

**IV ENCONTRO VIRTUAL DO
CONPEDI**

**EFICÁCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS
RELAÇÕES DO TRABALHO, SOCIAIS E
EMPRESARIAIS**

EDINILSON DONISETTE MACHADO

ROBERTO EPIFANIO TOMAZ

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gagher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

E27

Eficácia de direitos fundamentais nas relações do trabalho, sociais e empresariais [Recurso eletrônico on-line]
organização CONPEDI

Coordenadores: Edinilson Donisete Machado; Roberto Epifanio Tomaz – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-399-3

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constitucionalismo, desenvolvimento, sustentabilidade e smart cities.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direitos fundamentais. 3. Empresariais. IV Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

EFICÁCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DO TRABALHO, SOCIAIS E EMPRESARIAIS

Apresentação

O IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI sob tema “ Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities.”, promoveu uma quinta edição dentro das inovações criadas pela diretoria, com a divisão dos já tradicionais Anais do Evento em vários livros distintos, cada um para um Grupo de Trabalho.

No Grupo de Trabalho encontram-se as pesquisas desenvolvidas em vários Programas de Mestrado e Doutorado do Brasil, com artigos selecionados por meio de avaliação por pares, objetivando a melhor qualidade e a imparcialidade na divulgação do conhecimento e formação do estado da arte na área da eficácia de Direitos Fundamentais nas relações do trabalho, sociais e empresarias.

Valorosas contribuições teóricas e relevantes inserções na realidade brasileira emanam da reflexão trazida pelos professores, mestres, doutores e acadêmicos de todo o Brasil. Os artigos demonstram que os grupos vulneráveis e os Direitos Sociais sofrem um agravamento substancial e muito em razão do avanço das nas tecnologias e seus impactos nas relações do trabalho, bem como a reflexão quanto a compatibilidade entre capitalismo humanismo e as empresa e ainda a necessidade de aprofundamento da questão do dano nas relações do trabalho, demonstrando a urgente revisão da dogmática jurídica, bem como de novas reflexões aspectos aqui apresentados e discutidos.

Temas sensíveis, foram apresentados nas pesquisas e abordagem que elencamos a seguir: Os principais aspectos da nova lei geral de proteção de dados e os desafios do tratamento ante a prerrogativa constitucional à privacidade; dignidade humana e inclusão social nas relações de trabalho; o trabalho infantil doméstico e a aplicação das convenções 138 e 182 da organização internacional do trabalho no Brasil; da aplicabilidade da lei brasileira que obriga as empresas privadas a contratar pessoas com deficiência; trabalhadores de costurarias das redes de fast fashion transnacionais: a invisibilidade da escravidão urbana; a pandemia do covid-19 e o exercício da docência ubíqua à luz do direito da desconexão e da ecosofia; globalização, transnacionalismo, direitos humanos e jurisdição trabalhista: reflexões sobre o tratamento de conflitos laborais no contexto transnacional; refugiados e o direito ao trabalho no brasil: análise sob a ótica da legislação internacional e das obras de Hannah Arendt.

Foi seguramente um momento ímpar a Coordenação do GT, organizando a apresentação dos trabalhos, acreditamos que tem valor científico positivo, ao leitor ou leitora, a experiência de aprofundar o pensamento daqueles que souberam cativar para este momento, o solitário momento da leitura e da meditação, para colocar à prova as várias teses defendidas no Grupo de Trabalho.

Divulgar a produção científica colaborativa socializa o conhecimento e oferece à sociedade nacional e internacional o estado da arte do pensamento jurídico contemporâneo aferido nos vários centros de excelência que contribuíram no desenvolvimento pessoal e profissional dos autores e autoras que se apresentaram no Grupo de Trabalho.

Por fim, nossos agradecimentos ao CONPEDI pela honra a que fomos laureados ao coordenar o GT e agora, pela redação do Prefácio, que possui a marca indelével do esmero, da dedicação e o enfrentamento a todas as dificuldades que demandam uma publicação de qualidade como a presente.

Florianópolis, novembro de 2021

Organizadores:

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado

Prof. Dr. Roberto Epifanio Tomaz

**DA APLICABILIDADE DA LEI BRASILEIRA QUE OBRIGA AS EMPRESAS
PRIVADAS A CONTRATAR PESSOAS COM DEFICIÊNCIA**

**THE APPLICABILITY OF THE BRAZILIAN LAW THAT OBLIGES PRIVATE
COMPANIES TO HIRE PEOPLE WITH DISABILITIES**

Jaime Domingues Brito ¹

Tiago Domingues Brito ²

Wellington Aparecido Prado Carvalho ³

Resumo

Este estudo envolve a análise da Lei nº 8.213/91, que atribuiu a obrigação de as empresas privadas contratarem pessoas com deficiência de acordo com o número de seus funcionários. Mesmo reconhecendo que o cumprimento da obrigação tem valorizado o princípio da dignidade da pessoa humana, o artigo problematiza e dá acento à questão em torno das eventuais dificuldades que têm ocorrido para se aplicar a referida lei, ao mesmo tempo em que aponta remédios, os quais, se não solucionarem o impasse, ao menos serão capazes de amenizar os conflitos surgidos ou que vierem a surgir enquanto vige a referida lei.

Palavras-chave: Pessoa, Personalidade, Deficiência, Dignidade, Lei nº 8.213/91

Abstract/Resumen/Résumé

This study involves the analysis of Law nº 8.213/91, which assigned the obligation of private companies to hire people with disabilities according to the number of their employees. Even recognizing that the fulfillment of the obligation has valued the principle of human dignity, the article problematizes and emphasizes the issue around the possible difficulties that have occurred to apply the referred law, while pointing out remedies, which, if they do not solve the impasse, they will at least be able to alleviate the conflicts that have arisen or will arise while the aforementioned law is in force.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Person, Personality, Deficiency, Dignity, Law no. 8.213/91

¹ Doutor em Direito pela ITE de Bauru. Mestre em Direito pela UENP. Professor da Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP).

² Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Professor do Curso de Direito da Faculdade Estácio de Sá de Ourinhos-SP.

³ Graduando em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP).

