério da Justiça do Brasil.

No que diz respeito ao trabalho e à formação profissional, há que sublinhar o inciso III do parágrafo único do art. 2º da Lei em comento, que, para implantar o que preconiza a norma, estabelece atenção prioritária à formação e à orientação profissional da pessoa com deficiência, garantindo-se-lhe acesso aos serviços respectivos, fixação de políticas públicas, tanto para o emprego público quanto para o emprego privado em relação à pessoa com deficiência, promoção da inserção no mercado de trabalho, por meio de legislação específica na esfera pública e privada, por meio de reserva de vagas, bem como a regulamentação de oficinas de emprego apoiado<sup>342</sup>. A Lei nº 8.112/90, na preocupação de conferir vigência ao fixado pela Constituição no art. 37, inciso VIII, fixa o percentual de reserva de vagas de até 20% (vinte por cento) nos concursos públicos federais, para pessoas com deficiência, o que vem sendo disciplinado de forma ínsita nas várias unidades da

---

<sup>342</sup> Vide item 3.1.5.

federação, no âmbito estadual e municipal. A Lei nº 8.213/91, por seu turno, no art. 93, fixa o percentual de 2 (dois) a 5% (cinco por cento) para a contratação de pessoas com deficiência em empresas com mais de 100 (cem) empregados, de acordo com a seguinte progressão: de 100 a 200 – 2%; de 201 a 500 – 3%; de 501 a 1000 – 4%; e empresas com mais de 1000 – 5%. Regulamentando esses dispositivos, editou-se, em 1999, o Decreto nº 3.298, que conceitua pessoa com deficiência e trata da questão laboral nos arts. 34 a 45, sendo, na verdade, a norma mais importante na lida diária para empresas e para órgãos públicos, ao minudenciar aspectos fundamentais que emprestaram vigência efetiva à Constituição e as leis até aqui comentadas. Tratar-se-á, doravante, dos vários fatores sobre os quais a matéria se desdobra.

### **5.3.2 O Acesso aos Cargos e aos Empregos Públicos**

Conforme já se expôs, o inciso VIII, do art. 37, da Constituição, estabelece ação afirmativa, determinando reserva de cargos e de empregos públicos em favor de pessoas com deficiência, o que se faz por meio de concursos. Cada unidade da Federação tem autonomia para disciplinar a matéria. Os maiores problemas que se enfrentam para a efetividade desse dispositivo constitucional ligam-se à verdadeira intenção de se dar ou não cabo do que aqui se preconiza. Esta afirmação decorre da observação de que determinadas legislações estaduais ou municipais fixam, por vezes, percentuais ínfimos de 1% (um por cento), por exemplo, para as reservas de vagas, ou criam mecanismos para obstar, por meio de exames médicos admissionais, o efetivo acesso da pessoa com deficiência<sup>343</sup>. Atribuem-se, aos

---

<sup>343</sup> GOMIDE, Raphael. “Cego é impedido de prestar concurso em SC”. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 1º de março de 2001, Caderno Cotidiano. “O Ministério Público de Santa Catarina impediu que o bacharel em direito Carlos Augusto Pereira, 26, prestasse concurso público para promotor de Justiça do órgão. Ele é cego. O bacharel recorreu da decisão, mas teve o seu pedido negado. (...)Na carta em que justifica a medida, o Ministério Público de Santa Catarina alegou que a função é indelegável e Pereira ‘obrigatoriamente teria que se socorrer de terceiras pessoas, estranhas ao quadro funcional, que não tenham prestado juramento público, que é ato personalíssimo’ ”.

FONTES, Bruna Martins. “Deficientes esbarram na formação”. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 07 de outubro de 2001, Folha Empregos. “Concursos que exigem nível médio de escolaridade, como escrevente técnico e escriturário, costumam ocupar todas as vagas. Mas, quando se trata de carreiras de nível superior, a situação muda. No Banco Central, a reserva para os cargos de analista e procurador nunca foi totalmente preenchida, e apenas 11 deficientes foram

médicos, poderes de dizer, antes do início da atividade, se a deficiência do candidato aprovado é compatível com a função, o que o profissional de medicina decide, por mera opinião, que, normalmente inclina-se pelo contrário, diante do inusitado da situação. Barram-se muitos candidatos, portanto, apesar de aprovados no concurso. Comuns se fazem as narrativas que o denunciam. Ocorre com profissionais da rede privada que prestam concursos para ingressar na esfera pública e recebem avaliação que os qualifica inaptos em razão de deficiência, ou profissionais habilitados em nível superior que são tidos por inaptos sem que se lhes dê oportunidade de demonstrar sua aptidão no estágio probatório, como ocorreria com todos os candidatos aprovados.

Parece que tal conduta “premonitória” dos médicos, em razão dos editais, é francamente “pré-conceituosa”, já que os médicos atuam de forma a prever o imprevisível, mas, ao impedir que o candidato deficiente

---

aprovados em todos os concursos realizados desde 1983. (...) Para José Pastore, ‘poucos deficientes se qualificam porque a maioria não chega a fazer faculdade’. Nem sempre é assim. Ricardo Tadeu Marques da Fonseca, 42, hoje é procurador-chefe do Ministério Público do Trabalho, apesar de ter sofrido adversidades por ser cego.

Em 1990, foi aprovado no concurso para juiz do trabalho, mas impedido pela comissão médica de assumir a função. Isso porque o deficiente precisa passar por dois exames: um na inscrição – para constatar a deficiência – e outro após a aprovação, para saber se pode trabalhar na carreira. Para analisar melhor a aptidão do candidato, a comissão deve ter profissionais da carreira pretendida, não apenas médicos, segundo o decreto federal nº 3.298/99, válido só para concursos federais. Desde 1999, está em andamento na Câmara Municipal de São Paulo um projeto de lei para tornar obrigatório esse decreto nos concursos realizados pelo município. Quem se sentir lesado pela análise pode recorrer à Justiça, usando o decreto federal como argumento.”

“Procurador defende auxílio a deficiente”. Folha de São Paulo On Line. Agência Folha, 29 de julho de 2005. Disponível em: <>. Acesso em: 29 de julho de 2005. “procurador do Trabalho Ricardo Fonseca, o primeiro e até hoje único cego a ingressar no Ministério Público Federal, há 15 anos, diz que não existe impedimento para o exercício da magistratura. Segundo ele, o deficiente visual pode ser auxiliado na leitura de textos e descrição de fotos, ilustrações ou ambientes da mesma forma que juízes usam serviços de tradutores juramentados. ‘O que a pessoa deficiente precisa são instrumentos. Havendo isso, não se pode falar em deficiência. Isso de dizer que não vai ver a testemunha ficar vermelha é uma balela’, disse. Para Izabel Maior, coordenadora da Corde (Coordenação Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência), ligada à Secretaria Especial de Direitos Humanos, não foi concluído o debate da possibilidade do exercício da profissão de juiz por cegos. ‘Há a discussão de que, se existirem provas fotográficas, um juiz cego não poderia analisar. Não sei se isso é suficiente para derrubar todo o outro trabalho que ele pode fazer’, disse Maior. Para a psicóloga Rosângela Barqueiro, da ONG Laramara, de São Paulo, que trabalha com a inclusão dos cegos, apenas as limitações dos portadores de deficiência são analisadas, e não as possibilidades que eles desenvolvem. Em uma fábrica em Curitiba, cegos são responsáveis pela qualidade da pintura dos veículos. Pelo desenvolvimento da acuidade do tato, eles são capazes de detectar imperfeições que só o olhar deixaria passar. A informática ampliou o leque de atividades que podem ser feitas hoje em dia por deficientes visuais. Atualmente, softwares são capazes de transpor para voz textos e tabelas e imprimir gráficos em relevo.”

aprovado demonstre sua capacidade de superar a limitação, adequando-se às funções, nega-se-lhe o direito de exercer sua cidadania, eis que sua deficiência identifica-o como um empecilho. Ademais, não se deve atribuir aos médicos um mister que transcenda à sua formação: eles entendem de medicina, não da função específica e, às vezes, tampouco da deficiência em si. Por outro lado, se o art. 3º da Constituição preconiza que é dever da sociedade e do Estado promover o bem de todos, banindo qualquer forma de discriminação ou preconceito, os editais que aos médicos conferem poderes prévios de veto ferem tais dispositivos, porque, segundo aquele artigo da Lei Maior, a postura deveria ser oposta e no sentido de instrumentalizarem-se os candidatos para o exercício da função para a qual foram aprovados e serem avaliados, como qualquer outro candidato, durante o estágio probatório. A promoção da igualdade, aqui, impõe-se como instrumental. Logo, qualquer decisão apriorística, sem que se conceda oportunidade para que o candidato demonstre sua aptidão, concedendo-lhe instrumento e métodos de trabalho específico, afigura-se inconstitucional.

Conforme já se sublinhou, acima, o artigo 3º, incisos I e IV, da Constituição, diz ser dever do Estado “construir uma sociedade livre, justa e solidária” e “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. A promoção da igualdade real entre as pessoas, como se vê, é dever do Estado que, para tanto, deve exercer ações afirmativas no sentido de compensar as desigualdades, equilibrando a correlação de forças, inclusive, e sobretudo, na condução de certame público para preenchimento de cargos. Nesse desiderato, conforme já se tratou, o artigo 37 da Constituição determina que se reservem cargos para pessoas com deficiência (art. 37, VIII) e a Lei nº 8.112/90 fixa o percentual de 5% a 20% (art. 5º, §2º). Regulamentando a matéria, o Decreto nº 3.298/99, de aplicação cogente, mormente na esfera federal, visto que emanado do Poder Executivo Federal, determina, nos artigos 37 e seguintes, que “é vedado à autoridade competente obstar a inscrição de pessoa portadora de deficiência em concurso público para ingresso em carreira da Administração Pública Federal direta e indireta” (art.

40); que “o órgão responsável pela realização do concurso terá a assistência de equipe multiprofissional composta de três profissionais capacitados e atuantes nas áreas das deficiências em questão, sendo um deles médico, e três profissionais integrantes da carreira almejada pelo candidato” (art. 43). A esta equipe compete, portanto, atestar as deficiências declaradas pelo candidato e, numa postura pró-ativa, fixar as condições para a realização das provas e, em caso de aprovação, para o desempenho da função escolhida, para que, durante o estágio probatório, o candidato seja avaliado em igualdade real de condições, em face dos demais (art. 44).

