

UMA NOVA PERSPECTIVA DE POLITICAS AFIRMATIVAS PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

A NEW PERSPECTIVE ON AFFIRMATIVE POLICIES FOR PEOPLE WITH DISABILITIES

Charles de Sousa Trigueiro
Mestrando do PPGCJ/UFPB, João Pessoa, Brasil
charles.ufpb@hotmail.com

Maria Creusa de Araújo Borges
PPGCJ/PPGE/UFPB, João Pessoa, Brasil
mcaborges@gmail.com

Resumo: Com a promulgação da Constituição de 1988, o conceito de emprego foi ampliado e lapidado para comportar a ideia de sistema de cotas para acesso de deficientes a cargos e empregos, públicos ou privados. Esse sistema de ação afirmativa atualmente vigora como desdobramento da vedação constitucional de toda e qualquer discriminação, tanto no tocante a salário quanto a critérios de admissão do trabalhador com deficiência, instituída desde o inc. XXXI do art. 7º desta Carta Política brasileira. Ocorre que, segundo o Decreto nº 3.298/99, o qual regulamenta a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, que dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa com Deficiência, as pessoas com deficiência de grau leve não são consideradas deficientes, para efeito desta legislação. Ao excluir a proteção dessas pessoas com deficiência, o ato normativo colide frontalmente com o pleno emprego, valor constitucionalmente assegurado, bem como com o Decreto nº 6.949/09, por meio do qual o Brasil ratificou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Trata-se de tema complexo e urgente, que reclama atenção e políticas afirmativas específicas, porquanto o tempo atual requer a imediata correção de injustiças sociais. Considerando-se especialmente o caso em exame, há o estabelecimento, direto ou indireto, de implicações continuativas e impeditivas do desenvolvimento pleno das pessoas e da sociedade como um todo; consubstanciando tal situação em hipótese de inconstitucionalidade a ser debelada à luz de uma hermenêutica constitucional atenta aos direitos humanos de pessoas com deficiências leves.

Palavras-chave: Deficiência Física. Mercado de Trabalho. Pleno Emprego.

Abstract: *With the promulgation of the 1988 Constitution the concept of employment has been extended and uncut to hold the idea of a quota system for disabled access to offices and positions, public or private, that currently prevails unfolding as the constitutional prohibition of any discrimination with respect to wages and hiring criteria of handicapped workers, established since inc. XXXI of art. 7 of this Charter Brazilian politics. That occurs under Decree No. 3.298/99, which regulates Law 7853 of October 24, 1989, which provides for the National Policy for the Integration of Persons with Disabilities, individuals with a disability considered mild are not considered disabled. By excluding this protection such impaired persons, the aforementioned normative act collides head-on with full employment, value constitutionally guaranteed, as well as the Decree 6.949/09, through which Brazil ratified the Convention on the Rights of Persons Disabled - New York Convention, the only international treaty on Human Rights approved as a constitutional amendment. It is complex and urgent issue that demands attention and specific affirmative, because the current time requires immediate correction of social injustices, especially in the case under consideration, because brings, directly or indirectly, implications continuativas and hinder the full development of the people and society as a whole, embodied in event of unconstitutionality to be tackled in the light of a constitutional hermeneutics attentive to the human rights of people with disabilities light.*

Keywords: *Physical Disability. Labor Market. FullEmployment.*

Uma Nova Perspectiva de Políticas Afirmativas para pessoas com deficiência

Introdução

Pessoas com deficiência sempre formaram um grupo discriminado, excluído do ambiente econômico e social. Na antiguidade, acreditava-se que as deficiências eram um castigo dos deuses. Ainda em fins da Idade Média e começo da Idade Moderna, mais precisamente na Europa, deficientes eram recrutados em circos, onde, em espetáculos medonhos, eram desqualificados e ridicularizados em razão de suas condições físicas. Contemporaneamente, perpetuando a ideologia do capitalismo moderno, pessoas com algum tipo de deficiência física, sensorial ou mental ainda são classificadas como ineficientes e com pouca condição de produção; tudo como forma de justificar o tratamento desigual e depreciativo a elas dirigidos.

Aliados do mercado de trabalho e impedidos de se desenvolverem como pessoas, os deficientes subsistiram, até que uma forma diferente de pensamento emerge com o fim da Segunda Guerra Mundial. Nesse período, vários soldados, ao voltarem da guerra com seus corpos mutilados, despertaram a atenção do poder público. A partir daí, um novo tratamento começou a ser pleiteado pelos parentes desses indivíduos, que argumentavam serem eles merecedores de mais respeito e dignidade humana. Tal demanda, apenas, poderia ser concretizada através do acesso ao meio social que o emprego é capaz de proporcionar.

O princípio da busca do pleno emprego surge na ordem econômica brasileira através da Emenda Constitucional nº 01/69, com o nome “expansão das oportunidades de emprego produtivo” (art. 160, inc. VI, Constituição Federal (CF/67-9). Todavia, somente com a promulgação da CF/88, é que o conceito de emprego foi ampliado e lapidado para comportar, por exemplo, a ideia de sistema de cotas para acesso de deficientes a cargos e empregos, públicos ou privados. Esse sistema de ação afirmativa atualmente vigora como desdobramento da vedação constitucional de toda e qualquer discriminação, tanto no tocante a salário quanto a critérios de admissão do trabalhador com deficiência, instituída desde o inc. XXXI do art. 7º desta Carta Política brasileira.