1 INTRODUÇÃO

Por meio do decreto legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, o Brasil aprovou a Convenção internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência. Como é sabido, por intermédio dela, os Estados Partes acordaram e se obrigaram a reconhecer o direito de igualdade com as demais pessoas em favor das referidas pessoas com deficiência.

Dentre as obrigações contidas na Convenção internacional destaca-se aquela de empregar pessoas com deficiência no setor público, bem como a de promover o emprego, das mesmas pessoas, no setor privado, mediante políticas e medidas apropriadas.

A promoção de emprego no setor privado no Brasil tem sido realizada mediante a aplicação da Lei nº 8.213/91, que determina que as empresas privadas com mais de cem empregados devem manter pessoas com deficiência em seus quadros.

Não há dúvida de que a *mens legis* da referida lei se reveste de propósitos altamente benéficos em favor das pessoas com deficiência. Entretanto, sua efetiva aplicação poderá trazer questionamentos e dúvidas que merecerão atenção especial no presente trabalho, que foi elaborado com adoção do método de pesquisa dedutivo, atrelado à análise bibliográfica que trata sobre o assunto.

Todavia, antes de realizar a análise da promoção do emprego, no setor privado, em favor das pessoas com deficiência, necessário se mostra que alguns aspectos conceituais sejam devidamente aplainados.

2 PESSOA E PERSONALIDADE

De Cupis¹, ao analisar o conceito de personalidade, com esteio nas lições de Ferrara², escreve que “A personalidade, se não se identifica com os direitos e com as obrigações jurídicas, constitui pré-condição deles, ou seja, o seu fundamento e pressuposto.”. E prossegue De Cupis³:

Óbvio é que, enquanto simples susceptibilidade de ser titular de direitos e obrigações, deve ser algo diferente destes; mas para ser ‘susceptibilidade’ é ao mesmo tempo fundamento sem o qual os mesmos direitos e obrigações não podem subsistir. Não se

¹DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Lisboa: Livraria Morais Editora, 1961, p. 15.

²FERRARA, Francesco. *Trattato di diritto civile italiano*. Roma: Athenaeum, 1921, p. 458.

³DE CUPIS, ob. cit., p. 15

pode ser sujeito de direitos e obrigações se não se esta revestido dessa susceptibilidade, ou da qualidade de ‘pessoa’.

No que diz respeito particularmente aos direitos, tem-se recorrido à imagem da ossatura, que aliás se pode aplicar igualmente às obrigações: personalidade seria uma ossatura destinada a ser revestida de direitos, assim como os direitos seriam destinados a revestir a ossatura.

E, para se tratar especificamente das pessoas com deficiência aconselhável se mostra que se investigue, em primeiro lugar, o que se entende por pessoa e Maria Helena Diniz⁴, diz que o vocábulo “pessoa” é oriundo do latim *persona*, que, adaptado à linguagem teatral, designava máscara. *Persona* advinha do verbo *personare*, que significava ecoar, fazer ressoar, de forma que a máscara era uma *persona* que fazia ressoar, mais intensamente, a voz da pessoa por ela ocultada. Mais tarde *persona* passou a ser entendido como o papel do ator e, por fim, passou a indicar o próprio homem que representava o papel.

Pessoa, em verdade, pode ser tomada em três acepções: a vulgar, que significa o ente humano; a filosófica, quando se analisa o ente que realiza o seu fim moral e emprega sua atividade e modo consciente e, por derradeiro, no sentido jurídico, quando se considera o ente físico ou moral, suscetível de direitos e obrigações. Nessa última hipótese, pessoa é sinônimo de sujeito de direito ou sujeito de relação jurídica.

O Código Civil de 1916, já em seu artigo 1º, relevando a importância da pessoa humana, estabelecia que seu objeto era exatamente o de regular os direitos e obrigações de ordem privada concernentes às pessoas, aos bens e às suas relações.

Já em seu artigo 2º trazia o Código anterior a disposição de que todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil. O artigo 1º do Código Civil de 2002 repetiu os mesmos termos do de 1916.

Clovis Bevilacqua⁵, com precisão, ao analisar o referido art. 2º do Código Civil de 1916, observa que “*Occupa-se este primeiro livro da parte geral com as pessôas. Pessôa é o ser, a que se attribuem direitos e obrigações. Equivale, assim, a sujeito de direitos.*”.

Evidentemente que o estudo das pessoas e do conceito de personalidade se mostra fascinante. Como, entretanto, não há espaço para se avançar tão só nessa parte da investigação, ora fechando este tópico, pode-se dizer, conforme ensinamento de Maria Helena Diniz⁶, que a personalidade é o conceito básico da ordem jurídica, que a estende a todos os homens, consagrando-a na legislação civil e nos direitos constitucionais de vida, liberdade e

⁴. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 25ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 113.

⁵. BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. 8ª Ed., Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo Ltda., 1949, p. 180.

⁶. Ob. cit. p. 114.

igualdade.⁷ Além disso, como ensina Caio Mário da Silva Pereira⁸, a personalidade não se constitui em um direito, de modo que seria incorreto afirmar-se que a pessoa tem direito à personalidade. Antes, dela, da personalidade, é que se irradiam direitos. E, do conceito de personalidade é que se extrai o de capacidade. Esta última é a medida da personalidade. De qualquer forma, é a personalidade o ponto de apoio de todos os direitos e obrigações.

3 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Até aqui, analisou-se os conceitos de pessoa, personalidade e capacidade. Pois bem, como se disse, da personalidade é que se irradiam direitos. Nesse sentido, a Constituição enuncia os princípios fundamentais nos quais a República se fundamenta, assegurando e consagrando, pois, o princípio da dignidade da pessoa humana, como uma verdadeira cláusula geral da tutela da personalidade.

O princípio da dignidade da pessoa humana, reconhecido em favor de toda pessoa, independentemente de raça, credo, origem religiosa ou estado de saúde, elevou-se em decorrência das atrocidades praticadas contra milhões de seres humanos pelo Estado totalitário, principalmente durante o regime nazista. De fato, isso restou definido já no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948.