Qualquer vedação apriorística viola toda a normativa constitucional legal e regulamentar pertinente. Não cabe à Administração discriminar previamente. Compete-lhe, ao contrário, propiciar a inclusão de todos, viabilizando instrumentalmente a atuação das pessoas com deficiência. Não se requer piedade ou caridade. O que se quer é uma visão pragmática operativa, afirmativa, nunca denegatória de oportunidades. A avaliação médica apriorística impõe ao candidato com deficiência um duplo ônus: submeter-se às provas e a uma avaliação *a priori* de sua capacidade, sem que lhe seja concedida a oportunidade da demonstração prática, que a todos se assegura no estágio probatório. Nega-se-lhe o estágio probatório como um momento de aferição prática de compatibilidade da deficiência com a função. Ressalte-se, por importante, que a compatibilidade da deficiência com a função não transita na matéria médica. Os médicos conhecem e atestam, profissionalmente, apenas a deficiência alegada. A possibilidade de execução das tarefas e de existirem instrumentos que as viabilizem para as pessoas com deficiência, por força do Decreto nº 3.298/99, deve ser, necessariamente, discutido em órgão colegiado e misto, composto, também, por membros da carreira escolhida. Exigir-se do médico tal decisão apriorística significa atribuir-lhe um poder que extrapola o âmbito de sua profissão, a menos que o médico seja especialista na deficiência alegada e, mesmo assim, precisará discutir os detalhes com profissionais oriundos da carreira. Essa é a razão da exigência regulamentar da instituição da equipe multiprofissional.

O Decreto nº 3.298/99 restringe-se, formalmente, aos concursos em âmbito federal, mas sua aplicação pode ser feita, por analogia ou por interpretação extensiva, aos concursos em âmbito estadual ou municipal, se os editais e a legislação específica afrontarem os princípios constitucionais indicados no art. 3º e, também, a Lei nº 7.853/89, que é expressamente regulamentada pelo Decreto em comento. Esta Lei em dois momentos contempla a obrigação estatal de facilitar o acesso de pessoas com deficiência a cargos públicos. Trata-se das alíneas c e d, do inciso II, do § único, art. 2º, da referida Lei: “(...) c) a promoção de ações eficazes que propiciem a inserção, nos setores público e privado, de pessoas portadoras de deficiência; d) a adoção de legislação específica que discipline a reserva de mercado de trabalho, em favor das pessoas portadoras de deficiência, nas entidades da Administração Pública e do setor privado, e que regulamente a organização de oficinas e congêneres integradas ao mercado de trabalho, e a situação, nelas, das pessoas portadoras de deficiência; (...)”. A desinformação generalizada acerca do potencial das pessoas com deficiência e dos instrumentos que a eles podem ser disponibilizados é a principal razão da falta de aproveitamento das vagas abertas em prol de pessoas com deficiência.

Outro aspecto que gera dúvidas na implementação das cotas diz respeito à forma de incidência do percentual, de modo a se combinar o princípio da reserva de vagas com o princípio da universalidade do concurso, ambos constitucionais<sup>344</sup>. Aplicando-se a metodologia proposta por ALEXYS<sup>345</sup>, no sentido de se ponderarem os princípios, fazendo que cada um deles imprima sua vigência, sua força, sua eficácia, tem sido considerada a necessidade de se elaborarem duas listas, conforme determina o art. 42 do Decreto nº 3.298/99; uma, indicando a classificação geral dos candidatos, inclusive daqueles com deficiência; outra, apartando as pessoas com deficiência, que concorrerão entre si às vagas, de acordo com a proporção indicada no edital; a classificação far-se-á obedecendo-se à mesma proporção, convocando-se os primeiros colocados na lista geral e, a cada

---

<sup>344</sup> Vide item 1.5.

<sup>345</sup> ALEXYS, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Op. cit., p. 89- 98.

momento de incidência da referida proporção, nomeia-se uma pessoa com deficiência, respeitando-se a lista respectiva. Desse modo, se o edital indicou o percentual de 5% para pessoas com deficiência, toma-se o total de aprovados de acordo com a nota de corte, sujeito a alterações em cada lista, e convoca-se uma pessoa com deficiência. Assim, caso se aprovem 100 (cem) candidatos, o primeiro com deficiência virá no 5º, 10º, 15º, e assim sucessivamente; se forem aprovados apenas dois candidatos, colocar-se-á apenas um de cada lista. Minudenciaram-se tais critérios em estudos desenvolvidos por uma Câmara Técnica<sup>346</sup> convocada pelo Ministério da Justiça e aqui se registram como mera referência exemplificativa.

<sup>346</sup> MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CORDE – Coordenadoria Nacional de Integração da Pessoa Portadora de Deficiência. *Ata Câmara Técnica – Concurso Público para Pessoas Portadoras de Deficiência na Administração Direta e Indireta*. Arquivos do Ministério da Justiça.

“Aos dezoito e dezenove dias do mês de novembro de 2002, reuniu-se na sede da Procuradoria Geral do Trabalho, SAS Quadra 04, Bloco L, sala do Conselho Superior do Ministério Público do Trabalho, com a participação de representantes da Coordenadoria Nacional de Integração da Pessoa Portadora de Deficiência – CORDE, dos Ministérios Públicos do Trabalho, Federal e dos Estados de Minas Gerais, São Paulo, Mato Grosso, Goiás e Distrito Federal, respectivamente: Izabel Maria Madeira Monteiro de Loureiro Maior, Coordenadora Nacional e Patrícia Pereira Onofre de Andrade, assessora do Ministério da Justiça; Maria Aparecida Gurgel, Subprocuradora-Geral do Trabalho, Ricardo Tadeu Marques da Fonseca, Procurador Regional do Trabalho/Campinas, Cássio Luís Casagrande e Ana Emília Andrade Albuquerque da Silva, Procuradores do Trabalho/RJ e Ba; Eugênia Augusta Gonzaga Fávero, Procuradora República/SP; Simone Montez Pinto Monteiro, Promotora de Justiça/MG; Lauro Luiz Gomes Ribeiro, Promotor de Justiça/SP; Edmilson da Costa Pereira, Promotor de Justiça/MT; Marilda Helena dos Santos, Promotora de Justiça/GO e Vandir da Silva Ferreira, Promotor de Justiça/DF.

Pauta proposta: Aferição da reserva de vagas na Administração Pública Direta e Indireta, Percentual mínimo e máximo, Edital, Critérios para nomeação de candidatos portadores de deficiência, Listas, Classificação, Critérios para avaliação da compatibilidade da função e a deficiência portada, Equipe Multiprofissional, Aptidão Plena, Estágio Probatório/efetivações. (...) 3) Critérios para a Nomeação de Candidatos Portadores de Deficiência.

3.a) Listas. Considerando que o art. 42, do Decreto 3.298/99 determina que o resultado final do concurso será publicado em duas listas, uma geral contendo a classificação de todos os candidatos, e outra especial contendo apenas a classificação dos candidatos portadores de deficiência, conclui-se que, em caso de concursos compostos por mais de uma fase, as duas listas devem ser observadas em cada uma das fases, podendo haver notas de corte diferenciadas para cada lista, mas respeitando-se sempre a nota mínima fixada no concurso. Q art. 41, do Decreto 3.298/99, inciso IV, deverá ser alterado para prever que: (...) ‘à nota mínima exigida para todos, que poderá não coincidir com a nota de corte’.

3.b) Classificação e nomeação. No momento da nomeação ou contratação, devem ser chamados alternada e proporcionalmente os candidatos das duas listas, prosseguindo-se até a caducidade do concurso. Para efeito de tornar compatível o princípio da reserva com a ordem de classificação, a convocação de forma alternada deve iniciar-se com os candidatos da lista geral, passando-se ao primeiro da lista especial já no primeiro bloco de convocados, seja qual for o número de chamados, aplicando-se sempre a regra do art. 37, § 2º, do Decreto 3.298/99. Caso o concurso, numa primeira convocação seja destinado a apenas uma vaga, esta deve ser preenchida pelo candidato que consta em primeiro lugar na lista geral, mas a próxima convocação deverá necessariamente ser destinada ao candidato da lista especial. O candidato portador de deficiência aprovado e cuja classificação permita que seja chamado na primeira convocação, mesmo sem a reserva, não deve ser computado para a reserva a ser cumprida naquele concurso, passando-se ao próximo candidato aprovado da lista especial.” (...).

Pessoas com deficiência mental reivindicam, outrossim, a criação de concursos para aptidão específica para determinadas funções, sem que se exijam graus de escolaridade ou testes que não avaliem exclusivamente a função para a qual se enseja contratar por concurso, que pode ser simples e ao alcance de pessoas com deficiência mental mais acentuada.

Estabelece-se uma exceção ao princípio do concurso público, expressa no art. 24 da Lei nº 8.666/93, Lei das Licitações, a qual autoriza que se admitam trabalhadores com deficiência ligados a entidades sem fins lucrativos, o que gera distorções, já que a permissão de que se cuida refere-se a atividades-meio apenas e situações existem em que os trabalhadores ativam-se em funções finalísticas da Administração ou são contratados para prestar serviços simultaneamente com trabalhadores concursados em atividades-meio, mas recebem salários irrisórios, o que afronta o princípio constitucional da isonomia salarial. Não se entende a razão desse permissivo legal que decorre, supõe-se, da tradição assistencialista que sempre imperou no país. De qualquer modo, devem as autoridades zelar pelo princípio do concurso público, mesmo na ocorrência de licitude na terceirização, para que os salários não se materializem díspares. Uma medida adotada como adequação destaca a idéia de que a inserção nessa hipótese deve ser temporária para preparar os trabalhadores com deficiência para serem aprovados em concurso ou para que ingressem no mercado de trabalho privado.

As empresas públicas devem submeter-se à Lei nº 8.213/91, porque, embora sujeitas a determinações que as obriga a contratar por concurso, restam empregadoras como qualquer outra da esfera privada, por força do que dispõe o art. 173 da Constituição. Trabalhadores eventualmente terceirizados por ONGs, na forma da Lei 8.666, não se computam para a cota e isso está correto, uma vez que as empresas devem acolher em seus quadros as pessoas com deficiência, conforme se apresentará linhas adiante.