1 Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da UFPB/Brasil.

2 Professora permanente do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da UFPB/Brasil.

Ocorre que, segundo o Decreto nº 3.298/99, o qual regulamenta a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, que dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa com Deficiência, as pessoas com deficiência de grau leve não são consideradas deficientes, para efeito dessa legislação. Ao excluir a proteção dessas pessoas com deficiência, o ato normativo colide frontalmente com o pleno emprego, valor constitucionalmente assegurado, bem como com o Decreto nº 6.949/09, por meio do qual o Brasil ratificou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007.

Trata-se de tema complexo e urgente, o qual reclama atenção e políticas afirmativas específicas, porquanto o tempo atual requer a imediata correção de injustiças sociais. Considerando-se, especialmente, o caso em exame, há o estabelecimento, direto ou indireto, de implicações continuativas e impeditivas do desenvolvimento pleno das pessoas e da sociedade como um todo; consubstanciando tal situação em hipótese de inconstitucionalidade a ser debelada à luz de uma hermenêutica constitucional atenta aos direitos humanos das pessoas com deficiência de grau leve.

Para realização do presente estudo, foi necessário aplicar o método dogmático, como a hermenêutica dos textos normativos recomenda. Porém, fez-se imprescindível, de igual modo, o aporte à doutrina e à transversalidade, levando-se em conta que se trata de tema interdisciplinar de elevado teor político e sociológico.

Assim, esse artigo divide-se em três partes. Na primeira delas, realizou-se uma demonstração das políticas afirmativas no sentido de garantir mercado de trabalho para as pessoas com deficiência, mostrar essa correlação como o princípio da isonomia.

Na segunda parte, discorre-se a cerca das consequências práticas geradas pela não consideração das pessoas com deficiência de grau leve como deficientes. Com tal medida, o Estado atinge diretamente o princípio da dignidade da pessoa humana e, de igual modo, destoa com o que dispõe a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, ratificada pelo Brasil, com força de norma constitucional nos termos do §3º, 5º da CF/88.

A terceira parte, por sua vez, trata da (in)efetividade da busca do pleno emprego em favor das pessoas com deficiência e os aspectos práticos da concretização da defesa do mercado de trabalho para pessoas com deficiência em território nacional.

No mais, o presente estudo representa um convite ao leitor interessado em saber mais sobre as reais possibilidades que o Estado brasileiro oferece as pessoas com deficiência em matéria de acesso a emprego, dignidade humana e justiça social.

1. Discriminação Lícita *Versus* Discriminação Ilícita: Legitimidade das Políticas Afirmativas

De início, cumpre destacar o caráter diretivo da Ordem Econômica de 1988, que, aliás, converge para o sentido constitucional em sua integralidade. Trata-se da compreensão de que o fato de a “Constituição Econômica” lançar princípios reguladores para vincular a Administração Pública e Empresas Privadas não retira o caráter político dessas decisões gerenciais, que resultam na concretização das mais variadas políticas públicas. Tão somente compreende-se que uma

Constituição Dirigente busca racionalizar a política, incorporando, dessa maneira, uma dimensão materialmente legitimadora ao estabelecer um fundamento constitucional para ela.

Com brevidade, para o caso em estudo, o fundamento constitucional reside na não-discriminação ilícita e na necessária inclusão de pessoas com deficiência de qualquer natureza. A questão de estabelecer um tratamento desigual para proteger a igualdade constitui um aparente paradoxo, mas, para desvendar essa falsa contradição, é necessário compreender que as pessoas são diferentes ao mesmo tempo em que são iguais.

Existe, pois, uma porção de igualdade na diferença. No entanto, como poderia o Estado apontar uma política pública para a garantia de determinada diferença sem cometer alguma arbitrariedade? De fato, não é tão simples responder a essa questão sem partir para a observação empírica. E, nesse sentido, é a doutrina do direito tributário que trouxe avanços significativos à compreensão do direito à igualdade, que bem se aplica às variadas situações vividas pelas pessoas com deficiências físicas; como é o caso de isenção de imposto para aquisição de veículos automotores.

Em sua tese de livre-docência, Humberto Àvila, com precisão, assevera que “o Direito Tributário Brasileiro adota um sistema misto de justiça individual e de justiça geral”. O autor, ainda, levanta alguns questionamentos pertinentes, do tipo: “a norma tributária deve tratar todos os contribuintes igualmente, apesar das suas diferenças, ou todos os contribuintes diferentemente, apesar da sua igualdade?” (ÁVILA, 2008, p. 21).

A questão está longe de ser resolvida de forma pacífica, pois toda forma de padronização representa algum modo de desapropriação de propriedades subjetivas. Contudo, uma solução prática recomenda a identificação de uma razão de discriminação para estabelecer parâmetros de diferenciação aceitáveis.

Ainda em matéria tributária, compreende-se que a arrecadação do Imposto de Renda (IR) deve incidir mais para quem auferiu mais lucro naquele ano. E é exatamente por isto que a razão se estabelece em termos percentuais. Porém, como utilizar o mesmo raciocínio para diferenciar pessoas “normais” das pessoas consideradas “anormais” por alguma deficiência física, sem cometer injustiças? A simples oposição desta questão conduz à ideia de que existe uma discriminação necessária e justa – lícita, portanto – e uma forma de discriminação que deve ser rechaçada – ilícita.