Buscadas as bases de formação do princípio, constata-se que estão elas fincadas na filosofia estoíca, no pensamento judaico-cristão e, também, nos ensinamentos de Kant. Sérgio Alves Gomes⁹ muito bem destaca referidos elementos ao assim escrever:

Fábio Konder Comparato ressalta a importância do pensamento estoíco em torno do princípio da dignidade humana: 'Muito embora não se trate de um pensamento sistemático, o estoicismo organizou-se em torno de algumas idéias centrais, como a unidade moral do ser humano e da dignidade do homem, considerado filho de Zeus e possuidor, em consequência, de direitos inatos e iguais em todas as partes do mundo, não obstante as inúmeras diferenças individuais e grupais.

Já Ingo Wolfgang Sarlet¹⁰, a propósito da influência da religião como suporte do princípio da dignidade da pessoa, escreve:

⁷ . Maria Helena Diniz escreve ainda que a consideração da pessoa natural como ser humano coaduna-se com o art. 4º do Cap. II da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto de San José da Costa Rica), ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992 e promulgada pelo Decreto nº 678/92 (p.114-115).

⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 240.

⁹ . GOMES, Sérgio Alves. *Hermenêutica constitucional*. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 276.

Muito embora não nos pareça correto, inclusive por faltarem dados seguros quanto a este aspecto, reivindicar –no contexto das diversas religiões professadas pelo ser humano ao longo dos tempos– para a religião cristã a exclusividade e originalidade quanto à elaboração de uma concepção de dignidade da pessoa, o fato é que tanto no Antigo como no Novo Testamento podemos encontrar referências no sentido de que o ser humano foi criado à imagem e semelhança de Deus, premissa da qual o cristianismo extraiu a consequência (...) de que o ser humano –e não apenas os cristãos– é dotado de um valor próprio e que lhe é intrínseco, não podendo ser transformado em mero objeto ou instrumento.

Por derradeiro, como dito, Kant¹¹, de igual maneira, prestou enorme contributo ao estabelecer a distinção entre coisas e pessoas, bem como entre preço e dignidade.

Destaque-se, outrossim, que a ideia de dignidade variou muito ao longo da história e das sociedades: ora dava-se mais valor ao *status* social, ora aos atributos físicos, noutras oportunidades à capacidade econômica. Neste sentido, leciona Ingo Wolfgang Sarlet¹²:

No pensamento filosófico e político da antiguidade clássica, verifica-se que a dignidade da pessoa humana dizia, em regra, com a posição social ocupada pelo indivíduo e o seu grau de reconhecimento pelos demais membros da comunidade, daí poder falar-se em uma quantificação e modulação da dignidade, no sentido de se admitir a existência de pessoas mais dignas ou menos dignas.

A respeito das pessoas com deficiência, por sua vez, relata Miguel Belinati Piccirillo¹³ que “Na Grécia antiga as crianças nascidas com alguma deficiência eram atiradas de um morro para que não atrapalhassem aos demais, ou seja, a pessoa deveria ser respeitada apenas enquanto conseguisse produzir.”

Assim, a dignidade constituiu por muito tempo uma espécie de resumo moral, rotulação axiológica, do indivíduo posto, do grupo, povo ou sociedade situada. Essa situação histórica do indivíduo objeto de valoração é que passou a ser relativizada a partir do momento em que se trouxe como elemento preponderante na escala de valores uma condição ou prerrogativa inerente aos indivíduos em geral: a condição humana.

O princípio dessa ‘generalização’ da dignidade nas atuais sociedades ocidentais se operou principalmente com o cristianismo que, tomando todo homem como imagem e

¹⁰ . SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 30. *Apud* GOMES, Sérgio Alves, ob. cit., p. 277.

¹¹ . KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. P. 135. *Apud* GOMES, Sérgio, ob. cit. p. 277.

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. 3 ed. ver. atual. ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 30.

¹³ PICCIRILLO, Miguel Belinati. A dignidade da pessoa humana: fundamento do Estado democrático de direito brasileiro. In: GÖTTEMS, Claudinei J.; SIQUEIRA, Dirceu Pereira (Coord.). *Direitos Fundamentais: da normatização à efetividade nos 20 anos de constituição brasileira*. Barigüi: Boreal, 2008, p.222.

semelhança de Deus, fazia a todos dignos¹⁴, ideia essa que migrou para a filosofia jurídica através do jusnaturalismo humanista e, depois, das filosofias políticas liberais, que partiam de concepções tais como ‘o bom selvagem’ de Rousseau e do ‘homem lobo do homem’ de Hobbes, tudo para dizer que os homens eram livres e iguais – ainda que uns fossem mais iguais do que os outros!

Então, como dito alhures, foi exatamente a partir principalmente dos horrores vivenciados durante o Segundo Grande Conflito Mundial, que se teve a reconstrução dos direitos humanos. A propósito Sergio Alves Gomes¹⁵ escreve:

A reconstrução dos direitos humanos tomou por fundamento o personagem mais vilipendiado no contexto do totalitarismo: a pessoa humana. Doravante, seria em nome de sua reconhecida dignidade que o Direito e os direitos passariam a ganhar sentido. E assim nasce a consciência da necessidade de uma nova Hermenêutica Jurídica, capaz de restabelecer as conexões entre o ser humano, o Direito e o Estado.

E conclui o autor supramencionado:

Destarte, não foi por acaso que, a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Direito Internacional passou a contar com uma segunda face: a do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Seu instrumental teórico e institucional colocou-se a serviço da salvaguarda da dignidade inerente à pessoa humana. (...) A partir de então, todo indivíduo passa a ser considerado pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos como pessoa. E toda pessoa é tida como sujeito de direito internacional dos direitos humanos, dotado de personalidade e capacidade jurídicas internacionais.

Portanto, para se chegar ao princípio da dignidade da pessoa humana reconhecido contemporaneamente houve um largo processo de evolução – principalmente social, visto que, apesar das teorias humanistas serem antigas, ainda hoje há homens que escravizam homens. Entretanto, não há dúvida de que houve uma grande evolução a partir do momento em que a pessoa humana deixou de ser somente objeto e sujeito de valoração para se converter em um valor propriamente dito: o ‘valor humano’.

4 PESSOA COM DEFICIÊNCIA

4.1 BREVE RELATO HISTÓRICO A RESPEITO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

¹⁴ Id. Ibid., p. 222-223, passim.