### 5.3.3 O Trabalho das Pessoas com Deficiência na Área Privada

As pessoas com deficiência no Brasil tiveram sempre atendimento assistencial e, por isso a sociedade desconhece o potencial produtivo que essas pessoas têm a oferecer, mais ainda ignoram dados a respeito os empresários, cuja preocupação precípua converge para a obtenção do lucro. Ressalte, entretanto, que, apesar de se reconhecer a função econômica da empresa, deve-se ter em mira sempre sua função social, tal como determina a Constituição nos arts. 1º e 170<sup>347</sup>. Não se exige que a empresa abdique da rentabilidade, mas todo empresário deve ter presente a repercussão social de sua atividade quanto ao emprego, quanto ao meio-ambiente e quanto à sustentabilidade social. Nesse contexto emerge uma ação afirmativa básica, imposta por lei, prevista no art. 93 da Lei nº 8.213/91. Trata-se de Lei que regulamenta os benefícios da Previdência Social, mas que, no particular, evidencia-se tipicamente trabalhista, eis que impõe uma conduta patronal em favor de alguns empregados especiais, dirigindo diretamente a contratualidade ao direcionar a vontade dos sujeitos do contrato, na medida em que elege um critério de escolha prioritária em favor das pessoas com deficiência.

A norma fixa os percentuais de 2 (dois) a 5% (cinco por cento), os quais concernem a empresas com mais de 100 (cem) empregados, nas seguintes proporções:

- de 100 a 200 – 2%;
- de 201 a 500 – 3%;
- de 501 a 1000 – 4% e;
- mais de 1000 – 5%.

A primeira peculiaridade do ordenamento brasileiro é a exclusão das pequenas e microempresas da obrigatoriedade em questão, o

---

<sup>347</sup> “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: (...)

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; (...)”.

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...)

III - função social da propriedade; (...)”.

que afasta as que mais empregam, segundo estatísticas oficiais<sup>348</sup>, seja em razão da alta incidência dessas empresas no mercado, seja em razão do processo menos automatizado que as caracteriza. A outra é o escalonamento de 2 a 5%, pois na Europa, como se viu, os percentuais são fixos e variam de 2 (dois) a 7% (sete por cento), dependendo do país, valendo para todas as empresas de modo uniforme ou para aquelas com mais de cinquenta empregados. As empresas têm alegado que as pessoas com deficiência no Brasil carecem de qualificação mínima para atender às exigências do mercado de trabalho, o que de fato se corrobora pelas estatísticas oficiais do IBGE<sup>349</sup>. A despeito dessa realidade, porém, remanesce a obrigação legal das empresas que devem desenvolver plano de treinamento específico, internamente ou com apoio do “sistema S” ou de organizações não governamentais especializadas ou, até mesmo, de prestadoras de serviços técnicos habilitados. Este não é um argumento que justificaria o descumprimento da lei. O art. 34 do Decreto nº 3.298/99 estabelece, assim, que “é finalidade primordial da política de emprego a inserção da pessoa portadora de deficiência no mercado de trabalho ou sua incorporação ao sistema produtivo mediante regime especial de trabalho protegido. Parágrafo único. Nos casos de deficiência grave ou severa, o cumprimento do disposto no caput deste artigo poderá ser efetivado mediante a contratação das cooperativas sociais de que trata a Lei nº 9.867, de 10 de novembro de 1999”.

### **5.3.3.1 O vínculo de emprego e o trabalho autônomo**

Determinam-se três formas básicas de trabalho de pessoas com deficiência na esfera privada que são: a inserção competitiva, a inserção seletiva e o trabalho por conta própria. Todas são reguladas pelo art. 35 do Decreto nº 3.298/99.

---

<sup>348</sup> NAJBERG, Sheila et al. BNDES – Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social. "A crescente participação das micro firmas no total de estabelecimentos e emprego". *Informe-se*, nº 36, BNDS, janeiro de 2002.

<sup>349</sup> “Desigualdade entre regiões perpetua pobreza, diz estudo”. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 26 de junho de 2003, Brasil. “Pesquisa feita por Unicef e IBGE com base no Censo 2000 mostra que (...) crianças negras e portadoras de deficiências têm menos chances de serem alfabetizadas do que as brancas e não portadoras de deficiências da mesma faixa etária. Os deficientes, de 12 a 17 anos, têm quatro vezes mais chances de não serem alfabetizados do que os que não possuem o problema. Já os negros, dos 7 aos 17, têm três vezes mais possibilidade de não aprenderem a ler e escrever do que os brancos”.

A inserção competitiva consiste em um “processo de contratação regular, nos termos da legislação trabalhista e previdenciária, que independe da adoção de procedimentos especiais para sua concretização, não sendo excluída a possibilidade de utilização de apoios especiais (inciso I)”; trata-se de trabalho com vínculo de emprego, computável para a cota e realizado, eventualmente, com a utilização de apoios que são instrumentos adaptados especificamente ao trabalhador ou, também, “a orientação, a supervisão e as ajudas técnicas entre outros elementos que auxiliem ou permitam compensar uma ou mais limitações funcionais motoras, sensoriais ou mentais da pessoa portadora de deficiência, de modo a superar as barreiras da mobilidade e da comunicação, possibilitando a plena utilização de suas capacidades em condições de normalidade” (art. 35, § 3º, do Decreto).

A inserção seletiva, por seu turno, evidencia-se como um “processo de contratação regular, nos termos da legislação trabalhista e previdenciária, que depende da adoção de procedimentos e apoios especiais para sua concretização (inciso II)”; ocorre quando a deficiência implica maiores adaptações quanto ao tipo de horário e os apoios a serem utilizados, que podem ser oferecidos, inclusive, por associações sem fins lucrativos. “Consideram-se procedimentos especiais os meios utilizados para a contratação de pessoa que, devido ao seu grau de deficiência, transitória ou permanente, exija condições especiais, tais como jornada variável, horário flexível, proporcionalidade de salário, ambiente de trabalho adequado às suas especialidades, entre outros” (§ 2º). Também implica contratação com a extensão de todos os direitos trabalhistas e só valerá para a cota se o registro se efetuar perante o tomador, a empresa; caso o trabalhador seja registrado em uma ONG e preste serviços terceirizados, não será computado para a cota da empresa tomadora. O contrato de aprendizagem manifesta-se como forma interessante de inserção seletiva, mas valerá para a cota de aprendizes. Será oportuno, uma vez que possibilitará formação profissional apoiada e temporária, para que o trabalhador com deficiência venha a se habilitar plenamente.

O trabalho por conta própria é o “processo de fomento da ação de uma ou mais pessoas, mediante trabalho autônomo, cooperativado ou em regime de economia familiar, com vista à emancipação econômica e pessoal” (inc. III). Também se estimula tal processo na esfera privada por programa de formação de trabalhadores liberais ou autônomos, que vem sendo oferecido pelo “sistema S” ou por organizações sem fins lucrativos.

Cogita-se, outrossim, no Decreto regulamentar em comento, o incremento das chamadas cooperativas sociais previstas pela Lei nº 9.867/99. Trata-se de cooperativas que visam possibilitar a inserção de pessoas em situação social inferiorizada, voltando-se, assim, às seguintes pessoas em desvantagem: os deficientes físicos e sensoriais; os deficientes psíquicos e sensoriais; as pessoas dependentes de acompanhamento psíquico permanente; os egressos de hospitais psiquiátricos; os dependentes químicos; os egressos de prisões; os condenados a penas alternativas à detenção, e os adolescentes em idade adequada aos trabalhos e situação familiar difícil do ponto de vista econômico, social ou afetivo<sup>350</sup>. Podem, também, contribuir com as cooperativas os chamados sócios voluntários, que atuarão gratuitamente, apoiando os sócios titulares; são seus pais, responsáveis legais, parentes ou amigos que colaborarão, principalmente quando se tratar de associados com deficiência mental ou adolescentes. As cooperativas sociais devem consignar em seus estatutos essa condição e ser referendadas por atestados de órgãos oficiais. Seus trabalhadores são autônomos. Não se deve admitir, por esse motivo, a prestação de serviços terceirizados e permanentes para empresas, já que tal atividade caracterizaria uma forma de burla aos direitos trabalhistas, muito comum, que as chamadas “cooperativas fraudulentas” ou de “mão-de-obra” perpetram<sup>351</sup>.

---

<sup>350</sup> COSTALLAT, Fernanda Lavras. *O direito ao trabalho da pessoa deficiente: manual de orientação: legislação e jurisprudência*. Campinas: Fundação Síndrome de Down, 2003. P. 85- 87.

<sup>351</sup> FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da; AFÂNIO, Cláudia. “Proposta de Trabalho Solidário, Imediato e Juridicamente Viável: Uma Breve Análise Sobre as Mazelas e Possíveis Soluções em Relação à Conjuntura Atual”. *LTr – Revista Legislação do Trabalho*, ano 68, de maio de 2004, páginas 546- 554.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. Op. cit., p. 327.

### 5.3.3.2 O contrato de aprendizagem e o estágio

Como já se disse alhures, uma das maiores dificuldades para o cumprimento das obrigações legais pelas empresas reside na falta de escolaridade e de formação profissional das pessoas com deficiência. Em discussões entre o Ministério Público do Trabalho e o Ministério do Trabalho e Emprego alternativas interessantes se revelam, e se desvelam, como o desdobramento de funções complexas em menos complexas; a atuação simultânea entre empresas e ONGs especializadas ou programas de aprendizagem, o que ora se viabiliza com maior intensidade, eis que a Medida Provisória n. 251, de junho de 2005, rompeu a idade “teto” para pessoas com deficiências ativarem-se em contratos formais de aprendizagem, os quais, como se viu, são por prazo determinado, e podem durar até dois anos. Apresenta-se esta alternativa como contribuição interessante, visto que as empresas que são obrigadas a incorporar trabalhadores habilitados ou reabilitados também devem incluir aprendizes em seus quadros, em percentual de 5 (cinco) a 15% (quinze por cento). Logo, podem contratar as pessoas com deficiência na condição de aprendizes, engajá-las na respectiva cota e, mais tarde, contratá-las definitivamente como trabalhadores permanentes para cumprir a cota de pessoas com deficiência. Abre-se, assim, interessante oportunidade de parcerias entre empresas e o “sistema S” e/ou ONGs especializadas, cumprindo-se a Convenção da Guatemala, a Convenção n. 159, da OIT, a Lei nº 7.853 e o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente que preconiza prioridade à formação profissional de pessoas com deficiência como, aliás, já determinara a Constituição brasileira.