Com acerto, Celso Antônio Bandeira de Mello lembra que é comum entender que “o agravo à isonomia radica-se na escolha, pela lei, de certos fatores essenciais, existentes nas pessoas, mas que não poderiam ter sido eleitos como matriz do *discrîmen*” (MELLO, 2007, p. 15).

Ainda neste contexto, Álvaro Ricardo Souza Cruz destaca que a discriminação deve ser entendida:

como toda e qualquer forma, meio, instrumento ou instituição de promoção da distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em critérios como a raça, cor da pele, descendência, origem nacional ou étnica, gênero, opção sexual, idade, religião, deficiência física, mental ou patogênica que tenha propósito ou efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer atividade no âmbito da autonomia pública ou privada (CRUZ, 2005, p. 15).

De outro modo não poderia ser com as pessoas com deficiência de grau leve, em matéria de acesso ao mercado de trabalho; desde que suas deficiências sejam reconhecidas como fatores que diminuem sua competitividade, culminando com o resultado da exclusão dessas pessoas do processo democrático. É nesse diapasão que o autor em referência define as “ações afirmativas” como “discriminações lícitas que podem amparar/resgatar fatia considerável da sociedade que se vê tolhida no seu direito fundamental de participação na vida pública e privada”. Assim, para se proceder à correção dessas distorções, são necessárias políticas específicas e transitórias para garantir a concretização de um tratamento desigual, mas em conformidade com a Carta Magna vigente (BORGES; SANTOS, 2013).

O Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009 promulgou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Em seu preâmbulo, a convenção reconhece que a discriminação contra qualquer pessoa, por motivo de deficiência, configura violação da dignidade e do valor inerentes ao ser humano e ressalva, ainda, a diversidade das pessoas com deficiência. Para os propósitos da presente Convenção:

Discriminação por motivo de deficiência significa qualquer diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, com o propósito ou efeito de impedir ou impossibilitar o reconhecimento, o desfrute ou o exercício, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais nos âmbitos político, econômico, social, cultural, civil ou qualquer outro. Abrange todas as formas de discriminação, inclusive a recusa de adaptação razoável.

A partir das elucidações discorridas, pode-se inferir que a legislação infraconstitucional brasileira, mais precisamente o Decreto nº 3.298/99, contraria a presente convenção, por não reconhecer alguns tipos de deficiência de grau leve como legitimadas à incidência de políticas afirmativas de proteção estatal.

A evolução histórica da proteção aos deficientes no mercado de trabalho, no Brasil, contou com diversas leis que foram fundamentais na tutela desses indivíduos. Fazendo um estudo da história do Direito e do Direito comparado, pode-se afirmar que existem, em todo o mundo, regras jurídicas, alocadas no princípio da dignidade da pessoa humana, que disciplina as deficiências em estudo.

Desde o seu preâmbulo, o Decreto de 2009 traduz a preocupação com o fato de que, não obstante esses diversos instrumentos e compromissos, as pessoas com deficiência continuam a enfrentar barreiras e violações de seus direitos humanos em todas as partes do mundo.

Para Norberto Bobbio (1997), a igualdade apresenta duas concepções em campos distintos. A primeira faz referência à ideia de igualdade como sendo uma aspiração dos homens que convivem em sociedade e a idealizam de forma civilizada, ordenada, feliz. A segunda, por sua vez, faz alusão à igualdade amplamente defendida e debatida nas ideologias e nas teorias políticas. Dentro desta concepção, a igualdade possui como característica a indeterminação, já que é necessário que se responda a dois questionamentos, quais sejam: A igualdade entre quem? A igualdade em quê?

Dessa forma, a igualdade só pode ser analisada a partir do momento em que existe algum tipo de relação social; tendo por pressuposto que, para ser possível a sua aplicabilidade, é necessária a existência de vários sujeitos, sendo preciso estabelecer qual o relacionamento existente entre eles. Destarte, a igualdade é uma maneira de se estabelecer uma forma de relação específica entre os indivíduos de uma coletividade, ainda que possuam o fato de serem livres.

Para Paulino Ignácio Jacques, a sociabilidade, tal como a convivência e a coexistência, só é possível em razão de forças que se equilibram, tais como interesses, necessidades, direitos e deveres; sendo umas contrárias às outras. Dessa forma, a desigualdade parece ser vital para a existência da própria sociedade e condição precípua para que haja um equilíbrio na vida social. Se todas as forças seguissem um mesmo caminho e direção, não chegariam a um equilíbrio, pois elas não se compensariam para atingir a harmonia. Neste contexto, São Tomás de Aquino desenvolveu seu axioma de que não haveria ordem sem desigualdade e a vida seria a ordenação harmônica da desigualdade (JACQUES, 1957).

Para o historiador Mario Furley Schmidt, a igualdade e a desigualdade são condições inerentes aos seres humanos e estão associadas aos mais remotos tempos da existência humana. Durante dezenas de milhares de anos, os seres humanos viveram em comunidades nas quais havia uma grande igualdade social. Há cerca de sete mil anos, em regiões da África e da Ásia, algumas comunidades sofreram uma grande transformação: a necessidade de desenvolver as forças econômicas levou à desigualdade social. Uns passaram a ser donos de terras e de escravos, enquanto outros foram obrigados a trabalhar para os ricos. As origens dessa desigualdade estavam no surgimento da propriedade privada e do Estado; na guerra e na escravidão (SCHMIDT, 1999).