¹⁵ . Ob. cit. p. 279.

É sabido que as pessoas com deficiência são discriminadas desde a mais remota Antiguidade. Realmente, Renata Malta Vilas-Bôas¹⁶ aponta que já Aristóteles salientava que as crianças que porventura venham a nascer mutiladas, faltando algum membro, deveriam ser proibidas de criar, devendo haver lei que determinasse a sua exposição pública.

Prossegue, ademais, Renata Malta Vilas-Bôas¹⁷, no retrospecto histórico:

Segundo a Lei das XII Tábuas, que possivelmente foi uma ‘redução a escrito de costumes, sob e forma de fórmulas lapidares’. Apesar de sua existência ter sido contestada por alguns doutrinadores, já que o texto original se perdeu, podemos reconstruí-lo através de citações e comentários. Dessa forma, foi possível localizar na Tabula IV, item 1, a referência ao deficiente, onde determinava que aquela criança monstruosa deveria ser morta. (...).

Já Gisela Maria Bester Benitez¹⁸, Professora das Faculdades Integradas de Curitiba, em excelente trabalho publicado em conjunto com seus orientados, faz o seguinte retrospecto a respeito das pessoas com deficiência:

(...) Na Roma Antiga, a valorização da beleza física fez com que os portadores de deficiência física sofressem discriminação. (...) Em Esparta os deficientes eram jogados de um penhasco. Porém na Grécia Antiga a Constituição de Atenas – compilada por Aristóteles– disciplinava ser mais fácil ensinar um aleijado a desempenhar uma tarefa útil do que sustentá-lo como indigente, (...). O mesmo ocorria na Roma Imperial, que protegia e sustentava seus deficientes, possivelmente pela influência ateniense. Esses povos discutiam se lhes deveriam dar assistência ou a reabilitação profissional, observando-se assim, pela primeira vez, uma preocupação com a integração social das pessoas portadoras de necessidades especiais. (...) A Inglaterra (...) editou a Lei dos Pobres, diante da necessidade de o Estado proteger os deficientes, (...) com o enfraquecimento do Regime Feudal e o rompimento do rei Henrique VIII com o Vaticano, (...) A partir do Renascimento as questões sociais passam a ser analisadas sob uma ótica mais humanitária, especialmente em relação aos deficientes físicos. (...) No período (...) moderno várias foram as tentativas de superação das deficiências das pessoas, com as invenções de cadeiras de rodas, de muletas, de bengalas, de calçados especiais, de linguagem de Braile etc. (...) o número de mutilados da Revolução Industrial deu empuxo à criação da Seguridade Social (...). A partir da Segunda Guerra Mundial, (...) os deficientes passaram a ser mais respeitados, (...).

Eis aí, portanto, um breve relato histórico em torno de como as pessoas com deficiência têm sido tratadas, não restando dúvida, contudo, que, na atualidade, a maior parte dos ordenamentos jurídicos as reconhece como sujeitos de direitos.

¹⁶ . VILAS BOAS, Renata Malta. *Ações afirmativas e o princípio da igualdade*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 75.

¹⁷ . Ob. cit., p. 75.

¹⁸ . BENITEZ, Gisela Maria Bester et. alli.. *Princípio da dignidade da pessoa humana e ações afirmativas em prol da inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho* In: REVISTA DA ACADEMIA BRASILEIRA DE DIREITO CONSTITUCIONAL. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, vol. 6, 2004, p. 88-89.

4.2 CONCEITO DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA E LEGISLAÇÃO PERTINENTE

Após analisar as acepções da palavra deficiente e utilizar-se de vários dicionários que trazem o significado do vocábulo, Luiz Alberto David Araújo¹⁹ escreve o seguinte:

O que define a pessoa portadora da deficiência não é falta de um membro nem a visão ou audição reduzidas. O que caracteriza a pessoa portadora de deficiência é a dificuldade de se relacionar, de se integrar na sociedade. O grau de dificuldade de se relacionar, de se integrar na sociedade. O grau de dificuldade para a integração social é que definirá quem é ou não portador da deficiência.

E cita, em seguida, como exemplo para dar respaldo à definição, a seguinte situação:

Imaginemos um operário que tenha um dedo amputado. Conforme o ofício por ele desenvolvido, encontrará sérias dificuldades para conseguir outro emprego na mesma atividade, até então desenvolvida. Na mesma hipótese, um trabalhador intelectual poderá sofrer muito menos diante da mesma perda. Ambos têm deficiência, ou seja, uma perda ou uma falha. No entanto, os resultados práticos são completamente distintos. (...) No primeiro caso, constata-se uma inferioridade (além de uma deficiência); no segundo, apenas deficiência.

Mais recentemente, Luiz Alberto David Araújo e Eliana Franco Neme²⁰ escreveram:

A Convenção, portanto, traz uma nova definição de pessoa com deficiência. O artigo primeiro, segundo parágrafo, na fixação dos propósitos, assim disciplina: ‘Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas.

Portanto, a Convenção trouxe novo conceito de pessoa com deficiência.

Assim, ora passando à resenha legislativa, verifica-se que o Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, ratificou a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinado em 30 de março de 2007 em Nova Iorque. Esse processo de incorporação ao ordenamento jurídico nacional ocorreu sob o rito previsto no § 3º do art. 5º da Constituição Federal (Emenda Constitucional nº 45 de 2004), pelo que dotou a norma da força de emenda constitucional, inserindo-a, inclusive, no âmbito de proteção do § 4º do artigo 60 da Constituição²¹.

¹⁹ ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência*. 3ª ed. Brasília: CORDE, 2001, p. 8.

²⁰ . ARAÚJO, Luiz Alberto David. NEME, Eliana Franco. *Proteção das pessoas com deficiência*. In Manual de interesses difusos. São Paulo: Editora Verbatim, 2009, p. 735-736.

²¹ . Ob. cit. p. 732-733.