O contrato de aprendizagem se define legalmente como: “contrato de trabalho especial, ajustado por escrito e por prazo determinado, em que o empregador se compromete a assegurar ao maior de quatorze e menor de vinte e quatro anos, inscrito em programa de aprendizagem, formação técnico-profissional metódica, compatível com seu desenvolvimento físico, moral e psicológico, e o aprendiz a executar, com zelo e diligência, as tarefas necessárias à essa formação” (art. 428, CLT). É

relevante relembrar a recente edição da Medida Provisória n. 251, que altera o art. 428 da CLT, elevando a idade geral para a aprendizagem de 18 para 24 anos e excluindo qualquer limite “teto” de idade para pessoas com deficiência. Isto se deve à constatação de que pessoas com deficiência mental ou sensorial encontram extrema dificuldade em acompanhar a evolução cronológica escolar genérica, estando, por vezes, minimamente habilitadas para a profissionalização mesmo em idade avançada. A norma, deste modo, milita em favor da ação afirmativa, propiciando-lhes o direito universal à habilitação profissional.

Uma atuação conjunta de organizações não governamentais, empresas e autoridades poderá, por força da Medida Provisória em comento, tecer uma rede que emaranhe a colaboração mútua para promover a inserção de pessoas com deficiência em empresas, inicialmente na condição de aprendizes, eis que também estão sujeitas a cotas de 5% a 15% e, tão logo se conclua o contrato de aprendizagem, que pode ser de até dois anos, a pessoa estará habilitada para compor a cota, agora atinente às pessoas com deficiência. Consagra-se, assim, uma forma de se superarem as chamadas oficinas protegidas que poderiam ser mantidas durante breves períodos nos processos de pré- formação profissional. As oficinas protegidas são importantes, porque, por meio delas, as pessoas com deficiência aprendem atividades profissionais no interior das organizações não governamentais, que as assistem, mas, por vezes, o processo de aprendizado se completa e, inexplicavelmente, o trabalhador continua a prestar serviços sob tais condições, percebendo remuneração reduzida, até porque a oficina protegida não contempla o lucro. Nada justifica, portanto, a permanência do trabalho protegido nessa hipótese, vindo a aprendizagem formal, intermediada pela ONG em empresa, a se constituir como avanço natural, cuja caracterização pode ser a da inserção seletiva ou a do trabalho apoiado.

Outra forma de habilitação profissional é o estágio profissionalizante, que pode se dar, por força da Lei nº 6.494/77, alterada pela Lei nº 8.859/94, pela Medida Provisória n. 2.164/41 e regulamentada pelo Decreto nº 87.497/82, com estudantes de ensino médio, cursos

profissionalizantes e escolas especiais. Trata-se de Aprendizagem escolar, sem vínculo de emprego, formalizada por um contrato triangular entre o aluno, a escola e a empresa, propiciando experiências práticas para suplementar o aprendizado teórico de cunho profissionalizante. A Lei de Diretrizes e Bases da Educação, Lei nº 9.394/96, exige, no seu art. 82, que o currículo seja adequado aos fins do estágio, o que significa dizer que o aluno do ensino médio só poderá estagiar se o currículo escolar prever matérias voltadas à profissionalização. O estágio é mais aplicado, desta forma, nas escolas técnicas e nos cursos superiores. As escolas especiais também suscitam estágio e havia uma praxe muito comum de se contratarem trabalhadores com deficiências em empresas apenas na condição de estagiários, sem nunca possibilitar-lhes vínculo real de emprego. Isto ficou superado a partir da edição do Decreto nº 3.298/99, que regulamentou a Lei de Cotas. Logo, o estágio deve ser utilizado com muito critério e em caráter excepcional, pois, do contrário, poderá acarretar uma forma de exclusão, se for um modo de subcontratação permanente de pessoas com deficiência. O estágio não vale para a cota, porque não constitui vínculo de emprego.

### **5.3.3.3 As oficinas protegidas**

O art. 37 do Decreto nº 3.298/99, em seus parágrafos 4º, 5º e 6º, dispõe acerca das oficinas protegidas, classificando-as como oficinas protegidas de produção e terapêuticas. Oficina protegida de produção caracteriza-se como uma “unidade que funciona em relação de dependência com entidade pública ou beneficente de assistência social, que tem por objetivo desenvolver programa de habilitação profissional para adolescente e adulto portador de deficiência, provendo-o com trabalho remunerado, com vista à emancipação econômica e pessoal relativa” (§ 4º). Oficina protegida terapêutica, por outro lado, constitui-se em uma “unidade que funciona em relação de dependência com entidade pública ou beneficente de assistência social, que tem por objetivo a integração social por meio de atividades de adaptação e capacitação para o trabalho de adolescente e adulto que devido ao seu grau de deficiência, transitória ou permanente, não possa desempenhar atividade laboral no mercado competitivo de trabalho ou em

oficina protegida de produção” (§ 5º). “O período de adaptação e capacitação para o trabalho de adolescente e adulto portador de deficiência em oficina protegida terapêutica não caracteriza vínculo empregatício e está condicionado a processo de avaliação individual que considere o desenvolvimento biopsicossocial da pessoa” (§ 6º).

Fez-se, inicialmente, a exposição dos dispositivos regulamentares da matéria, apenas para facilitar os argumentos que doravante se delinearão. A oficina protegida ocorre no interior de entidades sem fins lucrativos, públicas ou privadas, prevalecendo as últimas no Brasil. São muito comuns em entidades que trabalham com jovens e adultos com deficiência mental e destinam-se a produzir bens e serviços, inclusive, terceirizados. Aplica-se a idéia de atividade ocupacional como forma de socialização da pessoa com deficiência e, como já se disse, possui aspectos positivos, acima de tudo, no que concerne à pré-profissionalização de pessoas com deficiências severas ou quanto à preparação para a inserção seletiva. A oficina protegida de produção enseja vínculo de emprego com a entidade e se caracteriza por trabalho permanente, com jornada fixada, subordinação, pessoalidade e onerosidade, exatamente igual a qualquer contrato de trabalho. A oficina terapêutica, por sua vez, não enseja vínculo de emprego, eis que o trabalho é episódico e sem subordinação, sendo aplicado para o tratamento e tão-somente; não prevalece o aspecto produtivo, continuativo e subordinativo.

As oficinas protegidas têm sido utilizadas como um fim a elas mesmas afeito, terceirizando-se, inclusive, atividades permanentes em empresas, sem que o trabalhador perceba salários compatíveis com aqueles que a empresa tomadora. Tal realidade evidencia um desvio das funções das oficinas protegidas, pois acabam por se tornar “guetos institucionais” e, por mais severa que seja a deficiência, não se justificam, eis que existem meios, instrumentos ou métodos que possibilitam o chamado trabalho apoiado. No dizer de Romeu Kazumi SASSAKI:

*O programa de trabalho apoiado é instalado dentro da instituição e através dele o portador de deficiência é colocado na empresa primeiro e é treinado em seguida na própria função – processo este*

*conhecido como 'colocar-treinar', que é o inverso do processo tradicional de colocar primeiro e treinar depois. O emprego se chama 'apoiado' ou 'com apoio' porque o pretendente a este emprego recebe apoio individualizado e contínuo pelo tempo que for necessário para que ele, devido à severidade da sua deficiência, possa obtê-lo, retê-lo e/ou obter outros no futuro, se for o caso'*<sup>352</sup>.

Relata o autor, ainda, que o movimento do trabalho apoiado vem sendo um processo de substituição das oficinas protegidas e vem ocorrendo, com muita intensidade, nos Estados Unidos, Canadá e Espanha, países em que leis e medidas oficiais canalizam recursos para custeio de profissionais acompanhantes, pesquisas e tecnologia assistiva, que têm possibilitado o rompimento de obstáculos inimagináveis em termos de locomoção, operação manual, sintetização de voz, próteses extremamente eficientes, cogitando-se, inclusive, da utilização de células-tronco e visão virtual, com a implantação de *chips* no cérebro, em substituição à retina. São medidas que rompem as limitações físicas, mentais e/ou sensoriais, considerando-se os padrões até hoje imperantes. De qualquer modo, o emprego apoiado já se faz realidade e corporifica a idéia de sociedade inclusiva. Atividades até antes inimagináveis para pessoas com deficiências são comuns, como o controle de qualidade de pinturas de veículos pelo tato de cegos, navegação pela *internet* e uso pleno do computador por cegos, mediante programas de sintetizador de voz, próteses computadorizadas, que viabilizam movimentos plenos de pernas, mãos e braços, aparelhos de surdez extremamente eficientes e sintetizadores de voz para pessoas que não podem falar, cadeiras de rodas automatizadas e etc.

#### **5.4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Verifica-se, assim, que o direito ao trabalho, que se erigiu como direito social fundamental e se materializa por políticas de pleno emprego que visam favorecer a empregabilidade para todos, apesar das adversidades econômicas, assume, em face das pessoas com deficiência, nítidos matizes que acentuam todas as liberdades individuais e os demais direitos sociais. Assim é que o direito de ir-e-vir e o direito de livre expressão, liberdades básicas, historicamente afirmadas em momento

<sup>352</sup> SASSAKI, Romeu Kazumi. *Inclusão: construindo uma sociedade para todos*. Op cit., p. 82.

anterior aos direitos sociais, implicam, para se efetivar, uma série de normas de ação afirmativa concernentes à linguagem brasileira de sinais, ao sistema Braille, à alteração de espaços públicos e privados, adaptação de transportes, tudo para que se viabilize o direito ao trabalho e os direitos do trabalho da pessoa com deficiência.