Voltando ao contexto do ordenamento jurídico brasileiro, com a promulgação da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, ratificada pelo Brasil como Emenda Constitucional, o Brasil se comprometeu perante os Estados Internacionais a garantir o pleno emprego para as pessoas com deficiência. Em consonância com esse texto protetivo, o inciso VIII, art. 37 da CF/88, reserva vagas nos concursos públicos para as pessoas com deficiência. Mas até que ponto essa reserva não atinge o princípio da isonomia elencado no art. 5º, de que todos são iguais perante a lei? Algumas pontuações merecem ser feitas para uma melhor elucidação desse questionamento.

Na aplicação do direito positivo, deve-se lançar mão do princípio da igualdade ou isonomia como norte para se utilizar os princípios gerais do direito. Conforme leciona o professor José Afonso da Silva “em direito, princípio jurídico quer dizer uma ordenação que se irradia e imanta os sistemas de normas, servindo de base para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo” (SILVA, 1992, p. 85).

Dessa maneira, tais políticas afirmativas de reserva de mercado para as pessoas com deficiência fazem parte de um princípio consagrado internacionalmente de que esses sujeitos merecem proteção por parte do Estado, por se tratarem de indivíduos com maior dificuldade de conseguir emprego, por conta do sistema capitalista procurar um perfil ideal de trabalhador.

Nessa ótica, fazer distinções, no Estado de Direito, é utilizar da diferença entre igualdade formal e material. Sendo assim, é plenamente plausível que o Estado procure compensar

desigualdades com políticas de proteção a alguns grupos que sofreram/sofrem discriminações, por fatores histórico-econômico-sociais (BORGES, 2011).

Segundo o entendimento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho.

A uniformidade do direito não significa, todavia, que não haja distinções no tratamento jurídico. As distinções são, ao contrário, uma própria exigência da igualdade. Tratar igualmente desiguais, ou desigualmente iguais, importaria em injustiça e em violação da própria igualdade. Dar ao menor o tratamento ao maior, e vice-versa, seria flagrante injustiça e desigualdade, no fundo.(FERREIRA FILHO, 2004, p. 114)

Porém, distinção não é discriminação, na medida em que a diferenciação equilibra a desigualdade e, por isso, serve a uma finalidade de equalização. Como bem ensinou San Tiago Dantas, ao afirmar que a diferenciação visa ao ‘reajustamento proporcional de situações desiguais’. Para isto, entretanto – e a lição é agora de Stein –, a igualdade reclama uma “relação entre o critério de diferenciação e a finalidade perseguida com a diferenciação”. Nesse sentido, é o entendimento tanto da doutrina quanto da jurisprudência da corte Suprema dos Estados Unidos, segundo relata Corwin. Esta, com efeito, condena como violadoras da *Equal protection of the laws* da 14ª Emenda as diferenciações “desarrazoadas”(DANTAS, p. 56).

Entretanto, sendo a diferenciação arbitrária incompatível com a natureza da desigualdade, não leva ela à igualdade, mas ao privilégio, a uma discriminação. Esta seria, pois, em síntese, uma diferenciação desarrazoada ou arbitrária. É frequente que as constituições peremptoriamente proíbam determinados critérios de diferenciação que naturalmente conduzam à discriminação.

Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho, é necessário distinguir das discriminações que violam o princípio da igualdade, as “ações afirmativas”, que podem ser com elas compatíveis. São as ações afirmativas distinções no sistema normativo, em benefício de grupos determinados – negros, mulheres, etc. -, que visam equipará-los a grupos outros que servem de padrão referência (2004).

Justificam-se tais distinções pela finalidade dessas ações afirmativas, que é promover o mínimo de igualdade material, corrigindo tratamentos discriminatórios – portanto, prejudiciais ao grupo – globalmente vigorantes na sociedade. Refletem, dessa forma, a ideia do tratamento desigual dos que se apresentam desiguais na sociedade; levando em conta não os indivíduos isoladamente considerados, mas os grupos aos quais pertencem.

Não há dúvida de que, em tese, essas ações afirmativas se coadunam com o princípio da igualdade. Nesse ponto, Rui Barbosa já apontava, na célebre Oração aos Moços, que “a regra de igualdade não consiste senão em aquinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualem”; e acrescenta, logo adiante, que “tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não, igualdade real”(BARBOSA, 1992, p. 52).

Entretanto, o equacionamento dessas ações afirmativas é extremamente delicado, pois não só pode gerar efeitos negativos, como também ensejar privilégios em favor dos grupos por elas beneficiados. Ora, isto importaria em violação do princípio constitucional da igualdade e, portanto, em evidente inconstitucionalidade.

Alguns critérios devem ser levados em conta para aferir a constitucionalidade das ações afirmativas. São eles: a) a identificação do grupo desfavorecido e seu âmbito devem ser objetivamente determinados (regra de objetividade); b) a medida do vantajamento decorrente das regras deve ser ponderada em face da desigualdade a ser corrigida (regra de medida ou proporcionalidade); c) as normas de vantajamento devem ser adequadas à correção do desigualamento a corrigir (regra de adequação). Tal adequação se exprime na sua racionalidade. Por isso, é também esta uma regra de razoabilidade; d) a finalidade dessas normas deve ser a correção de desigualdades sociais (regra de finalidade); e) as medidas, como aponta a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (regra de temporariedade).