É de se atentar que a definição de pessoa com deficiência não era trazida pela legislação pátria, consubstanciada na Lei 7.853, de 24 de outubro de 1989, que:

Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências

Para sua aplicação, então, foi editado – dez anos depois! – o Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999, que definia pessoa portadora de deficiência em seu artigo 4º. Referido dispositivo, como se sabe, sofreu a alteração pelo art. 70 do Decreto nº 5.296, de 2 de dezembro de 2004. Cumpre destacar que o Decreto 5.296, também regulamentou as leis nºs 10.048, de 8 de novembro de 2000, que dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e 10.098, de 19 de dezembro de 2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida.

Com o advento da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu ingresso no ordenamento jurídico interno, passou a existir “norma clara e inequívoca definindo quem é pessoa com deficiência”²², qual seja, o artigo primeiro da Convenção:

O propósito da presente Convenção é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente.

Em seguida, no momento que referido artigo define pessoas com deficiência, nota-se de plano que se trata de um conceito abrangente, fluído, livre dos balizamentos técnicos estabelecidos pelos decretos que regulamentavam a matéria. De fato, o destaque que DAVID ARAÚJO e NEME fazem quanto a isso é que “a aplicação desse conceito, que está ligado ao relacionamento da pessoa com deficiência, não fixa causas”.

Essa falta de limitação técnica pela Convenção, obviamente liberta o jurista, mas não impede e nem o afasta de utilizar também de critérios técnicos-científicos para comprovar a deficiência – e os mencionados diplomas legais dão um bom subsídio a isso. Todavia, apesar de facilitar a concreção normativa da noção de pessoa com deficiência, havendo conflito de regras entre a Convenção e outro diploma legal, aquela deverá prevalecer com seu conceito mais dúctil.

²² ARAÚJO, Luiz Alberto David; NEME, Eliana Franco. *Proteção das Pessoas com Deficiência*. p. 735.

4.3 OS TRATADOS INTERNACIONAIS E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Carta Constitucional de 1988 estabeleceu, no § 2º de seu art. 5º, que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”.

Flávia Piovesan²³, a respeito do dispositivo, diz que ao efetuar a incorporação, a Carta atribui aos direitos internacionais uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a natureza de norma constitucional.

Referida interpretação, sem dúvida alguma, se harmonizava com a melhor doutrina da ótima concretização da norma, de Konrad Hesse²⁴, que leciona:

Finalmente, a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (Gebot optimaler Verwirklichung der Norm). Evidentemente, esse princípio não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual. Se o direito e, sobretudo, a Constituição, têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tabula rasa. Ela há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição. A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (Sinn) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação.

Esse posicionamento, contudo, não prevalecia. Realmente, o Supremo Tribunal Federal tinha o entendimento de que os tratados internacionais dos quais o Brasil fosse parte eram considerados leis federais.

O precedente no qual restou erigido esse entendimento perante o Supremo Tribunal Federal decorreu do julgamento do RE nº 80.004 e Flávia Piovesan²⁵, ao analisar referida decisão, escreve:

Neste sentido, pronuncia-se o Ministro Francisco Rezek: ‘De setembro de 1975 a junho de 1977 estendeu-se, no plenário do Supremo Tribunal Federal, o julgamento do RE 80.004, em que ficou assentada, por maioria, a tese de que, ante a realidade do conflito entre tratado e leis posterior, esta, porque expressão última da vontade do legislador republicano deve ter prevalência garantida pela Justiça –sem embargo das consequências do descumprimento do tratado, no plano internacional.

²³ . PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 10ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p.52.

²⁴ . HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991p. 22-23.

²⁵ . PIOVESAN. *Direitos humanos...Op. cit.*, p. 61.

Ora, o recurso extraordinário nº 80.004 era de 1977 e anterior, portanto, à promulgação da Carta de 1988. Era de se esperar, portanto, que, em face do disposto no § 2º do art. 5º da Constituição, novo entendimento surgiria em relação a causas que envolvessem tratados relativos a direitos humanos a ser apreciado e julgado pelo Supremo Tribunal Federal. Este, contudo, permaneceu com a mesma orientação de 1977 e, em 1995, ao enfrentar a questão relativa ao impacto do Pacto de São José da Costa Rica posta em discussão no HC 72.131, manteve a prisão civil por dívida, sendo necessário ressaltar, por oportuno, que a votação foi não unânime, tendo ficado vencidos os Ministros Carlos Velloso, Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence.

Posteriormente, a Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, acrescentou, ao art. 5º, o § 3º, que assim dispôs:

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 à Constituição.

Assim, seriam considerados como lei federal os tratados já ratificados anteriormente ao advento do referido parágrafo § 3º do art. da EC 45/2004? Haveria, ademais, a necessidade de submetê-los ao crivo de aprovação das duas Casas do Congresso Nacional para que fossem considerados parte integrante do bloco constitucional?

Flávia Piovesan²⁶ entende que não e escreve o seguinte:

Desde logo, há que afastar o entendimento segundo o qual, em face do § 3º do art. 5º, todos os tratados de direitos humanos já ratificados seriam recepcionados como lei federal, pois não teriam obtido o quorum qualificado de três quintos, demandado pelo aludido parágrafo.

(...)

Reitere-se que, por força do art. 5º, § 2º, todos os tratados de direitos humanos, independentemente do quorum de sua aprovação, são materialmente constitucionais, compondo o bloco de constitucionalidade. O quorum qualificado está tão-somente a reforçar tal natureza, ao adicionar um lastro formalmente constitucional aos tratados ratificados, propiciando a “constitucionalização formal” dos tratados de direitos humanos no âmbito jurídico interno.

(...)

Não seria razoável sustentar que os tratados de direitos humanos já ratificados fossem recepcionados como lei federal, enquanto os demais adquirissem hierarquia constitucional exclusivamente em virtude de seu quorum de aprovação. A título de exemplo (...) o Brasil é parte da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes desde 1989, estando em vias de ratificar seu Protocolo Facultativo. Não haveria qualquer razoabilidade se a este último (...) fosse conferida hierarquia constitucional, e ao instrumento principal fosse conferida hierarquia meramente legal.

²⁶ PIOVESAN. *Direitos humanos... Op. cit.*, p. 72.