Fica evidenciado que não se pode prosseguir na defesa das liberdades e dos direitos sociais fundamentais, sem se atentar para as necessidades peculiares dessa minoria, que equivale a dez (10) ou quatorze por cento (14%) da população do Brasil e que desde os anos 80 conquistou seu espaço público, cujas demandas não se podem mais ignorar. O avanço dessas conquistas políticas e civis das pessoas com deficiência foi viabilizado pelas bases que o Direito do Trabalho propiciou, eis que o Direito Laboral rompeu com o mito da igualdade formal de todos perante a lei, viabilizando as perspectivas das minorias que se diferenciam no próprio conjunto da classe trabalhadora, perpassando, até mesmo, a posição de detentor do capital ou de titular de força de trabalho.

O Direito do Trabalho é, portanto, a primeira ação afirmativa e propiciou todas as que o sucederam, não importando a origem, legal, negocial ou judicial, do modelo estrutural em que se funde. Parece, assim, que as normas de ação afirmativa não estão soltas na História; decorrem, na verdade, da busca pela igualdade real, aperfeiçoando-se a igualdade formal e material, construindo-se uma sociedade livre justa e solidária, em que a solidariedade, apesar do influxo individualista neoliberal, emerge como alternativa para a inclusão de todos e a afirmação das liberdades e das igualdades.

## 6. CONCLUSÃO – O DIREITO DO TRABALHO: UMA AÇÃO AFIRMATIVA

Tudo o que se propugnou até aqui transitou pela formação histórica dos direitos humanos, impulsionado pelo embate entre forças que se estabelece, no vai-e-vem de avanços e de retrocessos, e que viabilizou a formação do conceito da igualdade. Traçou-se o fio condutor da análise pelo tema da dignidade da pessoa, toda e qualquer pessoa, alimentando-se da percepção haurida em textos de HERRERA FLORES e corroborada pelo pensamento contemporâneo de que inexistem gerações de direitos humanos, muito menos hierarquia entre eles. A criação dos direitos humanos sofre constantes reveses e muito menos logra izar velas em abrangência universal. O impulso de resistência em favor da pessoa, no entanto, é constante e finda por imprimir suas marcas de forma coerente. Esta coerência justifica-se pela História, pelos fatos e circunstâncias políticas, cuja repercussão se faz, de certa forma, universal.

O Direito foi uma medida adotada, inicialmente, sob influência da Grécia Antiga, como um mecanismo de regulação do exercício do poder, voltado para ele, no sentido de fortalecê-lo e legitimá-lo, e, séculos depois, quando a burguesia européia viu-se na contingência de ocupar o poder político, a Carta de Princípios por ela produzida e pretensamente universal, forjou, em 1791, os alicerces dos direitos individuais, consagrando limites ao poder para preservar a pessoa que passaria a fruir de liberdade, igualdade e fraternidade. Essa bandeira de três cores foi, no entanto, pouco tempo depois, esquecida, pois a idéia da liberdade se impôs sobre as demais, liberdade contra o Estado e de mercado, liberdade burguesa que se lastreou na obra jurídica napoleônica que materializou o Código Civil da propriedade, do poder paterno e do trânsito eficiente da mercadoria. A maioria ficou alijada de efetiva liberdade, eis que não lhe foram estendidos os frutos da propalada liberdade política. Sequer o direito de votar e ser votado era universal, e a igualdade esboroou-se no formalismo da afirmação de que a lei, reflexo da vontade da maioria, maioria formal, deveria ser aplicada a todos igualmente.

Em meados do século XIX, ante a constatação inexorável de que os ideais da burguesia se impunham em detrimento das promessas universais dos filósofos iluministas, a classe operária mobilizou-se, reagiu, e as relações entre capital e trabalho tomaram dois rumos distintos: o caminho da ruptura com o capitalismo e o caminho das reformas. As primeiras leis trabalhistas somavam-se ao segundo e o mundo, desde 1917, dividiu-se a partir desses rumos: os Estados socialistas e os Estados capitalistas. A disputa pela hegemonia entre ambos e a busca de um novo Direito, menos positivista, patrimonialista, formalista passou a ser a tônica das discussões intermináveis até os anos 50 do século XX. Ao passo em que se expandia a idéia de Estado de Bem-Estar Social e de Estado Socialista como contraposição à primeira, as minorias, invocando um direito mais autêntico, mais apto a refletir a diversidade humana, passaram a reivindicar a reparação das agressões por elas sofridas secularmente. As Constituições que já haviam, desde o início daquele século, incorporado e universalizado os direitos do trabalho, vieram a incorporar direitos sociais mais amplos, para que a igualdade deixasse de ser formal e viesse a ser substancial, material. O direito à previdência social, ao trabalho, à saúde, à educação, à segurança, à moradia, à alimentação, etc vinham a ser exigidos do Estado e, no entanto, além de não se universalizarem nos diversos países, não chegavam a determinadas minorias.

As mulheres apenas conquistaram direitos políticos e igualdade material em relação aos homens nos anos 20 e ainda não as obtiveram plenamente. O mesmo ocorreu com os negros, a partir dos anos 50 e 60. As pessoas com deficiência, nos anos 80, mobilizaram-se e forjaram declarações universais em seu favor, as quais repercutiram nas diversas constituições, pela via originária ou derivada. O que se pretende demonstrar é que essa luta das minorias que gerou o direito à igualdade real, e que transcende à meramente formal ou material, é coerente com o processo de lapidação do diamante ético, sugerido por HERRERA FLORES, dos direitos humanos. As ações afirmativas que são um processo de discriminação positiva, favorável e compensatório, imposto por lei ou por iniciativas

privadas, seguem o mesmo rumo que já seguira a implantação dos direitos sociais que legitimaram a igualdade material. Esta, a material, foi incapaz, por seus propósitos, de atender aos anseios dos grupos minoritários que, apesar delas, não lograram acesso às liberdades individuais ou aos direitos sociais, nem à igualdade formal, nem à igualdade substancial, material, portanto. Foi-lhes necessária a outorga conquistada de ações afirmativas que adequaram o Direito às peculiaridades, às diversidades.

O Direito do Trabalho estrutura-se, assim, como elemento fundante da primeira ação afirmativa da História, pois rompeu com a idéia de igualdade formal ou de uma lei imparcial. Tomou partido em prol da classe trabalhadora e, se por um lado, legitimou a venda da força de trabalho, por outro, ergueu-se como uma forma de resistência, de limitação do poder econômico, para, justamente, preservar a dignidade do trabalho humano. Esta é a dialética que notabiliza o Direito do Trabalho e todos os outros direitos sociais fundamentais que vinham em favor da igualdade substancial. Corroborá-o, também, o fato de que a criação dos direitos trabalhistas preparou, por exemplo, as normas do Código do Consumidor, embasando, axiologicamente, o novo Direito Civil, ambos lastreados por princípios compensatórios do Direito do Trabalho. A nova doutrina, como se viu no Capítulo 4, busca referências constitucionais que se inspiraram no Direito do Trabalho, todas em torno da dignidade da pessoa. O Direito Laboral despatrimonializou a força de trabalho e possibilitou a visão da função social da propriedade, do valor social da livre iniciativa, princípios estes que norteiam as relações civis e de consumo, tudo em favor da pessoa do trabalhador ou do consumidor ou do contratante civil que utiliza o contrato como instrumento de direitos que o assistem, não mais do mero trânsito de bens.

Os direitos de personalidade e a função social do contrato combinam-se para privilegiar um Direito Civil humanizado, personalizado, que reflui para o Direito do Trabalho, o qual, por pressões diversas, encontra-se na iminência de se privatizar e se patrimonializar. Busca no Direito Civil por ele forjado “fôlego” para subsistir e voltar as suas origens.

Questões como a defesa da intimidade do trabalhador contra revistas, de sua personalidade contra o assédio moral, de sua privacidade contra a perquirição de opção sexual, religiosa ou de sua vida creditícia no emprego; a procura de emprego para portadores do HIV, ou, mesmo, as ações afirmativas de cotas para pessoas com deficiência ou aprendizes vivificam o novo Direito do Trabalho que fluiu para o Direito Civil contemporâneo e dele refluiu.

As normas de ação afirmativa para pessoas com deficiência que se refletem internacionalmente, por meio de cotas, incentivos fiscais, conforme ocorre na Europa, no Brasil e na América Latina e, até mesmo, por medidas de adequação da empresa imposta por lei, como se dá nos Estados Unidos, também evidenciam a necessidade destas para que essas pessoas tenham acesso às liberdades individuais e às igualdades substanciais. A condição da pessoa com deficiência, pelas suas peculiaridades, prova em si mesma a inteireza dos direitos humanos, a partir da criação de instrumentos jurídicos que lhes possibilitem o acesso aos direitos mais primários. A Lei nº 10.098/00, no Brasil, e o Decreto nº 5.296, por exemplo, estabelecem a remoção de barreiras arquitetônicas em edificações e em logradouros, a ampliação das hipóteses em que a linguagem brasileira de sinais se faz obrigatória, o uso obrigatório do braille e de programas de sintetização de voz para cegos, justamente para viabilizar direitos elementares, como o da livre expressão, o acesso à comunicação das idéias, portanto, livre pensamento, o direito de ir e vir e, também, os direitos sociais de educação, trabalho e todos os outros.

A interdependência dos direitos humanos faz superar o falso antagonismo que se estabelecia entre as liberdades e as igualdades. As normas de ação afirmativa em prol das minorias, espelhando o que já se promovera por meio do Direito do Trabalho, ratificam a necessidade de cada um dos direitos anteriores, reforçando-os e trazem a baila a terceira bandeira universal dos ideais da modernidade, que é a fraternidade. Parte-se, aqui, de uma crítica à modernidade, retomando-se os seus valores, dialeticamente revisando-os, como fez Boaventura de SOUZA SANTOS ao

propor uma revisitação aos pilares filosóficos mestres da modernidade, o da regulação e o da emancipação, para que o segundo, até o presente subjugado pelo primeiro, seja revalorizado, numa interpretação emancipatória do Direito; não para reforçar o *status quo*, mas, de acordo com ele, o *status quo*, reverem-se as circunstâncias históricas do racionalismo assoberbado que se mostrou insuficiente, o que se evidencia pela crise no meio ambiente e nos países excluídos da sociedade globalizada, buscando-se uma aplicação contra-hegênica das promessas da modernidade, ressaltando-se, no pilar da regulação, uma atenção à proposta voltada à comunidade, como queria ROSSEAU, já que nesse pilar, o mercado de LOCKE e Adam SMITH e o Estado de HOBBS, impuseram-se, este a princípio e aquele de forma quase absoluta nos dias de hoje.