A esses critérios, pode-se acrescentar um critério reverso: a não-onerosidade (excessiva) para outros grupos ou para a sociedade como um todo. É uma regra de prudência, uma vez que não cabe na vida social e política o absoluto. Trata-se de uma condição que, por um lado, deflui do próprio princípio da igualdade – que possui como uma de suas projeções a igualdade quanto aos encargos. Disso, deriva a regra da proporcionalidade do ônus decorrente do tratamento diferenciado, em relação aos ônus a serem suportados pelos outros grupos sociais.

Por outro lado, o critério supramencionado decorre da razoabilidade. Desproporcional, sem dúvida, seria onerar – excessivamente – o todo social ou diversos grupos para beneficiar apenas um deles, ainda que em reparação de desvantagens sofridas.

Como se observa, essas condições ensejam a distinção entre as diferenciações legítimas em face da igualdade e as discriminações condenadas por esta. Quando o art. 5º da CF/88 consagra que todos são iguais perante a lei, estamos diante do desdobramento em dois princípios da isonomia, quais sejam, o formal e o material. O primeiro diz respeito à igualdade perante a lei, já o segundo, refere-se à redução das desigualdades.

É a própria Constituição de 88 que dispõe sobre formas de políticas afirmativas para as pessoas com deficiência, em relação ao acesso a mercado de trabalho, público ou privado; estabelecendo a “proibição de qualquer discriminação no tocante salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência” (art. 7º, XXXI). Outrossim, é o mesmo Diploma Magno que assim esclarece: “a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão”(art. 37, VIII).

Interpretando esse dispositivo, pode-se observar que a Constituição buscou proteger o deficiente no mercado de trabalho na iniciativa privada por uma razão basilar: o deficiente é discriminado para conseguir emprego, uma vez que o mercado capitalista procura sempre um perfil “perfeito de trabalhador”, ferindo, dessa forma, o princípio da dignidade da pessoa humana.

A Constituição procurou tutelar, ainda, o deficiente no princípio do concurso público, seja pela incompatibilidade que ele possui para assumir alguns cargos, seja em razão da dificuldade que alguns tipos de deficiência acarretam no momento da preparação, do estudo em si. Nesse ponto, destacam-se as deficiências mentais e sensoriais, uma vez que estas ocasionam maior dificuldade de aprendizagem, considerando que afetam diretamente o cérebro.

2. Princípio da Socialidade e Políticas Públicas do Trabalho

A ideia de socialidade remonta ao conceito de Estado Social, e postula o reconhecimento e garantia dos direitos sociais. Gomes Canotilho, sem embargo, afirma que a garantia dos direitos sociais pressupõe uma articulação do direito, em especial do direito constitucional, com a economia intervencionista, atualmente progressivamente neutralizada, pelo avanço dos mercados globais (CANOTILHO, 2008).

Consoante à doutrina em apreço, o princípio da socialidade enceta a ideia de “liberdade igual”. Por esta expressão, entende-se que a liberdade e a igualdade começam pela garantia dos direitos fundamentais propiciadores do desenvolvimento humano. Ainda há que se considerar que a própria expressão socialidade recomenda que a noção de “liberdade igual” passe pela progressiva radicação de uma igualdade real, e não, apenas, formal ou virtual.

Daí, conclui o autor mencionado, que “a democracia só é um processo ou procedimento justo de participação política se existir uma justiça distributiva no plano dos bens sociais”(2008). Nesse sentido, a socialidade pressupõe uma base jusfundamental incontornável, que começa nos direitos fundamentais da pessoa e finda-se nos direitos sociais, incluído o direito social ao trabalho. Assim, a concretização do acesso ao trabalho é uma tarefa que deve ser assumida pelo Estado, independentemente de ser o empregador o próprio Estado ou mesmo a iniciativa privada.

O empenho na concretização de direito tão fundamental endossa a concepção de que a estrutura da despesa pública deve estar orientada para o financiamento dos serviços sociais (despesas sociais) e para investimentos produtivos (despesa produtiva). Porém, como será observado mais adiante, em relação à proteção ao mercado de trabalho para deficientes, tal política de inclusão nem sempre representa uma despesa social – considerando a informatização das atividades laborais e mesmo as transformações que o trabalho em si tem sofrido com a revolução tecnológica.

Em verdade, se trata de garantir a “sustentabilidade do modelo social”, evitando a célebre política do *déficits pending*, que nada mais é do que o endividamento do Estado, com a finalidade de financiar a despesa pública, sobretudo, a despesa social. Assim, quando for necessário, o Estado deverá subsidiar a inclusão social quando não for possível à iniciativa privada cumprir com esse papel. Nesses termos, o Estado social consubstancia-se em instrumento da inclusão social dependente de recursos do erário e do processo político de decisão.

É incontestável o avanço no estudo das políticas públicas em relação aos pressupostos individualistas clássicos. Contudo, a defesa doutrinária dessas políticas deixa em descoberto o seu caráter fragmentário, capaz de comprometer o processo de desenvolvimento que se daria por meio delas próprias.