O impacto da inovação introduzida pelo § 3º do art. 5º e a necessidade de evolução e atualização jurisprudencial se fizeram sentir perante o Supremo Tribunal Federal que, ao julgar o recurso extraordinário nº 466.343, em 22 de novembro de 2006, se conduziu por promover renovação em sua jurisprudência. Eis, outrossim, como isso se deu segundo as palavras do Ministro Gilmar Mendes e de André Rufino do Vale²⁷:

O Supremo Tribunal Federal, levando em consideração essa tendência hodierna de inserção do Estado constitucional brasileiro em contextos supranacionais, promoveu uma vigorosa renovação de sua jurisprudência e passou a adotar a tese da supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos, no histórico julgamento dos Recursos Extraordinários 349.703 (relator para o acórdão ministro Gilmar Mendes) e 466.343 (relator ministro Cezar Peluzo).

Portanto, pelo aqui demonstrado, é de se dizer que, com o advento do § 3º do art. 5º da CF, segundo Flávia Piovesan²⁸:

(..) surgem duas categorias de tratados internacionais de proteção de direitos humanos: a) os materialmente constitucionais; e b) os material e formalmente constitucionais. Frise-se: todos os tratados internacionais de direitos humanos são materialmente constitucionais, por força do § 2º do art. 5º. Para além de serem materialmente constitucionais, poderão, a partir do § 3º do mesmo dispositivo, acrescer a qualidade de formalmente constitucionais, equiparando-se a emendas à Constituição, no âmbito formal.

Eis aí destacado, dessa forma, o impacto da inovação que o § 3º do art. 5º da Constituição Federal trouxe para o sistema constitucional brasileiro.

4.4 ANÁLISE DA CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Pretende-se, agora, em largas linhas, analisar o conteúdo da Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência. Na verdade, verifica-se que a convenção, no momento em que é aberta, ela sufraga e reconhece a dignidade e os valores inerentes e dos direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana como fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.

²⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. A influência do pensamento de Peter Häberle no STF. In: *Prof. Jeferson Botelho – Direito e Justiça*. Disponível em: <http://www.jefersonbotelho.com.br/2009/04/18/a-influencia-do-pensamento-de-peter-haberle-no-stf/>.

²⁸ PIOVESAN. *Direitos humanos... Op. cit.*, p. 77.

Reconhece, ademais, que a deficiência é um conceito em evolução e que resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades.

Ora, isso nos leva a buscar subsídios a respeito do que se entende por igualdade, sendo, então, oportuno, destacar a opinião sempre precisa de Celso Antonio Bandeira de Mello²⁹, que escreve:

Com efeito, por via do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica pretende afirmar é a impossibilidade de desigualdades fortuitas ou injustificadas. Para atingir este bem, este valor absorvido pelo Direito, o sistema normativo concebeu a fórmula hábil que interdita, o quanto possível, tais resultados, posto que, exigindo igualdade, assegura que os preconceitos genéricos os abstratos e atos concretos colham a todos sem especificações arbitrárias, assim proveitosas que detrimosas para os atingidos.

Há, também, no preâmbulo, o reconhecimento de que: a) as pessoas com deficiência possuem potencial e podem prestar valiosos contributos às suas comunidades, vindo, assim, a ter pertencimento à sociedade (alínea “m”); b) existe importância em se reconhecer, em favor das pessoas com deficiência, a sua autonomia e independência individual, inclusive para fazer suas próprias escolhas (alínea “n”); c) mulheres e meninas com deficiência ficam frequentemente expostas a maiores riscos de sofrer violência, tanto no lar, como fora dele, por questões de negligência, descaso ou explorações (alínea “q”); d) as crianças com deficiência devem gozar plenamente de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais em igualdade de oportunidades (alínea “r”); e) a maioria das pessoas com deficiência vive em condições de pobreza e, nesse sentido, há que lidar com o impacto negativo da pobreza sobre essas pessoas (alínea “t”); f) a alínea “w” conclama a que se preste solidariedade às pessoas com deficiência; g) há, também, o reconhecimento de que a convenção internacional e geral para promover e proteger os direitos e a dignidade das pessoas com deficiência prestará significativo contributo para corrigir as profundas desvantagens sociais das pessoas com deficiência e para promover a sua participação na vida econômica, social e cultural, em igualdade de oportunidades.

Já o artigo primeiro, como destacado em linhas anteriores, ao arrolar os propósitos da Convenção, acaba por conceituar o que se entende por pessoas com deficiência e no artigo 3º são trazidos os princípios gerais, que envolvem: a) o respeito pela dignidade, a autonomia

²⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3 ed. atual. 10 tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 18.

individual, inclusive a liberdade de fazer suas próprias escolhas com independência; b) a não-discriminação; c) a plena participação e inclusão na sociedade; d) o respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte de diversidade humana e da humanidade; e) a igualdade entre homem e mulher; f) o respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e pelo direito das crianças com deficiência de preservar sua identidade.

O artigo 4º trata de obrigações gerais, havendo, nos artigos seguintes, disposições a respeito da igualdade de não-discriminação, tratamento específicos a respeito das mulheres com deficiência, a crianças com deficiência, estabelecimento de compromissos em relação à conscientização, acessibilidade, direito à vida, à situações de risco e emergências humanitárias, ao reconhecimento igual perante à lei, o acesso à Justiça, à liberdade e segurança da pessoa, prevenções contra tortura ou tratamentos, penas cruéis, desumanas ou degradantes, bem como contra exploração, violência e abusos que venham a ser praticados contras as pessoas com deficiência.

Destaque merece o tratamento que a Convenção empresta ao trabalho e ao emprego. Com efeito, a Convenção, no art. 27, após indicar que os Estados Partes reconhecem o direito de igualdade de oportunidades com as demais pessoas em favor das pessoas com deficiência, abrangendo, nesse direito, a oportunidade de se manter o trabalho da livre escolha ou aceitação no mercado laboral, em ambiente de trabalho que seja aberto, inclusivo e acessível à pessoa com deficiência, a Convenção estipula e destaca dois aspectos em duas de suas alíneas: g) Empregar pessoa com deficiência no setor público; e h) Promover o emprego de pessoas com deficiência no setor privado, mediante políticas e medidas apropriadas que poderão incluir programas de ação afirmativa, incentivos e outras medidas.