Há que retomar, outrossim, o pilar da emancipação que, segundo SOUZA SANTOS, compõe-se pelas três lógicas da racionalidade definidas por Weber – racionalidade estético-expressiva das artes e da literatura, racionalidade cognitivo-instrumental da ciência e da tecnologia e racionalidade moral-prática da ética e do Direito. A emancipação, por seu turno, dar-se-á de forma mais eficiente se a super-valorização da ciência, conforme se deu, abrir espaço à importância das artes e de um Direito menos rígido ou positivista e mais voltado às diversidades. Emanado não só do Estado, mas dos grupos sociais, refletindo-os, tanto na esfera pública, quanto na esfera privada. A emancipação virá a partir, então, da valorização da igualdade e da liberdade e, segundo se pretende demonstrar, a partir da potencialização da fraternidade que possibilitará a preservação das conquistas obtidas e o avanço em direção de outras que consagrarão a diversidade humana.

Acredita-se demonstrar, assim, que os fatores históricos que geraram o Direito do Trabalho são, *mutatis mutandis*, os que propiciaram a modificação do Direito Civil e a edição do Código do Consumidor no Brasil, por exemplo, bem como as normas de ação afirmativa a partir dos anos 50 do século XX em todos os países. Não se ignoram as ameaças que vem sofrendo os direitos humanos. As próprias liberdades individuais que tanto

orgulham a sociedade estadunidense estão sendo afrontadas pela doutrina da segurança lá imperante; os direitos sociais são acusados de custosos, havendo a idéia de sua eliminação e as normas de ação afirmativa, por sua vez, têm sido apontadas igualmente como discriminatórias e atentatórias contra as liberdades. São idéias presentes, é claro e estão fortemente difundidas, mas a relação entre forças de oposição a elas já se instalou e, pendularmente, fez-se notar, até pelos maus resultados que as primeiras demonstraram. Só o tempo poderá oferecer uma resposta esclarecedora a respeito de como se conformarão as forças em confronto. A trilha em direção à emancipação anima a proposta aqui defendida. Há que se lapidar, assim, o diamante ético de HERRERA FLORES. Diamante sólido, precioso, indivisível, mas ético e, portanto, fluídico, intangível, consolidado nas idéias e cujos instrumentos de lapidação aninham-se, tão-somente, em mentes e em corações.

**BIBLIOGRAFIA**

ALEVATO, Hilda. Trabalho e Neurose: enfrentando a tortura de um ambiente em crise. Rio de Janeiro: Editora Quartet, 1999.

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALVES, Rodrigo. “Vamos nos acostumando com as mazelas”. *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro, 03 de julho de 1999, Caderno de Idéias/Livros, p. 03.

ALTHUSSER, Louis. Aparelhos ideológicos de Estado: nota sobre os aparelhos ideológicos de Estado (AIE). 8ª ed., Rio de Janeiro: Edições Graal, 2001.

ALVES, Rubens Valtecidos. *Deficiente Físico – Novas Dimensões da Proteção ao Trabalhador*. São Paulo: Editora LTr, 1992.

ANDRADE, Denise Lapolla de Paula Aguiar. “Portadores de deficiência – sujeitos de direitos”. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, março de 2000, p. 55-62.

ARANHA, Maria Salette Fábio. “Paradigma da relação entre a sociedade e as pessoas com deficiência”. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, março/2001, p. 160- 173.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência*. 2. ed., Brasília: CORDE, 1996

AZEVEDO, Dorotéia Silva de. “Discriminação positiva: o trabalho das pessoas com deficiência e dos obesos”. *Vistos etc*, n. 03, p.37- 42.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARNES, Colin e OLIVER, Mike. “Discrimination, disability and welfare: from needs to rights”. In BYONE, Ian, et al. *Equal rights for disabled people – The case for a new law*. Institute for Public Policy Research : London, 1991.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. “A evolução dos direitos humanos e as pessoas com necessidades especiais”. *Seminário Internacional Sociedade Inclusiva*, PUC Minas. Anais. – Belo Horizonte: PUC Minas, 2003, p. 62- 70.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005

BAYLOS, Antonio. *Direito do Trabalho: modelo para amar*. Trad.: Flávio Benites e Cristina Schultz. São Paulo: LTr, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed., 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Texto Anais do III Congresso de Direito Constitucional, em out/2002.

CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 29. ed., atual. por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2004

CARNOY, Martin. *Estado e Teoria Política*. Campinas: Papyrus, 1986.

CARVALHO, Orlando de. *A Teoria Geral da Relação Jurídica – seu sentido e limites*. 2ª ed. atual. Coimbra: Centelha, 1981.

CASTELO, Jorge Pinheiro, *O Direito material e processual do trabalho e a pós-modernidade: a CLT, o CDC e as repercussões do novo Código Civil*. São Paulo: LTr, 2003, p. 189.

CIMAGLIA, Maria Cristina. “Gli aspetti giuridici della legge sul diritto al lavoro dei disabili”. *Lavoro Informazione*. Nº 9, ano XVIII - 15 de maio de 1999. Milano: FrancoAngeli, 1999, p.14.

CINELLI, Maurizio. “Profili del collocamento obbligatorio ‘riformato’ ”. In: Maurizio Cinelli e Pasquale Sandulli (Coord.). *Diritto al lavoro dei disabili*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1999, p. 3- 16.

CORRÊA. Lélío Bentes. “Discriminação no trabalho e ação afirmativa no Brasil”. *Boletim científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, a. I, n. 2, jan./mar. 2002, p. 83- 90.

COSTA, Werton Magalhães. “O portador de deficiência e o idoso no novo Código Civil”. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, jan./ mar. 2003, p.

COSTALLAT, Fernanda Lavras. *O direito ao trabalho da pessoa deficiente: manual de orientação: legislação e jurisprudência*. Campinas: Fundação Síndrome de Down, 2003.

COUTINHO, Aldacy Rachid. “Autonomia privada na perspectiva do Novo Código Civil” IN *O impacto do Novo código Civil no Direito do Trabalho*. Coord: José Afonso Dallegrave Neto; Eduardo Gunther. São Paulo: LTr, 2003, p. 67- 84;

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 36- 38.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Contrato individual de trabalho: uma visão estrutural*. São Paulo: LTr, 1998.

DE MASI, Domênico. *O Futuro do Trabalho: Fadiga e Ócio na Sociedade Pós-Industrial*. Rio de Janeiro: José Olímpio, 1999.

DEJOURS, Christophe. *A Loucura do Trabalho – Estudo de Psicopatologia do Trabalho*. 5ª ed., São Paulo: Cortez Editora – Oboré, 1992.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 3ª Edição. São Paulo: LTr, 2004.

DOYLE, Brian. “Employment rights, equal opportunities and disabled persons: the ingredients of reform” In *Industrial Law Journal*. Vol. 22, n. 2, June 1993. Oxford University Press: Oxford, 1993.

DUBUGRAS, Regina Maria Vasconcelos. *Discriminação no Emprego – Formas, Defesas e Remédios Jurídicos*. Revista LTr, vol. 66, nº 11, novembro de 2002, p. 1334- 1336.

DUSSEL, Enrique. *A ética da libertação: na idade da globalização e da exclusão*. Trad. Epharaim Ferreira Alves, Jaime A. Clasen, Lúcia M. E. Orth. Petrópolis: Editora Vozes, 2000.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FACHIM, Luiz Edson; RUZIK, Carlos Eduardo Pionovski. “Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica” IN: *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Org: Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 93- 95.

FÁVERO. Eugênia Augusta Gonzaga. *Direitos da pessoa com deficiência: garantia de igualdade na diversidade*. Rio de Janeiro: WVA – Ed, 2004

FAVO, Marcos; PEDROSO, Eliane. “Direitos da Personalidade. Novo Código Civil e repercussões no Direito do Trabalho”. *Genesis: Revista de Direito do Trabalho*, n. 22 (130), outubro de 2003, p. 514- 526.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da Língua Portuguesa*. 2 ed., rev. e aum. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1986.

FLORES, Joaquín Herrera. *El Vuelo de Anteo. Derechos Humanos y Crítica de la Razón Liberal*. Hacia una visión compleja de los derechos humanos. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2000.

FREYRE, Gilberto. Casa- grande & Senzala. São Paulo: Global, 2004, 49ª edição.

FRAGA, Ricardo Carvalho. *Direitos e Castelos: estudos*. São Paulo: LTr, 2002.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da; AFÂNIO, Cláudia. “Proposta de Trabalho Solidário, Imediato e Juridicamente Viável: Uma Breve Análise Sobre as Mazelas e Possíveis Soluções em Relação à Conjuntura Atual”. *LTr – Revista Legislação do Trabalho*, ano 68, de maio de 2004, páginas 546- 554.

FORRESTER, Viviane. *O horror econômico*. Trad: Álvaro Lorencini, 7ª reimp. Editora da Universidade Estadual Paulista: São Paulo, 1997, p. 126- 127.

GIGLIO, Wagner D. *Justa causa*. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: LTr, 1994

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade – O Direito como Instrumento de Transformação Social. A Experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GOMES, Orlando. *Curso de Direito do Trabalho*. Orlando Gomes e Elson Gottschalk. 1ª ed.; Rio de Janeiro: Forense, 1990.

GOSDAL, Thereza Cristina. *Discriminação da mulher no emprego: relações de gênero no direito o trabalho*. Curitiba: Gênese, 2003.

GUGEL, Maria Aparecida. “O trabalho do portador de deficiência. Comentários ao Decreto n. 3.298/99”. *Gênese: Revista de Direito do Trabalho*. 15(88), abril de 2000, p. 564- 572.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004

LEATE, Adriana Prezoto Bertolaccini; LEATE, Helena Pedrini; SAKO, Emília Simeão Albino. “O trabalho do portador de deficiência”. *Gênese: Revista de Direito do Trabalho*, n. 19 (110), fevereiro de 2002, p. 194- 202.