Segundo Gilberto Becovici, o choque que existe se dá entre a visão global e a territorialidade – desenvolvimento e planejamento – com uma visão setorial e fragmentada das políticas públicas; isto porque as políticas públicas são sempre setoriais (BECOVIVI, 2005).

Neste ponto, cabe questionar se são setoriais as políticas públicas relacionadas ao trabalho. O bom entendimento diria que não exatamente, pois o trabalho remonta à própria condição humana,

supraestatal, portanto. Em outras palavras, a condição humana antecede a própria existência do Estado, e do Direito Administrativo, como também estruturante é o desenvolvimento do ser humano.

3. Acesso ao Mercado de Trabalho: Apontamentos sobre Competitividade Injusta e Desenvolvimento Humano

Há que se considerar que existe um déficit de emprego no Brasil e no mundo. E ainda que, utopicamente, existissem vagas de trabalho remanescentes, ainda haveria uma competição pelos melhores postos de trabalho.

Nesse contexto, será analisado como se instaura uma concorrência desleal para com pessoas com deficiência de qualquer grau. Por hora, cumpre esclarecer acerca da competitividade ocasionada pela busca pelos melhores cargos e empregos, propiciadoras de exclusão social de deficientes físicos, sensoriais e mentais.

A ideia de justiça é essencial à compreensão de uma razão de *discrimen* para proteção de postos de trabalho. Contudo, o conceito de justo ou injusto em toda sua extensão demandaria uma tese por si só, algo impossível de se realizar em um trabalho dessa natureza.

Assim, aporta-se ao presente estudo a doutrina de Agnes Heller, tão somente para se extrair o caráter ético-político de justiça (re)distributiva. Segundo o referencial teórico em exame, é liberal a justiça que considera a distribuição de exatamente as mesmas coisas e a mesma quantidade de coisas, a cada membro da sociedade. No paradigma atual, não mais prospera tal concepção. Mas que forma de distribuição é justa ou injusta? O Estado Social (e Democrático) recomenda que a resposta a esta questão seja algo que apenas membros de cada comunidade estariam aptos a decidir, leciona (HELLER, 1998).

Com efeito, a imediata assertiva não se aplica de modo tão simples ao caso da inclusão de deficientes no mercado de trabalho. Deve-se levar em consideração que a comunidade atual se consolida, cada vez mais, como uma aldeia global, detentora, no plano teórico, da ideia de gerações de direitos; mais precisamente a geração da solidariedade ou terceira dimensão de direitos, apreendida desde Norberto Bobbio (1997) até Paulo Bonavides (2005).

Alain Touraine, por seu turno, adverte que o essencial é reconhecer que o papel da política, e o que a torna democrática, é tornar possível o diálogo entre as culturas.

Para uns este diálogo não precisa ser mais do que liberdade; para outros, entre os quais me encontro, supõe de início que cada indivíduo se constitua desde logo como ator e como sujeito, articulando suas práticas e seus valores; e, no que diz respeito a todos, trata-se de estender, de aprofundar e generalizar o que foi o espírito da democracia industrial, ou seja, a defesa em situações sociais concretas, do direito de cada indivíduo e de cada coletividade de agir em conformidade com sua própria liberdade e no respeito à liberdade dos outros (TOURAINÉ, 1998, p. 64-65).

Tal postulado, não há dúvida, converge para o princípio da socialidade, tratado no ponto anterior, tanto no plano interno quanto externo das nações – já que os universos comunicacionais

cada vez mais se assemelham em razão da revolução informacional propiciada pela internet e meios de comunicação em geral.

Fato é que a mesma empatia que levou mais dignidade aos soldados regressos da segunda guerra, atualmente consubstancia-se em uma maior juridicidade às necessidades de pessoas com algum tipo de deficiência – e nisto consiste “o justo” para o presente estudo.

No entanto, é necessário entender que o raciocínio que legitima o direito através da empatia cifra-se em aceitar que o limite de vagas e postos de trabalho para deficientes não poderia comprometer a existência daqueles que politicamente legitimam tal proteção. Daí é fácil aceitar que, de outro modo, se verificaria a opressão da maioria e negação da solidariedade.

Por seu turno, a competitividade injusta não é um argumento político, apenas, mais um argumento racional. Assim, desvia-se o caráter absoluto da legitimação por meio da solidariedade e da empatia, para a legitimação racional, capaz de propiciar inclusão social não pela caridade, mas pela razão de que o deficiente precisa competir pelo trabalho sem se desconsiderar suas características particulares; não haveria cotas percentuais para inclusão e os deficientes concorreriam aos postos de trabalho em igualdade de condições.

Mas tal procedimento só seria possível se a verificação da capacidade laborativa se desse através de formas de efetiva equiparação, o que não é algo tão fácil de conseguir, e os resultados poderiam frustrar os fins da inclusão. Por essa razão, nada obstante a crítica apresentada, o sistema de cotas em termos percentuais ainda é o mais eficaz.

Nesse diapasão, Gilberto Bercovici informa que a execução de políticas públicas, com a consequente racionalização técnica para a sua consecução, se revela incompatível com os postulados do Estado Liberal, e nisto reside o dirigismo voltado para o bem-estar (BERCOVICI, 2005).