No que se refere à promoção de emprego de pessoas com deficiência no setor privado, este trabalho dedica um tópico específico, no qual aponta algumas situações que deverão de ser resolvidas para que a implantação ocorra de forma regular.

Já no que tange a empregar pessoa no setor público, que envolve a aplicação do conteúdo do inc. VIII do art. 37 da Constituição brasileira, mostra-se importante que se reflita em torno do aspecto de que referida contratação está atrelada à situação do concurso público (cf. inc. II do art. 37, da CF), o que provoca, evidentemente, barreiras para a efetividade do cumprimento dos compromissos.

Luiz Alberto David Araújo³⁰ assim enfrenta a questão relativa ao concurso público que envolva pessoas com deficiência:

Trata-se, na realidade, de típica reserva de mercado às pessoas portadoras de deficiência. Evidentemente não se está tratando do princípio da igualdade, constante da regra da cabeça do artigo 5º. Nessa hipótese, a pessoa portadora de deficiência estaria, desde que habilitada, apta para disputar o cargo público. O inciso VIII do artigo 37 da Lei Maior, no entanto, determina que parte dos empregos e dos cargos públicos seja destinada às pessoas portadoras de deficiência.

O Supremo Tribunal Federal reconheceu a exigência de aprovação no concurso público onde a pessoa portadora de deficiência pretenda ocupar vaga reservada (cf. MI 153-7 (AgRg – DF – TPj. 14.3.90, rel. Min. Paulo Brossard, DJU 30.3.90. in RT 655/205). Assim, como Supremo Tribunal Federal, acertadamente, determinou que houvesse aprovação (habilitação) em concurso público para o candidato pretender a vaga, pode-se extrair que todo o concurso público deverá ter a nota mínima de aprovação determinada no Edital.

É de se refletir em torno dessa orientação do Supremo Tribunal, porque, com o número reduzido de concursos que se realiza, o preenchimento das vagas destinadas para pessoas com deficiência, por óbvio, fica extremamente prejudicado e provoca, à toda evidência, desequilíbrio entre a quantidade de vagas que o setor privado deve absorver em relação ao setor público. Em outras palavras, enquanto este último somente franqueia, por assim dizer, vagas por concurso público, o setor privado terá de dar empregos de acordo com os percentuais estabelecidos em lei, consoante adiante se analisa em tópico próprio.

5 EFETIVIDADE DOS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

5.1 DA OBRIGAÇÃO DAS EMPRESAS PRIVADAS EM RELAÇÃO ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

As empresas com mais de cem empregados estão obrigadas a manter, em seus quadros, pessoas com deficiência, tudo de acordo com o que dispõe o art. 93, da Lei nº 8.213/91, *verbis*:

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

I – até 200 empregados 2%

II – de 201 a 500 3%

³⁰ . ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência*. 3ª ed. Brasília: CORDE, 2001, p. 35.

- III – de 501 a 1.000 4%
- IV – de 1.001 em diante 5%

A exigência para que o dispositivo legal seja cumprido se dá, no dia-a-dia, da seguinte maneira: a) fiscalização que é realizada pelo Ministério do Trabalho, que atua, por intermédio de seus inspetores, que podem, diante da constatação do não cumprimento das cotas, firmar, com a empresa, um termo de compromisso, a ela concedendo o prazo de 120 dias para regularizar a situação; b) não cumprido o termo, segue-se a autuação, com encaminhamento do respectivo auto para o Ministério Público do Trabalho que ajuíza, em face da empresa, a ação civil pública.

Segundo dados que podem ser verificados no trabalho de Gisela Maria Bester Benitez³¹, os resultados das ações civis públicas que têm sido manejadas no Paraná, têm sido altamente positivos.

Apesar disso, muita resistência ainda tem havido, e Renata Malta Vilas-Bôas³² chama a atenção para o fato de que, para não dar cumprimento às ações afirmativas proposta, algumas empresas se utilizam dos seguintes argumentos: a) alegam que, para contratar um determinado número de pessoas com deficiência, terão de dispensar o mesmo número de empregados saudáveis, por razões econômicas e financeiras; b) sustentam, ainda, que inexistente transporte coletivo e acessos adequados para as pessoas com deficiência; c) se apegam ainda ao fato de que, ao invés de contratar, poderiam pagar a respectiva multa estabelecida em lei.

São argumentos que não devem, em princípio, ser levados em consideração, exatamente como obtempera o Ministro Marco Aurélio³³ em palestra em que clama pela efetividade dos direitos fundamentais e enaltece a ação afirmativa:

É preciso buscar a ação afirmativa. A neutralidade estatal mostrou-se um fracasso. (...) O Judiciário pode contribuir, e muito, nesse campo, como fez a Suprema Corte dos Estados Unidos da América após a Segunda Guerra Mundial. Até então só o legislador atuava. Aquela Corte percebeu que precisava, realmente, sinalizar à população, de modo que prevalecessem, na vida gregária, os valores básicos da Constituição americana. (...) é de responsabilidade do juiz ter sempre presente o mandamento constitucional de regência da matéria. Portanto, só teremos a supremacia da Carta quando implementarmos a igualdade jurídica, em que o conteúdo democrático desse princípio é evidenciado pela ação afirmativa. A correção das desigualdades é possível. Por isso, façamos o que está ao nosso alcance, o que está previsto na Constituição Federal, porque, na vida, não há espaço para o arrependimento, a acomodação, o misoneísmo. (...)

³¹ . Ob. cit., p. 104.

³² . *Id. Ob. cit.* p. 80.

³³ . MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. *A Igualdade e as ações afirmativas*. In: Revista da Escola Nacional da Magistratura, vol. 1, n. 1. Brasília: 82-91, 2006, *passim*.

Apesar disso, é preciso levar em conta que, em determinadas circunstâncias, o cumprimento da lei nº 8.213, segundo os percentuais que dela consta, não se mostra possível.

Realmente, podem surgir problemas em relação à aplicação e interpretação dos percentuais constantes da referida lei. Se, por exemplo, em uma determinada empresa vários dos cargos apresentarem risco para à própria pessoa com deficiência, a aplicação da lei ou dos percentuais que dela constam deverá considerar e respeitar as características dos cargos a serem ocupados.