LEGARRETA, Ricardo Esteban. *La relación laboral especial de los minusválidos*. Tribuna Social: revista de seguridad social y laboral. Número 91 – monográfico, julio de 1988. Editora CISS, Valencia, 1998, p. 41- 43.

LIMA, Abili Lázaro Castro de. *Globalização Econômica, Política e Direito – análise das mazelas causadas no plano político- jurídico*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

LIMA FILHO, Francisco das C. “A discriminação do trabalhador no contrato de trabalho e o princípio constitucional da igualdade”. *Revista LTr*. Vol. 65, nº 10, outubro de 2001. São Paulo: LTr, 2001, p. 1200.

LORENTZ, Lutiana Nacur. “A luta do Direito contra a discriminação no trabalho”. *Revista LTr*, Vol. 65, nº 05, maio de 2001, p. 519- 531.

MAGANO, Otávio Bueno. *Manual de Direito do Trabalho – Parte Geral*. São Paulo: LTr: Editora da Universidade de São Paulo, 1980.

MAGANO, Octávio Bueno. *Manual de Direito do Trabalho, Volume II*. 3ª ed., rev. e atual., São Paulo: LTr, 1992.

MALLET, Estêvão. “O novo Código civil e o Direito do Trabalho” IN *O impacto do novo Código Civil no direito do trabalho*. Coord: José Affonso Dallegrave Neto; Eduardo Gunther. São Paulo: LTr, 2003, p. 48- 66.

MARANHÃO, Délio. “Contrato de trabalho” IN SÜSSEKIND, Arnaldo... [et. al]. *Instituições de direito do trabalho, Volume 1*. 22 ed., atual., por Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr, 2003.

MARANHÃO, Délio. *Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1977.

MASCARO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho: História e teoria geral do direito do trabalho, relações individuais e coletivas do trabalho*. 8ª ed., atual.; São Paulo: Saraiva: 1989.

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

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL: Fundação Procurador Pedro Jorge de Melo e Silva (org.). *O Acesso de alunos com deficiência às escolas e classes comuns da rede regular*. 2ª ed., ver e atual. Brasília: Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, 2004.

MORAES, Stewalter Soares. *O peso da CLT na mão- de- obra*. Gazeta Mercantil, São Paulo, 19 de julho de 2004, Caderno A, p. 3.

MURCIA, Joaquín García. “El trabajo de los incapacitados”. *Tribuna Social: revista de seguridad social y laboral*. Número 91 – monográfico, julio de 1988. Editora CISS, Valencia, 1998, ps. 25- 40.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito do Trabalho na Constituição de 1988*. São Paulo: Editora Saraiva, 1989.

NERY JÚNIOR, Nelson. “Contratos no Código Civil – apontamentos gerais” IN *O novo Código Civil: Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale*. Coord: Ives Gandra da Silva Martins Filho; Gilmar Ferreira Mendes; Domingos Franciulli Netto. São Paulo: LTr, 2003

OIT – Organização Internacional do Trabalho. *Gestão de questões relativas a deficiência no local de trabalho*. Brasília: OIT, 2004.

OIT – Organização Internacional do Trabalho. *Resúmenes de normas internacionales del trabajo*, Genebra: OIT, 1991.

OIT – Organização Internacional do Trabalho. *Convenios y recomendaciones internacionales del trabajo – 1919- 1984 – adoptados por la Conferencia Internacional del Trabajo*. Genebra: Oficina Internacional del Trabajo, 1985.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica ?às saúde do trabalhador*. São Paulo: LTr, 1996, p. 111- 116.

PASTORE, José. *Oportunidades de Trabalho para Portadores de Deficiência*. São Paulo: LTr, 2000.

PEDREIRA, Pinho. *A discriminação indireta*. Revista LTr, vol. 65, nº 04, Abril de 2001, p. 402- 406.

PEREIRA , Ricardo José M. de Brito. “Aspectos constitucionais da reforma sindical”. Revista *LTr Legislação do Trabalho*, a 69, nº 05, maio de 2005, p. 565- 572.

PERLINGIERE, Pietro. *Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

PINTO, José Augusto Rodrigues. *Direito Sindical e Coletivo do Trabalho*. 2 ed. São Paulo: LTr, 2002.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de Direito do Trabalho*. 3. ed. atual. São Paulo: LTr, 2000.

POCHMANN, Márcio. *A Década dos Mitos – O Novo Modelo Econômico e a Crise do Trabalho no Brasil*. São Paulo: Editora Contexto, 2001.

POULANTZAS, Nico. *O Estado, o poder, o socialismo*. Traduzido por Rita Lima. São Paulo: Paz e Terra, 2000, 4ª edição.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

RIFKIN, Jeremy. *O fim dos empregos*. São Paulo: Makrn Books, 1995.

RIOS, Roger Raupp. *O princípio da igualdade e o direito da antidiscriminação: discriminação direta, discriminação indireta e ações afirmativas no direito constitucional estadunidense*. Tese de doutorado apresentada perante a Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, fevereiro de 2004.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. V. 1. 334 ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 49- 53

ROMITA, Arion Sayão. *O acesso ao trabalho das pessoas deficientes perante o princípio da igualdade*. Revista *Gênesis*, nº 15 (86), fevereiro de 2000. Curitiba: Gênesis, 2000, p. 184.

RUBIO, David Sánchez. *El Vuelo de Anteo. Derechos Humanos y Crítica de la Razón Liberal*. Universalismo de Confluencia, derechos humanos y procesos de inversión. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2000

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente*. São Paulo: Editora Cortez, 2002.

SANTOS, Milton. *A natureza do espaço. Técnica e tempo. Razão e emoção*. “O tempo (os eventos) e o espaço”. São Paulo, Editora Hucitec, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4 ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 56

SASSAKI, Romeu Kazumi. *Emprego apoiado como forma de inclusão de pessoas com deficiência severa no mercado de trabalho*. São Paulo: novembro de 2003.

SASSAKI, Romeu Kazumi. *Inclusão: construindo uma sociedade para todos*. Rio de Janeiro: WVA, 1997.

SASSAKI, Romeu Kazumi. *Inclusão no lazer e turismo: em busca da qualidade de vida*. São Paulo: Áurea, 2003, p. 35

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução Laura Teixeira Motta. 3ª impressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

STELLUTI, Carlo. “Le nuove norme per il diritto al lavoro dei disabili”. *Lavoro Informazione*. Nº 6, ano XVIII - 31 de março de 1999. Milano: FrancoAngeli, 1999, p. 9.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Constitucional do trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TINHORÃO, José Ramos. *Pequena história da música popular: da modinha ao tropicalismo*. 5ª ed., São Paulo: Art Editora, 1986.

TUPONI JÚNIOR, Benedito Aparecido. “Aspectos da Parte Geral do novo Código Civil e suas implicações no direito individual do trabalho” IN *O impacto do novo Código Civil...* Op. cit.,

VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1968.

VIANNA, Segadas. *Evolução do Direito do Trabalho no Brasil*. IN: SÜSSEKIND, Arnaldo ... [et al.]. “Instituições de Direito do Trabalho, volume I”. 22. ed., atual. São Paulo: Ltr, 2005, p. 76.

VILLATORE, Marco Antônio César. “A pessoa portadora de deficiência no Direito do Trabalho brasileiro e o tema no Direito do Trabalho comparado”. *Genesis: Revista de Direito do Trabalho*. Nº 15 (88) – abril 2000, Editora Genesis: Curitiba, 2000, p. 552- 563;

WERNECK, Cláudia. *Ninguém mais vai ser bonzinho na sociedade inclusiva*. Rio de Janeiro: WVA, 1997.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. 3 ed.. Madrid: Trotta, 1999.

### **Periódicos**

*Salários de negros são 50% mais baixos*. Folha de São Paulo de 13/05/2003, p. C1.

“Federal barra 3 aprovados por cota indígena”. *Folha de São Paulo* de 16 de fevereiro de 2005, Caderno: Cotidiano, p. C1.)

Defendendo o sistema de cotas e atacando as medidas propostas pelas universidades estaduais paulistas (vide nota 197), a diretora do Centro de Estudos Afro-Brasileiros da Universidade Cândido Mendes, Rosana Heringer, afirma, no jornal Folha de São Paulo, ser necessária a tomada de medidas imediatas, e não de médio e longo prazo, em prol da inclusão dos afro-descendentes no ensino superior brasileiro. No mesmo sentido, a professora Fúlvia Rosemberg ressalta as dificuldades enfrentadas pelos negros para completarem seus estudos devido a barreira da herança histórica do passado escravagista, que impedia o acesso dos negros à escola; para tanto afirma que “é preciso dar um tratamento preferencial aqueles que historicamente foram discriminados para que ultrapassem as barreiras que o sistema vem impondo. Eles precisam ter condições de competição similares às dos brancos”(Folha, 6/12/2003, p. A 6). Ainda a favor das cotas, em resposta a opinião do antropólogo Hermano Viana no jornal Folha de São Paulo - o qual afirmou ser as cotas uma ameaça a mestiçagem existente no Brasil, uma apologia a separação racial (Folha, 27/06/2004, Mais!, p. 6) – o professor Fernando Conceição clama pela união dos mestiços do Brasil em prol da implementação das ações afirmativas, ainda que pontuais e circunscritas a metas preestabelecidas e monitoradas, ainda que não acabem ,por si sós, com o racismo, agitam o debate sobre o tema e tornam o país mais humanitário e digno à sua população (Folha, 4/07/2004, Mais!, p. 18).

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CORDE – Coordenadoria Nacional de Integração da Pessoa Portadora de Deficiência. *Ata Câmara Técnica – Concurso Público para Pessoas Portadoras de Deficiência na Administração Direta e Indireta*. Arquivos do Ministério da Justiça.

### **Acesso de páginas virtuais**

GENEVOIS, Margarida. *Direitos Humanos na História*. Enciclopédia Virtual de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/margarid.htm>>. Acesso em: 15 de maio 2003.

Jornal digital “A Notícia”. “Encontro debate risco de reforma trabalhista”. A *Notícia*. Joinville, 23 de outubro de 2004. Disponível em: <<http://an.uol.com.br/2004/out/23/0ger.htm>>. Acesso em: 04 de fevereiro de 2005.