Enfim, cumpre pôr em relevo que a causa do Estado, sua razão de existir, é mesmo o dever de promover uma transformação da estrutura econômico-social, com vistas à superação do subdesenvolvimento ocasionado pela não distribuição de justiça social – em especial, para as mais frágeis vítimas da competitividade que permeia a busca pelo emprego.

Considerações finais

Embora a atuação judicial tenha integrado as insuficiências legislativas, urge o aditamento do art. 4º do Decreto nº 3.298/99, para incluir pessoas com deficiência de grau leve, principalmente, as sensoriais; indivíduos já tão discriminados socialmente e, nessas circunstâncias, gravados por um ambiente econômico que impede o acesso à dignidade que o emprego lhes propiciaria.

É incontestável que o Estado, ao invés de promover a participação das pessoas com deficiência, tem obstruído sua possibilidade de acesso ao mercado de trabalho. Talvez, uma melhor forma de alterar a legislação, sem prejudicar outros cidadãos, seja fazendo um escalonamento nos critérios de admissão das pessoas com deficiência, tanto no mercado da iniciativa privada como nos concursos públicos.

Então, como essas deficiências leves e sensoriais são muito significativas para a percepção de mundo e desenvolvimento intelectual dos seres humanos – uma vez que acarreta, segundo

a medicina legal, a perda da metade dos sentidos mais importantes da espécie humana –, essa alteração no Decreto nº 3.298 gerou uma desigualdade com discriminação distorcida, que prejudicou ainda mais as pessoas com esse tipo de deficiência. Esses indivíduos continuam sendo discriminados no mercado de trabalho da ampla concorrência, seja em concursos públicos que exijam aptidão plena do candidato, seja em empresas privadas que procuram “um perfil perfeito de trabalhador”.

Se a Constituição Federal tem como fundamento os valores sociais do trabalho e, como um de seus objetivos, a diminuição de todas as formas de desigualdade, não tem sentido, dentro do universo dos deficientes, fazer discriminação ou dar preferências aos deficientes entre si.

A aplicação do princípio da igualdade ou isonomia, tendo em vista que, por esse princípio, a atuação do Estado deve estar em harmonia com o direito – compreendendo este as suas regras e princípios – terá grande função na democratização da legalidade estrita. Quando se estuda o objetivo teleológico dos princípios da dignidade da pessoa humana, proporcionalidade, razoabilidade, eficiência, finalidade, se verificará que a legalidade estrita acaba prejudicando as garantias do cidadão. E, conseqüentemente, buscar-se-á a utilização da igualdade e isonomia para melhor utilização de institutos, princípios e teorias, no sentido de salvaguardar direitos dos cidadãos na seara da proteção do Estado ao deficiente no mercado de trabalho público e privado; permitindo, dessa maneira, assegurar as garantias do cidadão perante o poder afirmativo estatal, embasado em um poder público-privado eficiente, participativo e integrador.

No que concerne à aplicação dos princípios mencionados na formulação do problema desse estudo, à luz do princípio da igualdade ou isonomia, como elemento democrático da legalidade administrativa, verificar-se-á a importância da utilização do princípio da dignidade da pessoa humana para democratizar a legalidade administrativa quando aplicada ao caso concreto. Somente através dessa democratização, se terá a efetiva utilização dos princípios gerais do direito administrativo pelos intérpretes e aplicadores do direito.

Convém mencionar, a título de ilustração, que o princípio da legalidade está sendo alegado pelos mais diversos órgãos administrativos, ao não aceitarem que pessoas com visão monocular ou surdez unilateral concorram em concurso público às vagas reservadas para pessoas com deficiência. Ora, se essas pessoas possuem uma restrição sensorial que lhes colocam em uma situação de mitigação de 50% de suas potencialidades visuais ou auditivas em relação aos não deficientes, isso significa dizer que permitir que essas pessoas disputem sua colocação na ampla concorrência irá gerar uma gritante desigualdade. Esses indivíduos serão discriminados no acesso ao mercado de trabalho, tal como ocorrem em alguns cargos que exigem aptidão plena do candidato – a exemplo de motorista, policial civil ou militar, telefonista, etc. Por isso, o Superior Tribunal de Justiça, editou a súmula de número 377.

Então, uma alegação de que essas pessoas não podem concorrer como pessoas com deficiência, para não retirar as vagas de quem tem cegueira ou surdez bilateral, é tão desproporcional quanto colocá-las para competir com quem tem visão ou audição normal. Mais adequado seria que o Estado dividisse as vagas para que se concorresse como deficiente de acordo com “os graus de deficiências”. Assim, por exemplo, as vagas de deficiente poderiam possuir duas listas: uma destinada

a pessoas com “grau de deficiência maior”, concorrendo entre si, e outra, a pessoas com “grau de deficiência menor”.

Segundo o Censo Demográfico de 2010 do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), 24 % da população total do Brasil possui algum tipo de deficiência: mental, motora ou sensorial. Dessa forma, o Decreto nº 3.298/99, ao prever um percentual mínimo de 5 % das vagas, juntamente com a Lei nº 8.112/90, que destina um percentual máximo de 20% nos cargos e empregos públicos para as pessoas com deficiência, não estaria dando efetividade à realidade dos brasileiros que são deficientes.

Dessa forma, propõe-se que seja elaborado um estatuto do deficiente e que, nesse estatuto, fique prevista uma destinação fixa de 15% das vagas de concurso para cargos e empregos públicos para pessoas com deficiência. Desses 15 %, sugere-se que se faça uma divisão em três níveis de 5 % para três tipos de graus de deficiência: deficiência de grau leve; deficiência de grau grave e deficiência de grau gravíssimo.