Resta evidente que, se todos os cargos ou funções que a empresa tem à disposição estiverem em condições para que as pessoas com deficiência venham a ocupá-las, a empresa terá de fazer a reserva do percentual previsto em lei. É a regra que prestigia a inclusão.

No entanto, é possível fazer uma reflexão atinente a empregos que representem risco ou periculosidade ou insalubridade para as pessoas com deficiência.

Em tal hipótese, se os cargos ou funções apresentarem riscos para a pessoa com deficiência, em princípio, a empresa não terá como cumprir o percentual. Imagine-se, por exemplo, uma empresa cujo ramo de atividade seja de elevado risco, não havendo, inclusive, como minimizar referido risco. O que fazer?

Nas ações civis públicas propostas pelo Ministério Público do Trabalho em face das empresas, essa situação não tem sido levada em conta. Apura-se o número de vagas e exige-se que a empresa contrate as pessoas com deficiência segundo os percentuais constantes da lei.

Entretanto, isso não se mostra razoável. De fato, se houvesse como a empresa se adaptar e oferecer as vagas, a questão estaria resolvida. Mas, diante da impossibilidade de adaptação, os termos da lei deverão ser revistos.

Outro aspecto que pode surgir, em relação à referida lei, é aquele que envolve a falta de pessoas com deficiência para ocupar as vagas previstas no comando legislativo. Nesse caso, a empresa poderia ser considerada inadimplente? Pensa-se que não. Se toma ela todas as cautelas, envida todos os esforços para selecionar e encontrar pessoas com deficiência para ocupar as vagas e não as encontra, não há como considerá-la inadimplente em face da lei.

Por último, outra questão que surgirá – e que se liga com a anterior - refere-se à situação de que a maioria das pessoas com deficiência pode estar em gozo do auxílio doença e, via de consequência, pode não ter interesse em buscar a vaga.

Há, ademais, um verdadeiro desequilíbrio no que tange à obrigação de contratação que se atribui às pessoas jurídicas de direito privado em relação às pessoas de direito público, posto que estas últimas só contratam quando da realização de concursos públicos, enquanto as primeiras ficam sob o comando da Lei nº 8.213, o que não se mostra razoável, carecendo,

assim, que seja buscada solução para essa situação, como, por exemplo, mediante a exigência de que as pessoas jurídicas de direito público contratem tanto quanto se exige das pessoas jurídicas de direito privado.

Assim, nova dificuldade certamente surgirá para o cumprimento da lei.

São esses, em linhas gerais, alguns dos problemas que poderão surgir na aplicação e interpretação da referida lei e que exigirão que se leve em conta a relatividade das coisas e exatamente aquilo que ocorre no dia-a-dia, sob pena de não se prestigiar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, que orientam, como se sabe, o princípio da igualdade.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os conceitos de personalidade, de pessoa e de capacidade são de grande valia para a efetividade dos direitos da pessoa com deficiência.

É exatamente da personalidade que se irradiam direitos. É a personalidade o ponto de apoio de todos os direitos e obrigações.

A personalidade não é um direito. Mas é um objeto de direito. É um bem, no sentido jurídico. É o primeiro bem da pessoa, porque é o seu modo de ser.

A partir dos horrores da Segunda Guerra Mundial houve efetiva preocupação com a dignidade da pessoa humana, tendo isso ficado claro com o que restou definido já no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948.

Com a inserção, na Constituição Federal, do § 3º ao artigo 5º, as Convenções Internacionais passaram a ter verdadeiro *status* de emendas constitucionais.

O advento da Convenção Internacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência trouxe parâmetros que podem levar à efetividade dos direitos das referidas pessoas.

A toda evidência, em face de situação em que a Administração Pública não venha a cumprir ou cumpra de modo incompleto as políticas públicas, o Poder Judiciário terá de tomar posicionamento efetivo para que essas políticas públicas voltadas para as pessoas com deficiência sejam cumpridas.

Em face de situações de conflito, coloca-se à disposição das pessoas com deficiência remédios processuais que podem atender às suas pretensões; isso se dá pelas tutelas coletivas ou pelas tutelas individuais; ao se dar atendimento às primeiras podem surgir dúvidas na aplicação da Lei nº 8.213/91 em relação à promoção de emprego do setor privado.

Há, portanto, sem dúvida alguma, um longo caminho a se percorrer para se atingir os propósitos fixados na Convenção Internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. 3ª ed. Brasília: CORDE, 2001.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. NEME, Eliana Franco. **Proteção das pessoas com deficiência**. In: Manual de interesses difusos. São Paulo: Editora Verbatim, 2009.

BENITEZ, Gisela Maria Bester et. alli.. **Princípio da dignidade da pessoa humana e ações afirmativas em prol da inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho**. In: REVISTA DA ACADEMIA BRASILEIRA DE DIREITO CONSTITUCIONAL. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, vol. 6, 2004.

BEVILAQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. 8ª Ed., Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo Ltda., 1949.

DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Lisboa: Livraria Moraes Editora, 1961.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 25ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

FERRARA, Francesco. **Trattato di diritto civile italiano**. Roma: Athenaeum, 1921.

GOMES, Sérgio Alves. **Hermenêutica constitucional**. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. **A influência do pensamento de Peter Häberle no STF**. In: Prof. Jeferson Botelho – Direito e Justiça. Disponível em: <<http://www.jefersonbotelho.com.br/2009/04/18/a-influencia-do-pensamento-de-peter-haberle-no-stf/>>.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª ed. atual. 10 tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. **A Igualdade e as ações afirmativas**. In: Revista da Escola Nacional da Magistratura, vol. 1, n. 1. Brasília: 82-91, 2006.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 39ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PICCIRILLO, Miguel Belinati. **A dignidade da pessoa humana: fundamento do Estado democrático de direito brasileiro**. In: GÖTTEMS, Claudinei J.; SIQUEIRA, Dirceu Pereira (Coord.). *Direitos Fundamentais: da normatização à efetividade nos 20 anos de constituição brasileira*. Barigüi: Boreal, 2008.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 10ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 3ª ed. ver. atual. ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

VILAS BOAS, Renata Malta. **Ações afirmativas e o princípio da igualdade**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.