WEISSHEIMER, Marco Aurélio. *Nenhum país deixou a periferia com políticas liberais, diz vice do BNDES*. Carta Maior, abr. 2004. Disponível em: <[http://agenciartamainor.uol.com.br/agencia.asp?id=1706&cd\\_editoria=003&coluna=reportagens](http://agenciartamainor.uol.com.br/agencia.asp?id=1706&cd_editoria=003&coluna=reportagens)>. Acesso em 26/04/2004.

COSTA, Darc. *Planejamento na formação do Estado Nacional Moderno*. Disponível em: <<http://www.esg.br/cee/ARTIGOS/darc9.PDF>>. Acesso em 08/09/2004.

COSTA, Darc. *Mundialização, mundo luso e a globalização*. Disponível em: <<http://www.esg.br/cee/ARTIGOS/darc1.PDF>>. Acesso em 08/09/2004.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Princípios universais de direitos humanos e o novo Estado Democrático de Direito*. Teresina: Jus Navigandi, a. 1, n. 12, maio. 1997. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=74>>. Acesso em: 06/09/2004.

ONU, disponível no site: <<http://www.onuportugal.pt/anos.html>>. Acesso em 02/11/2004.

CENTRO DE INFORMAÇÃO DA ONU EM PORTUGAL. Regras Gerais. Disponível em: <<http://www.onuportugal.pt/Regrasgerais.pdf>>. Acesso em: 27/09/2004.

ENTRE AMIGOS – Vida independente: Declaração de Washington. Disponível em:

<<http://www.entreamigos.com.br/textos/vidaind/declaracaowashinton.htm>>. Acesso em: 20/09/2004.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO – Secretaria de Educação Especial: Legislação Específica, Declaração Internacional de Montreal sobre Inclusão. Disponível em: <<http://www.mec.gov.br/seesp/legislacao.shtm>>. Acesso em 20/09/2004.

REDE IBERO-AMERICANA DE ORGANIZAÇÕES NÃO-GOVERNAMENTAIS. DECLARAÇÃO DE CARACAS [online]. Disponível em: <[http://www.educacaoonline.pro.br/doc\\_declaracao\\_de\\_caracas.asp](http://www.educacaoonline.pro.br/doc_declaracao_de_caracas.asp)>. Acesso em 20/09/2004.

PORTAL DO CIDADÃO COM DEFICIÊNCIA – BIBLIOTECA. Disponível em: <[http://www.pcd.pt/biblioteca/docs.php?id=326&id\\_doc=170&id\\_cat=18&PHPSSESSIONID=843648c2bfe3e39a37afcd122f1b5ffc](http://www.pcd.pt/biblioteca/docs.php?id=326&id_doc=170&id_cat=18&PHPSSESSIONID=843648c2bfe3e39a37afcd122f1b5ffc)>. Acesso em 20/09/2004.

REDE SACI: solidariedade, apoio, comunicação e informação – Declaração de Quito. Disponível em: <<http://www.saci.org.br/index.php?modulo=materia&parametro=5116>>. Acesso em 20/09/2004.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE PERSONAS COM DISCAPACIDAD –Declaración final de la IV conferencia internacional sobre los derechos de las personas. Disponível em: <[http://www.dpi.org/sp/resources/topics/human\\_rights/06-12-03\\_declaracion.htm](http://www.dpi.org/sp/resources/topics/human_rights/06-12-03_declaracion.htm)>. Acesso em: 20/09/2004.

UNIVERSIDADE DO PORTO. Biblioteca- Disponível em: <[http://paginas.fe.up.pt/demegi/Tec\\_Sup\\_DR.pdf](http://paginas.fe.up.pt/demegi/Tec_Sup_DR.pdf)> Acesso em: 28/09/2004.

LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. Constitución Española . Disponível em: <[http://www.constitucion.es/constitucion/castellano/titulo\\_preliminar.html](http://www.constitucion.es/constitucion/castellano/titulo_preliminar.html)>. Acesso em: 30/09/2004.

REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/1995, de 24 de marzo de 1995. *Ley del estatuto de los trabajadores*. Disponível em <<http://www.igsap.map.es/cia/dispo/6031.htm#adi>> Acesso em 13/10/2004.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DA REPÚBLICA DE CHILE, de 21 de octubre de 1980 . Disponível em: <<http://www.gobiernodechile.cl/documentacion/constitucion.asp>>. Acesso em: 10 de Janeiro de 2005.

GOBIERNO DE CHILE. Fondo Nacional de la discapacidad – Programa de colocación de personas com discapacidad en um puesto de trabajo . Disponível em: <[www.fonadis.cl/index.php?seccion=76#centro](http://www.fonadis.cl/index.php?seccion=76#centro)>. Acesso em: 10 de Janeiro de 2005.

CONGRESO NACIONAL. Ley 19284 de 14 de enero de 1994. Disponível em: <[http://www.bcn.cl/publicadores/pub\\_leyes\\_mas\\_soli/admin/listado\\_leyes\\_mas\\_soli.php](http://www.bcn.cl/publicadores/pub_leyes_mas_soli/admin/listado_leyes_mas_soli.php)>. Acesso em: 10 de janeiro de 2005.

COLOMBIA. Constitución Política de la República de Colombia, *de 6 de julio de 1991*. Disponível em: <[www.senado.gov.co](http://www.senado.gov.co)>. Acesso em: 11 de janeiro de 2005.

COLOMBIA. *Ley 361 de 11 de febrero de 1997*. Disponível em: <[http://www.secretariasenado.gov.co/leyes/10361\\_97.htm](http://www.secretariasenado.gov.co/leyes/10361_97.htm)>. Acesso em: 11 de janeiro de 2005.

HONDURAS. *Constitución de la República de Honduras*, de 1º de janeiro de 1982. Publicada no Diário Oficial de Honduras nº 23.612 de 1/01/1982. Disponível em: <<http://www.congreso.gob.hn/constitucionesycodigos/honduras/1982.pdf>>. Acesso em: 17 de janeiro de 2005.

HONDURAS. *Código del Trabajo*. Decreto 189- 59. Publicado no Diário Oficial de Honduras nº 16,827, de 15 de julho de 1989. Disponível em: <<http://www.congreso.gob.hn/constitucionesycodigos/codigos/codigodeltrabajo.pdf>>. Acesso em 17 de janeiro de 2005.

HONDURAS. *Ley de Promoción de Empleos para Personas Minusvalidas*. Decreto nº 17- 91, Publicado no Diário Oficial de Honduras nº 26,422, de 25 de abril de 1991. Disponível em:

<<http://www.congreso.gob.hn/PDF/DECRELEY/HN2504199101.PDF>>. Acesso em: 17 de janeiro de 2005.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. The Americans with Disabilities Act – ADA, 1990. US CODE, Title 42, Chapter 126. Disponível em: <[http://fatty.law.cornell.edu/uscode/html/uscode42/usc\\_sup\\_01\\_42\\_10\\_126.html](http://fatty.law.cornell.edu/uscode/html/uscode42/usc_sup_01_42_10_126.html)>. Acesso em: 19 de janeiro de 2005.

REVISTA ELETRÔNICA DA AGÊNCIA DE INFORMAÇÕES DOS ESTADOS UNIDOS. Sociedade e Valores dos EUA. Volume 4, nº 01, janeiro de 1999. Disponível em: <<http://usinfo.state.gov/journals/itsv/0199/ijsp/toc.htm>>. Acesso em: 19 de janeiro de 2005.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Rehabilitation Act, 1973*. US CODE. Title 29, Chapter 16, Subchapter V. Disponível em: <[http://assembler.law.cornell.edu/uscode/html/uscode29/usc\\_sup\\_01\\_29\\_10\\_16\\_20\\_V.html](http://assembler.law.cornell.edu/uscode/html/uscode29/usc_sup_01_29_10_16_20_V.html)>. Acesso em: 20 de janeiro de 2005.

PASTORE, José. *Muitos direitos e poucos empregos*. O Jornal da Tarde. 25 de maio de 1994. Disponível em: <<http://www.josepastore.com.br/artigos/emprego/003.htm>>. Acesso em: 02 de março 2004. *Legislação trabalhista é mais cara*. A Notícia. Joinville, 02 de dezembro 2001. Disponível em: <<http://an.uol.com.br/2001/dez/02/0pai.htm>>. Acesso em: 03 de março 2004.

DRAY, Guilherme Machado. *O princípio da igualdade no Direito do Trabalho*. In GOMES, Joaquim B. Barbosa. *O debate constitucional sobre as ações afirmativas*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 18 de fevereiro de 2005.

Folha OnLine. *Mulheres estudam mais, mas ganham 30% menos que homens*. Matéria publicada na Folha OnLine de 25 de fevereiro de 2005. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u93713.shtml>>. Acesso em: 01 de março de 2005.

UNITED STATES OF AMERICA. Civil Rights Act Of 1964. Disponível em: <<http://usinfo.state.gov/usa/infousa/laws/majorlaw/civilr19.htm>>. Acesso em: 03 de março de 2005.

STROFF, Stephen M. *Descobrimo o melhor do Jazz* (Discovering great jazz, 1991). Rio de Janeiro: Ediouro, 1994.

Moderna On Line. Disponível em: <<http://www.moderna.com.br/moderna/arte/aleijadinho>> Acesso em: 04 de março de 2005.

UNIMED – Curitiba. *Tabela código Internacional de Doenças – CID 10*. Desenvolvido pelo departamento de informática, dez/1998, versão 1.0. Analista de sistemas: Evanice Paviloski. Referência: [www.datasus.gov.br/cid10](http://www.datasus.gov.br/cid10).

BRITO, Lucinda Ferreira. *A Língua Brasileira de Sinais*. Disponível em: <[http://www.ines.org.br/ines\\_livros/FASC7\\_INTRO.HTM](http://www.ines.org.br/ines_livros/FASC7_INTRO.HTM)>. Acesso em 01 de julho de 2005.

MAIA, Shirley Rodrigues; ARÁOZ, Suzana Maria Mana. *A Surdocegueira – saindo do escuro*. Centro de Educação: Caderno. Edição: 2001 – nº 17, artigo. Disponível em: <<http://www.ufsm.br/ce/revista/ceesp/2001/01/a3.htmão>>. Acesso em: 11 de julho de 2005.