Assim, as deficiências de grau leve que foram retiradas do ordenamento jurídico pátrio, pela alteração do Decreto nº 3.298/99, voltariam a ser incluídas. E as deficiências mais graves teriam mais chances de ser selecionadas nesse escalonamento de vagas na medida dos graus de deficiências.

Sugere-se que sejam considerados os seguintes casos como deficiência de grau gravíssimo:

Cegueira total;
Perda de nove dedos das mãos ou superior a esta;
Paralisia dos dois membros superiores ou inferiores;
Perda dos membros inferiores, acima dos pés, quando a prótese for impossível;
Perda de uma das mãos e de dois pés, ainda que a prótese seja possível;
Perda de um membro superior e outro inferior, quando a prótese for impossível;
Alteração das faculdades mentais com grave perturbação da vida orgânica e social (grau profundo);
Doença que exija permanência contínua no leito;
Incapacidade permanente para as atividades da vida diária;
Surdez total bilateral.

Como deficiência de grau grave, em seu turno, propõe-se que seja considerada a atual redação do artigo 4º do Decreto nº 3.298/99. E, como deficiência de grau leve, os seguintes casos:

- I - deficiência física:
- perda de até dois dedos das mãos, desde que um deles não seja o polegar.
 - Encurtamento de membro inferior acima de 3 cm.
- II - deficiência auditiva:
- perda unilateral total;
 - perda bilateral, acima de 25 decibéis no melhor ouvido, e acima de 70 decibéis no pior ouvido.
- III - deficiência visual:
- a) visão monocular;
- IV - deficiência intelectual: funcionamento intelectual significativamente abaixo de QI 90 e acima de QI 70.
- V - autismo: comprometimento global do desenvolvimento, que se manifesta tipicamente antes dos 3 (três) anos, acarretando dificuldades de comunicação e de comportamento, caracterizando-se freqüentemente por ausência de relação, movimentos estereotipados, atividades repetitivas, respostas mecânicas, resistência a mudanças nas rotinas diárias ou no

ambiente e a experiências sensoriais;

VI - condutas típicas: comprometimento psicossocial, com características específicas ou combinadas, de síndromes e quadros psicológicos, neurológicos e/ou psiquiátricos, que causam atrasos no desenvolvimento e prejuízos no relacionamento social, em grau que requeira atenção e cuidados específicos em qualquer fase da vida.

Com a adoção dessas medidas, a Administração Pública, estaria sendo mais proporcional, razoável, sem desrespeitar a dignidade da pessoa humana, procurando diminuir todas as formas de desigualdade existentes entre os deficientes e os não deficientes e entre os deficientes entre si. Essas problemáticas seriam mais bem trabalhadas proporcionalmente na medida das suas desigualdades, sendo que uma primeira proposta seria dividir os deficientes em duas categorias: a primeira, com aquelas deficiências que dão dificuldade de conseguir emprego, mas não geram dificuldades para o estudo e a segunda categoria, com as deficiências que dificultam o aprendizado.

Referências

ÁVILA, Humberto. **Teoria da igualdade tributária**. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury, Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1999

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento** – uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

BORGES, Maria Creusa de Araújo; SANTOS, Thiago Rodrigo Fernandes da Silva. Ações afirmativas na universidade: o “caso cotas” no Supremo Tribunal Federal. In: ALMEIDA, L. C. ; PINO, I. R. ; PINTO, J. M. R. ; GOUVEIA, A. B. (orgs.). **PNE em foco: políticas de responsabilização, regime de colaboração e sistema nacional de educação**. Campinas –SP: CEDES/UNICAMP, 2013, v.1.

BORGES, Maria Creusa de Araújo. A adoção do sistema de cotas como forma de ingresso na educação superior brasileira. In: JUNIOR, Luiz de Sousa; FRANÇA, Magna; FARIAS, Maria da Salete Barboza de. (orgs.). **Políticas de gestão e práticas educativas: a qualidade de ensino**. Brasília: Liber Livro, 2011, v. 1.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. 2. ed. portuguesa. Coimbra: Coimbra, 2008.

_____. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra, 1994.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Tradução de Roneide Venâncio Majer. Atualização para a 6ª edição por Jussara Simões – (A era da informação: economia, sociedade e cultura. V. 1). São Paulo: Paz e Terra, 1999.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda [et al]. **Canotilho e a Constituição Dirigente**. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (Organizador). 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CRUZ, Álvaro Ricardo Souza. **O direito à diferença – as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiências físicas**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

DANTAS, San Tiago. **Problemas de direito positivo**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1953

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2004.

HELLER, Agnes. **Além da justiça**. Tradução de Savannah Hartmann. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998.

JACQUES, Paulino Ignácio. **Da igualdade perante a lei**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1957

MELO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 1992.

STEIN, Ekkehart. **Derecho político**, trad., Madrid, Aguilar, 1973

SCHMIDT, Mario Furley. **Nova historia crítica**. São Paulo: Geração, 1999.

TOURAINÉ, Alain. **Igualdade e diversidade – O sujeito democrático**. Tradução de Modesto Florenzano. Bauru: EDUSC, 1998.